



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAFAEL DE ARAÚJO ABDALA JOÃO

**A TENSÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DA
PANDEMIA DO COVID-19:
UM ESTUDO SOBRE A APLICAÇÃO DO TOQUE DE RECOLHER PELO ESTADO
DA BAHIA À LUZ DO JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE**

Salvador
2022

RAFAEL DE ARAÚJO ABDALA JOÃO

**A TENSÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DA
PANDEMIA DO COVID-19:
UM ESTUDO SOBRE A APLICAÇÃO DO TOQUE DE RECOLHER PELO ESTADO
DA BAHIA À LUZ DO JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof.

Salvador
2022

TERMO DE APROVAÇÃO

RAFAEL DE ARAÚJO ABDALA JOÃO

**A TENSÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DA
PANDEMIA DO COVID-19:
UM ESTUDO SOBRE A APLICAÇÃO DO TOQUE DE RECOLHER PELO ESTADO
DA BAHIA À LUZ DO JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2022.

À minha família, com muito amor.

“Good constitutions are not one-size-fits-all. Like fine jackets, they should be custom-tailored to [and by] their people.”.

Helène Landemore

RESUMO

O presente trabalho de monografia se propõe analisar se o Governo do Estado da Bahia agiu corretamente, ao decretar o toque de recolher nas cidades de Itabuna e Ipiaú, durante o período da pandemia da Covid-19, notadamente, no espectro temporal de sua primeira onda. Essa análise realiza-se à luz do juízo de proporcionalidade, de modo a observar como se originam e, como se solucionam, as possíveis tensões entre direitos fundamentais no contexto pandêmico. Desta forma, o presente estudo se inicia com uma exposição sobre os direitos fundamentais, discorrendo sobre a sua evolução histórica até a sua contextualização no âmbito da Constituição Federal de 1988, de modo a entender todos os seus aspectos de aplicabilidade, eficiência e eficácia na atualidade do Estado brasileiro. Na sequência, se volta para o entendimento do contexto pandêmico, tecendo considerações sobre a origem do vírus gripal, a sua propagação, a sua contextualização no Brasil, e mais notadamente, no Estado da Bahia, discorrendo sobre as suas implicações e demandas para a comunidade local. Em diante, discorre-se sobre o juízo de proporcionalidade como ferramenta metodológica para solução de conflitos normativos, bem como, analisa-se a posição do Supremo Tribunal Federal, sob o viés do federalismo cooperativo, a respeito das políticas públicas adotadas pelos entes federativos para combate da pandemia. Ao final, partindo de tudo quanto fora exposto, realiza-se a análise jurídico-constitucional do Decreto nº 19.688/2020, editado pelo Estado da Bahia, para o estabelecimento do toque de recolher em dois municípios do Estado, verificando a possível ocorrência de supressão do direito fundamental à liberdade de locomoção diante do estabelecimento do toque de recolher nos municípios supracitados.

Palavras-chave: direitos fundamentais; juízo de proporcionalidade; conflito normativo; pandemia; covid-19; toque de recolher.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 NOTAS IMPRESCINDÍVEIS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS	10
2.1 NATUREZA JURÍDICA E ALCANCE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NUMA ORDEM DEMOCRÁTICA DE DIREITO	11
2.1.1 Direitos humanos fundamentais? A (in)existência de circularidade entre a ordem internacional e a soberania nacional.....	15
2.1.2 Eficácia jurídica e efetividade dos direitos fundamentais no Brasil.....	20
2.2 CARÁTER RESTRITIVO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	30
2.2.1 Análise procedimental da aplicabilidade restrita dos direitos fundamentais.....	39
3 A (IN)EXISTÊNCIA DE CONFLITO NORMATIVO ABSTRATO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO COVID-19	45
3.1 JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE COMO TÉCNICA PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS NORMATIVOS EXISTENTES NO PERÍODO DA PANDEMIA DA COVID-19.....	50
3.2 POLÍTICAS PÚBLICAS ESTABELECIDAS PELOS ENTES FEDERATIVOS PARA COMBATE À PANDEMIA DA COVID-19 SOB UM VIÉS CONSTITUCIONAL: ANÁLISE DA POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DIANTE A MATÉRIA SOB O VIÉS DO FEDERALISMO COOPERATIVO.....	61
4 PERSPECTIVA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL SOBRE O (DES)ACERTO DO ESTADO DA BAHIA QUANTO A APLICAÇÃO DO TOQUE DE RECOLHER NA PANDEMIA DO COVID-19	67
4.1 ANÁLISE JURÍDICA DO DECRETO 19.688/2020 DO GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA.....	67
4.2 (IN)OCORRÊNCIA DE SUPRESSÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DIANTE O ESTABELECIMENTO DO TOQUE DE RECOLHER NA BAHIA.....	74
5 CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

O século XVIII ficou conhecido como “século das luzes” em razão do advento do movimento intelectual que moldou o pensamento e os ideais de grande parte do continente europeu. Esse movimento se consagrou por abrigar uma série de ideias na qual as premissas e suposições procediam de conclusões da mente humana. Ou seja, eram ideias em que a fonte basilar de autoridade e legitimidade, era a razão.

Nesse sentido, os pensadores iluministas idealizavam que o progresso da humanidade ocorreria com a superação dos refugos legados da Idade Média, quais sejam, a tirania e a superstição. Para tanto, os iluministas entendiam que o pensamento crítico deveria ser estendido por todas as esferas da vida humana. Isto é, o conhecimento crítico caminharia paralelamente a evolução do Estado e da sociedade.

Não é de se surpreender, que tal movimento, tenha influenciado com extrema relevância a Revolução Francesa. A agitação social e política, ocorrida na França, impactou toda a história do continente europeu. Onde, até então, a sociedade europeia convivia sob os ditames das monarquias absolutistas, em que os privilégios aristocráticos e religiosos, subjugavam toda a população aos seus ditames.

A derrocada do Estado absolutista ocorreu sob as manifestações dos princípios de liberdade, igualdade e fraternidade, que por seu turno, estão intimamente ligados ao que conhecemos, hodiernamente, por Direitos Humanos e/ou Direitos Fundamentais.

Após, quase trezentos anos, os indivíduos ainda lutam pela plena aplicabilidade e efetividade desses direitos - que não se pode negar, também vêm evoluindo durante o tempo. Contudo, a imprevisibilidade é uma das características mais notáveis de um mundo altamente globalizado como é o deste século. Quem poderia imaginar que um vírus, supostamente saído do contato humano com um animal infectado e/ou de um acidente em um laboratório na cidade de Wuhan, na China, se alastraria tão rapidamente por todo o globo?

A gravidade deste evento se deu em virtude do grau de propagação do vírus SARS-Cov-2 ser análogo ao nível de mortalidade do ser humano quando infectado. Ou

seja, o vírus se espalhou tão rápido quanto a sua capacidade de acabar com a vida humana.

A imprevisibilidade com que esse evento aconteceu, demandou que os Estados tomassem medidas de enfrentamento às cegas, afinal ainda não se sabia absolutamente nada sobre o “inimigo invisível”. Foi nessa circunstância, que os Poderes Públicos se desdobraram para equilibrar a necessidade de contenção do vírus com a necessidade de se manter a sociedade economicamente viva.

Assim, dentre as mais diversas formas exploradas por todo o planeta a fim de controlar a propagação do vírus — enquanto ainda não existia a disponibilidade de vacina e/ou medicamento para o seu tratamento — o governo do Estado da Bahia optou por editar o Decreto 19.688/2020, no qual restringiu o direito fundamental de locomoção dos indivíduos - por um determinado período - nos municípios de Itabuna e Ipiaú. Esse decreto ficou popularmente conhecido como toque de recolher.

Tal medida, acabou por ocasionar o conflito entre diversos direitos fundamentais, e uma das formas conhecidas formas de sopesamento entre esses direitos conflitantes, é o instituto do juízo da proporcionalidade. Esse juízo, nada mais é que a operação hermenêutica pela qual se pondera entre os direitos fundamentais em conflito, para, à luz das circunstâncias do caso concreto, se decidir em qual medida cada um deles deverá ceder ou prevalecer.

O presente trabalho pretende realizar uma análise crítico-reflexiva, à luz do juízo de proporcionalidade, sobre a medida adotada pelo Governo do Estado da Bahia, com a edição do Decreto 19.688/2020, que instituiu o toque de recolher nas cidades de Itabuna e Ipiaú, no período da pandemia da Covid-19.

Para tanto, em um primeiro momento, realizar-se-á um exame mais detido sobre os direitos fundamentais, a fim de que se possa estabelecer a sua relevância, a aplicabilidade, bem como, a sua conseqüente eficácia e efetividade no âmbito do ordenamento jurídico pátrio atual.

Na sequência, pretende-se discorrer sobre os aspectos mais relevantes para compreensão do cenário pandêmico. Ou seja, a análise de como o coronavírus surgiu e se propagou no Estado da Bahia; bem como, o exame da possibilidade de se utilizar o juízo de proporcionalidade como ferramenta metodológica para solução de conflitos entres direitos fundamentais em decorrência da pandemia; incluindo, a

perspectiva do Supremo Tribunal Federal, sob o viés do federalismo cooperativo, perante as políticas públicas, de combate à pandemia, adotadas pelos entes federativos.

Por fim, analisar-se-á o tema ao longo debatido, avaliando a constitucionalidade do Decreto 19.688/2020, que instituiu o toque de recolher durante o período pandêmico.

2 NOTAS IMPRESCINDÍVEIS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A era de autoritarismo que marcou a história recente do Brasil teve como ícone de sua — tensa, sofrida e prolongada — fase de transição, a promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. A partir daí, adveio a esperança para que o desenvolvimento do país se desse sob a égide das liberdades civis e públicas.

A ruptura com a ordem antidemocrática, vigente sob o governo ditatorial militar no período compreendido entre os anos de 1964 e 1985, foi conquistada com a ajuda do movimento político de cunho popular “Diretas Já”. Este movimento culminou no empenho da Assembleia Constituinte para a elaboração de uma nova Carta Constitucional, a qual fora pautada em valores fundamentais com o intuito de servir de instrumento para a reestruturação e o desenvolvimento do progresso social/democrático do Estado brasileiro.

Esses paradigmas axiológicos fundamentais são encontrados já no Preâmbulo¹ da Lei Maior de 1988, em que a Constituinte proclama o propósito de “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”. Nessa linha de raciocínio, são ratificados por todo o Corpo Permanente da Constituição, mais notadamente nos capítulos “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”; “Dos Direitos Sociais”; “Da Nacionalidade”; e “Dos Direitos Políticos”. (BRASIL, CRFB, 2022), Passagens estas tidas como direitos fundamentais.

Jane Reis Gonçalves Pereira (2018, p. 113) ressalta que a definição de direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo resulta de um processo histórico de ampliação progressista de sua abrangência e força vinculante no ordenamento. Na mesma linha de raciocínio, postam-se Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2020, p. 136-138) ao ilustrarem que essa evolução decorre do clamor social por prestações positivas e/ou negativas do Estado, em razão das arbitrariedades vividas à época em que cada uma dessas prestações fora idealizada e conquistada.

¹ O STF, no julgamento da ADI 2076/AC, adotou a tese de que o preâmbulo constitucional é destituído de normatividade, não possuindo relevância jurídica. Trata-se de parcela de caráter político-ideológico do constituinte.

A cronologia da evolução dos direitos fundamentais impõe a distinção, entre essas conquistas, em categorias de dimensões; com efeito, Felipe de Melo Fonte (2015, p.92), leciona que, em princípio, por ocasião da fundação do que se batizou por Estado de Direito, em substituição ao modelo de Estado Absolutista, foram conquistados os direitos em prol da liberdade, versados nas Revoluções americana e francesa — ou seja, a fixação de uma esfera de autonomia pessoal insubmissa ao Poder. São direitos que demandam um *non facere* estatal, sendo essa inércia suficiente para a sua efetividade. Como por exemplo, o direito à liberdade religiosa.

Vale anotar que Fábio Konder Comparato (2019, p. 63) acrescenta que essa primeira dimensão dos direitos fundamentais também está conectada a uma característica participativa. Para o autor, há um ressurgimento da democracia, contudo, de modo distinto da *demokratia* grega. Enquanto naquela, o poder era exercido por grupos de baixo poder econômico, a democracia moderna serviu como fórmula política utilizada pela burguesia para extinguir antigos privilégios do clero e da nobreza. Funcionando, assim, como movimento de limitação dos poderes governamentais.

Em seguida, George Marmelstein (2014, p. 46), aponta a reivindicação de um papel ativo do Estado na realização da justiça social, realçando o princípio da igualdade, como forma de dirimir a gravidade das disparidades decorrentes do impacto da industrialização e do crescimento demográfico desregrado – são os direitos fundamentais relacionados à assistência social, à saúde, à educação, entre outros. Trata-se do surgimento do chamado Estado de bem-estar social (*Welfare State*), em contraposição ao paradigma do *laissez-faire*, pregado pelo liberalismo econômico. As primeiras constituições a positivar esses direitos foram a do México de 1917 e a alemã, de Weimar, de 1919.

Por sua vez, os chamados direitos de terceira dimensão são caracterizados por possuir titularidade difusa ou coletiva, motivo pelo qual George Marmelstein (2014, p. 48-50) instrui que são direitos de solidariedade concebidos para proteção da coletividade, caso do direito à paz, ao desenvolvimento e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O referido autor, acrescenta, ainda, que esses direitos surgiram no contexto do pós-Segunda Guerra Mundial, em que o sentimento de solidariedade global em reação as barbaridades do regime nazista confluíram na

busca por um padrão ético universal, tornando os tratados internacionais mais frequentes.

Estabelecido para o(a) leitor(a) breve introdução do que será aprofundado nos tópicos posteriores, será proporcionada a oportunidade de verificar como a natureza jurídica dos direitos fundamentais e a sua correlação com os direitos humanos fomentam um ambiente de maior aplicabilidade e eficácia jurídica dos dispositivos constitucionais. Assim, de melhor forma será internalizado se é possível restringir tais institutos, além de, em caso positivo, traçar nuances sobre as formas de restrição.

2.1 NATUREZA JURÍDICA E ALCANCE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NUMA ORDEM DEMOCRÁTICA DE DIREITO

Para José Afonso da Silva (2016, p. 181 e 182), os direitos fundamentais são normas positivas constitucionais nascidas e respaldadas no princípio da soberania popular, visto que são inseridas no texto constitucional pelo poder constituinte. Assim, embora esses direitos possuam cada vez mais importância no âmbito internacional, não procederia se falar em normas de valor supraconstitucional ou de natureza supraestatal.

Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 377-380) ilustra que, sem essa positivação jurídica, os direitos fundamentais seriam como “esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”. Em tal linha de raciocínio, o instituto se realiza à medida que alcança consequências jurídicas por serem constitucionalmente reconhecidos – um exemplo de distinto efeito dessa constitucionalização, é a proteção dos direitos fundamentais através do controle jurisdicional de constitucionalidade.

Portanto, por estarem inseridos no texto constitucional, os direitos fundamentais vinculam o Estado à sua efetivação, constituindo uma situação que se consagra numa relação jurídica de direito público entre o Estado e os titulares. Dimitri Dimoulis (2013, p. 49) corrobora, afirmando que a principal característica dos direitos fundamentais é a de conferir aos indivíduos a posição jurídica de detentor de um direito público subjetivo perante o Estado.

Na perspectiva de Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2020, p. 167), a natureza subjetiva dos direitos fundamentais se caracteriza, em maior ou menor escala, no atributo desses direitos possibilitarem, ao seu titular, a oportunidade de reivindicação de que o Estado, ou, até mesmo, um indivíduo, adote um dado comportamento – ação positiva/negativa – ou na possibilidade de produzir efeitos sobre determinadas relações jurídicas. Nessa perspectiva, não se exige conduta ativa ou omissiva de outrem, motivo pelo qual há apenas possibilidade de alteração das suas posições jurídicas.

Entretanto, nem todos os direitos fundamentais são de natureza subjetiva, posto existirem alguns que são de natureza objetiva, como, por exemplo, o direito à igualdade. Esta prerrogativa é um direito objetivo pelo fato de estabelecer uma obrigação de fazer com que todos os cidadãos sejam tratados de forma equânime. Nesse passo, Celso Antônio Bandeira de Mello (2017, p. 9 e 10) observa que o alcance desse direito não se restringe a igualar os cidadãos perante a norma posta, mas que a própria lei não pode ser editada em divergência com a isonomia – ou seja, a natureza objetiva desse direito vincula tanto o legislador, quanto o aplicador da lei.

Nesse contexto, Dirley da Cunha Júnior (2020, p. 558 e 559) acrescenta que a moderna teoria dos direitos fundamentais reconhece a natureza dúplice desses direitos, complementando que a natureza dessa materialidade os torna “a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito” e integra os indivíduos na participação direta dessa comunidade. Ou seja, a natureza objetiva outorga aos direitos fundamentais uma função autônoma que transcende a natureza subjetiva, o que lhes atribui um “*plus* jurídico” de reforço na juridicidade dessas normas.

Destaca-se que a natureza jurídica de norma constitucional atribuída aos direitos fundamentais não afasta o reconhecimento de normas que não foram estipuladas explicitamente na Carta de 1988, como direitos qualitativamente fundamentais, dado que o art. 5º, § 2º, da Lei Maior, prevê que os direitos expressos na 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”. (BRASIL, CFRB, 2022)

De acordo com André de Carvalho Ramos (2020, p. 546 e 547), não basta, todavia, que os tratados tenham conteúdo de direitos humanos para que sejam

recepcionados pelo ordenamento pátrio como normas de valor constitucional. Para que esses direitos atinjam a máxima irradiação da hierarquia constitucional é necessário que sejam incorporados pelo rito especial — introduzido pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 — do § 3º, do art. 5º da CFRB/88, passagem que demanda a votação em dois turnos, nas duas Casas do Congresso, com maioria de três quintos dos membros.

Os tratados, anteriores à Emenda, ou posteriores que tenham sido aprovados pelo rito comum (maioria simples e turno único em cada Casa do Congresso), têm, apenas, natureza *supralegal*. Ou seja, localizam-se acima da legislação ordinária, mas abaixo das normas constitucionais. É o que Supremo Tribunal Federal (STF) definiu, *e.g.*, sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ao analisar o Recurso Extraordinário nº 466.331, interposto pelo Banco Bradesco contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) que denegou provimento do Recurso de Apelação nº 791031-0/7.

Como consequência da consagração do que se conceituou como teoria do duplo estatuto dos tratados, o supracitado autor, anota que as leis (inclusive as leis complementares) e os atos normativos só terão validade se forem compatíveis, concomitantemente, com a Constituição e com os tratados incorporados através do rito especial. Não obstante, esses tratados não perdem a sua natureza de tratado internacional, porém, o rito especial estabelecido no art. 5º, § 3º da Constituição, estipula que os tratados de direitos humanos — incorporados através deste rito — têm o mesmo valor jurídico das emendas constitucionais. (BRASIL, CFRB, 2022)

Contudo, visando a melhor compreensão do leitor, este trabalho acompanhará a terminologia adotada por Virgílio Afonso da Silva (2020, p. 101), e distinguirá as expressões *direitos fundamentais* e *direitos humanos*, de modo que serão considerados como direitos fundamentais, aqueles direitos definidos pela Constituição; e como direitos humanos, aqueles direitos definidos por tratados internacionais.

2.1.1 Direitos humanos fundamentais? A (in)existência de circularidade entre a ordem internacional e a soberania nacional

A despeito da discussão sobre a distinção terminológica entre direitos fundamentais e direitos humanos, não se pode compreender os primeiros, no século XXI, sem que se aborde o contexto histórico em que foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Para Osvaldo Canela Junior (2009, p. 30-34) a depressão econômica, resultante das condições desmoralizantes herdadas da Primeira Guerra Mundial, consistiu no terreno que fertilizou o surgimento dos regimes totalitários. De modo que a miséria econômica foi seguida pela miséria de consciência e, assim, se tornou o principal triunfo para a ascensão dos regimes arbitrários de Benito Mussolini e Adolf Hitler.

