

## DIREITO À LIBERDADE VS DIREITO À SAÚDE: ANÁLISE DA RESTRIÇÃO ÀS PESSOAS QUE REJEITARAM A VACINA DA COVID-19

RIGHT TO FREEDOM VS RIGHT TO HEALTH: ANALYSIS OF THE RESTRICTION TO PEOPLE WHO REJECTED THE COVID-19 VACCINE

Gabriel Oliveira Santos<sup>1</sup>

Florisvaldo Cavalcante de Almeida<sup>2</sup>

**RESUMO:** Os direitos à liberdade do indivíduo são de suma importância para ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque no direito à liberdade de locomoção, o qual é assegurado a circulação em todo território nacional a qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, desde que respeitados os limites da lei. Contudo, esse direito não pode se sobrepor a outros direitos igualmente fundamentais, como é o caso do direito à saúde. Eventual restrição, desde que temporária, pode ser justificada no momento em que recai à sociedade uma situação atípica, que exponha toda a coletividade a risco, como foi o caso, a partir do surgimento da Covid-19 no Brasil. Houve, em razão desta, a supressão de liberdades individuais previstas constitucionalmente, entre elas o direito à liberdade de locomoção, quando da proibição de participação por determinados indivíduos em atividades e locais sem a devida precaução estabelecida pelo estado para evitar a propagação do vírus: a vacina. Em função do direito à saúde, garantia direcionada à coletividade, isto é, para sujeitos indeterminados. Demonstrado, portanto, que nenhum direito, ainda que fundamental, é absoluto. Nesse sentido, o artigo buscou analisar os ditames legais em restringir a circulação em ambientes coletivos daqueles que não se vacinaram. A pesquisa foi bibliográfica, aplicando-se o caráter exploratório, por haver pouco conhecimento acumulado e sistematizado na área da restrição da circulação de pessoas que rejeitaram a vacina. Ao final confirmou-se a hipótese do trabalho, levantada em que o direito à liberdade se esbarra em outro direito fundamental, o direito à saúde.

2387

**Palavras-Chave:** Direito constitucional. Direito à liberdade. Direito à saúde. Vacina.

**ABSTRACT:** The rights to freedom of the individual are of paramount importance to the Brazilian legal system, with a focus on the right to freedom of movement, which is guaranteed to circulate throughout the national territory to any person, national or foreign, provided that the limits of the law are respected. However, this right cannot override other equally fundamental rights, such as the right to health. Any restriction, as long as it is temporary, can be justified when an atypical situation falls on society, which exposes the whole community to risk, as was the case, from the emergence of Covid-19 in

<sup>1</sup> Discente do curso de Direito da Faculdade de Ilhéus, Centro de Ensino Superior, Ilhéus, Bahia. E-mail: gabrielos2906@gmail.com

<sup>2</sup> Docente do curso de Direito da Faculdade de Ilhéus, Centro de Ensino Superior, Ilhéus, Bahia. E-mail: almeida-cavalcante@hotmail.com

Brazil. As a result, individual freedoms provided for in the Constitution were suppressed, including the right to freedom of movement, when certain individuals were prohibited from participating in activities and places without the due precaution established by the state to prevent the spread of the virus: a vaccine. Due to the right to health, guarantee directed to the community, that is, to undetermined subjects. Demonstrated, therefore, that no right, even if fundamental, is absolute. In this sense, the article sought to analyze the legal dictates of restricting the circulation in collective environments of those who have not been vaccinated. The research was bibliographical, applying the exploratory character, as there is little accumulated and systematized knowledge in the area of restriction of the movement of people who rejected the vaccine. In the end, the hypothesis of the work was confirmed, raised in which the right to freedom collides with another fundamental right, the right to health.

**Keywords:** Constitutional right. Right to freedom. Right to health. Vaccine.

## 1 INTRODUÇÃO

Os direitos concernentes à liberdade de locomoção e os difusos à saúde, são direitos constitucionais (previstos no art. 5º), tidos como direitos fundamentais e estão diretamente ligados a possíveis sanções ao indivíduo que se recusa a aderir a uma medida que beneficia a coletividade.

