

AS POSSIBILIDADES DE LIMITAÇÃO A DIREITOS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

Lucas Antônio Pires Daloia²¹

Recebido em: 11/09/2020

Aprovado em: 20/01/2021

RESUMO

O presente artigo pretende analisar o regime jurídico composto pelo conjunto de normas contidas no texto da Convenção Americana de Direitos Humanos que limitam e conformam a possibilidade de limitações aos direitos por ela previstos. Para isso, foi usado método indutivo, a partir de revisão de literatura relevante ao tema, em adição à análise e estudo do texto convencional. Percebeu-se, ao longo do trabalho, que a Convenção prevê verdadeiro regime de restrição aos limites dos direitos, direcionando as disposições dos Estados neste sentido e, assim, qualificando o conteúdo do rol de direitos e a relação entre as espécies e, também, protegendo este rol e o núcleo de valores centrais que pautam o sistema interamericano, o qual tal rol se presta a prestigiar.

Palavras chave: Limites dos limites. Suporte fático. Direitos fundamentais. Direitos humanos. Sistema interamericano.

1 INTRODUÇÃO

Em meados do primeiro semestre de 2020, o Brasil foi atingido pela pandemia causada pelo Sars-cov-2, tornando-se, em menos de 120 dias desde a confirmação do primeiro caso, um dos líderes mundiais em números de pessoas infectadas e de mortes²². A nova variante de coronavírus se espalhou rapidamente desde o primeiro caso reportado, na província de Wuhan, na China, transmitido, sobretudo, pelo contato humano. Em que pesem os estudos científicos –extremamente

²¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogado. E-mail: lucasdaloia@gmail.com

²² Conforme dados divulgados em levantamento pela John Hopkins University, Disponível em: <https://www.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda7594740fd40299423467b48e9ecf6>. Acesso em: 29 jun. 2020.

recentes e produzidos em meio à própria crise— se manterem em constante processo de atualização e aprofundamento, dada a novidade do vírus, percebeu-se que diversos fatores facilitavam o rápido contágio, como o fato de poder ficar incubado por dias no organismo, sem a manifestação de sintomas, o que permite uma transmissão discreta, por pessoas assintomáticas e pré-sintomáticas, aumentando o nível de espalhamento da doença e minando maiores possibilidades do seu controle.

Sem vacinas desenvolvidas ou medicamentos comprovadamente eficazes, as estratégias que se demonstraram eficientes, já desde o início do – ainda classificado, na China, como – surto de coronavírus, no final de 2019, para conter o espalhamento, envolveram medidas de isolamento social, com consequentes restrições de uso ou, até mesmo, fechamento do comércio e espaços públicos, bem como a obrigatoriedade no uso de máscaras e adoção de medidas mais rígidas de higiene.

Os protocolos recomendados pela OMS²³ foram adotados por diversos países, encampados por ações dos poderes públicos. Sem dúvidas, a pandemia tornou-se a maior das últimas décadas, ocasionando a rápida infecção de grandes quantidades de pessoas, com uma taxa de mortalidade mais alta do que aquela causada por vírus já endêmicos, como o Influenza ou o H1N1. O quadro percebido desde cedo, e que gerou o maior centro de preocupações de autoridades sanitárias ao redor do mundo, foi a facilidade com que o vírus em questão gerava superlotação de sistemas de saúde, com esgotamento dos números de leitos e de UTIs, bem como a alta necessidade de respiradores mecânicos²⁴.

Tal cenário foi o que ocorreu em países como Itália e Espanha. O fácil contágio e o exponencial crescimento do número de casos em curto período de tempo superlotou o atendimento nestes países, gerando o colapso do sistema de saúde em determinadas regiões, o que impossibilitou atendimento de pessoas doentes, deixando para os profissionais de saúde verdadeiras escolhas trágicas sobre quem seria atendido e quem não seria²⁵. Estudos já apontaram o aumento sensível na taxa de mortalidade pelo novo coronavírus, em regiões nos quais ocorresse o esgotamento da

²³ Com recomendação de adoção de medidas, tais quais as que se vislumbram em WORLD HEALTH ORGANIZATION, **Overview of public health and social measures in the context of COVID-19: interim guidance, 18 May 2020**. World Health Organization, 2020.