Contudo, ao final da Segunda Guerra Mundial, em 1945, todas as atrocidades decorrentes do massacre do homem enquanto ser, ficaram evidentes ao mundo através do emblemático exemplo dos campos de concentração produzidos pelo regime nazista. Não se tratava, apenas, de um morticínio sem precedentes na história, mas de uma das mais ultrajantes reduções da condição humana; tamanho assombro sucedeu no questionamento de “por que que a norma fundamental do Estado, em toda a sua integralidade dogmática, não foi capaz de impedir o aniquilamento em massa de seres humanos?” (Canela Jr, 2009, p.30).

Nesse contexto, ainda de acordo com Canela Junior (2009, p. 31), se revelou a necessidade da restauração de toda a dimensão ética dos direitos do homem, ou seja, a retomada dos ideais da Revolução Francesa, mas, com uma roupagem universalista. Assim, se estabeleceu o valor humano como essencial e a proteção de seus direitos se tornou uma necessidade básica de sobrevivência – os direitos humanos foram alçados à categoria de bens mais valiosos da humanidade, os bens soberanos, aos quais os Estados deveriam firmar um compromisso ético de proteção efetiva.

Corroborando com essa manifestação, Flávia Piovesan (2019, p. 65) acrescenta que a Segunda Guerra significou o rompimento com os direitos humanos ao tratar os indivíduos como seres supérfluos e descartáveis, vigendo a lógica da barbárie e destruição. Nessa toada, o Pós-Guerra, necessariamente, deveria responder às

atrocidades e aos horrores cometidos pelo grande violador dos direitos humanos, qual seja, o Estado nazi/fascista. Essa resposta ocorre com o esforço para a realocação dos direitos humanos como paradigma e referencial ético de orientação da ordem internacional. Restaurando, assim, a lógica do razoável.

Levando em consideração que o nazismo e o fascismo ascenderam ao poder e promoveram a barbárie dentro de um quadro de legalidade – visto que a concepção positivista do ordenamento jurídico, da época, era confinada a ótica meramente formal, sendo indiferente a valores éticos – Piovesan (2019, p. 66) ilustra que a crítica e o repúdio a esta concepção desencadearam no reencontro com o pensamento kantiano de ideias de um Direito cosmopolita, de dignidade, de moralidade e paz perpétua.

Para Piovesan (2017, p. 225), a consagração do consenso entre os Estados sobre um padrão ético de valores universais — eleitos como os mais relevantes para a espécie humana —, a serem seguidos pelas nações, se deu em 10 de dezembro de 1948, a partir da aprovação da Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral, proclamada como Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nascendo, daí, o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos.

A autora (2017, p. 227) aponta, ainda, duas importantes características consagradas aos direitos humanos através da Declaração Universal de 1948, quais sejam (i) a universalidade – que é afirmada desde o seu preâmbulo, ao advertir que a dignidade é inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis – e (ii) a indivisibilidade. Inclusive, a primeira é deveras importante para o *quantum* se aduz, posto que houve o rompimento com o legado nazista, o qual condicionava a titularidade de direitos ao pertencimento à raça pura ariana.

Ao apresentar os direitos humanos como uma unidade interdependente e indivisível, a Declaração introduz a compreensão contemporânea dos direitos humanos, pela qual afasta a “equivocada visão da sucessão geracional de direitos, na medida em que se acolhe a ideia de expansão, cumulação e fortalecimento desses direitos, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação” (Piovesan, 2017, p. 231). Ou seja, todos os direitos humanos integram um composto integral, único e indivisível, no qual os direitos, por mais diferentes que sejam, são interdependentes entre si e estão obrigatoriamente interrelacionados.

Vale dizer que, no esforço de reconstrução dos direitos humanos no Pós-Guerra, o delineamento do sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos, ocorrido no âmbito do Direito Internacional, atuou na projeção de uma vertente de um constitucionalismo global vocacionado a limitar o poder do Estado e a proteger os direitos fundamentais mediante a criação de um mecanismo internacional de proteção de direitos.

Por sua vez, emergiu uma nova feição do Direito Constitucional ocidental, em que se testemunhou a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios e valores axiológicos, em que se destaca o valor da dignidade humana. Esse parâmetro de elevação da dignidade da pessoa humana como pressuposto insuprível de todos os constitucionalismos, fortalece o encadeamento do Direito Constitucional com o Direito Internacional.

Abre-se parênteses para acrescentar a lição de Geovane Peixoto (2013, p. 77-86) ao ilustrar que essa nova feição do Direito Constitucional, esse neoconstitucionalismo, se desenvolveu através da busca por um modelo pós-positivista que efetivasse a reaproximação entre Direito e Moral. Assim, a inserção de normas principiológicas no ordenamento jurídico, além de caracterizarem a superação do modelo positivista, serviria como uma solução para acalantar o receio de um possível retorno ao modelo jusnaturalista. Para o autor, o marco histórico do neoconstitucionalismo se deu com as edições das constituições da italiana de 1947 e alemã de 1949. No Brasil, o marco foi a carta constitucional de 1988.

Ademais, o processo de universalização dos direitos humanos, através do sistema internacional de proteção desses direitos, demonstra que o encadeamento do Direito Constitucional com o Direito Internacional, ocorre na medida em que são admitidas intervenções no âmbito estatal, com os Estados concedendo parte de sua soberania no vislumbre da proteção dos direitos humanos. Nessa intelecção, desenha-se, assim, o encerramento da era em que os Estados concebiam que seus nacionais seriam assunto de jurisdição doméstica.

Paula de Azevedo e Paulo Cabacinha (2021, p. 11-36), mencionam que, no âmbito internacional, após o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a proteção dos direitos humanos se dividiu no plano global e em planos regionais. São os exemplos da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, na África; da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a qual possui

coexistência com a Carta de Criação da Organização dos Estados Americanos (OEA), na Américas; ao passo que, na Europa, existe a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, por meio da Corte Europeia de Direitos Humanos e do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Para os autores, o Brasil buscou o caminho de legitimação do Estado perante a comunidade internacional ao estabelecer e cumprir os mandamentos constitucionais de integração do país aos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, demonstra-se o exemplo do artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, responsável por estabelecer o princípio da prevalência dos direitos humanos no rol dos princípios das relações internacionais (BRASIL, 1988).

Além do supracitado estabelecimento, o inciso X, do mesmo artigo da Carta Magna de 1988, prevê a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade como um outro princípio para as relações internacionais do país. Insta salientar que o parágrafo único, deste mesmo artigo 4º, prevê, ainda, que o Estado brasileiro deverá buscar a “integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana das nações”. (BRASIL, CFRB, 2022).

André de Carvalho Ramos (2020, p. 520) acrescenta que o Brasil “celebrou todos os mais relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos”, incluindo aí o reconhecimento da jurisdição do Tribunal Penal Internacional e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Salienta-se que, após o reconhecimento desta última, não seria mais possível uma interpretação dos direitos humanos que não correspondesse com a visão universalista, pois, uma interpretação doméstica poderia vir a ser questionada perante a Corte ou a outros órgãos internacionais.

No que tange ao instituto da responsabilidade internacional, Valério de Oliveira Mazzuoli (2018, p. 46), leciona que as suas duas principais finalidades são a preventiva – que visa coagir o Estados a não deixar de cumprir com seus compromissos internacionais – e a repressiva – que busca uma justa e devida reparação, pecuniária ou de outra natureza, ao indivíduo prejudicado por um ato ilícito do Estado. Não esquecendo que, apesar de secundária, possui importância a finalidade de imposição de limites na atuação dos Estados, visando impedir-lhes de atuar de forma leviana ou de modo a desequilibrar as relações entre os demais.

Mazzuoli (2018, p. 53) prossegue afirmando que, no sistema interamericano de direitos humanos, os Estados signatários da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, que violarem direitos humanos, estarão sob a jurisdição da Corte Interamericana. Para tanto, basta que o direito do cidadão tenha sido violado no âmbito jurisdicional de um Estado-parte; ou seja, o sistema interamericano de direitos humanos conta com um tribunal supranacional com a responsabilidade de processar e julgar os Estados que violem as obrigações internacionais previstas na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos.

No que concerne ao âmbito do sistema das Nações Unidas, Mazzuoli (2018, p. 76) ilustra a progressiva mudança na atuação da Corte Internacional de Justiça (CIJ) em relação a proteção dos direitos humanos. De uma Corte com jurisdição exclusiva para questões entre Estados — como disciplina o § 1º, do artigo 34, do Estatuto da CIJ: “Só os Estados poderão ser partes em questão perante a Corte” —, para uma Corte que vem, ainda que de forma indireta, cada vez mais, se aproximando da proteção dos seres humanos em suas decisões.

Nessa senda, Mazzuoli (2018, p. 77) apresenta dois breves exemplos sobre a gradativa mudança postural da Corte, sendo o primeiro caso concernente ao *LaGrand*, em que houve a execução de dois alemães no estado americano do Arizona. A Corte considerou que a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, dispõe institutos aplicáveis diretamente aos indivíduos, sendo assim, genuínas deliberações sobre direitos humanos – no caso em tela, considerou-se que os Estados Unidos falharam ao não conceder, aos estrangeiros, o direito de acesso ao Consulado do seu país de origem.

O segundo exemplo diz respeito ao caso *Ahmadou Sadio Diallo*, no qual Mazzuoli (2018, p. 77) acredita ser o primeiro em que a CIJ analisou disposições de tratados de direitos humanos para atestar a violação das prerrogativas existenciais de uma pessoa por um Estado. A Corte condenou a República Democrática do Congo por violar direitos pessoais e direitos de acionistas – como expropriação de bens e valores mobiliários – ao prender e expulsar um cidadão da República da Guiné, sem que fosse permitida assistência consular; este ato foi responsável por violar as garantias previstas na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, bem como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966.

Por outro prisma, a circularidade entre a ordem internacional e a soberania nacional fica ainda mais evidente quando Vinicius Santana Melo (2019), ao desenvolver o seu pensamento sobre a temática da liberdade de expressão, realiza um apanhado histórico das positivações desse direito – desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, passando pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, até chegar à Constituição brasileira de 1988. O autor apresenta o posicionamento jurisprudencial brasileiro de acordo com o que estabelece a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Na linha de raciocínio esposada (2017, p. 11), o autor destaca a tese do ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, o qual, em seu voto denegatório ao *Habeas Corpus* nº 82424 – interposto pelo livreiro Siegfried Ellwanger Casten, condenando pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) em razão de sua editora ter publicado obras com conteúdo antisemita – empregou o juízo de proporcionalidade para sobrepor a dignidade da pessoa humana perante o direito fundamental à liberdade de expressão. Efetivou-se, *in casu*, o compromisso internacional de alocação da dignidade humana como paradigma e referencial ético.

Nesse diapasão, percebe-se pela linha presentemente aduzida que há uma completa circularidade entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, posto que a única diferença concernente às tipologias jurídicas, em tela, são o órgão responsável pela gênese de cada uma. Dessa maneira, a aplicabilidade de um âmbito mais protetivo dos sujeitos de direito passa pela necessidade de observar os dois ditames aqui sopesados.

2.1.2 Eficácia jurídica e efetividade dos direitos fundamentais no Brasil

Por oportuno introito, se faz necessário esclarecer ao leitor a existência de uma consciência geral de que não existe mais a concepção de que os direitos fundamentais estão limitados à clássica função de direitos de defesa contra os arbítrios estatais, mas, que, *a contrario sensu*, há uma multifuncionalidade nesses direitos. Essa diversidade de funções acarreta numa variedade de classificações, as quais têm relevância prática para a compreensão deste tópico.

Nesse contexto, tendo em vista a sua importância para a teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, sobretudo, para a questão da sua eficácia jurídica – além de atualmente ser disposta como parâmetro para diferentes classificações dos direitos fundamentais –, se faz necessária uma sucinta exposição da teoria dos quatro *status*, formulada pelo jurista alemão George Jellinek.

Marconi Araní Mélo Filho (2006, p. 44-46) discorre que Jellinek teorizou a ideia de que entre o indivíduo e o Estado existiriam diversas categorias de relações, as quais este denominou de *status* – deste modo, o indivíduo seria qualificado, em cada categoria, a partir de sua situação jurídica perante o Poder Público. Tal perspectiva estabeleceria conjuntos de direitos – acompanhados dos respectivos deveres correlatos – do indivíduo ante o Estado, bem como, deste perante aquele.

Para Jellinek, os quatro *status* do homem em sua relação com o Poder Público seriam (i) passivo, (ii) negativo, (iii) positivo e (iv) ativo. Visando estabelecer cada espécie de forma fluida para o leitor, focar-se-á neste momento à correta explicação de cada uma delas.

No *status* passivo e/ou *status subjectionis*, o indivíduo tem os seus deveres acentuados para com o Estado em razão de sua situação de subordinação aos poderes públicos, os quais têm poderes para subjugar-lo através de mandamentos e proibições. Noutras palavras, nessa categoria, o indivíduo encontra-se obrigado ao cumprimento dos deveres impostos pelo Estado, sendo, assim, um mero detentor de deveres, não havendo que se falar em direitos.

Seguidamente, no *status* negativo e/ou *status negativus/libertatis*, o poder de imposição do Estado é limitado pela esfera de liberdade do indivíduo dotado de personalidade; assim, o homem se apresenta livre para agir, ou não, sem qualquer tipo de imposição de obrigação ou proibição pelo Estado. Nessa espécie, o estado fático da liberdade é juridicamente protegido e quaisquer pretensões estatais devem ser juridicamente fundadas.

O terceiro *status* definido por Jellinek foi o *status* positivo e/ou *status positivus/civitatis*, que é apresentado como a complementação do *status* negativo, tendo em vista que, aqui, é assegurada ao indivíduo a possibilidade de demandar ações positivas do Estado. É nessa categoria que se encontram os direitos prestacionais e

os direitos sociais, os quais igualmente podem ser cunhados como prestacionais sociais.

O quarto e último *status* foi o *status* ativo e/ou *status activus*, no qual é conferido ao indivíduo o direito de participação na vontade estatal; *in casu*, o indivíduo se encontra em posição de atuar como influenciador das decisões políticas do Estado. Nessa categoria se encontra, por exemplo, o exercício dos direitos políticos, como o direito ao voto – trata-se do ápice da linha ascendente apresentada pela teoria de Jellinek, na qual o indivíduo sai da total submissão até atingir a participação no Estado.

Não obstante, se faz necessário abordar, também, a classificação das funções dos direitos fundamentais apresentada tanto por Robert Alexy (2015, p. 196), quanto por José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 407), os quais, possuindo matriz na teoria do *status* George Jellinek, classificam os direitos fundamentais entre os que estão na condição de direitos de defesa – reputados como direitos de liberdade – e os que são tidos como direitos a prestações – ou de direitos cívicos.

Os direitos fundamentais de defesa – que dentro da teoria de Jellinek podem ser classificados como *status negativus* ou *libertatis* – são os clássicos direitos consagrados pelas revoluções liberais do século XVIII, os quais se caracterizam por impor o dever de abstenção do Estado perante a liberdade, a propriedade e a intimidade dos indivíduos. Essa natureza negativa possui como objetivo limitar o Poder Público, de modo que a sua intervenção é permitida apenas em situações excepcionais, em que se encontre o atendimento prévio de normas e requisitos já estabelecidos – dessa forma, não há que se falar em dever de abstenção absoluto.

José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p 408) observa um duplo aspecto da função de defesa dos direitos fundamentais. Nesse diapasão, no plano jurídico-objetivo, se apresentam como normas de competência negativa para o Estado, proibindo a sua ingerência na esfera individual, ao passo que, no plano jurídico-subjetivo, implementam o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais – competência positiva dos indivíduos – e de exigir omissões do Poder Público contra agressões lesivas por parte deste – competência negativa.

Nesse sentido, salienta-se algumas das principais repercussões, apresentadas por Robert Alexy (2015, p. 196), quanto à função de defesa dos direitos fundamentais;

primeiramente, são os “direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito”. Nessa linha, o Poder Público não poderia criar pressupostos excessivamente onerosos para que os indivíduos exercessem uma profissão, bem como, de igual forma, não poderia intervir no livre exercício de manifestação religiosa ou artística.

Em seguida, estão os direitos “a que o Estado não afete determinadas características ou situações do titular do direito” (ALEXY, 2015, p. 196), motivo pelo qual os direitos de defesa resguardam os bens jurídicos de violações do Estado. O Poder Público, *in casu*, está vedado, por exemplo, de executar atos que subalternem o bem jurídico da vida, e/ou, até mesmo, de violar a privacidade do indivíduo sem o devido procedimento legal.

Robert Alexy (2015, p.196) conclui o raciocínio com os direitos “a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito”. Em outras palavras, são os direitos fundamentais de defesa a que o Poder Público não derogue determinadas normas – a exemplo da proibição de o Estado extinguir o direito de propriedade de um indivíduo que a adquiriu em conformidade com as normas vigentes.

Enquanto os direitos fundamentais de defesa têm a característica de abstenção estatal visando a manutenção do *status quo* do indivíduo, os direitos fundamentais a prestações – que dentro da teoria de Jellinek podem ser classificados como *status positivus* ou *civitatis* – exigem que o Poder Público tenha uma conduta positiva dirigida à atenuação das desigualdades sociais. Em outros termos, os direitos de defesa são vislumbrados como uma proteção dos sujeitos perante a ilegítima intervenção estatal, ao passo que os direitos fundamentais a prestações vislumbram a atuação do Estado na defesa dos indivíduos perante suas necessidades.

Nesta senda, os direitos fundamentais a prestações – que na relação jurídica entre Estado e indivíduo, corresponde a um direito prestacional equivalente a uma obrigação de dar ou de fazer – relacionam-se com os direitos fundamentais de segunda dimensão e apontam para a evolução do Estado liberal para o Social. Trata-se de viés muito importante à promoção da igualdade material em determinado contexto territorial.

Nesse limiar, ressalte-se a lição de Marcelo Rabello Pinheiro (2008, p. 25), para quem não há uma inteligível correlação entre as categorias de direitos fundamentais, “de modo que um direito de defesa pode ter também uma conotação positiva, assim como um direito à prestação também pode assumir uma dimensão negativa”. O autor exemplifica com o direito à moradia, o qual tem uma acepção positiva – na medida que impõe ao Poder Público ações de satisfação das necessidades materiais relacionadas à habitação – bem como, o mesmo direito prevê uma via negativa – ao proteger o titular do direito em relação a eventuais agressões do Estado e/ou de particulares.

Por derradeiro, não se pode desconsiderar a classificação dos direitos fundamentais em razão com a sua forma de posituação. É o que Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 268) ilustra como “a íntima conexão entre a técnica de posituação e a eficácia jurídica da norma definidora de direito fundamental.”. Para o autor, a eficácia terá um valor diverso quando a norma tiver, por exemplo, natureza programática – de cunho impositivo –, em relação à norma em que a natureza de sua posituação, permita, de antemão, o reconhecimento do direito subjetivo ao titular do direito fundamental.

Nesta senda, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 474-475) discorre que os direitos fundamentais sociais podem ser positivados em quatro categorias, quais sejam (i) normas programáticas, (ii) normas de organização, (iii) normas de garantias institucionais e (iv) normas de direitos subjetivos públicos.

Os direitos fundamentais positivados como normas pragmáticas são aqueles que consagram os direitos sociais, econômicos e culturais; segundo Canotilho (2003), nestas estão condensados os princípios, de conteúdo eminentemente social, definidores dos fins do Estado. A sua relevância estaria vinculada ao fim de pressionar politicamente os órgãos competentes, contudo, “através das normas pragmáticas pode obter-se o fundamento constitucional da regulamentação das prestações sociais.” (CANOTILHO, 2003, p. 475)

Os direitos fundamentais positivados como normas de organização, estão na mesma linha de normas de instrumentalização jurídica dos direitos sociais – essas normas constitucionais organizatórias, além de servirem à atribuição da competência, impõem ao legislador a realização de determinados direitos sociais. Canotilho (2003) emenda que essa imposição constitucional de realização de “medidas tendentes à

prossecução do bem-estar do povo, à sua segurança econômica e social, abrir-se-ia o caminho para as regulamentações legais dos direitos sociais”.