A partir de 2019, com o advento do vírus SARS-CoV-2 que ensejou na pandemia da Covid-19, trouxe severas consequências econômicas e sanitárias para o Brasil. Em meio às dificuldades e a crise enfrentada por todas as civilizações do planeta, devido a pandemia da Covid-19, surgiu um inibidor capaz de reduzir os índices de transmissão do vírus e consequentemente as mortes: A vacina.

Contudo, parte da população, ainda que em sua minoria, rejeitou a vacina, indo contra as orientações da Organização Mundial da Saúde - OMS, dos especialistas e do Estado.

Nessa seara, o indivíduo tem sua liberdade de locomoção e manifestação amparadas pela Carta Magna. No entanto, o direito à saúde da coletividade também é amparado e deve ser igualmente respeitado. Surge então um conflito no direito, cabendo às fontes do direito solucionar o embate.

No bojo dos direitos fundamentais que cercam a discussão da vacina e toda a sua extensão, frisa-se a prioridade da temática, visto que afeta toda a coletividade combinado com a atual relevância do assunto.

2388

Desse modo, ainda que, para alguns, a eficácia da vacina seja discutida e a sua aplicação na população de modo geral seja polemizada, há um embate jurídico a ser discutido: Até onde é alcançado o direito à liberdade daqueles que rejeitaram a vacina da Covid-19?

Frisa-se que, os direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro não são absolutos, sendo limitados até onde se colida com outro direito. Deste modo, o direito à liberdade do indivíduo em rejeitar a vacina, que em tese surgiu para recuperar o sistema de saúde do colapso, se esbarra no direito difuso à saúde.

Visto que, é do interesse da coletividade que todos os indivíduos, tomem as devidas precauções em não transmitir e atenuar a propagação do vírus, inclusive através da vacinação.

Contudo, na própria liberdade individual existem limites determinados, através dos direitos coletivos, assim estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. Portanto, não cabe ao indivíduo recusar algo que vai afetar ou prejudicar outrem.

O presente trabalho incide sobre um tema de atual discussão, em que se encontra no topo dos debates nos mais diversos setores da sociedade. Dentre vários aspectos, se discute a controvérsia do direito à liberdade concernente ao indivíduo em tomar ou não a vacina e caso se recuse sobre a sua participação no convívio social.

2389

Deste modo, é evidente que o tema é de atual repercussão, portanto, visa-se colaborar não somente para o entendimento sobre o tema, mas também, ainda que de forma sutil, sobre a relevância da proteção do direito à saúde sobre o aspecto difuso, dentro dos limites jurídicos.

Quanto aos procedimentos técnicos adotados, a pesquisa foi bibliográfica, pois recorreu-se a material disponível para o público em geral de fontes secundárias como livros, jurisprudências, legislações, material em meio eletrônico, dissertações, teses, periódicos e artigos científicos, pretendendo-se alcançar os objetivos da temática. O qual, a análise partiu-se de vistas aos entendimentos do direito às formas de liberdades individuais, que se esbarra no direito à saúde da coletividade.

Por este assunto ser considerado de atual discussão, não há entendimentos consolidados sobre a matéria. Deste modo, a pesquisa apresentou caráter exploratório, por

haver pouco conhecimento acumulado e sistematizado na área da restrição da circulação de pessoas que rejeitaram a vacina.

O objetivo foi analisar os ditames legais em restringir a circulação em ambientes coletivos daqueles que não se vacinaram. Para tal, a estrutura do trabalho dividiu-se em quatro itens balizadores: o primeiro, quanto aos direitos difusos da coletividade à saúde; segundo, acerca das nuances do direito de locomoção do indivíduo e a liberdade de manifestação positiva ou negativa de tomar a vacina; terceiro, analisar os direitos individuais de liberdade do indivíduo quanto aos limites da determinação legal de cumprimento de uma medida; por fim, a ponderação de princípios, tese desenvolvida por Robert Alexy.

