



FACULDADE UNIFAMETRO MARACANAÚ

CURSO DE DIREITO

MARIO STENIO FERREIRA PEQUENO

**RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PERÍODO DE
PANDEMIA: DIREITO A LIBERDADE**

MARACANAÚ

2022

MARIO STENIO FERREIRA PEQUENO

RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PERÍODO DE
PANDEMIA: DIREITO A LIBERDADE

Projeto de pesquisa apresentado à disciplina Pesquisa em Direito do curso de Direito do Centro Universitário Fametro – Unifametro – como requisito para aprovação na disciplina, sob a orientação do Prof.^a Ulysses Lima.

MARACANAÚ
2022

MARIO STENIO FERREIRA PEQUENO

RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PERÍODO DE
PANDEMIA: DIREITO A LIBERDADE

Artigo TCC apresentado no dia _ de _
de 2022 ao curso de Graduação em
Direito do Centro Universitário
Fametro – Unifametro, como requisito
parcial para a obtenção do grau de
bacharel em Direito, tendo sido
aprovado pela banca examinadora
composta pelos professores abaixo:

BANCA EXAMINADORA

Prof.º Prof.º Ulysses Lima

Orientador – Centro Universitário Fametro – Unifametro

Prof.º

Orientador – Centro Universitário Fametro – Unifametro

Prof.º

Orientador – Centro Universitário Fametro – Unifametro

Acima de tudo, agradeço a Deus por mais esta realização, também a minha família e amigos.

Ao professor Ulysses Lima, que com sua dedicação e cuidado de mestre, orientou-me na produção deste trabalho

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos são para Deus e minha família que me ajudaram a chegar até aqui.

RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PERÍODO DE PANDEMIA: LIBERDADE, MANIFESTAÇÃO RELIGIOSA

Mario Stenio Ferreira Pequeno
Ulysses Lima

RESUMO

A pandemia do coronavírus foi um desastre mundial, a sua alta contaminação e proliferação fizeram com que todos os países do mundo adotassem políticas restritivas de liberdade, como a quarentena e algumas outras medidas, para conter o número de vítimas fatais desse vírus. Essas medidas se tornaram debates e objetos de ações judiciais, uma vertente de pensamento é que não se pode negar um direito fundamental à um indivíduo, que no caso seria o direito a liberdade, ou até mesmo o direito de manifestação religiosa através de um culto ou reunião, a outra é que até mesmo direitos fundamentais podem ser relativizados para que vidas sejam salvas, ou seja, o direito social e geral em detrimento do direito individual. Por conta disso, a presente pesquisa mostra-se importante para o estudante de direito que precisa compreender a necessidade do caráter relativo e não absoluto de um direito individual dependendo do caso concreto em questão, para que o bem comum seja atingido.

Palavras-chave: Pandemia; Direitos fundamentais; Liberdade; Quarentena.

¹ Graduando do Curso de Direito pelo Centro Universitário Fametro – Unifametro

² Prof.^o Orientador do Curso de Direito pelo Centro Universitário Fametro – Unifametro

1 INTRODUÇÃO

A disseminação inescrupulosa de casos confirmados de infecção pelo coronavírus, e a conseqüente alta taxa de letalidade, tem levado à promulgação de uma série de medidas restritivas de direitos, especialmente portarias estaduais e municipais, que são claramente incompatíveis com a Lei 13.979/20 e a Portaria Interministerial nº 05/20, a legislação federal aplicável a esta matéria.

A imposição de excessivas medidas restritivas de direitos nas jurisdições municipais tem chamado a atenção nacional por configurar abuso de poder. Houve uma enxurrada de notícias na mídia de que cidadãos livres e saudáveis

estavam sendo presos por longos períodos de convivência em ambientes proibidos ao público por decreto interno.

Mais comumente constituídas contraordenações simples em diversos tipos de crimes, principalmente relacionados ao crime de desobediência previsto no art. 330 Código Penal.