A terceira possibilidade de positivação dos direitos fundamentais apresentada é a dos direitos fundamentais como normas de garantias institucionais. Essa positivação traduz-se como uma imposição direcionada ao legislador, constringendo-o, de um lado, “a respeitar a essência da instituição e, por outro lado, a protegê-la tendo em atenção aos dados sociais, econômicos e políticos (ex.: medidas protetoras da família, da saúde pública, da administração local).” (CANOTILHO, 2003, p. 475)

A quarta e última possibilidade de positivação dos direitos fundamentais da classificação proposta *in fine* é a visão de estas normas constituírem-se em direito públicos subjetivos. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho (2003), há uma enorme diferença entre fixar os direitos sociais, econômicos e culturais no âmbito constitucional, com uma dimensão subjetiva, e creditá-los como singelas premissas constitucionais, com direitos reflexos aos cidadãos.

É importante ressaltar que não está relacionada a proposta deste trabalho adentrar na ampla gama das posições teóricas que poderiam ser consideradas a respeito das técnicas de positivação das normas constitucionais, contudo, se faz oportuno apresentar a sistematização paradigmática conceituada pelo atual ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso. Este estabelece (2006, p. 89-118) que as normas constitucionais são positivadas como (i) normas constitucionais de organização, (ii) normas constitucionais definidoras de direito e (iii) normas constitucionais programáticas.

Luís Roberto Barroso (2006, p. 89) esclarece que o objetivo visado com a proposta não é a de criar uma classificação inédita, mas, sobretudo, organizar as teorias já existentes, em função de seu conteúdo e finalidade. Assim, objetivando-se “reduzir a discricionariedade dos poderes públicos na aplicação da Lei Fundamental e propiciar um critério mais científico à interpretação constitucional pelo Judiciário”, especialmente no que se refere as omissões dos Poderes Executivo e Legislativo.

A primeira categoria apresentada na classificação de Barroso é a das normas constitucionais de organização, também referidas como normas de estrutura ou de competência. Para o autor, trata-se de uma categoria de regras, com estrutura normativa própria, que se destina “à ordenação dos poderes estatais, à criação e

estruturação de entidades e órgãos públicos, à distribuição de suas atribuições, bem como à identificação e aplicação de outros atos normativos.” (BARROSO, 2006, p. 91).

A título de exemplo — não exaustivo — das normas constitucionais de organização, tem-se na Carta Constitucional de 1988 o artigo 1º, que define a forma de Estado e de governo; o artigo 2º, que veicula a divisão orgânica do poder; o artigo 76, que anuncia o sistema de governo; o artigo 49, que define competências aos órgãos constitucionais; os artigos que criam órgãos públicos como o 44 e 92; bem como, os artigos que estabelecem as normas processuais ou procedimentais de revisão da própria Lei Maior, como o artigo 60, § 4º, I. (BRASIL, 2022)

A segunda classificação é a que categoriza as normas constitucionais definidoras de direitos. Nesse sentido, Barroso (2006, p. 95) agrupa os direitos fundamentais em quatro grupos repartidos, quais sejam (i) direitos políticos, que abrangem, por exemplo, os direitos de nacionalidade e de cidadania; (ii) direitos individuais, que impõem, em essência, deveres de abstenção aos órgãos públicos, visando a preservação da iniciativa e autonomia dos particulares; (iii) direitos sociais, que se vinculam aos deveres de prestações positivas por parte do Estado, visando a neutralização de distorções econômicas geradas pela sociedade; (iv) e os direitos difusos, que se caracterizam pela indivisibilidade de seu objeto e por pertencerem a uma série indeterminada de sujeitos.

É nessa categoria que se encontram os direitos subjetivos públicos, ou seja, os direitos que conferem o poder de ação, assentados nos direitos objetivos e com destinação a satisfação de interesses. Esses direitos cumprem com os requisitos cumulados de corresponderem a um dever do Estado; são violáveis, na medida que existe a possibilidade de descumprimento Estatal e/ou por particulares; e a ordem jurídica dispõe, ao seu titular, a possibilidade de se utilizar do mecanismo da ação judicial para exigir-lhe o cumprimento.

A terceira e última categoria da classificação elaborada por Luís Roberto Barroso (2006, p. 113), é a das normas constitucionais programáticas; para o autor, são as normas que têm o condão de estabelecer determinados princípios e/ou fixar programas de ação para o Poder Público. Nesse sentido, a Constituição de 1988, tem como exemplos, os artigos 170, III, no qual estabelece a função social da propriedade; bem como, o artigo 193, o qual consagra que “a ordem social tem como

base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (BRASIL, 2022).

Noutro giro, faz-se necessário traçar alguns pontos sobre a aplicabilidade das normas jurídicas constitucionais, bem como tecer considerações sobre o conceito e a dimensão da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, tal como a Constituição Federal de 1988 consagrou em seu artigo 5º, § 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p. 95) discorrem que a norma constitucional supracitada prescreve, em primeiro lugar, a vinculação de todas as autoridades do Estado aos direitos fundamentais. De modo que, nem o Poder Legislativo, sob o pretexto da detenção da competência e legitimidade democrática para criar normas gerais, poderia restringir um direito fundamental de forma não permitida pela própria Carta Constitucional.

Em segundo lugar, os autores explicitam que a referida norma estipula que os titulares dos direitos fundamentais não necessitam esperar qualquer tipo de autorização, concretização e/ou determinação estatal para poder exercer os seus direitos fundamentais. Em outras palavras, o que o mandamento constitucional deixa claro é que “os direitos fundamentais não são simples declarações políticas ou programas de ação do poder público e tampouco podem ser vistos como normas de eficácia limitada ou diferida.” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 95 e 96)

Nessa toada, Eros Roberto Grau (2015, p. 311) reverencia o enunciado constitucional e defende que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicabilidade direta e imediata, incluindo-se aquelas consideradas como normas programáticas, de modo que não se necessitaria de concretização legislativa para que os direitos subjetivos nelas consagrados se tornem desfrutáveis. Para o autor, “dizer que um direito é imediatamente aplicável é afirmar que o preceito no qual inscrito é autossuficiente”; ou seja, tal preceito independe de qualquer ato administrativo ou legislativo que anteceda a decisão na qual se perfaça a sua efetividade.

Ainda na mesma linha (2015, p. 312), prossegue afirmando que a aplicação dos direitos e garantias fundamentais pressupõe uma tomada de decisão pela sua

efetividade, e que o aplicador último do Direito, é o Poder Judiciário – deste modo, caso o Poder Legislativo, a Administração Pública, ou mesmo um particular, se negue a aplicá-lo, é este Poder quem deve ser acionado para realizar a sua correta aplicação. Assim, ao Poder Judiciário, cabe conferir efetividade imediata ao preceito, bem como, inovar o ordenamento jurídico para suprir eventuais lacunas que obstaculizem a sua exequibilidade imediata.

Nesse diapasão, o Poder Judiciário estaria mais bem adequado para ser a instância estatal de satisfação dos direitos e garantias fundamentais, motivo pelo qual Geovane Peixoto (2013, p. 152) acrescenta que “aguardar hoje que o Poder Legislativo consiga antecipar e salvaguardar todos os direitos fundamentais, como se esses habitassem as preocupações cotidianas dos parlamentos, é demasiadamente perigoso”. Para o autor, a agenda dos parlamentares é voltada, na maior parte do tempo, a satisfazer os interesses imediatos dos seus eleitores.

Quanto à controvérsia doutrinária de se o dispositivo constitucional – sobre a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias constitucionais – se aplicaria a todos os direitos fundamentais ou se restringiria aos direitos individuais e coletivos previstos no artigo 5º, recorre-se ao entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 270-271) para quem o sentido do § 1º não seria restritivo. Para o autor, a interpretação literal da norma abrange todo o Título II da Constituição, cuja epígrafe “Dos direitos e garantias fundamentais” é consoante com o dispositivo analisado. (BRASIL, 1988)

Dimoulis e Martins (2014, p. 97) fazem, ainda, uma relevante observação ao apontar a necessidade de atenção para que não se confunda duas circunstâncias juridicamente distintas; se, por um lado, há o ditame constitucional da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, na qual se concebe uma vinculação direta e plena do sujeito passivo dos direitos e garantias, por outro lado, há a questão das condições impostas para a sua plena realização. Desse modo, enquanto o destinatário passivo deve acatar, de imediato, o mandamento constitucional e implementar o direito diretamente aplicável, o titular do direito, com frequência, não pode exercê-lo no mesmo instante.

Nessa vereda, Sarlet (2015, p. 283) ilustra que não se questiona a plena eficácia dos direitos de defesa – constituídos sobretudo pelos direitos de liberdade e de igualdade, direitos políticos, garantias institucionais e posições jurídicas

fundamentais em geral – os quais, majoritariamente, reclamam uma atitude de abstenção, tanto dos Poderes Públicos, quanto de particulares, tendo em vista que a proteção destes direitos não depende da realização de prestações fáticas ou normativas. Assim, essas normas sustentam a clássica concepção de normas autoexecutáveis, sendo, assim, garantida a sua completa justiciabilidade, na aceção de sua reivindicação em Juízo.

Abre-se parênteses à preleção de Ana Paula de Barcellos (2011, p. 43) de que, ainda que apresentem peculiaridades que as diferenciem dentro do sistema, as normas constitucionais fundamentais são normas jurídicas, motivo pelo qual a sua eficácia jurídica viabiliza a concepção de um direito subjetivo para que os indivíduos que se beneficiariam com a realização dos efeitos da norma e não se beneficiaram, possam “exigir judicialmente que os referidos efeitos se produzam e que as condutas necessárias para realiza-los sejam levadas a cabo”.

Ingo Sarlet (2015, p. 288-290) progride e afirma que o entendimento é diverso no que diz respeito aos direitos fundamentais a prestações – em que se encontram os direitos sociais, econômicos e culturais –, que têm por objeto a necessidade de uma atitude positiva pelo seu destinatário, consistente, em regra, numa prestação de natureza fática ou normativa. O autor ressalta que as controvérsias mais acirradas acerca de sua aplicabilidade, eficácia e/ou efetividade, se encontram, justamente, em respeito a forma mediante a qual esses direitos costumam ser positivados (habitualmente como normas definidoras de objetivos ou obrigações do Estado).

Isto é, ao contrário da maior parte dos direitos de defesa, os direitos prestacionais tendem a ser positivados de forma vaga e aberta – com a necessidade de uma materialização legislativa –, muitas vezes, em razão de sua dependência de circunstâncias de natureza socioeconômica. Além de não ser permitido desconsiderar o obstáculo que se apresenta para a definição do próprio objeto da prestação, com o grau de precisão necessário ao nível constitucional, Sarlet (2015, p. 298) aponta que essa indeterminabilidade acaba por implicar na dificuldade de se verificar uma possível violação da norma constitucional.

Contudo, considerando que foge a proposta deste trabalho esmiuçar as implicações relacionadas aos direitos fundamentais prestacionais, bem como diante de todo o exposto, conclui-se este tópico com a observação de Leonardo Martins (2017, p. 673) para quem é incompreensível que parte da doutrina ainda advogue pela tese

de tripartição das eficácias das normas de direitos fundamentais, segundo a qual, as normas seriam classificadas em normas de eficácia plena, contida ou limitada.

Para Martins (2017, p. 673) “a afirmação do vínculo direto e imediato de todos os órgãos dos três poderes constituídos apenas pode ocorrer, caso sejam entendidas todas as normas definidoras de direitos fundamentais como dotadas de uma eficácia não mitigável”; assim, o imperativo decorrente do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988, representa a negação explícita ao caráter de normas meramente programáticas que historicamente se deu aos direitos fundamentais. De modo que após a promulgação do dispositivo constitucional em comento, a classificação tripartite deveria ser descartada por falta de vigência.

2.2 CARATER RESTRITIVO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A despeito da existência de uma ampla e profícua controvérsia acerca do caráter incondicional de determinados direitos fundamentais – como o paradigmático exemplo do direito a não ser torturado –, ao se considerar tudo quanto fora exposto até aqui, a assertiva de que os direitos fundamentais não são absolutos soa tão natural quanto lógica. Nessa linha de que, em algum momento, se faz necessário limitar os direitos e/ou as liberdades humanas para viabilizar a coexistência dos indivíduos, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 29, § 2º, já manifestava que:

No exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.

Não é diferente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se não, veja-se:

PROCESSO PENAL. PRISÃO CAUTELAR. EXCESSO DE PRAZO. CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DE CONDUTA. VALORAÇÃO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE EM HABEAS CORPUS. [...] **6. Na contemporaneidade, não se reconhece a presença**

de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa. [...].

(STF - HC: 93250 MS, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 10/06/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-117 DIVULG XXXXX-06-2008 PUBLIC XXXXX-06-2008 EMENT VOL-02325-04 PP-00644)

No mesmo sentido:

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PODERES DE INVESTIGAÇÃO (CF, ART. 58, § 3º) - LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS - LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - POSSIBILIDADE DE A CPI ORDENAR, POR AUTORIDADE PRÓPRIA, A QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO - NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO DELIBERATIVO - DELIBERAÇÃO DA CPI QUE, SEM FUNDAMENTAÇÃO, ORDENOU MEDIDAS DE RESTRIÇÃO A DIREITOS - MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. – [...] OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo por que razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. [...].

(STF - MS: 23452 RJ, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 16/09/1999, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ XXXXX-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086)

Entretanto, Virgílio Afonso da Silva (2021, p. 117) diverge ao entender que “a inexistência de direitos absolutos é uma ideia absolutamente equivocada”; para fundamentar a sua conclusão de que há direitos fundamentais absolutos, o autor apresenta como exemplos (i) a vedação da extradição de brasileiro nato, (ii) a garantia da reserva legal e (iii) a garantia da anterioridade da lei penal. Deste modo, não haveria nada que relativizasse o direito de brasileiros natos não serem

extraditados, bem como, ninguém jamais poderia ser punido por um ato que não se considerava como crime no instante de seu cometimento.

Jane Reis Gonçalves Pereira (2018, p. 173) alude, por seu turno, que no plano jurídico-positivo, a ampla gama de direitos consagrados em cartas constitucionais influencia na necessidade de harmonização destes direitos entre si, bem como, com outros bens ou valores protegidos pela ordem jurídica. Para a autora, a preocupação pragmática com a efetividade, impõe a limitação dos direitos fundamentais, motivo pelo qual, em suas palavras, “o absolutismo dos direitos do homem conduziria certamente a uma ampla ineficácia”.

Nesta senda, há uma série de fatores que convergem para que a visão totalitária dos direitos fundamentais seja rechaçada. Para começar, os direitos fundamentais têm como uma de suas características, a universalidade; ou seja, são direitos atribuídos a todas as pessoas.

Deste modo, não há como conceber que o seu gozo seja permanente e simultâneo sem que haja uma ordenação viabilizadora da sua coexistência. A efetividade da titularidade universal dos direitos humanos só é concebível na medida em que se haja uma harmonização, o que implicaria na imposição de limites (PEREIRA, 2018, p. 173).

Um segundo fator é o de que os direitos fundamentais não são constitucionalizados isoladamente, mas sim como um conjunto. Por essa ótica, o seu reconhecimento implica na noção de que estes estão postos num ordenamento complexo e plural, de tal jeito que o seu âmbito de incidência os obriga a serem coordenados com outros bens e direitos constitucionais – esse aspecto, somado ao anterior, confabula com a vocação dos direitos fundamentais em se colidir.

A necessidade de solucionar essas colisões acarreta o estabelecimento de restrições recíprocas em sua aplicação; por exemplo, nas circunstâncias em que, a princípio, dois direitos fundamentais seriam aplicáveis, mas acabaram por se manifestar como antagônicos. Faz-se necessário, aí, a implementação de uma adequação hermenêutica, de modo que um deles ceda, total ou parcialmente, em favor do outro.

Nessa linha, Jane Reis Gonçalves Pereira (2018, p. 174) analisa que não se pode efetivar a proteção dos direitos fundamentais sob a “prevalência absoluta ou incondicionada de alguns, mas com a afirmação da vigência debilitada de todos”.

Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p.145) aponta, noutra linha, que “o aspecto dramático suscitado pelo método do sopesamento” de que seriam admissíveis várias respostas para um mesmo problema não se compatibilizam com as expectativas dos cidadãos que tensionam conhecer o que é o Direito, no sentido de saberem o que é permitido ou proibido em cada caso. Por isso, se faz necessário elaborar uma justificação racional para a metodologia da ponderação, de modo em que se resguarde a própria legitimidade deste tipo de juízo.

De outra parte, Felipe de Melo Fonte (2015, p. 133) explana que a pretensão do constituinte originário pela plena eficácia dos direitos fundamentais, se apresenta quando se analisa que, nas regras do texto constitucional, tais direitos foram postos, inclusive, no rol de cláusulas pétreas. Contudo, há, para o autor uma patologia na prática constitucional, a qual gera prejuízo para todo o sistema quando o Poder Judiciário se confunde na aplicação de princípios e regras e, assim, acaba por violar o conteúdo funcional de cada espécie normativa.

Com efeito, João Paulo Lordelo (2020, p. 310-314) discorre que a insuficiência para a solução de casos concretos através dos critérios positivistas de subsunção, ocasionaram uma série de debates e críticas acerca da própria teoria do positivismo jurídico, destacando-se, assim, o embate entre dois autores fundamentais para a filosofia do Direito, quais sejam: Herbert Lionel Adolphus Hart e Ronald Myles Dworkin.

H. L. A. Hart foi um magistrado britânico, conhecido por seu trabalho no estudo da moral e da filosofia política, que, no pós-Guerra, se tornou o principal defensor da permanência do positivismo jurídico como paradigma teórico, contudo, sob uma forma renovada. Lordelo (2020, p. 311) disserta que as ideias de Hart podem ser sistematizadas em três aspectos, quais sejam (i) a separação entre Direito e moral; (ii) o reconhecimento do caráter convencional do Direito e (iii) a discricionariedade judicial.

A separação entre Direito e moral decorre de que, apesar do reconhecimento da existência de numerosas e significativas ligações entre Direito e moral, para Hart,

essas ligações não seriam necessárias sob os aspectos lógico e conceitual, sendo meras contingências. Mesmo que o próprio Hart defendesse a inclusão de uma série de conteúdos morais mínimos em todo e qualquer ordenamento jurídico, a exemplo das normas instituidoras de propriedade privada e das normas restritivas de violência, a função das leis seria a de preservar a universalidade do fenômeno jurídico e não a satisfação das exigências morais. (LORDELO, 2020, p. 311)

Para Hart, se faria necessário reconhecer o caráter artificial do Direito, de modo que o Direito não passaria de um artifício, de uma convenção. Esse reconhecimento é notabilizado pela característica do Direito de se autorreferenciar, se auto fundamentar. Ou seja, caberia ao próprio ordenamento jurídico, por meio de uma regra de reconhecimento, definir quais seriam as condições de validade jurídica de uma norma. Assim, somente através de critérios estritamente jurídicos é que se tornaria possível a identificação normativa. (LORDELO, 2020, p. 311)

Samuel Sales Fonteles (2019, p. 84) acrescenta que Hebert Hart compreendia que o fundamento do Direito se encontrava na aceitação da regra de reconhecimento por parte de uma comunidade. Esta regra de reconhecimento seria a responsável por indicar quem teria a legitimidade para legislar; deste modo, deveria se perguntar se a lei aplicada, ao caso concreto, fora “elaborada por pessoas reconhecidas como competentes por uma Constituição que, por sua vez, foi aceita pela comunidade?”.

A última característica da sistematização das ideias de H. L. A. Hart, é a da discricionariedade judicial. Segundo João Paulo Lordelo (2020, p. 311), diferentemente dos defensores clássicos do positivismo jurídico, que advogavam pela absoluta completude do sistema judicial, Hart entenderia que o Direito seria parcialmente indeterminado/incompleto, tendo em vista que, em qualquer ordenamento jurídico, haveria casos imprevistos e/ou não expressamente regulados.