## 2 DIREITO À LIBERDADE

O direito à liberdade é amplamente previsto na Constituição Federal de 1988, em especial o direito à liberdade de locomoção, como se observar:

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 tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; (BRASIL,1988)

Como vemos no artigo 5º, XV da carta magna, a liberdade de locomoção, compreendida como direito fundamental da primeira geração, o qual possibilita os cidadãos de utilizá-los contra qualquer forma de opressão ou arbitrariedade do estado, quando ao entrar, sair, permanecer e circular em todo território nacional. Ou seja, permite que as pessoas presentes em seu território, sejam brasileiros (natos e naturalizados) ou estrangeiros, transitem e frequentem ambientes públicos sempre que quiserem

A liberdade de locomoção está inserida em nosso ordenamento jurídico há muito tempo, porém somente na quinta constituição brasileira, a de 1946, que tal direito foi plenamente abordada, garantindo o direito de qualquer pessoa de se locomover dentro do território nacional, desde que respeitados os limites da lei.

Em eventual supressão manifestamente ilegal à liberdade de locomoção, o Habeas Corpus é o remédio constitucional utilizado para garantir a plena liberdade do indivíduo.

## 2.1 Restrição do direito à liberdade e seus limites

Inicialmente, é fácil visualizar a restrição do direito à liberdade ao tratar das restrições extraordinárias, quando presentes os pressupostos constitucionais, que estão à disposição do chefe do poder executivo, previstas nos artigos 136 a 139 da Constituição Federal de 1988, tais quais, o estado de defesa e o estado de sítio, este com a expressa autorização do Congresso Nacional.

Contudo, tais medidas não se enquadram na restrição da liberdade do indivíduo quando analisadas perante o enfrentamento da crise sanitária que gerou a pandemia da Covid-19. Nesta hipótese, não é tão simples visualizar a restrição de tal direito.

Ao analisar a teoria constitucional, observa-se que não é apropriado entender o direito à liberdade, sobretudo os direitos fundamentais, como direitos absolutos.

Como direitos absolutos, podemos entender as contradições em termos, porque mesmo que sejam básicas, não podem ter essa característica, visto que podem ser relativizadas.

Em primeira análise, tais direitos fundamentais podem entrar em conflito entre si, necessitando que sejam analisados especificamente caso a caso, para que possam ser restringidos por outros direitos tão fundamentais quanto o sobre análise.

Em relação ao citado acima, Ramos (2007), diz:

O catálogo de direitos fundamentais constitucionalmente consagrado não ostenta um conteúdo uniforme ao longo de mais de dois séculos de vigência do Estado de Direito democrático, comportando a introdução de novos direitos e a reformulação de direitos já anteriormente acolhidos, na medida em que os desafios que se antepõem à plena realização do ser humano vão se modificando, à luz do contexto histórico (RAMOS, 2007, p. 327).

Deste modo, o atual cenário que fora vivenciado devido a Covid-19, traz à discussão a supremacia da saúde pública, expresso no art. 6º, da Constituição Federal/88, diante dos demais direitos, tais quais o da liberdade de locomoção (art. 5º, inciso II e XV), de reunião (art. 5º, inciso XVI), inviolabilidade da intimidade (art. 5º, inciso X e XII), dentre outros (BRASIL, 1990).

Para tratar das limitações aos direitos fundamentais, Virgílio Afonso da Silva desenvolveu duas teorias:

A teoria interna (teoria absoluta) considera que o processo de definição dos limites a um direito é interno a este. Não há restrições a um direito, mas uma simples

definição de seus contornos. Os limites do direito lhe são imanentes, intrínsecos. A fixação dos limites a um direito não é, portanto, influenciada por aspectos externos (extrínsecos), como, por exemplo, a colisão de direitos fundamentais. (SILVA, 2006, pp. 35 - 39.)

Outrossim, os direitos fundamentais não podem ser utilizados para a prática de atos ilícitos, reiterando o caráter não absoluto das garantias fundamentais. Portanto, é preciso esclarecer que embora haja relatividade que pode limitar direitos básicos, essas restrições não são ilimitadas, ou seja, faz-se necessário cumprir condições de suficiência, quais sejam o princípio da racionalidade e da proporcionalidade deve ser respeitado.