Assim, certas autoridades, sob o argumento de preservar a saúde coletiva e proteger o bem comum, violam o alcance dos direitos e garantias individuais constitucionalmente garantidos ao ameaçar implicitamente aqueles que deliberadamente não optam pela quarentena, com prisão, proibindo a livre circulação em locais públicos sem cumprimento das normas.

Assim, foi imposto de forma arbitrária e inconstitucional o estado de lei marcial, de forma velada, conforme disposto nos Decretos e Regulamentos Municipais e Estaduais, em desacordo com as normas legais contidas no artigo 5º, inciso XV, da Constituição da República, cuja qual determina ser vetado, aos Estados e Municípios, limitar a circulação de pessoas em território nacional.

Nesse sentido, cabe destacar que, embora a proteção do direito à saúde e a edição dos atos normativos inerentes à sua realização sejam de responsabilidade comum dos poderes federal, estadual e municipal, é preciso lembrar que não pode ser exercido de maneira contrária com a legislação federal e a própria Constituição.

No final de dezembro de 2019, a China relatou seu primeiro caso associado ao coronavírus, que rapidamente se espalhou pelo o território chinês, em poucos dias, e evoluindo rapidamente em semanas, centenas de mortes foram encontradas em todo o mundo, com Itália e Espanha como epicentros.

Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde anunciou que o novo surto de coronavírus constituía uma Emergência de Saúde Pública de Interesse Internacional (ESPII) - o nível de alerta mais alto da Organização sob o Regulamento Sanitário Internacional, e seu status requer coordenação, cooperação e solidariedade global para parar a propagação do vírus. (WHO, 2020)

Logo, a Organização Mundial da Saúde (OMS) em 11 de março de 2020 caracterizou o fenômeno como uma grande epidemia.

Pandemia essa que era uma doença infecciosa não apenas em um local, mas em vários países e em mais de um continente ao mesmo tempo, e continua a se espalhar entre as pessoas. Uma pessoa infectada em um país transmite o vírus em outros países, e assim por diante.

Trinta dias após o registro do primeiro caso de COVID-19 no Brasil, em São Paulo, em 26 de fevereiro, o Centro Nacional de Informações Estratégicas de Vigilância Sanitária (CIEVS) registrou 148.950 rumores, dos quais 270 foram confirmados como infecções humanas causadas pelo COVID-19. (COE-COVID-19, 2020a)

A Portaria GM/MS nº 454, de 20 de março de 2020, que declara, em âmbito nacional, a situação de transmissão comunitária do novo coronavírus, recomenda que todos os estabelecimentos de saúde estabeleçam diagnóstico sintomático para atendimento de casos suspeitos de COVID-19, independentemente da etiologia do fator doença.

Segundo o relatório da Anvisa, o Brasil ocupa atualmente a 11ª posição entre os países com maior número de infecções por coronavírus no mundo, e também a 11ª em número de casos confirmados e número de mortes. (COE-COVID-19, 2020b)

Em relação à região das Américas, o Brasil tem 30.425 casos confirmados de COVID-19 e 1.924 mortes pela doença, de acordo com o relatório de situação do Ministério da Saúde de 16 de abril de 2020, que coloca o país em terceiro lugar com o maior número de casos e mortes em Região das Américas O ranking regional do país, atrás apenas dos Estados Unidos e do Canadá. (Ministério da Saúde, 2020d)

O último boletim epidemiológico da Secretaria de Vigilância em Saúde informa que, até 17 de abril de 2020, foram confirmados 33.682 casos de COVID-19 e 2.141 óbitos. No entanto, apenas uma semana depois, a Anvisa divulgou um total nacional de 52.995 infecções e 3.670 mortes no Brasil em sua carga de casos da doença causada pelo coronavírus 2019 (COVID-19), uma taxa de natalidade de 6,9%. (COE-COVID-19, 2020b)

Devido à eclosão da pandemia do coronavírus nos últimos meses, várias medidas foram tomadas para conter a propagação do vírus, incluindo restrições à livre circulação de pessoas por meio da aprovação de normas.