Seriam os chamados “*hard cases*”, nos quais, para Hart, o juiz deveria atuar discricionariamente, contudo, através de uma discricionariedade sujeita a limitações jurídicas. Abre-se parênteses, *in casu*, para a manifestação do ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, em sua relatoria sobre o Mandado de Segurança nº 32.326 do Distrito Federal, acerca do que seria um *hard case* ou um caso difícil:

A moderna teoria jurídica tem dividido as questões judiciais, de acordo com o grau de dificuldade que elas abriguem, em casos fáceis e casos difíceis. Casos fáceis são aqueles para os quais existe um resultado explícito no ordenamento jurídico, uma solução pré-pronta, cabendo ao intérprete, tão somente, o papel de fazê-la incidir no caso concreto. Por exemplo: aos 70 anos, o servidor público deve passar compulsoriamente para a inatividade; ou: vendido o imóvel, deve ser pago o respectivo imposto de transmissão. Casos difíceis, ao revés, são aqueles para os quais não existe uma solução pré-pronta no ordenamento jurídico. Para resolver o problema, o juiz terá de elaborar argumentativamente a resposta correta, considerando inúmeras variáveis, algumas delas metajurídicas.

É o que ocorre em situações nas quais exista uma omissão no ordenamento jurídico ou, ao menos, não exista norma expressa (uniões homoafetivas, nepotismo); ou quando existam normas constitucionais aparentemente conflitantes (caso Ellwanger, que contrapunha a liberdade de expressão e a proteção contra o preconceito); ou, ainda, em casos em relação aos quais existam desacordos morais razoáveis, isto é, nos quais pessoas esclarecidas e bem-intencionadas interpretam de maneira oposta o sentido da norma em questão (anencefalia, pesquisas com células-tronco embrionárias). Diante de um caso difícil, os elementos tradicionais de interpretação são insuficientes para resolver o problema e é preciso recorrer a categorias teóricas diferentes, associadas à determinação do núcleo essencial de um princípio, à concordância prática entre normas colidentes ou a ponderação como técnica de determinação da regra final a ser aplicada.

Assim, em oposição às ideias de Hart, há o pensamento de um dos mais influentes juristas do século XX, o estadunidense Ronald Myles Dworkin, que, além de ter sido um dos expoentes dos ideais do liberalismo igualitário, foi sucessor de H. L. A. Hart na cátedra da Universidade de Oxford e, como resposta à publicação de seu antecessor, formulou uma severa crítica a todos os eixos centrais do chamado neopositivismo. (LORDELO, 2020, p. 312)

Frise-se, por oportuno, a instrução sobre o liberalismo igualitário ministrada por Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira (2012, p. 168), no sentido de que esta seria uma vertente diferente do liberalismo tradicional, posto que o era defendido por Ronald Dworkin e John Rawls era a legitimação do Estado de Direito e não um Estado mínimo. Sustentava-se, inclusive, que o princípio da igualdade serviria para assegurar que cada indivíduo possuísse os meios materiais necessários para realização do seu projeto de vida; “o liberalismo igualitário, portanto, justifica medidas redistributivas, que afetem profundamente o status quo socioeconômico, com o objetivo de favorecer os mais pobres”.

Para Samuel Sales Fonteles (2019, p. 148) o liberalismo igualitário é da ordem do liberalismo político, não se confundindo sobremaneira, com o liberalismo econômico.

Deste modo, o liberalismo igualitário se qualifica pela defesa de direitos fundamentais notadamente de primeira dimensão (liberdades públicas) impondo uma abstenção estatal – nessa toada, “é possível coerentemente, fraturar o liberalismo político do liberalismo econômico, para adotar o primeiro e abandonar o segundo”.

Nesse ínterim, a primeira crítica de Dworkin às ideias de Hart, foi sobre a separação entre Direito e moral, de modo que o Direito possuiria uma dimensão prescritiva-justificatória, comprometida com princípios e valores morais; ou seja, haveria uma integridade no Direito, marcada pela coexistência de princípios e regras, sendo que os princípios possuiriam um caráter moral e prescreveriam as diretrizes políticas, sociais e econômicas. Assim, de acordo com Lordelo (2020, p. 312), Dworkin propunha que os juristas fossem engajados e comprometidos com uma teoria do direito menos conceitual e mais valorativa.

Em sequência, Dworkin refutou a “regra de reconhecimento” de Hart, afirmando que é na desconsideração da centralidade dos princípios como paradigmas para a razão de decidir, que se consagra o reducionismo do normativismo positivista. Deste modo, ao contrário das regras – que se baseiam na lógica do tudo ou nada –, os princípios, constantemente, entrariam em conflito, não podendo, assim, serem imediatamente identificados ou validados através da aplicação de uma regra de conhecimento. (LORDELO, 2020, p. 313)

Nessa toada, Samuel Sales Fonteles (2019, p. 84) discorre que uma possível crítica ao sistema da regra de reconhecimento proposto por Hart, seria o sacrifício necessário para esclarecer o que seria indispensável para que a aceitação comunitária dessa regra se configurasse como válida – “quando os oficiais nazistas obedecem às ordens de Hitler, isso significa que eles aceitaram uma regra de reconhecimento que autorizava a Hitler legislar?”. Ou seja, bastaria uma mera obediência para a configuração do aceite dessa regra de reconhecimento?

Para João Paulo Lordelo (2020, p. 313), o principal ponto do debate entre Hart e Dworkin, seria quanto a crítica à discricionariedade judicial. Dworkin acreditava que o juiz não possuía uma legitimidade democrática para criar uma norma, bem como, em razão do princípio da irretroatividade das normas, não poderia aplicar um direito inédito em um caso concreto – por esta feita, diante de um “*hard case*”, Dworkin –

acreditando na existência de uma única resposta correta para cada caso – lecionava que o juiz deveria recorrer aos princípios e/ou ao raciocínio político-moral.

Desta forma, é factível a consideração de que o embate doutrinário entre as ideias neopositivistas de H. L. A. Hart e as orientações, denominadas por muitos como pós-positivistas, de Ronald Dworkin, instigaram que o raciocínio jurídico se voltasse para a distinção normativa – entre regras e princípios – dos direitos fundamentais, como uma forma de justificação racional para a solução de uma série de problemas decorrentes de sua aplicação e/ou restrição.

Robert Alexy (2015, p. 85) corrobora nesse sentido ao lecionar que:

Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito. Com sua ajuda, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento podem ser mais bem esclarecidos. A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.

O próprio Ronald Dworkin (2002, p. 39) foi um dos primeiros autores a afirmar categoricamente que tanto regras quanto princípios representavam modalidades normativas. Segundo o autor, a principal diferença entre estes conceitos seria de natureza lógica, de modo que as regras seriam aplicáveis ao estilo do tudo-ou-nada, tendo como único parâmetro de aplicação o juízo de validade – desta forma, se válida, a norma deverá ser aplicada ao caso concreto; se inválida, não deverá ser utilizada no processo decisório.

Por outro lado, os princípios são aplicados em uma determinada decisão, em acordo com uma lógica de peso ou importância, ou seja, podem influenciar, em maior ou menor grau, na decisão. Dworkin (2002, p. 42) exemplifica que quando os princípios

“se inter cruzam – por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato –, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”.

Aperfeiçoando a distinção elaborada por Ronald Dworkin, Robert Alexy (2015, p. 91) discorre que a diferença entre regras e princípios é da ordem de uma distinção qualitativa. Dessa forma, “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.” (ALEXY, 2015, p. 90)

As regras, por sua vez, caracterizam-se por serem determinações na órbita do fático e juridicamente viável, sendo aplicadas ou afastadas na sua integralidade. “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”. (ALEXY, 2015, p. 91)

Robert Alexy (2015, p. 92) atesta, a partir desta distinção, que o conflito entre regras se soluciona através do critério da validade. Ou seja, a regra pode ser válida ou inválida; se válida, poderá ser aplicada; se inválida, cederá o lugar para a aplicação de uma outra norma, ou, ainda, considerando a introdução de uma cláusula de exceção, terá a sua aplicabilidade afastada no caso concreto em específico. Esse elemento, cláusula de exceção, a mais adicionado por Alexy, na distinção elaborada por Dworkin, acaba por conceber a possibilidade de um conflito entre regras e princípios.

Por outro lado, os princípios podem colidir, motivo pelo qual, desta colisão, um deles deverá ceder em favor do outro, sempre levando em consideração as circunstâncias do caso concreto, que determinará qual deles terá maior peso em detrimento do outro. Isso não significa nem a declaração de invalidade do princípio cedente, nem que sobre ele deva ser aplicada a cláusula de exceção., posto que “na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.” (ALEXY, 2015, p. 93)

Em que pese a validade das críticas brevemente apresentadas, percebe-se que os direitos fundamentais não possuem um caráter absoluto, posto que sua

caracterização em um modelo normativo de regras e princípios possibilita que, de acordo com o caso concreto, seu âmbito de incidência possa ser sopesado. Desta maneira, passa-se a estudar até que ponto a sua incidência pode ser restringida.

2.2.1 Análise procedimental da aplicabilidade restrita dos direitos fundamentais

Por oportuno introito, destaca-se que a doutrina concebe um tratamento diferenciado sobre a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais. Deste modo, é fundamental que a primeira questão a ser enfrentada por este estudo seja sobre o esclarecimento da possibilidade de se arguir se as restrições aos direitos fundamentais são um instituto jurídico legitimamente autônomo, ou se estaria violando a norma todas as vezes em que houvesse qualquer tipo de intervenção no âmbito normativo desses direitos.

Nessa linha, Alexy (2015, p. 277) ilustra que o “o conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e a sua restrição –, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição”. Ou seja, caso a relação entre direito e restrição seja definida desta forma, haveria, aí, em primeiro lugar, o direito não restringido, ou o “direito em si”, e, por conseguinte, haveria, também, aquilo que sobra do direito após o incidente da restrição, que seria o “direito restringido”.

Neste sentido, a divisão doutrinária se perfaz, basicamente, em duas teorias diametralmente opostas, quais sejam (i) a teoria interna e (ii) a teoria externa. Segundo a teoria interna, não existiria uma divisão em que de um lado se encontraria o direito fundamental, e de outro, a restrição a este direito – para esta teoria, haveria, tão somente, a existência do direito fundamental com o seu conteúdo determinado. Ou seja, não haveria uma restrição do direito, mas, apenas, uma limitação conceitual deste. Seria o chamado “limite imanente” do direito fundamental. (ALEXY, 2015, p. 277)

Para Alexy (2015, p. 292-294) a teoria interna estaria profundamente ligada a teoria ampla do suposto de fato. O suposto de fato refere-se aquelas condições fáticas antecipadas nas previsões normativas, sendo, nada mais, nada menos, que a esfera

das relações sociais protegidas pela norma. Ou seja, haveria um espaço protegido pelo direito fundamental, correspondente à realidade abrigada pela norma, quando as condições de fato estivessem realizadas, isto é, o suposto de fato.

Por esta linha, consideram-se como pertencentes ao âmbito normativo – e ao suposto de fato – somente as ações específicas, ou seja, aquelas que não podem, de maneira alguma, serem substituídas, sob pena de sobrepujar o âmbito normativo. Desta forma, mesmo que em uma situação hipotética se apresentem particularidades do suposto de fato – o que em um primeiro momento justificaria a proteção jurídica –, essa situação não seria abarcada pela proteção da norma de direito fundamental, caso ao lado das particularidades apresentadas, sejam vistos outros caracteres que não os característicos do suposto de fato.

Assim, uma cláusula de exceção não seria uma cláusula restritiva, mas, tão somente, uma parte do suposto de fato que estabelece que a conduta *in fine* não se encontra no âmbito de proteção da norma. (ALEXY, 2015, p. 301-305) Portanto, para teoria interna, os direitos fundamentais teriam um conteúdo jurídico predeterminado, de tal forma que toda e qualquer posição jurídica que excedesse os seus limites, não poderia ser considerada como abarcada por tal direito.

No âmbito jurídico, existiria apenas um objeto normativo, posto que o direito fundamental com seus limites materiais, os “limites imanentes”, que não poderiam ser caracterizados como restrições. Ou seja, ao se considerar a restrição como um agente redutor do âmbito de proteção do direito, quando este estivesse devidamente incorporado na norma, não se trataria de restrição, mas, apenas, da definição do espectro normativo do direito.

Robert Alexy (2015, p. 283) acrescenta, ainda, que a ideia de restrição aos direitos fundamentais se encontra profundamente relacionada a qual sistema normativo se opta: o das regras ou o dos princípios. Para a teoria interna, é possível se conceber que há uma conexão com o sistema normativo das regras, tendo em vista que esta teoria estabelece a inexistência de restrições legítimas aos direitos fundamentais. Ou seja, dentro do espectro normativo, as limitações imanentes ajustariam a correspondência com o fato suposto; e, fora deste espectro, configurar-se-ia a violação da norma de direito fundamental.

Quanto a teoria externa das restrições aos direitos fundamentais, Alexy (2015, p. 277) assinala que ela se caracteriza pela distinção: direitos fundamentais de um lado e as restrições destes direitos, de outro. Em outras palavras, seriam duas coisas distintas e separadas, entre as quais, haveria uma relação restritiva. Essa relação de restrição “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”.

Nessa linha, Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 138) agrega e informa que essa diferenciação entre o direito e as suas restrições, não tem absolutamente nada de insignificante, apesar de sua aparência de mero filigrana teórico, de modo que produzem enormes consequências práticas e teóricas. Para o autor, “boa parte daquilo que doutrina e jurisprudência muitas vezes tomam como dado é, na verdade, produto dessa simples divisão teórica entre o direito em si e suas restrições”.

Segundo o supracitado autor, uma das principais consequências dessa distinção foi a possibilidade de se poder alcançar o sopesamento como método para solução de conflitos entre os direitos fundamentais, sem esquecer da regra de proporcionalidade, com suas três sub-regras – adequação, necessidade e proporcionalidade em *strictu sensu*. E isso só pode ocorrer graças ao advento paradigmático da teoria externa – que entende que, independentemente de qual seja a sua natureza, as restrições não têm qualquer espécie de influência no conteúdo do direito, podendo apenas, restringir o seu exercício em um caso concreto.

Nesse passo, Virgílio Afonso da Silva (2018, p. 139) prossegue e complementa que é com a teoria externa que se pode sustentar que “em uma colisão entre princípios, o princípio que tem de ceder em favor de outro não tem afetadas sua validade, e sobretudo, sua extensão *prima facie*”. Para o autor, a desatenção a essa aparentemente simples distinção, pode ser uma fonte profícua para algumas incompreensões teóricas.

Ricardo Lobo Torres (2008, p. 317) corrobora ao afirmar que a teoria externa estaria ligada a ideia da vinculação dos direitos fundamentais ao modelo normativo dos princípios, de tal modo, que os direitos fundamentais seriam “restringíveis por intervenções exteriores ao seu conteúdo essencial”. Para o autor, essas restrições seriam realizadas em dois modelos distintos: as restrições diretamente constitucionais e as restrições indiretamente constitucionais. As primeiras seriam

enunciadas em normas constitucionais, e as segundas, seriam aquelas em que a sua imposição estaria autorizada pela Constituição, sendo expressas explicitamente em cláusulas de reserva.

Sobre as restrições indiretamente constitucionais, Taciana Orlovicin Gonçalves Pita (2018) discorre que “são aquelas operadas pelos poderes constituídos com fundamento expreso ou implícito na Constituição”. Deste modo, as reservas legais não poderiam ser consideradas como restrições, sendo que, “apenas fundamentam a possibilidade jurídica das restrições”.

Para a Taciana Pita (2018), as cláusulas de reservas podem ser classificadas como: (i) explícitas simples, quando autorizam expressamente intervenções/restrições; (ii) como qualificadas, quando estabelecem uma limitação ao conteúdo da restrição; (iii) ou, ainda, como reservas implícitas, quando ocorre a referência a leis ordinárias.

A título de exemplo de cláusula de reserva explícita simples, na Constituição Federal de 1988 temos:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disto nesta Constituição.

[...]

§4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre malefícios decorrentes de seu uso.

Como exemplo de cláusula de reserva qualificada, a Lei maior de 1988 estabelece:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Por fim, como exemplo de cláusula de reserva implícita, a Carta Política de 1988 dispõe:

Art. 7º São direito dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.

Para Gilmar Ferreira Mendes (2012, p. 43) a Lei maior de 1988, consagrou o modelo de restrições diretamente constitucionais. Nesse sentido, a Constituição estabelece, a título de exemplos, no seu artigo 5º, os incisos: XIII, que reconhece o “livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, *atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”; XV, em que se assegura a livre locomoção em todo o “território nacional *em tempo de paz*, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”; e XVII, que garante “a liberdade de associação *para fins lícitos*”. (BRASIL, CFRB, 2022)

Gilmar Mendes (2012, p. 43-44) leciona, ainda, que os direitos fundamentais deverão ser concebidos, primordialmente, como princípios. Contudo, o autor discorre que a resposta para o questionamento sobre qual teoria deverá prevalecer, dependerá, fundamentalmente, sobre qual é o entendimento que se tem a respeito dos direitos fundamentais. Em suas palavras:

Se se considerar que os direitos individuais consagram posições definitivas (Regras: *Regel*), então é inevitável a aplicação da teoria interna. Ao contrário, se se entender que eles definem apenas posições *prima facie* (*prima facie Positionen*: princípios), então há de se considerar correta a teoria externa.

Deste modo, a partir do momento em que se entende que a Carta de 1988 abrigou os direitos fundamentais como elementos de um sistema normativo de regras e princípios, entende-se que a teoria externa é a que melhor se adequa a efetiva

possibilidade de se restringir esses direitos. De sorte, que se os direitos fundamentais, como ocorre em grande parte dos casos, produzem posições jurídicas *prima facie*, de modo que se sujeitam à ponderação de bens, princípios e valores visando a concreta identificação dos direitos, é porque a sua esfera normativa se demonstra maleável e sujeita a restrições.

Nessa toada, destaca-se a preleção de Konrad Hesse (2009, p. 255) para quem a limitação dos direitos fundamentais diz respeito à necessidade de se coordenar, mutuamente, as condições de vida que os direitos fundamentais garantem, tanto com estas próprias condições de vida, quanto com os bens jurídicos que são essenciais para a vida da coletividade. Para o autor, a “limitação dos direitos fundamentais é, fundamentalmente, produção de concordância prática”. Ou seja, os direitos fundamentais não são absolutos e, quer sejam de defesa, quer sejam prestacionais, só podem conviver harmonicamente em um sistema constitucional que admita a possibilidade de sua restrição.

Nesse diapasão, os direitos fundamentais correspondem a direitos subjetivos *prima facie*, e, nessa toada, o seu conteúdo poderá se conflitar com outros direitos e/ou bens jurídicos, de modo que, em determinadas situações, será necessária a intervenção estatal, a fim de realizar a restrição do âmbito normativo deste direito fundamental vislumbrando a sua adequação aos interesses externos em conflito.

Contudo, em muitos casos, a intervenção dos poderes públicos se mostra excessivamente severa, restringido posições jurídicas dos titulares dos direitos fundamentais. Desta forma, de modo a evitar que abusos sejam cometidos na atividade restritiva, se torna essencial que o seu controle seja efetuado por meio de uma argumentação racional, bem como, da submissão destas restrições aos limites impostos pela própria Carta Constitucional.