Desta forma, sempre que ocorrer uma restrição do direito à liberdade, como direito fundamental, traduz-se como interferência diretamente no escopo de sua proteção, desde que realizado de forma legal, ou seja, com base em critérios equitativos, analisando cada caso individualmente e, portanto, completamente inerente aos direitos adquiridos. Uma vez que não podemos classificar ou mesmo reconhecer os direitos absolutos entre si, vislumbrado quando um direito fundamental (presente na constituição) é diretamente restringido por outra norma constitucional.

Portanto, não há direito absoluto, conforme entendimento pacificado da doutrina. Dessa forma, os direitos individuais de liberdade e locomoção podem ser limitados em prol do bem-estar coletivo. Diante disto, muitos países usaram a vacinação obrigatória como uma estratégia bem-sucedida que deu condições para a erradicação da varíola, uma das doenças que mais matou seres humanos na história.

2392

### 3 DIREITO À SAUDE

Inicialmente, há de se observar que o direito à saúde, como direito fundamental, está expressamente previsto no rol exemplificativo dos direitos sociais da Constituição Federal de 1988 (artigo 6º). Posteriormente, com o intuito de trazer o caráter difuso a este direito, que a supracitada constituição trouxe a abrangência geral do direito à saúde, in verbis:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL,1988)

Como visto, o direito à saúde tem caráter predominantemente difuso, porém não se apresenta com classificação pacificada pela doutrina. Alguns autores imputam a ele caráter

coletivo, individual homogêneo e também difuso. Há ainda quem o considere de forma ambivalente: possuindo tanto uma dimensão individual quanto coletiva, posição que parece ser a mais coerente (WEICHERT, 2006, p.510).

Para Mancuso, a saúde pública pode ser classificada como liberdade pública ou direito público subjetivo. Afirmando que ela não apresenta litigiosidade ostensiva como é típico dos direitos difusos. Neste sentido afirma que:

No máximo, poderá ser questionada a qualidade ou o modo pelo qual aqueles valores vem tutelados pelo Estado, mas não se pode conceber a existência de interesses diametralmente opostos a esses valores. (MANCUSO, 1994, p. 87-88).

Contudo, este entendimento é passível de divergências. Visto que, a saúde pública é, em sua essência, direito difuso. Por vezes poderá ser pleiteada enquanto direito individual homogêneo, porém a sua discussão, no sentido do alcance da proteção conferida constitucionalmente do art. 196 da Constituição Federal da República que em sua essência possui natureza difusa.

### **3.1 Os conflitos dos direitos difusos à saúde e suas consequências**

Outrossim, há de se retomar o conflito entre direitos fundamentais. Na atual discussão, o conflito desenvolve-se não apenas na alegada colisão entre o direito à vida e a integridade corpórea e o direito à saúde, porquanto, desenvolve-se também no âmbito interno do direito à saúde. Isso porque a Constituição Federal de 1988 atribuiu ao direito à saúde uma tensão permanente entre o resguardo de uma posição jurídica individual e o reconhecimento do dever estatal de promoção da saúde em uma base igualitária.

De fato, o art. 196 do texto constitucional de 1988 garantiu feição dupla ao direito à saúde, que ora se projeta no absentismo e no respeito às decisões individuais dos cidadãos, requerendo o exercício do dever de proteção estatal.

Essa dualidade é bem resplandecida na doutrina de Sueli Gandolfi Dallari ao pontuar que:

Observado como direito individual, o direito à saúde privilegia a liberdade em sua mais ampla acepção. As pessoas devem ser livres para escolher o tipo de relação que terão com o meio ambiente, em que cidade e que tipo de vida pretendem viver, suas condições de trabalho e, quando doentes, o recurso médico-sanitário que procurarão, o tipo de tratamento a que se submeterão entre outros. (...) Examinado, por outro lado, em seus aspectos sociais, o direito à saúde privilegia a igualdade. As limitações aos comportamentos humanos são postas exatamente para que todos

possam usufruir igualmente as vantagens da vida em sociedade. Assim, para preservar se a saúde de todos é necessário que ninguém possa impedir outrem de procurar seu bem-estar ou induzi-lo a adoecer. Essa é a razão das normas 2 ADI 6586 / DF jurídicas que obrigam à vacinação, à notificação, ao tratamento, e mesmo ao isolamento de certas doenças, à destruição de alimentos deteriorados e, também, ao controle do meio ambiente, das condições de trabalho. (...) O direito à saúde ao apropriar-se da liberdade e da igualdade caracteriza-se pelo equilíbrio instável desses valores. (DALLARI, 1988, pp. 58-59).

No mesmo sentido, ressaltando a dimensão coletiva que vige ao lado do resguardo das posições individuais, Ingo Sarlet assevera ainda que:

A Constituição impôs ao Estado a efetivação do direito fundamental à saúde, podendo-se falar – sem prejuízo de outras concretizações – num dever de proteção à saúde individual e pública (dimensão defensiva), facilmente identificado em normas peias e normas de vigilância sanitária; assim como num dever de promoção da saúde (dimensão prestacional em sentido amplo), especialmente vigente no âmbito das normas e políticas públicas de regulamentação e organização do SUS (SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 196. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L. (Coord.) Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013, p. 1932).

Assim, ao tratar da norma do art. 196, por referir-se a um direito social, se reflete em norma programática, sem produzir qualquer efeito, apenas mostrando normas a serem observadas pelo poder público, o que equivale a negar o poder normativo da constituição.

2394

#### 4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS IMPLICAÇÕES DA VACINAÇÃO

Conforme abordado nos tópicos anteriores, fica claro que o direito à liberdade individual não é absoluto se ele coloca em risco a saúde pública, deste modo não há razão para uma negativa com base em outros direitos como por exemplo a liberdade individual, colocando em risco todas as outras vidas de terceiros.

A saúde é direitos de todos mas é dever do Estado, devendo tal direito ser garantido mediante políticas que visem dentre outros objetivos a redução do risco da doença, ou seja, há certa obrigação estatal em proporcionar informação de qualidade, sobretudo verídicas, sobre a vacinação visando garantir a compreensão da população acerca de sua importância e garantir os meios necessários para que seja efetivamente distribuída. Naturalmente essas são premissas constitucionais e se o Estado pratica atos contrários a essa conduta, consuma-se um ato inconstitucional.

Neste sentido, o conflito aparente entre os princípios da liberdade de locomoção e direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal tem aplicado a regra da proporcionalidade



para solução do impasse, em análise ao: RE 732.686 RG/SP - SÃO PAULO e HC 167.681 AgR/RJ - RIO DE JANEIRO, j. 14.02.20.

Nesse sentido, foi o julgamento do "Caso Ellwanger", em que o Ministro Gilmar Mendes fundamenta seu voto que:

O princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos" (HC 82.424, j. 17.09.03).

Com isso, a regra de proporcionalidade prescreve que um princípio deve ceder diante de outro desde que atenda aos seguintes requisitos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Não obstante, em dezembro de 2020, o Supremo Tribunal Federal reafirmou que os preceitos gerais sobre imunização se aplicam na pandemia, deixando bem claro que a vacinação obrigatória não significa vacinação forçada. A imunização obrigatória pode ser determinada pelos governos, por meio de restrições indiretas, assim como outras vacinas.

Como é possível acompanhar através do voto do Ministro Gilmar Mendes: "A vacinação compulsória não pode se traduzir em vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas". (MENDES, 2020, ADI nº 6.586/DF)

2395

Dessa forma, o STF estabelece um entendimento plenamente constitucional de que a vacinação da população pode ser tornada compulsória pela legislação sanitária quando o dever de imunização universal compete ao Estado. Contudo, os direitos intangíveis, integrais e invioláveis do corpo humano devem ser respeitados, pois a vacinação obrigatória e a vacinação obrigatória são bem diferentes.