De acordo com as recomendações da OMS, muitos países do mundo, inclusive o Brasil, estabeleceram medidas de isolamento social, como quarentena, isolamento social propriamente dito, obrigatoriedade de exame e tratamento médico, proibição de funcionamento de locais comerciais e de circulação, restrição de pessoas em locais públicos, transporte público e privado. (BRASIL, 2020)

Diante dessa situação de pandemia, o poder legislativo tem se apressado em decretar medidas preventivas para conter a propagação da COVID-19, como leis nacionais de quarentena, decretos federais que definem serviços públicos e atividades essenciais (10.282/20 e 10.292/20), restrições estaduais sobre as atividades e um decreto decidindo a suspensão dos serviços.

No entanto, tomar as medidas acima significa restringir severamente os direitos fundamentais de liberdade de movimento, autodeterminação do próprio corpo e livre iniciativa. Embora razoável por enquanto – a desigualdade das medidas e, mais importante, a duração das medidas pode desencadear uma crise constitucional.

O cumprimento dessas leis é obrigatório e seu descumprimento acarretará responsabilidade administrativa, civil e criminal, conforme definido pela portaria do Ministério da Justiça e do Ministério da Saúde, que determina a obrigatoriedade da lei nacional de quarentena em atendimento a medidas de saúde pública de emergência.

No entanto, vários casos de abuso e abuso de poder têm sido relatados, principalmente no nível municipal, por meio da emissão de portarias com normas arbitrárias, culminando até mesmo em toques de recolher e prisões de cidadãos que transitam pelas ruas.

Notavelmente, a Lei 13.979/2020 do Brasil permite quarentenas, que visam separar pessoas infectadas de pessoas saudáveis e conter a propagação do vírus, entre outros. Portanto, não há entraves jurídicos à livre circulação de pessoas, restrições ao direito de reunião ou intervenção em bens e perturbação

de atividades econômicas, matérias de competência da União, em matérias particulares, os Estados podem ser investidos de leis complementares sobre a matéria.

A Lei da Quarentena, que dá autonomia aos estados e municípios para desenvolverem suas próprias medidas de contenção do coronavírus, tem sido cumprida por meio da edição de portarias e portarias locais, refletindo a vontade política de um governador ou prefeito.

Por exemplo, o artigo 5º, inciso VI, do Decreto Rio 46.973/2020 propõe restringir “a ida frequente a praias, lagoas, rios e piscinas públicas”, e o mesmo artigo do inciso V, que restringe “bares localizados em centros comerciais, shoppings e similares, restaurantes, lanchonetes e similares com redução de 30% no horário de funcionamento (trinta)". (ALMEIDA, 2020, p. 04)

No entanto, mesmo que fosse apenas sugerido para cumprir a lei, a Gendarmaria do Rio prendeu duas mulheres que caminhavam na praia simplesmente porque não se retiraram da faixa da areia, o que não eram obrigadas a fazer. Nomeadamente, o conselho do governador relativamente à conduta de não visitar bens federais (neste caso, praias) levou à detenção de dois cidadãos brasileiros. (ALMEIDA, 2020, p. 04)

No estado de São Paulo, por sua vez, o governo fechou acordo com operadoras de telefonia móvel para fiscalizar o cumprimento da quarentena, que por lei só permite a separação de pessoas doentes ou infectadas de outros meios para evitar a propagação do coronavírus.

Diante disso, é necessário analisar a legalidade de enfatizar o distanciamento social e a quarentena sobre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, as garantias constitucionais e as medidas restritivas impostas aos cidadãos durante a contenção da propagação do coronavírus, pois são as formas mais restritas de liberdade.

2 RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Carta Magna de 1988 é um marco em que todos os brasileiros podem se orgulhar, nela junto aos direitos fundamentais trazidos ao nosso ordenamento, pode-se vê-la como um grande montante de dispositivos que tem por objetivo proteger o indivíduo contra a atuação estatal. o título segundo da Carta Magna,

são baseados no princípio da dignidade humana, que garante direitos que devem ser assegurados pelo poder estatal.