3 A (IN)EXISTÊNCIA DE CONFLITO NORMATIVO ABSTRATO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19

No final do ano de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) foi alertada que na província de Hubei, na China, estavam sendo contabilizados altíssimos índices de casos graves de pneumonia, decorrentes de uma nova tipologia de coronavírus, que até então, não possuía qualquer tipo de registro de contaminação em seres humanos. Inicialmente, o vírus recebeu a identificação de 2019-nCoV, sendo posteriormente rebatizado como SARS-CoV-2 (do inglês *Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus*). (CAETANO et al., 2020; AIRES et al., 2021)

Em 30 de janeiro de 2020, com o aumento exponencial de casos de contaminação e de óbitos – proliferados do território chinês para os mais diversos países – a Organização Mundial da Saúde foi levada a declarar que o surto do novo coronavírus se constituía em uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII). Tal emergência, condiz ao mais alto nível de alerta dentre todos os previstos no Regulamento Sanitário Internacional. (CAETANO et al., 2020)

O Estado brasileiro começou a tomar as primeiras providências logo após a decretação de Emergência de Saúde Pública pela Organização Mundial da Saúde, e no início do mês de fevereiro, por meio da Portaria nº 188, o Ministério da Saúde decretou o estado de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), tendo, em sequência, publicado, em 13 de fevereiro de 2020, o Plano de Contingência Nacional para a Covid-19. (CAETANO et al., 2020)

Ressaltasse que a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional está vinculada a situações em que se requer a urgência no emprego das medidas para prevenção, controle e contenção dos riscos, danos e agravos à saúde pública, em circunstâncias tipificadas como epidemiológicas, desastres ou de desassistência à população. Em uma pandemia é fundamental o reconhecimento do risco para a devida identificação das ameaças e vulnerabilidades, bem como, quais serão os recursos disponíveis para o manejo da exposição populacional no território afetado, de modo que a resposta mais eficiente e eficaz seja desenvolvida. (MARTNS et al., 2021)

Em 26 de fevereiro de 2020, fora registrado na cidade de São Paulo, o primeiro caso da Covid-19 (doença decorrente da infecção causada pelo vírus SARS-Cov-2) no território brasileiro. Sendo que, em apenas 17 dias, o país chegou ao seu centésimo registro, tendo contabilizado, uma semana após este, a marca do milésimo caso. A marca dos 10 mil casos fora alcançada em mais 14 dias. Nesta senda, em 11 de março de 2020, a Covid-19 recebeu - em razão de sua distribuição geográfica ter se expandido por 113 países, e em todas as regiões do mundo - a caracterização de pandemia. (CAETANO et al., 2020; AIRES et al., 2021; ROCHA et al., 2021)

Cumprе salientar que para ser caracterizada como pandemia, é necessário que uma doença infecciosa afete populações de uma grande quantidade de países e em variadas regiões do mundo, mesmo que isso aconteça de diferentes maneiras, como foi o caso da Covid-19. Acaso, estes países, não tenham a devida preparação para lidar com o controle necessário para evitar a disseminação do vírus, como efeitos, pode-se resultar em uma acentuada interrupção de todo o funcionamento da sociedade, bem como, exceder a sua capacidade na utilização de seus próprios recursos, transformando a pandemia em um desastre. (ROCHA et al., 2021)

No momento em que a Organização Mundial da Saúde decretou a pandemia, os registros mundiais eram da ordem de 118 mil casos, com mais de 4 mil óbitos. Desta forma, a Covid-19 passou a ser considerada como a mais severa síndrome respiratória viral desde 1918, quando houve a decretação de pandemia de influenza causada pelo vírus H1N1. (ROCHA et al., 2021; CAETANO et al., 2020; AIRES et al., 2021)

Podendo provocar doença respiratória aguda e grave, o SARS-Cov-2, agente etiológico da Covid-19, é transmitido de forma extremamente eficaz entre seres humanos. Sua transmissão ocorre, principalmente, por meio de gotículas respiratórias, podendo se realizar, também, através do contato dos indivíduos com objetos ou superfícies contaminadas. (PLANO..., 2020)

A Covid-19 tem o seu grau de gravidade clínica associado a fatores como a idade avançada e/ou a presença de comorbidades. Neste sentido, cerca de 80% dos indivíduos contaminados apresentam a doença em sua forma leve, com infecções assintomáticas; enquanto, em 20% dos casos, há a possibilidade de evolução para um quadro grave, ao qual se requer atendimento hospitalar por apresentação de dificuldade respiratória. O quadro mais crítico da Covid-19, se apresenta em 5% dos

casos e leva à necessidade de suporte ventilatório, podendo, inclusive, levar a óbito. (JESUS et al., 2021; PLANO..., 2020)

A confirmação do primeiro caso de Covid-19, no Estado da Bahia, aconteceu no dia 6 de março de 2020, na cidade de Feira de Santana. Neste mesmo mês de março, houve a declaração da contaminação comunitária, não só no Estado da Bahia, como em todo o território brasileiro. Até o último dia do mês março de 2020, foram confirmados, em todo o país, 5.717 casos de contaminação, com 201 óbitos. A região Nordeste concentrou 15,3% (875) dos casos registrados no Brasil, sendo superada, em número de casos, apenas pela região Sudeste. (ROCHA et al., 2021)

Em 31 de dezembro de 2020, a Secretaria de Saúde do Governo do Estado da Bahia, publicou, através do seu Boletim Epidemiológico COVID-19 de nº 282, que durante todo o ano de 2020 foram confirmados 493.400 casos da Covid-19 em todo o Estado da Bahia – houve registro em todos os 417 municípios baianos – e, desse total, 109.887 casos (22,54%) dizem respeito aos indivíduos residentes na capital, sendo os outros 375.650 casos (77,04%) foram relacionados aos indivíduos residentes no interior do Estado. (ROCHA et al., 2021)

Dentre os principais fatores para a disseminação da Covid-19, está a combinação da mobilidade dos seres humanos com a fase assintomática da doença. A mobilidade pode ser classificada em dois tipos: (i) as de pequena distância, que acontecem dentro do território municipal (ir à escola, ao trabalho, aos eventos sociais, entre outros); e (ii) as de grande distância, que ocorrem entre municípios, estados e países. “Do ponto de vista epidemiológico, a primeira é a principal causa de contágio, enquanto a segunda é a responsável por espalhar a doença a outros lugares”. (MARTINS et al., 2021)

No período de um ano - março de 2020 a março de 2021 -, houve a identificação de dois diferentes momentos (ondas) de enfrentamento a Covid-19. A primeira onda relacionou-se ao período correspondente ao início da epidemia e a sua expansão através da transmissão comunitária. (ROCHA et al., 2021)

Contudo, com a estabilização dos casos após a primeira onda, fora forjado um processo de retomada para as atividades econômicas e sociais, que acabou por favorecer o surgimento de uma segunda onda, tendo em vista a não obtenção de imunidade e o alto risco de ressurgimento de contaminação. Essa segunda onda

registrou o pico dos casos que ocorreram antes da estabilização da Covid-19 por meio das vacinas. (ROCHA et al., 2021)

Se observou, ainda, que a maioria (55%) dos casos confirmados, neste período, dizia respeito aos indivíduos do sexo feminino, todavia, a maior parte dos óbitos ocorreram em indivíduos do sexo masculino. Se ressalta, contudo, que a justificativa para o maior número de diagnósticos em mulheres, pode ser encontrada através dos dados que demonstram que os homens, ao contrário das mulheres, não têm o hábito de procurar os serviços de saúde. (ROCHA et al., 2021)

Nessa linha, foram realizados estudos em diferentes regiões do Brasil, onde foram observadas afirmações de que os indivíduos do sexo masculino se percebem como mais vulneráveis por conta de sua maior incidência de comorbidades, além da necessidade de manutenção de uma rotina de trabalho que limitaria a adoção do distanciamento social, em conjunto com as incertezas decorrentes de ameaças à manutenção de emprego e dos projetos de realização profissional. (ROCHA et al., 2021)

Dentre os casos confirmados, a faixa etária que concentrou a maior incidência de contaminação, foi, justamente, a do público adulto – 30 a 49 anos -, que por sua vez, é considerado como a população economicamente mais ativa. Entretanto, apesar da maior incidência da Covid-19 no público adulto, o maior índice de letalidade foi registrado entre os idosos, tendo como principal razão, o fato de que a maioria destes, já apresentavam comorbidades. (ROCHA et al., 2021)

No Estado da Bahia, a aceleração da velocidade de contágio foi demonstrada através da ocorrência de casos, em tal progressão geométrica, que o seu número dobrou em, apenas, cinco dias. Tal cenário, se refletiu na quantidade de leitos de Unidade Intensiva de Tratamento (UTI) ocupados, bem como, no número de óbitos. Nesse sentido, visando impedir o colapso do sistema de saúde estadual, uma das estratégias executadas pelo Governo do Estado da Bahia, foi a ampliação do número de leitos clínicos e de UTI nas regiões do Estado que apresentavam taxas de ocupação acima de 50%. (COSTA et al., 2021)

Entre os meses de maio e agosto de 2020, no Estado da Bahia, se percebeu um aumento de cerca de 1.160 leitos (300%) clínicos ativos para adultos e de 867 leitos (313%) no número de UTI para pacientes adultos com Covid-19. No mês de

setembro, em decorrência da redução da taxa de incidência de contaminação, houve queda nas ocupações hospitalares e deu-se início a desmobilização dos leitos que eram exclusivos para o tratamento da Covid-19. (BOULLOSA et al., 2021)

Contudo, em, apenas 3 meses, constatou-se um novo crescimento na quantidade de contaminações, o que acabou por obrigar o Governo do Estado da Bahia a executar a rápida retomada na mobilização dos leitos anteriormente desativados. Dessa forma, entre os meses de dezembro de 2020 e abril de 2021, houve a ampliação de 1.392 leitos (79%) – entre leitos clínicos e Unidades de Tratamento Intensivo – em todo o Estado da Bahia. Dessa forma, em abril de 2021, quando se registrou o pico da segunda onda de contaminações, registrou-se, no Estado, o maior número de leitos exclusivos Covid-19 desde o começo da pandemia. (BOULLOSA et al., 2021)

Nesse sentido, diante do cenário epidemiológico supra apresentado, foram adotadas pelo Governo do Estado da Bahia algumas medidas de controle e de combate a pandemia, as quais, se basearam, principalmente, em três pilares: (i) o distanciamento social; (ii) o isolamento dos indivíduos contaminados; (iii) e o incentivo às medidas de proteção individual, como, por exemplo, o uso de máscaras e de álcool em gel para higiene pessoal. (COSTA et al., 2021)

É necessário ressaltar que no Estado da Bahia não houve um fechamento total das atividades, como o que ocorreu em Wuhan. Contudo, a robusta ação para a promoção do isolamento social, alcançou, 43% de isolamento, só no primeiro semestre de 2020. Em meados de abril, do mesmo ano, foi alcançada a taxa de 67% de isolamento social, sendo a maior já registrada no Estado. Esses índices foram captados através da movimentação dos indivíduos, via tecnologia de geolocalização dos sinais de telefonia celular. (COSTA et al., 2021)

Deste modo, embora no ano de 2020 não se tenha adotado o fechamento de todas as atividades econômicas no Estado da Bahia, algumas delas, como, por exemplo, o setor de serviços, ficaram parcial e/ou totalmente suspensas por um período de cerca de quatro meses, enquanto estavam sendo registradas as maiores taxas de crescimento dos casos de contaminação pela Covid-19. (COSTA et al., 2021)

Essas medidas acabaram por apresentar um impacto relevante na arrecadação do Estado sobre o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), que acabou por sofrer, no mês de julho, uma queda de 16,48% em relação ao que fora

registrado no ano anterior. Nessa linha, no segundo semestre do ano de 2020, o Produto Interno Bruto (PIB) do Estado caiu 8,7%, o que corroborou para o crescimento de 2,6% na taxa de desemprego em relação ao ano anterior. Ao se considerar que o Estado da Bahia registrava uma das maiores taxas de desemprego do Brasil, percebe-se que a crise sanitária acabou por se tornar, também, uma crise de ordem econômica. (COSTA et al., 2021)

Portanto, após se estabelecer uma breve introdução do que se trata a Covid-19, bem como, em qual contexto a sua pandemia atingiu o Estado da Bahia, neste capítulo, será proporcionada a oportunidade de verificar como o juízo de proporcionalidade pode ser utilizado como técnica para solução de conflitos entre direitos fundamentais no contexto pandêmico, da mesma maneira que, considerando-se uma ausência de coordenação em âmbito nacional, será analisada a posição do Supremo Tribunal Federal diante da matéria. Assim, espera-se que seja possível traçar as bases teóricas e filosóficas que darão suporte às análises que serão desenvolvidas no capítulo final.

3.1 JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE COMO TÉCNICA PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS NORMATIVOS EXISTENTES NO PERÍODO DA PANDEMIA DA COVID-19

De acordo com Oscar Vilhena Vieira (2017, p. 55) um dos principais problemas a ser encarado no âmbito dos direitos fundamentais – sobretudo no contexto de uma Carta Constitucional que tem o compromisso com a maximização de valores e interesses tão distintos quanto dispersos na sociedade -, é a forma como se soluciona as eventuais colisões e conflitos decorrentes da aplicação prática desses direitos. Para o autor, é nesse contexto que os métodos de ponderação se apresentam como as técnicas primordiais para desempenhar essa função tão essencial para resolução dos casos relacionados aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o Vilhena (2017, p. 56) prossegue e afirma que a solução das colisões entre princípios demanda um procedimento muito mais complexo que a resolução do conflito de regras. Enquanto no conflito sobre a pretensão de incidência de regras com objetivo de regular uma determinada situação se dá no

plano da validade, em que a validade de uma exclui ou excepciona a da outra, de modo que apenas uma delas deverá prevalecer, a competição das normas principiológicas deverá ser solucionada através da ponderação entre o peso que deverá ser concedido a cada um dos princípios conflitantes numa dada situação.

Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 146) corrobora:

Quando os princípios interferem uns nos outros, deve-se resolver o conflito levando-se em consideração o peso de cada um. Isso, admitidamente, não se faz por meio de critérios de mensuração exatos, mas segundo a indagação sobre quão importante é um princípio numa situação observada. Não se resolvem conflitos entre princípios, tomando um como exceção do outro. O que ocorre é um confronto de pesos entre as normas que se cotejam.

E acrescenta (2009, p. 168) que quando os princípios se contrapõem, não haveria exatamente uma contradição, mas, todavia, os princípios se encontrariam em uma tensão, que deverá ser solucionada com a referência ao caso concreto, que à primeira vista, os atraiu. Desta forma, os princípios acabam por apresentar “pesos ou importâncias diferentes para o caso analisado, mesmo que, considerados em abstrato, nenhum ostente primazia sobre o outro”.

Para Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 168) o que deve ser realizado na situação em comento, é uma ponderação entre os princípios, com o intuito de ser apurar qual deles se apresenta como o de maior interesse e valor para o episódio a ser avaliado. “Faz-se retroceder o princípio que joga em sentido contrário, que não é, entretanto, inválido. Não se introduz aqui, como se nota, uma cláusula de exceção”.

Portanto, como os princípios possuem a finalidade de maximização dos interesses e valores que veiculam, o confronto entre dois princípios pode ser harmonizado através da verificação de qual desses interesses ou valores deverá prevalecer com maior peso na regulação de um caso específico. Assim, de acordo com Oscar Vilhena Vieira (2017, p. 56), ao longo das últimas décadas, a jurisprudência da Corte Constitucional alemã desenvolveu como método de enfrentamento dessa questão, a chamada “regra da proporcionalidade”.

Nas palavras de Oscar Vilhena Vieira (2017, p. 56 e 57):

A regra da proporcionalidade é, portanto, uma construção jurisprudencial e doutrinária que tem por finalidade a solução de colisões concretas entre princípios constitucionais, muito comuns no campo dos direitos fundamentais.

Essa ferramenta analítica tem tido enorme difusão e impacto sobre o trabalho de tribunais ao redor do mundo. Embora tenha afinidade com modelos teóricos bastante antigos, que remontam ao tempo de Aristóteles, para solucionar o problema de conflitos e colisões entre valores, e mesmo, direitos, ou ainda com os mecanismos de *balancing*, decorrentes da cláusula do devido processo legal substantivo do Direito Norte-Americano, a regra da proporcionalidade ganhou contornos mais precisos e instrumentais por intermédio, por exemplo, de uma sofisticada e concisa formulação apresentada pelo jusfilósofo Robert Alexy. Essa doutrina não tem por objetivo resolver todos os problemas derivados da indeterminação e da subjetividade inerentes ao processo de interpretação no campo do direito constitucional. Sua finalidade é reduzir a subjetividade e ampliar a solução de tensão entre direitos fundamentais. Trata-se, portanto, de ferramenta analítica voltada à solução de casos concretos.

Jane Reis Gonçalves Pereira (2018, p. 257) complementa que, do mesmo modo que diversas outras Constituições, a Lei Maior de 1988 não fala absolutamente nada sobre a possibilidade de se sopesar os bens que ela protege. De tal modo, que, assim como outros princípios e métodos de interpretação constitucional, o auxílio do juízo de proporcionalidade “não deflui de um comando constitucional expresso, estando vinculado a uma determinada forma de entender o ordenamento jurídico, os direitos fundamentais e as relações entre a função judicial e a legislativa”.

Contudo, também, é certo que não existe nada na ordem constitucional que restrinja a possibilidade de se recorrer ao juízo de proporcionalidade. Para a supracitada autora (2018, p. 258), a situação é o “ao contrário, a necessidade de sopesar bens é inferida do sistema sempre que as normas constitucionais entram em tensão, por incidirem sobre a mesma situação fática, para qual estabelecem soluções diversas”.

Nessa senda, não faz mais sentido se discutir sobre o fato de que, na prática constitucional, existem diversos casos em que a determinação da norma aplicável se demonstra controvertida, em razão de que, não é raro, os fatos analisados, aparentemente, apresentarem a possibilidade de se submeterem a mais de um comando normativo, que por sua vez, acabam por indicar soluções tão distintas, quanto conflitantes, para o problema apresentado. (PEREIRA, 2018, p. 258)

Nesse passo, Samuel Sales Fonteles (2019, p. 106) ilustra que, em geral, dois princípios entram em colisão através de um ato do Poder Público que, em prevalência de um deles, acaba por restringir o outro. Como exemplo, o autor cita

uma hipotética lei que, a pretexto de diminuir as mortes por acidente de trânsito, acaba por proibir que os veículos automotores sejam conduzidos por indivíduos sob a influência de bebidas alcoólicas.

Assim, a tensão apresentada no confronto entre os direitos fundamentais a vida e a liberdade individual, gera o questionamento sobre qual destes princípios deverá prevalecer. De acordo com Samuel Fonteles (2019, p. 106) “somente o caso concreto poderá revelar, posto que, à luz do princípio da unidade da Constituição, os princípios constitucionais estão no mesmo patamar hierárquico”.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal já vem há muitos anos tratando dessa temática em seus julgados, se não, veja-se:

I. - Concessão de serviço público municipal de transporte coletivo: revisão de tarifas: questionamento relevante da validade de cláusula do contrato de concessão que a determina sempre e conforme os mesmos índices da revisão das tarifas do mesmo serviço deferida no município da capital. **O reajuste de tarifas do serviço público é manifestação de uma política tarifária, solução, em cada caso, de um complexo problema de ponderação entre a exigência de ajustar o preço do serviço às situações econômicas concretas do seguimento social dos respectivos usuários ao imperativo de manter a viabilidade econômico-financeiro do empreendimento do concessionário:** não parece razoável, à vista do art. 30, V, CF, que o conteúdo da decisão política do reajustamento de tarifas do serviço de transportes de um município, expressão de sua autonomia constitucional, seja vinculada ao que, a respeito, venha a ser decidido pela administração de outro. II. Recurso extraordinário, porém de que não se pode conhecer, dada a existência no acórdão recorrido de outro fundamento suficiente à concessão da segurança.