²⁴ A exemplo da China, que centrou esforços para, além de conter o espalhamento do vírus em seu território, reforçar seus serviços de saúde com a disponibilização de hospitais e leitos nas regiões mais afetadas e, inclusive, a construção de hospitais de campanha, exemplo que foi adotado por diversos outros países, incluindo o Brasil.

²⁵ Como noticiado em <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51968491>, ou https://www.abc.es/sociedad/abci-colapso-sanitario-causo-mas-mitad-muertos-espana-segun-modelo-matematico-202006242018_noticia.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F. Acesso em: 25 jun. 2020.

capacidade de atendimento à saúde, o que se confirmou nos casos de Itália e Espanha, nos quais chegou a superar, após pico do número de novos casos, os 10% (o dobro da média de 5%, em países que conseguiram evitar o mesmo fim)²⁶.

Com a potente ameaça a direitos humanos como a vida e a saúde, coube aos Estados adotarem medidas necessárias para superar a crise sanitária de forma eficiente e adequada a proteger o conjunto de direitos fundamentais, o que implicou, certamente, na restrição a determinados direitos como a liberdade de locomoção, o direito de propriedade, o direito de reunião e, por consequência, princípios centrais a reger ordens econômicas e mercados. Ainda assim, muito se aventou sobre a possibilidade jurídica de restrição de direitos fundamentais pelo poder público, saltando aos olhos, em ocasiões como a vivenciada em 2020, a problemática dos limites aos direitos e do equilíbrio entre as necessárias e adequadas medidas para proteger o núcleo essencial do conjunto de direitos fundamentais.

No caso brasileiro, foi, inclusive, empreendido debate, entre autoridades dos poderes legislativo e executivo, sobre a possibilidade de acionar mecanismos constitucionais para enfrentamento de crises, em grau de exceção, como é o estado de defesa. A hipótese não ocorreu, de fato, justamente em razão da existência e suficiência dos mecanismos ordinários do ordenamento jurídico pátrio, previstos para o enfrentamento de crises mais próximas da normalidade cotidiana e que, com sua adoção, preservam relativo grau de normalidade, o que não é possível nos casos que eclodem a necessidade de adoção do mecanismo citado²⁷.

O que se observa, na ocasião, é a previsão, pelo constituinte, de sistemas de enfrentamento de crises em diferentes níveis, para casos que demandam dos poderes constituídos ações hábeis a organizar e modificar o quadro de normalidade social, visando a garantia do plexo de direitos e manutenção adequada do núcleo de objetivos e fundamentos republicanos, sob a chancela da necessária segurança jurídica. Neste âmbito se inserem a possibilidade edição de medidas provisórias pelo poder executivo (artigo 62), aprovação de créditos suplementares ou especiais, pelo poder legislativo (artigo 167, V), a possibilidade contratação de agentes, por tempo

²⁶ Conforme dados disponíveis na página da Organização Mundial de Saúde, em <https://covid19.who.int/region/euro/country/es>, <https://covid19.who.int/region/euro/country/it>. Acesso em: 29 jun. 2020.

²⁷ Como bem expôs Walter Claudius Rothenburg em artigo de opinião publicado no portal Consultor Jurídico, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/walter-claudius-rothenburg-quarentena-constituicao>. Acesso em: 25 jun. 2020.

determinado, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (artigo 37, IX), entre outros. Percebe-se, daí, que o ordenamento constitucional oferece aos poderes constituídos, sobretudo ao Executivo, a possibilidade de adoção de medidas para superação de crises e entraves à administração cotidiana, em tempos de normalidade institucional.