Esses direitos indispensáveis têm como objetivo impor limites ao poder do governante e resguardar os direitos do indivíduo. a doutrina acredita que os primeiros limites ao poder do estado se deram nos finais anos da idade média. em 1215, a carta magna inglesa surgiu, ela foi considerada o antecedente mais importante, ela reconheceu os direitos dos barões e limitou o poder absolutista do rei. Logo após, no século XVIII, após a revolução na França e na América, surgiram os primeiros dispositivos positivados de direitos individuais. A carta de Virgínia, em 1776 foi a primeira declaração e estabeleceu, dentre seus dispositivos fundamentais, a igualdade de direitos, a liberdade de imprensa, a eleição de representantes, direito de defesa, divisão de poderes e liberdade religiosa. mas em 1789 após a revolução francesa, nasceu a declaração dos direitos dos homens e cidadãos, esse foi um marco histórico mundial, com seu caráter universal, era considerada válida para a humanidade inteira. por fim, depois da segunda guerra mundial, a ONU deu início a declaração universal dos direitos dos homens, em 1948, reafirmando a importância dos direitos humanos.

No Brasil, os direitos individuais se faziam presentes em todas as constituições. Rodrigo César Rabello Pinho exemplifica: A de 1824, em seu art. 179, garantia “a inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade”. A Constituição de 1891 destinava uma seção à declaração de direitos, assegurando a “brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes a liberdade, a segurança individual e a propriedade” (art. 72). A de 1934, editada após a Constituição alemã de Weimar, continha, ao lado de um título denominado “Das Declarações de Direitos”, um outro dispendo sobre a ordem econômica e social, incorporando ao texto constitucional diversos direitos sociais. A tutela a essa nova modalidade de direitos, os sociais, permaneceu em todas as demais Constituições.

A Carta de 1937 consagrava direitos, mas o art. 186 declarava “em todo o país o estado de emergência”, com a suspensão de diversas dessas garantias. Esse estado de emergência foi revogado apenas em novembro de 1945. A Constituição de 1946 destinou o Título IV à declaração de direitos. Esse

enunciado de direitos indispensáveis permaneceu nas Constituições de 1967 e 1969, muito embora ambas contivessem dispositivos que excluía da apreciação judicial os atos praticados com intuito em atos institucionais (respectivamente, os arts. 173 e 181). (PINHO, 2018, p. 99 e 100).

Nossa constituição atual, possui uma grande carta de direitos e garantias fundamentais, e foi única quando trouxe esses dispositivos antes mesmo da organização do Estado, logo, por conta disso nossa constituição é chamada de constituição cidadã, tendo ainda posto fim aos anos de ditadura militar e pregou um estado democrático de direito.

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

Dito isto, sabe-se que esses direitos são inalienáveis e irrenunciáveis, contudo, não são absolutos. O ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes diz que “Os direitos fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados, pois encontram limitações em outros direitos igualmente consagrados na Carta Magna” (MORAES, 2004, p. 63), esses fenômenos são nomeados pelo ministro como princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas. O ordenamento que nos rege é pluralista e faz com que os dispositivos precisem dialogar consigo mesmo, com o objetivo de que todos os objetivos constitucionais possam ser satisfeitos. Portanto, existir um limitador para esse direito, em virtude da emergência de algum outro, é fundamental para a convivência democrática das normas.

Sobre essa questão, Orlando Luiz de Melo Neto destaca:

Nesse viés, doutrina e jurisprudência enfatizam que os direitos fundamentais se expõem a restrições autorizadas expressas ou implicitamente pela própria Constituição, classificando-as com reserva legal simples e reserva legal qualificada.