(STF - RE: XXXXX SP, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 27/05/1997, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ XXXXX-08-1997 PP-40234 EMENT VOL-01880-05 PP-00901)

Mais recentemente e no mesmo sentido:

DIREITO CONSTITUCIONAL. RESOLUÇÃO 27/2008 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). EXERCÍCIO LEGÍTIMO DE SUAS ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS. VEDAÇÃO AO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA POR PARTE DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS E DA UNIÃO. EFETIVO RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, DA MORALIDADE E DA EFICIÊNCIA, VETORES IMPRESCINDÍVEIS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE. [...] 4. **A liberdade de exercício profissional não é um direito absoluto, devendo ser interpretada dentro**

do sistema constitucional como um todo. A vedação do exercício da advocacia por determinadas categorias funcionais apresenta-se em conformidade com a Constituição Federal, devendo-se proceder a um juízo de ponderação entre os valores constitucionais eventualmente conflitantes. Precedentes. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

(STF - ADI: 5454 DF, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 15/04/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 20/05/2020)

Para justificar as restrições aos direitos fundamentais ocasionadas por atos dos Poderes Públicos, ao mesmo tempo em que se inibam os decisionismos judiciais, que por sua vez, poderiam originar uma espécie de juristocracia – o que diminuiria sobremaneira a legitimidade das decisões judiciais, tendo em vista que os “juízes não são sufragados nas urnas” -, é que, segundo Samuel Sales Fonteles (2019, p. 107), alguns constitucionalistas idealizaram métodos racionais de se efetivar essas restrições, como foi o caso de Robert Alexy com o juízo de proporcionalidade.

Para Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 34) o juízo de proporcionalidade se divide em três sub-regras: (i) adequação; (ii) necessidade; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. Contudo, para o autor, essa subdivisão, apesar de ser bem salientada pela doutrina brasileira, é praticamente ignorada pelo Supremo Tribunal Federal, além de que existiria, ainda, a desconsideração sobre algumas regras importantes para a sua devida aplicação, como é o exemplo da ordem pré-definida em que as sub-regras se relacionam.

Desta forma, ao simplesmente, enumerarmos – independente de qualquer ordem – as sub-regras do juízo de proporcionalidade, pode-se vir a ter a impressão de que “tanto faz”. Assim o é, quando, por exemplo, a *necessidade* do ato do Poder Público é questionada, no caso concreto, antes ou depois da análise da *proporcionalidade em sentido estrito* ou da *adequação*. Não é caso. “A análise da *adequação* precede a da *necessidade*, que, por sua vez, precede a da *proporcionalidade em sentido estrito*”. (DA SILVA, 2002, p. 34)

Segundo Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 34 e 35):

A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras. Pode-se dizer que tais sub-regras se relacionam de forma subsidiária entre si. Essa é uma importante

característica, para a qual não se tem dado a devida atenção. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve sempre proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito.

Oscar Vilhena Vieira (2017, p. 57) por seu turno, leciona que o juízo de proporcionalidade é uma operação precedida por duas premissas. A primeira premissa é a necessidade de que tenhamos um caso concreto, no qual, a solução de uma problemática constitucional acarrete uma tensão entre princípios que difundam interesses constitucionalmente estabelecidos ou direitos fundamentais. Assim, esta natureza prática do juízo de proporcionalidade acaba por determinar que os processos de ponderação sejam condicionados ao caso concreto que se pretende solucionar.

Nesse diapasão, se assume a ideia, derivada do princípio da unidade constitucional, de que não existe uma norma ou um princípio que tenha, a priori, precedência sobre os demais. “A precedência será determinada pela aplicação da regra da proporcionalidade e condicionada por aquele conjunto de fatores levados em consideração no caso concreto”. Para o autor, é por esse motivo, que é possível se falar que os princípios são compatibilizados por relações de precedência condicionada. (VIEIRA, 2017, p. 57)

A segunda premissa, apresentada por Oscar Vilhena Vieira (2017, p. 57) é a de que “o objetivo a ser alcançado pela lei, medida administrativa ou, mesmo, sentença judicial questionadas em face do Judiciário seja, a priori, legítimo, ou seja, não seja manifestamente incompatível com a ordem jurídica”. Deste modo, a título de exemplo, uma lei que visasse estabelecer a discriminação de pessoas por conta de seu credo religioso, sequer mereceria ser submetida ao juízo de proporcionalidade, tendo em vista que a sua finalidade se encontra claramente em desacordo com Constituição.

Ultrapassadas essas duas premissas, a primeira fase do processo do juízo de proporcionalidade, se refere a aferição da adequação entre os meios escolhidos e os fins pretendidos. De acordo com Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 169) quando um ato do Poder Público implica em restrição ao âmbito de proteção de um direito fundamental, essa medida estatal, necessariamente, deverá ter como objetivo um fim constitucionalmente legítimo, que, em regra, é a realização de um outro direito fundamental.

Sobre o teste da adequação, Lucas Catib de Laurentiis (2017, p. 208 e 209), discorre:

Entendido como primeiro passo de uma prova escalonada e estruturada para, progressivamente, atingir o maior grau de racionalidade argumentativa possível, o teste da adequação tem uma função lateral e secundária na composição geral da proporcionalidade. Com o objetivo de eliminar desvios evidentes na relação entre meio e fim, tal teste afastaria somente as medidas que não têm qualquer potencialidade de fomentar a finalidade visada. Bastaria assim, que se verificasse uma relação de causa e efeito entre a situação inicial, alterada pela medida legislativa, e a finalidade perseguida pela autoridade que realiza a intervenção para que o requisito da prova da adequação fosse satisfeito. Buscar ou fomentar, mesmo que parcialmente, tal finalidade significa assim cumprir o requisito básico do teste da adequação. Para tanto, não importam a extensão ou a qualidade dos efeitos da medida em relação à finalidade pretendida. Eles podem ser gerais ou específicos, abstratos ou concretos, previsíveis ou improváveis, de duração efêmera ou duradoura.

Em todos esses casos a medida estatal será adequada. Afinal, a autoridade democraticamente eleita detém a competência para intervir no conteúdo protegido por direitos, o que só poderia ser afastado em situações graves, em que a violação do direito se mostra evidente.

Para Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 173) o teste da adequação “atira o aplicador do Direito no domínio de questões de fato, a fim de se apurar, de acordo com o saber aceito na sociedade, se o meio escolhido favorece o fim buscado”. De tal modo que é inábil a medida adotada pelo Poder Público, se no momento de sua aplicação, não se poderia considerar, pelos meios existentes, como capaz de atingir os fins a que se dirigia.

Em sequência, Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 170) discorre que quando se fala em necessidade, nos termos do juízo de proporcionalidade, não quer se fazer menção a uma situação de urgência, ou necessidade de fato, no sentido de que algo precisa ser necessariamente feito. Isso acontece, em primeiro lugar, porque o ato do

Poder Público – mesmo que eventualmente necessário nos termos do juízo de proporcionalidade – pode, apenas, ser um ato relacionado a uma questão de conveniência e oportunidade política. Não havendo, nesse sentido, qualquer relação entre exigibilidade ou necessidade e uma imposição da conduta.

Em segundo lugar, porque a avaliação da necessidade de um ato estatal, nos termos do juízo de proporcionalidade, é da ordem de um teste comparativo. Assim, a medida tomada pelo Poder Público será considerada como necessária quando comparada com alternativas que poderiam ter sido utilizadas para a mesma finalidade. Ou seja, um ato do Poder Público que limite um direito fundamental somente será considerado como necessário “caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”. (DA SILVA, 2014, p. 171)

Nas palavras do autor (2014, p. 171):

Fica clara, assim, a diferença entre o exame da necessidade e o da adequação: enquanto o teste da adequação é absoluto e linear, ou seja, refere-se pura e simplesmente a uma relação meio e fim entre uma medida e um objetivo, o exame da necessidade tem um componente adicional, que é a consideração das medidas alternativas para se obter o mesmo fim. O exame da necessidade é, assim, um exame imprescindivelmente comparativo.

Lucas Catib de Laurentiis (2017, p. 225 e 226) o exame da necessidade é composto por duas variáveis: (i) a legítima finalidade, previamente determinada pela autoridade competente; (ii) e a realização de uma comparação hipotética dos meios que poderiam substituir o ato implementado pelo Poder Público. Desta forma, se, após essa avaliação, resulta-se na conclusão de que o ato estatal poderia ser substituído por outro, igualmente adequado, mas em menor onerosidade aos direitos fundamentais afetados, a norma analisada deverá ser considerada como inconstitucional.

Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 175) acrescenta que o exame da necessidade traz consigo questões sensíveis relacionadas a separação dos poderes. Para o autor, “a eleição do melhor meio para atingir uma finalidade constitui aspecto que se relaciona com opção de oportunidade de conveniência, de que o

controle judicial tente a se apartar em deferência aos atores políticos”. Contudo, apesar de tratar-se de exame de fatos e de políticas, o que se pretende com a avaliação da necessidade é restringir situações em que se apresentam clara arbitrariedade e abuso de poder.

Gonet Branco (2009, p. 175 e 176) adiciona que:

O caráter intercambiável entre os meios cotejados depende também do custo de cada qual. Assim, o meio alternativo que se torna impraticável pelos seus custos não pode ser considerado para a estimativa própria do teste da necessidade. A medida não pode ser invalidada, tampouco, se a providência alternativa for mais benigna para com o direito fundamental afetado, mas vier a interferir sobre outros interesses sociais ou direitos fundamentais de terceiros. Nesse caso, o problema passa a dizer respeito à decisão sobre quem deve suportar os custos sociais de uma decisão política, assunto que se reserva a quem detém legitimidade democrático-representativa, o legislador.

Quanto a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito, Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p.177) discorre que duas ordens de otimização se tornam inconciliáveis entre si quando dois direitos fundamentais colidem. Desta forma, a satisfação de um direito fundamental dependeria da renúncia do outro, de tal modo, que a realização de um direito fundamental acabaria por se fazer às custas do outro. Assim, para o autor, “torna-se imprescindível apurar qual dos dois princípios tem maior peso para a solução do problema. Está determinada a ponderação. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação”.

Assim, de acordo com o Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 178) a análise da ponderação deve, em um primeiro momento, apurar qual é o grau de não satisfação de um dos direitos fundamentais em confronto. Ou seja, avaliar a importância ou peso do direito fundamental prejudicado com a medida adotada pelo Poder Público. A dimensão abstrata desse peso está relacionada à importância material desse direito fundamental no sistema constitucional, enquanto, a dimensão concreta, se revela na apuração da sua relevância para o caso concreto examinado.

Por seu turno, Lucas Catib de Laurentiis (2017, p. 246) profere que o exame da proporcionalidade em sentido estrito se tornou um enorme repositório de esperanças e inseguranças jurídicas, tendo em vista que, de inexistente no modelo original do juízo de proporcionalidade, a ponderação passou a ser contestada por ser

vislumbrada como o elemento mais frágil e a porta de entrada para decisões judiciais carregadas de subjetivismo.

O autor prossegue afirmando que a proporcionalidade em sentido estrito se tornou a operação por meio da qual todas as potencialidades do raciocínio jurídico se sintetizam, se materializando, assim, no método jurídico por excelência. Para Catib de Laurentiis (2017, p. 246 e 247):

Concebida em termos teóricos e abstratos como o teste em que pesos relativos de valores em conflito são avaliados, a proporcionalidade em sentido estrito passa a ser o elemento essencial da prova, com base no qual as mais diversas funções dos direitos fundamentais podem ser derivadas. Proteção deficiente, núcleo essencial, enfim, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, são todas derivações, em maior ou menor medida, da concepção ampla do teste da proporcionalidade em sentido estrito. A importância que se confere a essa prova é tamanha a ponto de se defender sua emancipação em relação aos demais testes que compõem a prova geral da proporcionalidade, pois, ao contrário da adequação e da necessidade, a proporcionalidade em sentido estrito não estaria presa aos termos da relação entre meio e fim.

Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 40) descreve o que pode ser um exemplo extremado sobre a importância da ponderação em sentido estrito como sub-regra do juízo de proporcionalidade:

Se, para combater a disseminação da Aids, o Estado decidisse que todos os cidadãos deveriam fazer exame para detectar uma possível infecção pelo HIV e, além disso, prescrevesse que todos os infectados fossem encarcerados, estaríamos diante da seguinte situação: a medida seria, sem dúvida, adequada e necessária – no termos previstos pelo juízo de proporcionalidade -, já que promove a realização do fim almejado e, embora seja fácil imaginar medidas alternativas que restrinjam menos a liberdade e a dignidade dos cidadãos, nenhuma dessas alternativas teria a mesma eficácia da medida citada. Somente o sopesamento que a proporcionalidade em sentido estrito exige é capaz de evitar que esse tipo de medidas descabidas seja considerado proporcional, visto que, após a ponderação racional, não há como não decidir pela liberdade e pela dignidade humana (art. 5º e 1º, III), ainda que isso possa, em tese, implicar um nível menor de proteção à saúde pública (art. 6º)

Assim, para Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 41) para que um ato do Poder Público seja reprovado no exame da ponderação, não seria necessário que ele implicasse na não-realização de um direito fundamental. Da mesma forma, que também não

seria necessário que o ato estatal atingisse o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental.

Nessa toada, para que um ato governamental seja considerado desproporcional em sentido estrito, bastaria que as motivações que fundamentam a sua adoção “não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido”. Assim, a medida será desproporcional, mesmo que haja uma pequena restrição, distante de implicar em uma não realização de algum direito fundamental e/ou de atingir o seu núcleo essencial, caso a realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não tiver importância suficiente para justificá-la. (DA SILVA, 2002, p. 41)

Um exemplo da utilização de todas as etapas do juízo de proporcionalidade – com os exames da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito -, pode ser demonstrado através do seguinte posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

Agravo regimental. Inquérito. Diligências. Afastamento de sigilo bancário. Deferimento pelo relator. Motivação per relationem. Admissibilidade. Precedentes. Existência de indícios da existência de uma organização criminosa voltada à prática de crimes contra a administração pública, de fraudes a licitações e de desvio de recursos públicos, bem como da possível participação, em tese, da investigada nesses ilícitos. Imprescindibilidade da diligência para as investigações. Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da medida. Recurso não provido. [...] **2. Diante de indícios da existência de uma organização criminosa voltada à prática de crimes contra a administração pública, de fraudes a licitações e de desvio de recursos públicos, bem como da possível participação da investigada nesses ilícitos, é legítimo o afastamento de seu sigilo bancário.** 3. Essa restrição ao direito de intimidade se afigura: i) apta a atingir o resultado proposto, qual seja, demonstração dos ilícitos penais e sua autoria (adequação ou idoneidade); ii) necessária, uma vez que inexistente outro meio alternativo, menos gravoso e igualmente eficaz, para rastreamento do real destino dos recursos supostamente desviados e dos valores eventual e ilicitamente auferidos pela investigada; e iii) proporcional em sentido estrito, uma vez que as vantagens, para a presente investigação, decorrentes do afastamento de seu sigilo bancário, compensam o sacrifício, o ônus imposto a seu direito à intimidade. 4. Agravo regimental não provido.

(STF - AgR Inq: 3922 CE - CEARÁ 9999835-97.2014.1.00.0000, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 15/12/2015, Segunda Turma)

Não obstante, Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 44 e 45) arremata que apesar da Constituição não prever a aplicação do juízo de proporcionalidade, por uma razão lógica, também não se poderia excepcionar e dizer quando ela seria aplicável ou não. No entanto, caso se entenda que o juízo da proporcionalidade decorre da percepção principiológica dos direitos fundamentais, não haveria como se tentar afastar a utilização desta técnica, sob a argumentação da inexistência de sua previsão legal. “Isso não significa, contudo, que, necessariamente, uma aplicação da proporcionalidade poderá autorizar a admissão de provas obtidas por meios ilícitos.

3.2 POLÍTICAS PÚBLICAS ESTABELECIDAS PELOS ENTES FEDERATIVOS PARA COMBATE À PANDEMIA DA COVID-19 SOB UM VIÉS CONSTITUCIONAL: ANÁLISE DA POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DIANTE A MATÉRIA SOB O VIÉS DO FEDERALISMO COOPERATIVO

Felipe de Melo Fonte (2015, p. 57) sintetiza e conceitua que as políticas públicas “compreendem o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública”. Assim, para o autor, as políticas públicas podem ser decompostas em: (i) normas abstratas de direito (Constituição e leis que estabelecem finalidades públicas); (ii) atos administrativos (contratos administrativos, decretos que regulamentam serviços etc.); (iii) habilitação orçamentária para o devido exercício do dispêndio público; e, por fim, (iv) os fatos administrativos propriamente ditos (atendimentos em hospitais públicos, trabalho em canteiros de obras etc.).

Felipe de Melo Fonte (2015, p. 57) ressalta, ainda, a possibilidade de se recorrer que o juízo de constitucionalidade recaia sobre cada uma dessas espécies de políticas públicas, quer seja em sua totalidade, ou sobre cada ato em particular. Desta maneira, para o autor, “em todos os casos haverá controle de políticas públicas”.

Por seu turno, Vanice Regina Lírio do Valle (2016, p. 57) discorre que, no âmbito da efetivação dos direitos fundamentais, constata-se na conjuntura constitucional brasileira, a convergência com as políticas públicas através de duas formas distintas: (i) em um primeira situação, encontramos a política pública parcial ou inteiramente constitucionalizada; ou (ii) em uma segunda hipótese, “a política pública resulta

exclusivamente da atuação do legislador, dentro da sua esfera ordinária de atribuição, no exercício da política competitiva”.

Sobre a primeira modalidade, Vanice Regina Lírio do Valle (2016, p. 57) discorre que:

Tem determinado alto índice de judicialização, seja para a garantia em favor do jurisdicionado de prestações de que se julgue credor a partir do sistema constitucional; seja para a tutela coletiva de um direito fundamental de segunda dimensão; seja uma política pública só parcialmente constitucionalizada. A incorporação doutrinária da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que expressa deveres de promoção – proteção – pela via prestacional ou não – desses mesmos direitos, reforça ainda mais o contencioso jurisdicionalizado, seja por provocação da cidadania, seja por intermédio do exercício de seus respectivos misteres constitucionais pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública.

Nessa toada, a supracitada autora prossegue afirmando que a judicialização de políticas públicas, sejam elas, total ou parcialmente constitucionalizadas, tem a importância de provocar o julgador para a possibilidade de que seja realizada a proteção constitucional por meio da tutela dos direitos fundamentais – dentro do âmbito do *judicial review*. Tal perspectiva, no contexto de um sistema como o brasileiro, com modelos de controle concentrado e difuso, acaba por determinando “uma pulverização no debate relacionado às políticas públicas, notadamente, as de saúde e educação, com grandes problemas relacionados à legitimidade e à eficácia das decisões judiciais”. (DO VALLE, 2016, p. 58)

No que diz respeito à segunda hipótese, a autora (2016, p. 58) conclui:

A política pública que é fruto da política competitiva, de atividade legislativa ordinária, portanto – ainda se terá implicações constitucionais, na medida em que nosso sistema jurídico optou pela enunciação de deveres de planejamento e eficiência, que inevitavelmente conduzirão o agir do Estado uma vez mais ao terreno da programação. Significa dizer que a opção legislativa por si só pode não se revelar suficiente a gerar, de imediato, o resultado pretendido, desdobrando-se necessariamente em nova intervenção densificadora, agora no âmbito da função administrativa. Assim é que, se a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida desenha subprogramas, aponta recursos para financiamento e fixa critérios de elegibilidade para os virtuais destinatários dessas unidades habitacionais; nem por isso se dizer que decorra diretamente do referido diploma o *outcome* desejado, que é o provimento das unidades habitacionais e sua afetação a determinada cidade ou segmento social nela contido. A programação de como se fará a construção em si das unidades, os critérios de seleção dos contemplados

entre os elegíveis indicados em lei, e os inúmeros outros elementos necessários à viabilização do resultado em cogitação (entrega da unidade habitacional) só serão devidamente definidos no plano da função administrativa; e as soluções poderão variar no tempo e ainda segundo a localidade atendida.

