

### 3 CONFLITOS NORMATIVOS NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19: ESTUDO DA OPOSIÇÃO ENTRE DIREITO À SAÚDE X LIVRE INICIATIVA

*Normative conflicts in the context of the COVID-19 pandemic: a study of the opposition between the right to health and free enterprise*

Luciana Gaspar Melquíades Duarte<sup>1</sup>

Yuran Quintão Castro<sup>2</sup>

**Palavras-chave:** Pandemia. Estado de Direito. Direitos Fundamentais. Conflito. Direito à saúde. Livre iniciativa.

#### APRESENTAÇÃO

A pandemia de COVID-19, doença causada pelo novo coronavírus (SARS-COV-2), oficialmente reconhecida em todo território nacional a partir do Decreto Legislativo nº 06 (BRASIL, 2020a), publicado em 06 de março de 2020, proporcionou diversos desafios à Administração Pública, que precisou adotar medidas céleres e cruciais para se tutelar o bem-estar social.

Essas iniciativas foram efetivadas, principalmente, por meio de decreto exarado pelo Poder Executivo. Para tanto, houve o respaldo da Lei nº 13.979 (BRASIL, 2020b), que determinou medidas e estratégias de combate à pandemia em todo o território brasileiro. Assim, percebeu-se a coadunação ao Estado de Direito na elaboração de normas, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, que poderiam ensejar restrição a direitos.

Constatou-se, ademais, que o legislador federal ordinário, além de editar a referida legislação de maneira célere, logo em 06 de fevereiro de 2020, determinou que essa vigeria temporariamente. O legislador estabeleceu o prazo de vigência da lei enquanto perdurasse o estado de calamidade pública em saúde. Então, notou-se que as principais ações e instrumentos somente poderiam ser adotados pelas autoridades sanitárias para o enfrentamento da pandemia. Ressalta-se, ainda, que essas podem servir de referência para futuras propostas legislativas, cujo escopo seja o de dirimir situações calamitosas que atinjam o sistema de saúde, por exemplo,

<sup>1</sup> Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Minas Gerais – e-mail: lg.melquiades@uol.com.br.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora – e-mail: yuranqcastro@gmail.com.

independente de circunstâncias pandêmicas.

Assim, verificou-se que as ações necessárias para se tutelar a saúde da coletividade, a serem adotadas por todos os entes públicos, diante do contexto de cada localidade ou região, possuiu o devido respaldo legal desde os primeiros momentos.

O isolamento social, segundo orientações das autoridades mundiais de saúde pública ligadas à Organização Mundial de Saúde e à Organização Pan-Americana de Saúde (2020), foi uma das medidas de maior eficácia no controle da doença, tendo em vista a inexistência de imunizante desenvolvido e distribuído em larga escala. O desenvolvimento de vacinas e o início da vacinação em território nacional, ocorreram somente em fevereiro de 2021 (CRISTALDO; BRANDÃO, 2021), bem como desenvolveu-se de maneira lenta (LUIZ CARLOS DIAS, 2021).

Diante desse contexto, os administradores locais necessitaram adaptar as iniciativas de contenção à doença, em relação à realidade do respectivo território jurisdicionado. Assim, constataram-se conflitos principiológicos relevantes que ensejaram a busca pela manutenção da harmonia do Estado de Direito. Nessa senda, percebeu-se a divergência entre o direito à saúde e a livre iniciativa (corolário do direito à liberdade).

Dessa forma, na presente pesquisa, buscou-se examinar, diante das circunstâncias pandêmicas e frente aos problemas sociais proporcionados pelas consequências da COVID-19 na seara econômica, qual princípio, deveria preponderar, em respeito aos ditames do Estado de Direito e em busca da melhor atenção ao bem-estar da coletividade.

Partiu-se do pressuposto que o direito à saúde possuiria maior relevância, tendo em vista que se trata de direito que tutela a vida, principal bem-jurídico do ordenamento. Ademais, somente com vida o indivíduo é capaz de usufruir os direitos a ele tutelados, bem como cumprir com os deveres, a fim de se buscar a dignidade inerente a cada ser humano.

## **METODOLOGIA DE TRABALHO**

Para a averiguação pretendida, a pesquisa pautou-se na análise de fontes indiretas, mediante os métodos dedutivo e crítico-reflexivo, a fim de se constatar os parâmetros doutrinários do Pós-positivismo, relacionados ao estudo da primazia da Constituição (BRASIL, 1988), da inexistência de lacunas normativas no direito e da normatividade dos princípios constitucionais. Lançou-se mão, com isso, dos ensinamentos, principalmente, de autores como Dworkin (2002) e Alexy (2001; 2002).