De toda forma, analisando hoje as medidas restritivas ao direito à locomoção sob o enfoque constitucional do direito à saúde, podemos concluir que elas devem prevalecer, neste caso, sob a liberdade de ir e vir dos cidadãos.

## 5 A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Diante de todo o exposto, far-se-á necessário utilizar métodos capazes de elevar um princípio perante outro de igual natureza, isto é, ponderá-los. Observando as cautelas necessárias em decorrência da natureza, de grau elevado, que os princípios possuem.

Tendo por base a teoria desenvolvida por Robert Alexy, a ponderação de princípios é elemento essencial para análise da sobreposição de determinado princípio sobre outro. A ponderação é analisada sob o viés do princípio da proporcionalidade, sendo dividida nos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Isto porque, Alexy defende a ponderação como um modelo de fundamentação, assegurando sua segurança, ou seja, sua racionalidade. Para isso, ele elaborou um conjunto de regras da argumentação, aptas à racionalização das decisões jurídicas. Mais especificamente, Alexy formulou uma lei que se aplica a todas as ponderações de princípios, denominada de “lei da ponderação”, dispondo que, quanto maior é o grau da não satisfação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro.

Contudo, é necessário utilizar certas cautelas na ponderação de princípios, isto porque os princípios sob análise possuem um elevado grau de importância no ordenamento jurídico, deste modo a ponderação descrita por Alexy buscou atingir a maximização da realização de princípios, sem precisar recorrer à invalidação de um deles.

O autor argumenta que a chamada “máxima” de proporcionalidade é uma inferência da aceitação dos direitos fundamentais como princípios, isto é, uma consequência lógica incontornável. Partindo de sua definição de princípios como comandos de otimização, ou seja, regras que determinam que algo deve ser feito na medida do possível, de acordo com as possibilidades reais e legais, inevitavelmente acaba-se na proporcionalidade.

2396

Além disso, é importante ressaltar a diferença entre proporcionalidade e razoabilidade. Para Willis Guerra Filho:

A proporcionalidade e a razoabilidade têm, além de suas origens diversas, finalidade e estrutura que não se assemelham. A razoabilidade se aplica apenas à proibição do absurdo, não tem por finalidade harmonizar direitos fundamentais, em face de inserir os mais diversos valores na constituição. Além disso não há estrutura relacionada aos elementos de uma determinada aplicação, como ocorre com a proporcionalidade. (FILHO, 2000. p. 209.)

No entanto, Alexy admite que a proporcionalidade não deve ser considerada um princípio. É a proporcionalidade, quando reunido seus três elementos, nunca é ponderada contra um princípio. Não obedece a um sistema de princípios que às vezes prevalece e às vezes não.

A proporcionalidade deve sempre se aplicar, e alguns de seus elementos devem sempre ser satisfeitos, do contrário, o não cumprimento das satisfações gera a ilegalidade. Esse modo de aplicação é típico das regras e, para ser coeso com sua teoria, Alexy classifica alguns elementos da proporcionalidade.

Ademais, Alexy defende a existência da proporcionalidade como uma consequência inevitável do reconhecimento dos direitos fundamentais, que, sob a forma de princípios, devem ser realizados nas máximas medidas possíveis. As quais, correspondem, para Alexy, às possibilidades fáticas e jurídicas.

Fáticas se referem as possibilidades referendadas pelos elementos parciais – ou subprincípios – da adequação e da necessidade, já as possibilidades jurídicas são constituídas pelo elemento da proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse sentido, a possibilidade jurídica de fomentar um princípio dependerá justamente do princípio oposto, ou seja, se há possibilidade e em que medida pode ser limitado. A ponderação é um requisito da lei de colisão, não aceitando limitações aos direitos fundamentais sem que se utilize uma abordagem razoável. Portanto, daí surge o raciocínio de Robert Alexy de que “a proporcionalidade é dedutível do caráter de princípio das normas de direito fundamental”.