A reserva legal simples acontece quando a constituição estabelece que determinado direito poderá ser restringido nos termos da lei, a exemplo do inciso VI do artigo 5º (“na forma da lei”). Já a reserva legal qualificada, ocorre quando a Constituição além de exigir que a restrição decorra da lei, elenca os fins e as condições necessárias, a exemplo do artigo 5º, XII, (interceptação telefônica para fins penais). (NETO, 2014) Seguindo a mesma linha de pensamento, Cibele Fernandes Dias Knoerr afirma: “os direitos fundamentais admitem limitação seja em face de direitos também fundamentais (numa situação de colisão) ou em face do interesse público. Logo, não são direitos absolutos”. (Knoerr, 2009, p.37)

Logo, não existe nenhum grau de superioridade entre os direitos fundamentais, o constituinte nunca disse que um direito fundamental é mais importante que outro, esse tipo de raciocínio deve ser realizado em cada caso concreto, o caso concreto ditará qual direito, naquela ocasião, se faz mais importante e deve se sobrepôr ao outro, deve-se ter equilíbrio para que a sobreposição não seja extinção do outro dispositivo.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PANDEMIA

O STF foi diversas vezes requerido para investigar a legalidade e constitucionalidade de ações que foram tomadas para combater a covid-19, desde as medidas do poder público ou omissões deste diante da crise sanitária. a OMS (organização mundial da saúde) recomendou o isolamento social como principal medida efetiva contra a proliferação do vírus da covid, frente a omissão do governo federal em tomar medidas combatentes ao vírus. governadores editaram decretos que limitavam o acesso da população a locais públicos e até mesmo reuniões de particulares como praias, parques, shoppings e reuniões familiares. tais medidas adotadas pelos governadores levaram uma confusão jurídica para o país, tendo que ser decidido no STF se os chefes dos estados-membros poderiam agir dessa forma.

O STF deferiu que as ações tomadas nos estados eram sim legais e necessárias para frear o avanço do vírus, tornando-a assim as medidas tomadas ainda mais endurecidas e restritivas com o que pese a liberdade individual. Portanto, vimos que alguns direitos foram temporariamente restringidos com o objetivo de conter o avanço do vírus, como o de ir e vir, o direito de reunião, até

mesmo o de religião, por conta das igrejas fechadas e o impedimento de realizar cultos.

Com a liberdade restringida por decretos estaduais, alguns juristas e até mesmo estudiosos de outras ciências, questionaram se essas medidas restritivas não lesavam o direito fundamental contido no art. 5º. XC da nossa Constituição Federal, que versa: “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”.

Entretanto, no caput do artigo 5º da constituição, diz que o direito à vida é inviolável. Logo, com o conhecimento comum e certo de que aglomerações facilitam a contaminação e disseminação dos vírus em outras pessoas, fica de fato evidenciado que o isolamento social é medido para assegurar a inviolabilidade à vida e manutenção dos setores privados e públicos de saúde que estavam dentro no caos, em meio a pandemia, com falta de leitos, remédios e conhecimento de como combater o vírus.

Diante disso, fica fácil perceber o choque entre direitos fundamentais, um deles é a liberdade, ou o direito de ir e vir e o outro é o direito à vida, e como já mencionado anteriormente, devemos pesar qual desses direitos deve prevalecer sobre o outro em cada fato ocorrido, de forma individual.

A partir do exposto, fica de fácil concepção um choque entre esses direitos: De um lado o direito à vida e no outro o direito de ir e vir. Como já supracitado, é necessário analisar o caso e ver qual direito deve prevalecer em detrimento do outro, onde talvez seja necessário restringir o direito de ir e vir de diversas pessoas para que uma pessoa possa viver.

Dito isto, quando encaramos essa realidade cruel, me parece sensato por na balança esses direitos no sentido de decidir que o direito de livre circulação das pessoas seja restringido para que o direito à vida de outras pessoas seja mantido.

Seguindo o mesmo pensamento: Após pensar sobre o assunto, defendo por constitucional os decretos estaduais cerceando temporariamente o direito de ir e vir das pessoas enquanto assim for necessário para preservar a vida das pessoas. (CAVALCANTI, 2020, p.2).