Assim, considera-se que um dos fatores que afetaram o devido combate à pandemia da Covid-19, decorre do efeito da interligação entre agentes políticos e o funcionamento institucional das políticas públicas, próprios de federações e países federalizados, como é o caso do Brasil. Nestes ambientes, as relações conflituosas e/ou de cooperação entre o Governo Federal e os Governos Estaduais, formataram, em grande medida, as políticas de saúde pública contra a pandemia. (ABRUCIO et al., 2020, p.664)

Desta forma, para as políticas públicas, no espectro do federalismo, é de fundamental importância que haja uma coordenação intergovernamental, que possibilite a tentativa de facilitar a compatibilização da convivência entre a autonomia e interdependência que marcam as federações e todo o seu processo decisório. Aqui, encontra-se o conflito entre dois ideais de federalismo: (i) o modelo dual; (ii) e o modelo cooperativo. (ABRUCIO et al., 2020, p.666)

No âmbito do federalismo dual, existe a suposição de que cada ente detém autonomia constitucional estrita sobre diferentes áreas, de modo que se impeça a centralização do poder. Desta forma, pressupõe-se que os Poderes Públicos locais gastariam de forma mais eficiente, sendo mais *accountable*, tanto para suas populações, quanto para suas políticas públicas, em razão de responderem melhor as particularidades locais. Aqui, a coordenação federativa seria mais circunstancial, sendo, no limite, desnecessária, vide ser considerada como prejudicial à eficiência decisória e à alocação de recursos. (ABRUCIO et al., 2020, p.666)

Por seu turno, no modelo de federalismo cooperativo, o compartilhamento da autoridade é combinado entre a coordenação nacional com a autonomia subnacional. Aqui, exige-se uma coordenação com o intuito de que os objetivos sejam compartilhados, de tal forma, que seja possível reduzir qualquer tipo de duplicação, sobreposição e/ou desigualdades territoriais. (ABRUCIO et al., 2020, p.667)

Nesta senda, a crise sanitária decorrente da pandemia da Covid-19, acabou por evidenciar a importância do estabelecimento de uma coordenação intergovernamental para o combate da pandemia. Nos Estados Unidos, o avanço da doença foi avassalador em decorrência da radicalização, pelo governo Trump, do modelo dualista de federalismo, que, ora responsabilizou totalmente os Estados, ora, disputou protagonismo com eles. (ABRUCIO et al., 2020, p.667)

O enfrentamento a pandemia da Covid-19, também evidenciou o confronto entre esses dois modelos de federalismo, no Brasil. De um lado, encontra-se o modelo cooperativo, construído na Lei Maior de 1988, e, de outro, o projeto bolsonarista, - inspirado no dualismo trumpista -, onde se estabeleceu a redução de ações de políticas públicas por parte da União. Neste sentido, seguiu o *slogan* “Mais Brasil, Menos Brasília”. (ABRUCIO et al., 2020, p.667)

Nas palavras de João Mendes da Rocha Neto (2020):

A gestão do Presidente da República tem sido marcada pela postura conflituosa em relação a grupos sociais e determinados temas, enfraquecendo-os na agenda de políticas públicas. Isso leva a um ambiente de tensionamento com evidentes repercussões na gestão pública, atingindo órgãos de governo e políticas públicas e afetando tanto a participação da sociedade civil como a relação com os demais entes federados. No entanto, no contexto da crise do Covid-19, essas disputas se acirraram, denotando um problema de ausência de coordenação por parte do governo federal que, em alguns momentos, adotou medidas controversas no enfrentamento do problema e deslocou o centro dos conflitos para os governos subnacionais, por narrativas e comportamentos que sinalizaram uma tendência ao conflito de posições, levando à instabilidade das relações federativas. É importante demarcar que, de março a junho de 2020, o país foi tomado por uma divisão com distintas gradações que antagoniza a saúde de um lado e a economia do outro, intensificada pelo discurso presidencial frente às medidas adotadas pelos governos estaduais, principalmente aquelas relacionadas ao isolamento social

Nesse sentido, em 20 de março de 2020, o Governo Federal publicou a Medida Provisória de nº 926, na qual, se buscou cercear a competência federativa dos governos estaduais perante o enfrentamento da Covid-19. Visando a redução da autonomia da responsabilidade – prevista no art. 23 da Magna Carta de 1988 – dos entes federados atuarem, de forma coordenada e conjunta, na execução de políticas públicas de vigilância sanitária e epidemiológica, o Governo Federal dotou para si a competência exclusiva ou privativa das prerrogativas de decretação de quarentena,

isolamento, e/ou interdição de serviços públicos, de atividades essenciais, de locomoção ou circulação. (DE PAIVA et al., 2022)

Coube ao Supremo Tribunal Federal analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.341, de 15 de abril de 2020, que questionava uma possível violação do desenho federativo estabelecido na Carta Constitucional de 1988, de autonomia política dos entes federados e da competência administrativa e comum de política sanitária. (DE PAIVA et al., 2022)

Assim, observe-se a posição do Supremo Tribunal Federal:

REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA 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. 1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações. 2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar. 3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios. 4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles. 5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços. 6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque

contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde. 7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde. 8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

(STF - ADI: 6341 DF, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 15/04/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 13/11/2020)

Nesse diapasão, o Colegiado do Supremo Tribunal Federal demonstrou, através do julgamento, a competência compartilhada por todos os entes federativos para tratar de matérias de saúde pública. Assim, a partir do princípio da predominância do interesse, cada ente federativo, deve estabelecer os seus interesses sempre respeitando o organograma federativo e a espacialidade jurídica; ou seja, Estados e municípios devem definir, respectivamente, políticas e normas de interesse regional e local, enquanto, à União, cabe editar as normas e políticas públicas de saúde pública de interesse nacional. (DE PAIVA et al., 2022)

Observa-se, assim, que tanto a eficiência, quanto a eficácia do combate à disseminação do vírus causador da Covid-19, perpassa pela operacionalização de uma coordenação da cooperação entre os entes federativos, de modo a se mitigar os conflitos e as desconexões entre os inúmeros atos normativos têm como propósito fundamental mitigar os danos da crise de saúde pública.

4 PERSPECTIVA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL SOBRE O (DES)ACERTO DO ESTADO DA BAHIA QUANTO A APLICAÇÃO DO TOQUE DE RECOLHER NA PANDEMIA DO COVID-19

Após a fixação dos posicionamentos e das bases teóricas que guiam este trabalho, mais especificamente a partir da exposição da relevância que os direitos fundamentais têm no ordenamento jurídico brasileiro e do juízo de proporcionalidade como ferramenta metodológica para aferição da constitucionalidade de possíveis restrições a estes direitos, faz-se necessário, em verdadeira interligação de tudo quanto já foi exposto, apresentar algumas considerações sobre a aplicação do toque de recolher pelo Estado da Bahia durante o período pandêmico.

4.1 ANÁLISE JURÍDICA DO DECRETO 19.688/2020 DO ESTADO DA BAHIA

Por oportuno introito, cumpre esclarecer que, apesar de se parecer óbvio, a circunstância histórica na qual este trabalho é elaborado, obriga que o óbvio, também, seja expresso. Assim, mostra-se fundamental lembrar que – em um Estado Democrático de Direito – o poder emana do povo e é exercido através da Lei. Se não, veja-se o que estipula a Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II – Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei

Assim, como se pode observar, o pressuposto fundamental de qualquer Estado Democrático de Direito é o princípio da legalidade estrita. Haja vista que não há qualquer possibilidade de estabilidade democrática quando se relega o direito posto. “Vive-se o império da lei, e não o império dos homens; não por outra razão, direitos e

obrigações devem estar sempre previstos na lei para que se evitem arbitrariedades, especialmente quando advindas do Estado ou do grupo político que está no poder”. Desta forma, qualquer manifestação estatal deve estar condicionada a uma prévia autorização legislativa. (KENICKE et al., 2018)

Nesse sentido, Georges Abboud e Gilmar Ferreira Mendes (2020) discorrem que “a fuga da legalidade é sempre um risco quando se assume a defesa de valores políticos ou morais que pretendam superá-la”. Para os autores, é nos momentos de crise, como o apresentado pela pandemia da Covid-19, que se apresenta a fundamental compreensão em relação à legalidade no Direito.

Nesse passo, Abboud e Mendes (2020) explanam:

No atual período de crise, tal propensão provavelmente se expressará pelo recurso a palavras de ordem e a corrupção do termo “pandemia”, tornando-o uma panaceia que a tudo justifique. Sem apego à legalidade vigente, corre-se o risco de o “coronavírus” torna-se uma espécie de enunciado performático, que, segundo John L. Austin, não pode ser considerado como verdadeiro ou falso, prestando-se, antes, a provocar realização de uma determinada agenda.

O risco de política da pandemia já se faz presente enquanto redigimos essas linhas. Podemos, assim, extrair a primeira lição: por mais teratológica que seja a nossa atual situação, a única saída viável é a de cariz institucional, dentro das regras do jogo democrático. Devemos nos agarrar com maior força à legalidade, e não o inverso.

Nessa toada, Lucas Augusto Gaitoski Pagani e Bruno Smolarek Dias (2021) descrevem que a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341 são as duas fontes que afirmam a legitimidade e a competência para que, através de decretos, Estados e municípios tomem medidas para o enfrentamento da emergência sanitária causada pela pandemia da Covid-19.

De acordo com Pagani e Dias (2021):

O Art. 3º da Lei 13.979/2020, em redação dada pela Lei 14.035/2020, determina que, para o enfrentamento da covid-19, as autoridades podem — não devem — adotar as seguintes medidas, dentro de suas competências: a) Isolamento; b) quarentena; c) determinação compulsória de realização de exames médicos; testes laboratoriais; coleta de amostras clínicas; vacinação e outras medidas profiláticas; ou, ainda, tratamentos médicos específicos; d) uso obrigatório de máscaras de proteção individual; estudo ou investigação epidemiológica; exumação de cadáver; e) restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos; f) requisição

de bens e serviços de particulares com devida remuneração; g) autorização excepcional para importação de quaisquer bens médicos sem registro na ANVISA, desde que registrados por outra entidade parelha internacional.

Para Lima e colaboradores (2022) a lei em comento, estabelece a possibilidade de imposição de uma série de medidas, mas, em nenhum momento, menciona qualquer possibilidade para que os entes federativos realizem a decretação de *lockdown* ou de toque de recolher. De modo que, para os autores:

Atendo-se ao tema, observa-se que no art. 3º existe a possibilidade de cerceamento de locomoção entre estado e entre municípios, entretanto inexistente determinação a respeito de locomoção inframunicipal. Na lei também não se encontra nenhuma menção a possibilidade de prisão do cidadão ao ser encontrado descumprindo o toque de recolher.

Ressalta-se que este trabalho já abordou de forma mais detida, no tópico 3.2, as questões relacionadas com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341, sob a qual, o Supremo Tribunal Federal determinou a competência concorrente, entre os entes federativos, para adoção de medidas relacionadas à saúde pública no contexto pandêmico. Contudo, Lucas Augusto Gaitoski Pagani e Bruno Smolarek Dias (2021) evidenciam que o voto do Ministro Luiz Fux aponta que “devem ser prestigiadas, com a cautela necessária, as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição”.

Sobre essa questão, Georges Abboud e Gilmar Mendes (2020) discorrem que:

O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado. Assim, é preciso evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios.

Para os supracitados autores (2020), cria-se uma situação delicada, no momento em que a União passa a invocar dispositivos constitucionais relativos à sua competência exclusiva, no intuito de centralizar as decisões relacionadas as medidas de combate à pandemia da Covid-19, enquanto Estados e municípios, por seu turno, utilizam como fundamentação - para justificar atos voltados à restrição da locomoção dos

indivíduos - os dispositivos constitucionais que apregoam competência comum e/ou concorrente.

Contudo, Abboud e Mendes (2020) arrematam que – no âmbito jurídico-constitucional - uma das lições deixadas pela pandemia da Covid-19, foi que:

Em momentos de crise, o Poder Executivo federal não pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governadores estaduais, distrital e municipais tomadas no âmbito de suas respectivas competências que venham adotar medidas restritivas contrárias à orientação geral do Governo.

Em 11 de maio de 2020, durante o espectro temporal reconhecido como da “primeira onda” de contaminações pelo vírus causador da Covid-19 – vide o que fora abordado no tópico introdutório do capítulo 3 deste trabalho -, o Governo do Estado da Bahia editou o Decreto nº 19.688. De acordo com o referido Decreto, o chefe do Poder Executivo estadual, se utilizou, em um primeiro passo, da atribuição conferida pelo inciso V do art. 105 da Constituição do Estado da Bahia. Veja-se:

Art. 105 – Compete privativamente ao Governador do Estado:

[...]

V – Sancionar, promulgar, vetar, fazer publicar as leis e, para sua fiel execução, expedir decretos e regulamentos

Em sequência, ao art. 196 da Constituição Federal de 1988:

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 a sua promoção, proteção e recuperação.

Assim, após levar em consideração que a Organização Mundial da Saúde havia declarado, apenas, há dois meses, que a disseminação da Covid-19 se encontrava em nível pandêmico; bem como, que “a situação demanda o emprego urgente de medidas de prevenção, controle e contenção de riscos, danos e agravos à saúde pública, a fim de evitar a disseminação da doença”, o Governo do Estado da Bahia, determinou que:

Art. 1º - Fica determinada a restrição de locomoção noturna, vedados a qualquer indivíduo a permanência e o trânsito em vias, equipamentos, locais e praças públicas, das 20h às 05h, até 21 de maio de 2020, nos Municípios de Itabuna e Ipiaú, em conformidade com as condições estabelecidas nos respectivos Decretos Municipais.

§ 1º - Ficam excetuadas da vedação prevista no *caput* deste artigo as hipóteses de deslocamento para ida a serviços de saúde ou farmácia, para compra de medicamentos, ou situações em que fique comprovada a urgência.

§ 2º - A restrição prevista no *caput* deste artigo não se aplica aos servidores, funcionários e colaboradores, no desempenho de suas funções, que atuam nas unidades públicas ou privadas de saúde.

Art. 2º - A Polícia Militar da Bahia – PMBA apoiará as medidas necessárias adotadas pelos Municípios, tendo em vista o disposto neste Decreto, em conjunto com as Guardas Municipais.

Art. 3º Os órgãos especiais vinculados à Secretária da Segurança Pública observarão a incidência dos art. 268 e 330 do Código Penal, nos casos de descumprimento do quanto disposto neste Decreto.

De acordo com Lima e colaboradores (2022) a expressão “toque de recolher” tem como origem a palavra *covrefeu*, que, em francês arcaico, significa “cobrir o fogo”. O procedimento fora, posteriormente, adotado no continente europeu durante o período da Segunda Guerra Mundial, como ilustram os autores:

Tal ato consistia em que determinado horário da noite, uma sirene tocava e todos os residentes da localidade deveriam se recolher em suas residências. A medida também foi bastante utilizada na Alemanha Nazista em meados de 1933 a 1945 em perseguição aos judeus, como forma de repressão social.

Anteriormente utilizado como medida adotada em cidades com elevado índice de violência, donde se restringia as saídas, apenas, de crianças e adolescentes. O toque de recolher, passou a ser utilizado – pelo Poder Judiciário – como forma de restrição de locomoção de indivíduos durante um determinado intervalo de tempo no dia, sendo na maior parte das vezes, aplicado no período noturno. De modo que “hoje o toque de recolher mudou sua roupagem, o objetivo não é mais conter a violência, como um foco principal de sua aplicação imediata, mas impedir a disseminação da Covid-19”. (LIMA et al., 2022)

Nesta senda, a Constituição Federal de 1988, manifesta:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XV – é livre a locomoção no território nacional em tempos de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

Assim, é possível extrair-se do mandamento constitucional que a proibição da locomoção de indivíduos, no território brasileiro, exige-se a concretização de algumas condições, notadamente as de situações extremas, como as adoções do Estado de Defesa e/ou do Estado de Sítio. Sendo que, mesmo com a adoção dessas medidas, “no Estado de Defesa ainda é possível manter a sua liberdade de ir e vir, segundo o constituinte originário”. (LIMA et al., 2022)

Nesse diapasão, é necessário perfazer algumas exigências para que o toque de recolher seja constitucionalmente aplicável, como se pode extrair da Carta do Magna de 1988, a saber:

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

I – Comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;

II – Declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira;

Parágrafo único. O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta.

Art. 138. O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias à sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas.

§ 1º O estado de sítio, no caso do art. 137, I, não poderá ser decretado por mais de trinta dias, nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior; no do inciso II, poderá ser decretado por todo o tempo que perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira.

§2º Solicitada autorização para decretar o estado de sítio durante o recesso parlamentar, o Presidente do Senado Federal, de imediato, convocará extraordinariamente o Congresso Nacional para se reunir dentro de cinco dias, a fim de apreciar o ato.

§3º O Congresso Nacional permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas.

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

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, radiofusão 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.

Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.

Ante o exposto, observa-se a inexistência de manifestação explícita na Constituição Federal de 1988 sobre o toque de recolher. De todo modo, ao tratar sobre o Estado de Sítio, mais especificamente no art. 139, em seus incisos I e II, a Lei Maior disciplina a circunstância em que a referida medida poderia ser aplicável. Ou seja, se a Constituição é o sustentáculo para validade de todo sistema infraconstitucional, por lógica reversa, normas infraconstitucionais não podem ser aplicadas, sem que antes, a sua validade seja considerada no âmbito constitucional.

Assim, ante a análise de todo o exposto, é possível se observar que o Decreto nº 19.688, do Governo do Estado da Bahia, que por meio do seu artigo 1º, instituiu o toque de recolher em dois municípios do Estado da Bahia durante a primeira onda do período pandêmico, acertadamente não se valeu da Lei 13.979 de 2020 - que dispôs sobre as medidas de enfrentamento à pandemia da Covid-19 -, tendo em vista que esta, em nenhum momento, permitiu a instituição do toque de recolher.

Contudo, entende-se, no caso em tela, que a decretação do toque de recolher contraria a norma constitucional, que garante a liberdade de locomoção por todo o território brasileiro nos tempos de paz. Ademais, o referido ato, só poderia ser

aplicado na confluência da hipótese do artigo 139, I, da Constituição de 1988, no âmbito de um Estado de Sítio, previamente decretado pelo Presidente da República e cancelado pelo Congresso Nacional - que, inclusive, possui competência exclusiva para autorizá-lo.

Desta forma, constata-se que o Governo do Estado da Bahia, além de extrapolar as suas prerrogativas, acabou por atingir e usurpar competências tanto do Congresso Nacional, quanto do Presidente da República, ao restringir o direito de ir e vir dos indivíduos nos municípios de Itabuna e Ipiaú. Nesse sentido, considera-se o referido Decreto Estadual como materialmente inconstitucional, por vício de competência.

Todavia, ressalta-se que por motivos metodológicos, este trabalho relevava a análise em comento, ignorando, assim, a inconstitucionalidade constatada, de modo que seja possível prosseguir para o objeto central desta pesquisa, qual seja, avaliar a constitucionalidade do Decreto nº 19.688/2020 sob o prisma de uma possível tensão entre direitos fundamentais - no contexto pandêmico - à luz do juízo de proporcionalidade.

4.2 (IN)OCORRÊNCIA DE SUPRESSÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DIANTE O ESTABELECIMENTO DO TOQUE DE RECOLHER NA BAHIA

O artigo 5º, VX, da Constituição Federal de 1988, discorre que “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”. Essa enunciação é doutrinariamente considerada como a garantia constitucional de liberdade de locomoção.

Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva (2021, p. 194) discorre que a liberdade de locomoção, em razão de sua essencialidade para a vida humana, produz efeitos em diversos âmbitos da vida dos indivíduos, tendo, contudo, sua análise restringida em, apenas, dois enfoques: (i) o internacional, relacionado à possibilidade de entrar e sair do país com seus bens; (ii) e o punitivo, seja ele de âmbito penal ou civil, que diz respeito a mais gravosa das restrições à liberdade de locomoção, qual seja, a prisão.