## **RESULTADOS**

Assim, em relação ao primeiro autor, os ditames da Teoria do Direito como Integridade (DWORKIN, 2002) foram utilizados. Acerca do segundo, empregaram-se os mandamentos da Teoria dos Direitos Fundamentais (ALEXY, 2002) e da Teoria da Argumentação Jurídica (ALEXY, 2002).

Segundo Dworkin (2002), as normas que compõem o sistema jurídico são classificadas em duas espécies: regras ou princípios; sendo que estes derivam dos valores sociais e, da mesma forma que aquelas, são vinculantes, ou seja, geram direitos e deveres a todos os indivíduos.

As regras são comandos definitivos (elevado grau de definição), devendo ser aplicadas, portanto, sob a medida do “tudo ou nada”. Em caso de conflito entre essas, ensina o autor, uma deve ser rechaçada do ordenamento ou pode ser necessária a inserção de cláusula de exceção em alguma delas. Já os princípios possuem maior carga axiológica/valorativa, refletindo, com isso, o sentimento da sociedade quanto aos direitos que lhe sejam relevantes. Dessarte, por possuírem alto grau de abstração, os princípios entram em colisão mais facilmente e são dotados de distinto grau de definitividade frente às regras. Como forma, pois, de dirimir tal embate, deve haver o sopesamento, diante do caso concreto (DWORKIN, 2002).

A partir das considerações de Dworkin (2002), Alexy (2001;2002) afirma que os princípios são considerados “mandados de otimização” e, em razão disso, devem ser aplicados na maior medida possível, frente ao caso. Diante da colisão entre esses, deve ser utilizada a “máxima da proporcionalidade”, que permite a aferição argumentativa (racional) de qual deve ser o princípio aplicável a cada situação, após a análise de cada submáxima: adequação, se o meio é adequado para se atingir ao fim pretendido pela norma; necessidade, se o meio selecionado previamente tem o condão de atingir ao fim pretendido, sem afetar sobremaneira o outro princípio colidente; proporcionalidade em sentido estrito, considerado o último estágio de aplicação da máxima da proporcionalidade, que irá permitir a avaliação, no plano discursivo, de qual princípio deve sobrepor-se ao outro.

Mediante a teoria dos princípios, Alexy (2001; 2002) leciona que cada norma-princípio possui um conjunto de elementos mínimos necessários para caracterizá-la e equivaleria à supressão da norma a ausência de configuração de algum desses elementos essenciais. Dessa forma, o autor considera que tais elementos possuem definitividade, tal qual as normas-regra, e integram o núcleo essencial do direito fundamental.

Destarte, os direitos fundamentais são considerados princípios constitucionais, já que são abrangentes e necessitam ser efetivados da maior forma possível, respeitando como limite mínimo o núcleo essencial de cada direito.

A partir disso, tem-se que, no conflito normativo entre o direito à saúde a livre iniciativa

(corolário do direito à liberdade), o primeiro prepondera-se, tendo em vista a relação com a salvaguarda da vida. A livre iniciativa, ainda que se relacione ao direito do indivíduo manifestar-se livremente em sociedade não prescinde de que ele esteja vivo para tanto.

Com isso, mesmo que se constatem consequências severas para a economia local, ocasionando o fechamento de estabelecimentos comerciais e o aumento do desemprego, a saúde deve ser o escopo da elaboração das políticas públicas. Trata-se de direito fundamental que objetiva a primazia de bem-jurídico essencial para que o indivíduo possa reverter a situação de crise econômica vivenciada, diante das condições econômico-sociais proporcionadas pelo Estado em um segundo momento.

Com efeito, observou-se que a hipótese de pesquisa se confirmou. Além disso, notou-se que o legislador ordinário coadunou-se a tais ditames, por meio da mencionada Lei nº 13.979 (BRASIL, 2020b). Em tal lei, estabeleceu-se rol exemplificativo, no artigo 3º, de medidas possíveis de serem adotadas contra a COVID-19. Considerando a alta letalidade da doença e a sua elevada potencialidade para causar sequelas à vida, aferiu-se que o Poder Público poderia efetivar distintas iniciativas que tivessem como objetivo a tutela da saúde do indivíduo. Permitiu-se, por exemplo, relativizar a plenitude do exercício das atividades econômicas, ao considerar que poderiam funcionar apenas estabelecimentos que desenvolvessem atividades comerciais de cunho essencial para a sociedade, tendo em vista a necessidade de diminuição de aglomerações e o fomento ao distanciamento social.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 06, de 20 de março de 2020**. Diário Oficial da União. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/DLG6-2020.htm). Acesso em: 04 set. 2021a.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Diário Oficial da União. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm.htm). Acesso em: 20 ago. 2021b.

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