Portanto, podemos ver que com a ponderação acima exposta, não faz sentido algum que o direito de livre locomoção prevaleça sob o da vida, que é o bem jurídico mais importante, claro que sabemos que o direito de ir e vir é importante, mas é melhor que ele seja temporariamente tomado, para que ninguém fique definitivamente, sem vida.

4 CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sabe-se que, em nosso ordenamento pátrio, alguns direitos fundamentais aparentam serem contraditórios um com o outro, como por exemplo Direito à liberdade de expressão e à privacidade, ver: Artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 que garante a liberdade de expressão, e dispõe que a liberdade de expressão de pensamento, vedação ao anonimato são garantidos, e no inciso XIV garante o acesso à informação para todos e protege o sigilo da fonte da informação quando a prática assim o exigir.

Ainda em seu artigo 220, dispõe que não haverá restrição à manifestação de ideias, criações, expressões e informações sob qualquer forma, processo ou suporte, observado o disposto na Constituição, e nos §§1º e 2º, diz que "nenhuma das leis conterà dispositivos que possam constituir embaraço à plena liberdade de informação noticiosa em qualquer meio, observados os Art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV" e "Proibição de qualquer e toda revisão da natureza".

Vale ressaltar o pensamento do estudioso Edilson Farias que fala que ambas as liberdades são direitos subjetivos e fundamentais para todos:

"A capacidade de expressar livremente seus pensamentos, pontos de vista, opiniões, crenças, julgamentos de valor, por meio de palavras orais e escritas, imagens ou qualquer outro meio de comunicação (liberdade de expressão), assim como a capacidade de comunicar ou receber informações com veracidade e sem impedimentos Discriminação (liberdade de comunicação)."

O doutrinador supracitado, afirma que os acontecimentos sucedem da provação da legitimidade, mas sabendo que as crenças ou juízo de valor, não se submetem a esse tipo de comprovação, por conta de sua natureza abstrata. Portanto, a liberdade de expressão é mais protegida do que a liberdade de comunicação, visto que a prática da primeira não se submeteria ao limite da verdade, que a liberdade de comunicação se submete.

Vale lembrar que existe um limite interno de fatos verídicos imposto à liberdade de comunicação se refere à subjetividade da verdade, logo, é um freio aplicado com a finalidade de que o sujeito tenha responsabilidade com a verdade, para que o comunicador tenha prudência e divulgue apenas informações corretas e honestas.

Em contra sentido, para Ingo Sarlet, J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira “Não há dever de verdade e nem crime de opinião, ainda que sejam opiniões contrárias à democracia, salvo qualquer opinião que atente contra direitos fundamentais de terceiros ou constitua incitação a crime, devendo ser apreciadas na resolução de choques dos direitos fundamentais”. (CANOTILHO, 2003, p. 552).

Gilmar Mendes diferencia o direito a intimidade da privacidade:

“O objeto do direito à privacidade são as condutas e eventos relacionados às relações pessoais, comerciais e profissionais em geral, dos quais o indivíduo não deseja que o público tome conhecimento, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.

Pode-se ver que há uma concepção para a dualidade entre os direitos de liberdade, comunicação e expressão, é uma dualidade de perspectiva: subjetiva e objetiva. Na primeira, a liberdade de expressão é vista como algo não possível de ser dispensada por existir precisão de proteger a liberdade de expressão e o livre desenvolvimento da personalidade, agora na visão objetiva ambas as liberdades são vistas como essenciais para proteger o regime democrático, como podemos ver em um julgamento da ADI 4.815:

Na ADI 4.815, relatada pela Ministra Carmen Lúcia, o Plenário do STF concedeu o poder de interpretação por cláusula. Os artigos 20.º e 21.º do CC excluem a “censura prévia privada”, incluindo a exigência de autorização prévia para a divulgação ou publicação de obras biográficas por pessoa biografada, foi sublinhado:

“3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceado pelo Estado ou por particular. 4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações”.