Ainda, nessa toada, Virgílio Afonso da Silva (2021, p. 195), prossegue:

Para além desses dois aspectos, a liberdade de locomoção raramente suscita controvérsias. Mas o fato é que, se se pressupõe um âmbito de proteção amplo para os direitos fundamentais, a liberdade de locomoção é restringida cotidianamente, mesmo que essas restrições sejam muitas vezes naturalizadas. A liberdade de locomoção é restringida, por exemplo, por obstáculos estruturais em cidades não adaptadas para pessoas com deficiências (basta uma guia sem rampa ou um degrau em calçada para impedir que uma pessoa em cadeira de rodas consiga se locomover livremente); pedágios em rodovias restringem a liberdade de locomoção entre cidades e estados, especialmente para quem tem menos recursos; calçadas estreitas ou inexistentes restringem a liberdade de locomoção de pedestres; insegurança e toques de recolher determinados por grupos criminosos ou paramilitares restringe a liberdade de ir e vir dos moradores de várias partes do país; falta de transporte público restringe a liberdade de locomoção de todos. Embora muitos estejam acostumados a essas circunstâncias, o fato é que elas implicam restrições à liberdade de locomoção. Algumas decorrem de ação estatal, outras, de omissão. Algumas são justificáveis; outras, não.

Contudo, como já se pode observar no tópico 4.1, a Lei Maior de 1988 estabelece que, além de situação de estado de guerra, a única hipótese para restrição do direito fundamental à liberdade de locomoção é do artigo 139, I, qual seja, a do âmbito de um Estado de Sítio, promulgado pelo Presidente da República e chancelado pelo Congresso Nacional.

Todavia, faz-se necessário apresentar as ideias de Jorge Reis Novais (2020):

Em situação de normalidade constitucional, quando se trata de enquadrar juridicamente o problema das afectações desvantajosas do conteúdo dos direitos fundamentais, lidamos com restrições, incluído aí, quando se trate de afectações pontuais e concretas que não alteram a norma de direito fundamental, a figura das intervenções restritivas. Logo, na presente situação de calamidade, é à teoria das restrições a direitos fundamentais que devemos apelar, seja na perspectiva material, seja na competencial, mesmo quando se trate de afectações que, tendo sido iniciadas em estado de emergência, foram continuadas no período seguinte. Já na situação de estado de excepção, como foi a vivida de 18 de março a 2 de maio de 2020, as restrições na altura impostas aos direitos fundamentais têm de ser dogmaticamente relacionadas com o instituto da suspensão de direitos operada através de sucessivos decretos presidenciais de declaração e de renovação do estado de emergência.²

² Ressalte-se que apesar do autor tecer comentários sobre a realidade de Portugal, ao se levar em consideração que a pandemia da Covid-19 teve efeitos globais, o aspecto temporal apontado pelo autor está em confluência com o Decreto do Estado da Bahia que estabeleceu a supressão da liberdade de locomoção dos indivíduos nos municípios de Itabuna e Ipiaú.

Assim, para Jorge Reis Novais (2020), no âmbito da teoria dos direitos fundamentais, haveria uma distinção qualitativa entre restrição e suspensão do exercício desses direitos. Nesse sentido, a afetação permanente do conteúdo do direito fundamental, se constituiria em uma restrição; enquanto, a suspensão, seria da ordem da limitação temporal – “por um período estritamente delimitado no tempo” – do preceito normativo.

Ou seja, abrir-se-ia caminho para cogitação da possibilidade de mitigação do princípio da legalidade em situações como a da pandemia da Covid-19, perante a urgência e a necessidade de adoção de medidas de restritivas pelo Poder Público.

Na visão de Grazielle Aparecida Oliveira Azevedo e Mateus Botinha Oliveira (2021):

As situações de anormalidade constitucional podem ser compreendidas como mecanismos de superação do estado temporário de crise, mas também possuem o objetivo de preservar a democracia e os direitos fundamentais elencados na Constituição da República de 1988, garantindo aos cidadãos que as instituições democráticas serão restabelecidas assim que cessarem os efeitos da emergência.

Ocorre, todavia, que a conjuntura desta crise sanitária do coronavírus não pode oportunizar a construção de uma narrativa segundo a qual os tempos atuais exigiriam a adoção de uma “Constituição de Emergência”, através de uma “Jurisprudência de Crise”, a justificar a suspensão ou a restrição desproporcional dos direitos individuais, bem como a normalização de abusos por parte das autoridades públicas, como se a Constituição Federal de 1988 tivesse cessado a sua vigência e eficácia.

A emergência causada pela presente pandemia, indubitavelmente grave, já perdura por quase um ano, período dentro do qual as unidades federativas já poderiam ter adotado, sem transtornos, legislações próprias para definir as intervenções sanitárias admissíveis, bem como um modelo de fiscalização mais transparente. Nada disso, porém, foi concretizado, e as restrições à esfera jurídica das pessoas segue sendo formalizada sem observância ao devido processo legislativo.

Nesse diapasão, é preciso encarar a inegabilidade de que o Decreto 19.688/2020, do Governo do Estado da Bahia, apesar do seu nobre objetivo, acabou por suspender – como disciplina Jorge Novais Reis - a liberdade de locomoção dos indivíduos dos municípios de Itabuna e Ipiaú. Assim, reconhece-se, também, ante tudo quanto fora exposto neste trabalho, que o Poder Público não é detentor de um poder absoluto. Não possível que se aceite a edição de decretos, ainda mais, os que suprimem direitos, sem que se respeite a ordem jurídica.

5 CONCLUSÃO

Ao final de todo este estudo, verificou-se a necessidade de que os Poderes Públicos tenham, como paradigma máximo, o respeito e o zelo para com o ordenamento jurídico que condiciona e protege o Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, ante todo o exposto durante o presente trabalho, demonstrou-se o desacerto jurídico-constitucional da medida adotada pelo Governo do Estado da Bahia, qual seja, o Decreto 19.688/2020, que instituiu o toque de recolher nas cidades de Itabuna e Ipiaú durante o período da pandemia da Covid-19.

Para tanto, em primeiro lugar, ficou demonstrado a extrema importância que os direitos fundamentais têm para a preservação de uma garantia mínima de dignidade para os seres humanos, tanto enquanto indivíduos, como em coletividade através da defesa de um Estado que garanta a possibilidade de evolução social.

Na sequência, a pesar de ter sido demonstrada o nível de gravidade com a qual a pandemia da Covid-19 atingiu o Estado da Bahia, bem como, do estabelecimento da viabilidade de se utilizar do juízo de ponderação como ferramenta metodológica para a solução de conflitos – tensões – entre os direitos fundamentais durante o período pandêmico; foi através da análise da perspectiva do Supremo Tribunal Federal - sob o viés do federalismo cooperativo - sobre as políticas públicas adotadas pelos entes federativos, que se demonstrou a incompatibilidade do Decreto estadual com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Por fim, explicitou-se, ainda mais, a necessidade de respeito ao princípio da legalidade, através da observância do ordenamento jurídico como uma forma de defender o Estado Democrático de Direito, e assim, um retrocesso dos direitos fundamentais. Contudo, fica a deixa para um próximo trabalho, sobre a possibilidade de utilização do juízo de proporcionalidade para avaliar a tensão entre o princípio da legalidade e o princípio da supremacia do interesse público.

REFERÊNCIAS

Assembleia Geral da ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. (217 [III] A). Paris, 1948, p. 01. Disponível em: <<https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/2021/03/udhr.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2022.

ABBOUD, Georges.; MENDES, Gilmar Ferreira. A jurisdição constitucional da crise: pacto federativo, preservação dos direitos fundamentais e o controle da discricionariedade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo/SP, vol. 1022, p. 103-124, dez/2020. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/documents/5736540/7186707/15.01+-A+jurisdi%C3%A7%C3%A3o+constitucional+da+crise+_+pacto+federativo%2C+preserva%C3%A7%C3%A3o+dos+direitos+fundamentais+e+o+controle+da+discricionariedade.pdf/d9d95d6a-ff91-82bf-899f-1ae20e9acfe6?version=1.0&t=1611787102109. Acesso em: 03 nov. 2022

ABRUCIO, Fernando Luiz *et al.* Combate à covid-19 sob o federalismo bolsonarista: Um caso de descoordenação intergovernamental. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, ano jul./ago 2020, ed. 54, p. 663-677, 24 jul. 2020. DOI <https://doi.org/10.1590/0034-761220200354>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/bpdbc9zSGCKZK55L3ChjVqJ/?lang=pt>. Acesso em: 3 nov. 2022.

AIRES, A. I. B. E. .; FREIRE, L. F. de O. .; SOUZA, S. V. e .; SILVA, M. D. O. e .; ARAUJO, D. P. de .; NUNES, M. J. M. .; SILVA, J. C. S. .; FERNANDES, A. W. do N. .; LEAL, D. C. L. .; LIMA, I. P. C. . Covid-19: Efeitos da pandemia no surgimento de quadros psiquiátricos entre enfermeiras de Unidade de Terapia Intensiva. **Research, Society and Development**, [S. l.], v. 10, n. 15, p. e125101522749, 2021. DOI: 10.33448/rsd-v10i15.22749. Disponível em: <<https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/22749>>. Acesso em: 25 out. 2022.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AZEVEDO, Paula R. de A.; CABACINHA, Paulo M. de C. Proteção multinível dos direitos humanos: lógica monista ou dualista do direito. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória/ES, volume 22, número 1, p. 11-36, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1659/577>>. Acesso em: 13 out. 2022.

AZEVEDO, Grazielle Aparecida Oliveira; OLIVEIRA, Mateus Botinha. Toque de recolher instituído por decreto do executivo em tempos de pandemia: uma análise de sua (in)constitucionalidade. **Revista Aletheia**. Alto do São Francisco, vol. 1, 2022. Disponível em: < <http://revista.fasf.edu.br/index.php/Aletheia/article/view/151>> Acesso em: 03 nov. 2022

BAHIA. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado da Bahia**. Salvador: Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, 2020. 206 p. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70433>. Acesso em: 3 nov. 2022.

BAHIA. **Decreto nº 19.688**, de 11 de maio de 2020. Institui, nos municípios indicados, a restrição de circulação noturna como medida de enfrentamento ao novo coronavírus, causador da COVID-19, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.casacivil.ba.gov.br/arquivos/File/DECN19688DE11MAIO2020.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

BAHIA (Estado). Secretaria de Saúde. Coronavírus (Covid-19): A prevenção está em nossas mãos. **Boletim Epidemiológico: COVID-19**, [s. l.], ano 2020, n. 282, p. 1-19, 31 dez. 2020. Disponível em: http://www.saude.ba.gov.br/wp-content/uploads/2020/12/BOLETIM_ELETRONICO_BAHIAN_282___31122020.pdf. Acesso em: 3 nov. 2022.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidade das Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 out. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 19.841**, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte o Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Promulgação. Rio de Janeiro, RJ, 22 de out. 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 13 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076-5/AC. Requerente: Partido Social Liberal – PSL. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Acre. Relator: Min. Carlos Veloso. DJ 08 ago. 2003. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>>. Acesso em: 13 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.454/DF. Requerente: Associação Nacional dos Servidores do Ministério Público. Intimado: Conselho Nacional do Ministério Público. Relator: Min. Alexandre de Moraes. DJe-124 15 abr. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/attachments/STF_ADI_5454_030b1.p>

df?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1667475265&Signature=W%2BhwxWp8Z5qy537YqqKsTPVfcbk%3D>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341/DF. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. D. J. 15 abr. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754372183>>. Acesso em: 03 nov. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental Inquérito nº 3922/CE. Arguente: Maria Gorete Pereira. Arguido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Dias Toffoli. D.J. 15 dez. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/attachments/STF_AGR-INQ_3922_69d85.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1667475921&Signature=C5U9qw5FTAk04L15JXhMWm5UaqA%3D>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 93250/MS. Paciente: Haroldo José Guimarães. Impetrante: Élin Teruko. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ellen Gracie. DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-04 PP-00644 10 jun. 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_93250_MS_1278988808080.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1667472317&Signature=td6PAK%2BseQ3YWPxoeBF7NSqgXN0%3D>. Acesso em: 03 nov. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.452-1/RJ. Impetrante: Luiz Carlos Barreti Júnior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Min. Celso de Mello. D.J 12 mai. 2000. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 03 nov. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 32.326/DF. Impetrante: Carlos Henrique Focesi Sampaio. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Roberto Barroso. DJe-056 21 mar. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/stf-suspende-efeitos-sessao-manteve.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 191.532-3/SP. Recorrente: Município de Jaboticabal. Recorrido: Luiz Antônio Alves de Souza e outros. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. D.J. 29 ago. 1997. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_191532_SP-_27.05.1997.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1667475048&Signature=Rgacdu9iSiAAadjwVOYPuBNoqrNE%3D>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. DJe nº 104 05 jun. 2009. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorrrpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 13 out. 2022.

BOULLOSA, Maria Alcina Romero *et al.* Rede hospitalar covid-19: uma análise sobre a evolução da disponibilidade de leitos na Bahia. **Revista Baiana de Saúde Pública**, Salvador, ano jul./set 2021, v. 45, ed. Especial 3, p. 28-42, 20 abr. 2021. DOI https://doi.org/10.22278/2318-2660.2021.v45.nEspecial_3.a3546. Disponível em: <https://rbsp.sesab.ba.gov.br/index.php/rbsp/article/view/3546>. Acesso em: 31 dez. 2021.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAETANO, Rosângela *et al.* Desafios e oportunidades para telessaúde em tempos da pandemia pela COVID-19: uma reflexão sobre os espaços e iniciativas no contexto brasileiro. **Cadernos de Saúde Pública: Reports in public health**, [s. l.], ano 2020, 1 jun. 2020. DOI <https://doi.org/10.1590/0102-311X00088920>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/swM7NVTrnYRw98Rz3drwpJf/?lang=pt>. Acesso em: 3 nov. 2022.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo poder judiciário. 2009. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/publico/Arquivo_completo_pdf.pdf. Acesso em: 13 out. 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria de Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Constituição Federal Comentada / Alexandre de Moraes ... [et al.] ; [organização Equipe Forense]. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

COSTA, Isleide *et al.* Estratégias para flexibilização do distanciamento social durante o enfrentamento da covid-19 na Bahia, 2020. **Revista Baiana de Saúde Pública**, Salvador, ano jan./mar 2021, v. 45, ed. Especial 1, p. 168-186, 20 abr. 2021. DOI https://doi.org/10.22278/2318-2660.2021.v45.NEspecial_1. Disponível em: <https://rbsp.sesab.ba.gov.br/index.php/rbsp/article/view/3263>. Acesso em: 3 nov. 2022.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

DA ROCHA, B. V.; DE MACÊDO, J. A.; DIAS, L. R.; DE MORAES, M. Óbitos e casos confirmados de COVID-19 na Bahia: descrição do perfil clínico e epidemiológico. **Revista de Saúde Coletiva da UEFS**, [S. l.], v. 11, n. 2, p. e7260, 2021. DOI: 10.13102/rscdauefs.v11i2.7260. Disponível em: <http://periodicos.uefs.br/index.php/saudecoletiva/article/view/7260>. Acesso em: 27 out. 2022.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FONTELES, Samuel Sales. **Hermenêutica constitucional**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JESUS, Arlene Maria de *et al.* Rede de vigilância no monitoramento da covid-19 na Bahia, Brasil, 2020. **Revista Baiana de Saúde Pública**, Salvador, ano jan./mar 2021, v. 45, ed. Especial 1, p. 62-78, 20 jul. 2021. DOI https://doi.org/10.22278/2318-2660.2021.v45.NEspecial_1. Disponível em: <https://rbsp.sesab.ba.gov.br/index.php/rbsp/issue/view/183>. Acesso em: 3 nov. 2022.

KENICKE, Pedro Henrique Galloti; CLÈVE, Ana Carolina de Camargo. Princípio da legalidade estrita na seara eleitoral. *In*: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura. **Direito Constitucional Eleitoral: Tratado de Direito Eleitoral**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. v. 1, cap. 7, ISBN 8545004966.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

LIMA, R. O. de O. .; BESERRA, T. K. P. .; OLIVEIRA, P. V. M. de .; SILVA, J. M. .; ALBUQUERQUE, J. R. V. A. de .; MELO, I. T. O. A. de . The unconstitutionality of state and municipal curfews. **Research, Society and Development**, [S. l.], v. 11, n. 2, p. e9811221863, 2022. DOI: 10.33448/rsd-v11i2.21863. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/21863>. Acesso em: 3 nov. 2022.

LORDELO, João Paulo. **Noções gerais de direito e formação humanística**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Ericka Helena Costa *et al.* Operação especial de barreira sanitárias para enfrentamento do vírus Sars-CoV-2, Bahia, 2020. **Revista Baiana de Saúde Pública**, Salvador, ano abr./jun 2021, v. 45, ed. Especial 2, p. 92-107, 22 out. 2022. DOI https://doi.org/10.22278/2318-2660.2021.v45.NEspecial_2. Disponível em:

<https://rbsp.sesab.ba.gov.br/index.php/rbsp/article/view/3484>. Acesso em: 3 nov. 2022.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MELO, Vinicius Santana. Liberdade de expressão e liberdade de opressão: hate speech como instrumento para segregação da população afrodescendente. **Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia**, Salvador/BA, 2017.

MELO, Vinicius Santana. O discurso de ódio em confronto com a liberdade de expressão: uma análise do hate speech sob a ótica do direito comparado. **Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia**, Salvador, Ano 22, nº 24, 2019.

MÉLO FILHO, Marconi Araní. **Direitos Fundamentais e Exigibilidade das Prestações Sociais: a Eficácia Jurídica das Normas Constitucionais de Direitos Sociais Prestacionais e o Papel do Judiciário**. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife, Recife, 2006. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4565/1/arquivo5945_1.pdf>. Acesso em: 13 out. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise – a propósito da epidemia covid-19. **Revista Eletrônica de Direito Público**, Lisboa, vol. 7, n. 1, p. 81-117, 2020. Disponível em: < <https://e-publica.pt/api/v1/articles/34308-direitos-fundamentais-e-inconstitucionalidade-em-situacao-de-crise-a-proposito-da-epidemia-covid-19.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2022

PAGANI, L. A. G.; DIAS, B. S. A pandemia do covid-19 e o princípio da vedação ao retrocesso: direitos fundamentais no brasil em risco. **Revista Eletrônica Direito e Política**, [S. l.], v. 16, n. 2, p. 660–684, 2021. DOI: 10.14210/rdp.v16n2.p660-684. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/17790>. Acesso em: 2 nov. 2022.

PAIVA, Claudio Cesar de *et al.* O federalismo cooperativo em obstrução: Fissuras intergovernamentais da pandemia. **Cadernos de Gestão Pública e Cidadania**, São Paulo, ano maio/agos 2022, v. 27, ed. 87, p. 1-18, 1 fev. 2022. DOI <https://doi.org/10.12660/cgpc.v27n87.83857>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/83857>. Acesso em: 3 nov. 2022.

PEIXOTO, Geovane de Mori. **Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. 1. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PINHEIRO, Marcelo Rabello. **A eficácia e a efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional: em busca da superação dos obstáculos**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5143/1/2008_MarceloRebelloPinheiro.pdf>. Acesso em: 13 out. 2022.

PITA, Taciana Orlocivin Gonçalves. **Restrições a direitos fundamentais nas relações de emprego**. Orientador: Antônio Jorge Pina dos Reis Novais. 2018. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) - Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018. DOI <http://hdl.handle.net/10451/32590>. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/32590>. Acesso em: 3 nov. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ROCHA NETO, João Mendes da. As fragilidades do federalismo cooperativo na crise do Covid-19. **Revista Gestão e Saúde**, Brasília, v. 11, n. 3, set/dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.26512/gv.v11i3.32297>. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rgs/article/view/32297>. Acesso em: 02 nov. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

Secretaria Estadual de Saúde (BA). **Plano de vacinação contra a COVID-19 no estado da Bahia** [Internet]. 2021. 46 p. [acesso em 27 out 2022]. Disponível em: <http://www.saude.ba.gov.br/wp-content/uploads/2021/01/Plano-de-Vacinacao-Covid-19.pdf>

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo - Edusp, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável in **Revista dos Tribunais**. Número 798, 2002: 23-50.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.