2397

Surge no momento da ponderação a possibilidade de autorizar restrições a um direito fundamental. Estas restrições devem ser guiadas pela observância do núcleo ou do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

## 5.1 Resultados

Diante de toda explanação da tese desenvolvida por Robert Alexy, quando posta frente aos princípios em análise, o princípio à saúde é capaz de ser fomentado, quando, em conflito ao direito à liberdade, diante do contexto em que estes foram postos em divergências.

Sendo assim, aplicando a lei da ponderação, podemos analisa-los da seguinte forma, partindo da premissa de que “quanto maior é o grau da não satisfação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro”. Em cumprimento a importância da satisfação do direito à saúde, uma vez que não seria cabível, diante da proporcionalidade, aliada ao contexto pandêmico enfrentado pela sociedade, a redução dos seus efeitos perante

um direito individual, por mais importante que este seja no ordenamento jurídico.

Ademais, a fomentação do princípio a saúde, não restringe o direito oposto, isto é o direito às liberdades individuais, por completo, o que não seria tolerado ao direito brasileiro, com vistas à atual Constituição Federal, mas é tão somente, uma restrição limitada e temporária.

Deste modo, é plenamente possível visualizar a restrição entre direito, em um contexto atual, aplicando a lei da ponderação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse trabalho visou entender a restrição do direito à liberdade quando posta frente ao direito à saúde, no atual cenário pandêmico da Covid-19, para colaborar não somente com o entendimento sobre o tema, mas também, ainda que de forma sutil, sobre a relevância da proteção do direito à saúde sobre o aspecto difuso, dentro dos limites jurídicos. A partir de pesquisas bibliográficas, com caráter exploratório.

Em busca de se atingir uma compreensão na análise dos ditames legais na restrição da circulação de pessoas em ambientes coletivos dos que recusaram a vacinação, definiu-se quatro objetivos específicos. O primeiro, acerca das nuances do direito de locomoção do indivíduo e a liberdade de manifestação positiva ou negativa de tomar a vacina. A análise permitiu concluir que apesar da suma importância ao ordenamento jurídico, os direitos individuais à liberdade não são absolutos, comportando restrições em benefício da coletividade.

2398

Depois, quanto aos direitos difusos da coletividade à saúde. Verificou-se que, conforme previsão constitucional o direito à saúde é voltado à coletividade, posição majoritária da doutrina, entendimento que apresenta mais coerência.

Ademais, ao analisar os direitos individuais de liberdade do indivíduo quanto aos limites da determinação legal de cumprimento de uma medida. Observou-se que é precípua considerar o princípio da proporcionalidade, o qual prescreve que um princípio deve ceder diante de outro desde que atenda aos seguintes requisitos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Por fim, analisou-se a ponderação de princípios. O qual, permitiu aferir que, a ponderação é um requisito da lei de colisão, cabível ao ordenamento jurídico, não

aceitando, contudo, limitações aos direitos fundamentais sem que se utilize uma abordagem razoável.

Em pesquisas futuras, pode-se utilizar entendimentos jurisprudenciais consolidados acerca da matéria, para embasar a teoria. Visto que com o decorrer do tempo, o assunto será amplamente debatido e assentado uma tese majoritária.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. In: Revista de Direito do Estado, volume 4, 2006, pp. 35 – 39.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **O Direito à Saúde**. Revista de Saúde Pública, São Paulo, n. 22, 1988, pp. 58-59.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentário ao art. 196**. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L. (Coord.) Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013, p. 1932).

2399

Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6.586/DF**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski

RAMOS, Elival da Silva. **Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. 329 p. v. 102.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002

ALEXY, Robert. **Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004.

Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, v. 3, n. 4, 2000. p. 209.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Ponderação de Princípios e Racionalidade das Decisões Judiciais**. Boletim Científico da ESMUP, n.15. Brasília, 2005.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Norma, Contingência e Racionalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Princípios, Regras e a Fórmula de Ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?** Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 54. São Paulo, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir.** 4.ed. ver. e atual. São Paulo: RT, 1997.

WEICHERT, Marlon Alberto. A saúde como serviço de relevância pública e a ação civil pública em sua defesa. In: In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan. **Ação Civil Pública: 20 anos da Lei 7.347/85.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.507-531.