Ronald Dworkin, mesmo não aderindo totalmente ao livre mercado de ideias, também apontou que:

“A proteção do discurso crítico por funcionários públicos é particularmente importante. Numa situação em que a crítica aos funcionários públicos é quase impossível, o objetivo de ajudar o mercado de ideias a produzir as melhores escolhas de governantes e linhas de ação política está ainda mais distante”

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos considerou que a liberdade de expressão:

“Constitui um dos pilares essenciais de qualquer sociedade democrática, uma das condições primordiais do seu progresso e do desenvolvimento de cada um. Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 10.º, ela vale não só para as «informações» ou «ideias» acolhidas com favor ou consideradas como inofensivas ou indiferentes, mas também para aquelas que ferem, chocam ou inquietam. Assim o exigem o pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura, sem os quais não existe «sociedade democrática».” (ECHR, Caso Alves da Silva v. Portugal, Queixa 41.665/2007, J. 20 de outubro de 2009)

Dito isto, importa referir que tanto a liberdade de expressão como a comunicação têm uma dimensão individualista que se traduz num direito/dever de acessar as informações. Logo após, porém, foi-lhe conferido caráter coletivo, visto que esta liberdade dotou a formação de opinião plural, refletida em um ordenamento jurídico democrático. Assim, essas duas liberdades tornam-se os condicionantes da democracia e a ativação de outros direitos fundamentais.

No entanto, entendemos que a liberdade de expressão e comunicação, como qualquer outro direito fundamental, não é perfeita, mas tem limites. Com resultado, esse direito, além do controle interno da verdade do dado “deve ser compatível com os direitos fundamentais dos cidadãos afetados por convicções e dados, bem como com outros bens resguardados na constituição, como a virtude pública, a saúde segurança pública”.

No entanto, como direito fundamental, as restrições à liberdade de expressão e comunicação devem ser justificadas, sendo impossível atingir a essência da liberdade de expressão e comunicação de forma a compensar a máxima proporcionalidade. O direito à privacidade foi estabelecido como uma limitação externa à liberdade de expressão e comunicação, que também é um direito fundamental. Quando esses direitos colidem, surgem conflitos entre os direitos fundamentais.

Na opinião do doutrinador, Edilson Farias versa sobre o choque entre direitos fundamentais:

“O conflito entre os direitos à honra, privacidade, privacidade e publicidade e liberdade de expressão e comunicação faz com que opiniões e fatos relacionados ao escopo de proteção constitucional desses direitos não possam ser livremente divulgados ao público. Contudo, como mencionado acima, a liberdade de expressão e comunicação é considerada um direito fundamental que transcende o nível de proteção individual ao promover a formação de uma opinião pública pluralista, sendo considerada uma instituição indispensável para o funcionamento de uma sociedade democrática e não deve estar sujeito a direitos constitucionais ou restrições de mercadorias, de modo a ser completamente desnaturalizado. ”

Tais direitos tem dois caracteres, quando se fala em ser direitos fundamentais, eles constam no artigo 5, inciso X da nossa constituição federal de 1988, bem como direitos da personalidade que está contido no artigo 21 do código civil. Antes, esses direitos eram considerados subjetivos da personalidade sendo eficaz.

A doutrinadora Nathalia Masson (2015, p. 195) traz o conceito da limitabilidade como a relatividade e propriedades como intérpretes, no caso de conflitos reais de direitos fundamentais, a regra da máxima observância dos direitos conflitantes é combinada com a menor restrição desses direitos.

Assim como, Pedro Lenza diz:

“Ou é discriminado na própria constituição (por exemplo, direitos de propriedade versus domínio eminente) ou caberá ao intérprete ou magistrados decidir qual direito deve prevalecer no caso particular, levando em consideração os direitos fundamentais envolvidos na regra de observância máxima, Combine isso com restrições mínimas; (Lenza, 2012, p. 962)”

Dito isto, Edilson Farias versa acerca da doutrina de Robert Alexy:

“As contradições de normas amplas que ocorrem no ordenamento jurídico são sempre conflitos de princípios, e os conflitos de princípios sempre ocorrem no ordenamento jurídico. Isso mostra claramente que a noção de conflito de princípios pressupõe a validade dos princípios conflitantes.”

Portanto mesmo esses direitos sendo iguais em fundamento, importância e relevância: o princípio da dignidade humana, que é o princípio nuclear da nossa constituição federal e de qualquer outro direito fundamental. Contudo, mesmo sendo iguais em essência, existem divergências entre esses dispositivos,

resultando em uma complexidade jurídica. Sempre que um conflito entre normas infraconstitucionais acontecer, a solução deve ser buscada nos termos de validade da regra, pois como bem sabemos, normas conflitantes não podem compor o mesmo ordenamento jurídico, em alguns casos, portanto, existem três regras que podem resolver tais conflitos, são eles a cronologia, a hierarquia e a especialidade da norma. Porém, as regras supracitadas não possuem cacife para sanar conflitos quando as normas conflitantes são direitos fundamentais, porque ali irá existir também uma colisão entre princípios constitucionais, por isso a solução não está em suprimento de um, mas sim em prevalência de algum nas circunstâncias do caso concreto.

Para resolver casos concorrentes de litígios baseados em direitos fundamentais consagrados na Constituição, o executor deve buscar a mediação entre eles para que um não seja excluído do ordenamento jurídico por conflito expresso ou tácito com outro, sempre me atendo às especificidades (MENDES; BRANCO, 2012, p. 165).

O autor defende que os intérpretes constitucionais devem analisar todos os elementos do princípio da proporcionalidade: necessidade, suficiência e proporcionalidade em sentido estrito. Através da análise deste último elemento, tem-se o chamado julgamento ponderado (MENDES; BRANCO, 2012, p. 165).

Nesse caso, o interesse público deve ser levado em conta quando existe a colisão entre direitos fundamentais, segundo o ministro Gilmar Mendes: A doutrina cogita de colisão de direitos em sentido estrito ou em sentido amplo. As colisões em sentido estrito referem-se apenas àqueles conflitos entre direitos fundamentais. As colisões em sentido amplo envolvem os direitos fundamentais e outros princípios ou valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade. (MENDES, 2010, p. 373). Seguindo esse raciocínio, mesmo que alguns direitos fundamentais sejam atingidos, as medidas de combate a pandemia devem ser observadas pela ótica do interesse da comunidade e o bem estar social, pois são medidas que tem o intuito de proteger o direito a saúde e à vida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dito isto, pode-se concluir que os direitos fundamentais são extremamente importantes para a nossa sociedade, tanto servindo como garantidores de uma

vida plena de saúde, segurança e educação, como também para a estruturação de uma democracia.

Contudo, tais direitos, mesmo sendo fundamentais e de extrema importância, não são absolutos, tendo em vista que se precisa analisar cada caso concreto para averiguar a necessidade de suspender algum destes ou até mesmo se houver uma colisão entre eles, qual irá prevalecer, tudo isso depende da análise do caso concreto e da necessidade que o fato irá demandar.

6. REFERÊNCIAS

ADI 4815/DF, rel. Min. Cármem Lúcia, DJ de 01-02-2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Covid-19: **Painel Coronavírus**. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acessado em: 06/05/2022.

CANOTILHO, apud, Luciano Sampaio Gomes Rolim. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Disponível em março de 2002: <http://www1.jusnavigandi.com.br/doutrina/texto>, acessado em: 05/05/2022.

CAVALCANTI, **A pandemia e a limitação ao direito de ir e vir**, publicado em 04/2020, data de acesso: 24/05/2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1977.

FARIAS, Edilson Pereira de **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

KNOERR, Cibele Fernandes Dias. **Direito constitucional didático**. 2. ed. Curitiba: Juruá: 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.64.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

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

PINHO Rodrigo César Rabello, saraiva, **Coleção sinopses Jurídicas 17 – Direito constitucional**, edição 16, 2014.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.