Já as medidas previstas no capítulo I do Título V da Constituição somente são autorizadas mediante contexto fático comprovadamente mais gravoso, que demande a necessidade de maiores restrições a direitos e uma ampliação dos poderes do poder público, de acordo com o rito previsto entre os artigos 137 e 141 do texto constitucional. Há, neste caso, um segundo nível estipulado para contenção de crises e manutenção da ordem social e democrática, focado em casos de anormalidade institucional, para além daqueles expostos no parágrafo anterior. O que se conclui, do todo, é a existência de complexo sistema de atendimento de crises previstos no texto, vinculando os poderes públicos e sua atuação em casos excepcionais ao núcleo axiológico que informa e conforma a ordem constitucional e os poderes constituídos, sobretudo à legalidade e ao ideal democrático.

É relevante ressaltar que, para além da atuação estatal e dos contextos fáticos extraordinários, um terceiro elemento que compõe a lógica exposta é a relação entre estes e o plexo de direitos que a Constituição da República se presta a garantir e efetivar. Todavia, é certo que, para além do plano normativo do texto constitucional, interno, o ordenamento jurídico brasileiro é composto de outras fontes irradiadoras de deveres de garantia de direitos, previstos nos tratados internacionais dos quais é signatário, conforme disposição expressa do artigo 5, § 2º, da Constituição da República. É este o caso do sistema interamericano e da Convenção Americana de Direitos Humanos, objeto do presente trabalho.

Enquanto fonte normativa de direitos humanos, ela, para além da previsão de um rol de direitos e de mecanismos de proteção, impõe aos Estados signatários o dever de respeitá-los e de garantir o seu livre e pleno exercício, conforme disposto já em seu artigo 1º. Sendo o pilar normativo do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a Convenção, junto da Carta da OEA, é marco de um ordenamento internacional regional conjunto, propagado sobre os Estados do bloco, promotor de um plexo de valores fundados no ideal do Estado democrático de direito, conforme se aduz dos princípios constantes do artigo 3º da Carta e do preâmbulo da Convenção. Neste contexto, princípios como a segurança jurídica, a legalidade e a meta da eficácia social das normas que formam o sistema, informam as estruturas normativas delineadas no

ordenamento em tela e, assim, o municiam de recursos para garantia de seu próprio plexo de fundamentos, princípios vetores e objetivos.

Em meio ao cenário normativo delineado, o presente artigo busca estudar o texto da Convenção Americana de Direitos Humanos para expor o desenho dos mecanismos de superação de crise nela previstos, em especial no que toca à possibilidade e, por vezes, necessidade de restrição de direitos. A metodologia adotada para sua elaboração compreendeu revisão bibliográfica de obras e artigos científicos referentes ao regime jurídico de Direitos Humanos e à possibilidade de limitação a direitos fundamentais. Com base no método indutivo, procurou-se contrapor o cenário normativo convencional e constitucional à doutrina especializada sobre direito, buscando, ao cabo, desenvolver o tema em meio ao cenário de pandemia e esgarçamento dos sistemas de proteção social pelos quais o mundo passou desde o final de 2019.

Tendo em vista a lógica constitucional já exposta aqui sobre a proteção jurídica sobre a restrição de direitos fundamentais mediante a estipulação de procedimentos em diferentes níveis, a depender do nível de crise apresentada em relação a possível quadro de normalidade ou anormalidade, verifica-se que a sistemática da Convenção parece adotar lógica semelhante. Dois regimes diferentes se encontram previstos entre seus dispositivos, amarrados por disposições presentes nos artigos 27 e 30 de seu texto, hábeis a reger contextos fáticos diversos, separados por um nivelamento de acordo com as dificuldades apresentadas e suas respectivas relações com a necessidade de ação dos poderes públicos e a conseqüente restrição a direitos.

Assim, a estrutura do trabalho, após a presente introdução, segue com a análise dos dispositivos de restrição a direitos constantes nos próprios dispositivos nos quais se encerram seus centros normativos, em diálogo, também com o artigo 30 da Convenção, na seção 2. A terceira seção abordará a sistemática prevista no artigo 27, que prevê cláusula de derrogação temporária das obrigações firmadas com base na aderência ao seu regime. A quarta seção, por sua vez, analisa a relação entre a sistemática de restrição de direitos estabelecida na Convenção e a variabilidade das condições fáticas que ensejam a adoção de medidas do tipo. A quinta e última seção contém as conclusões alcançadas com o estudo.

2 LIMITAÇÃO DE DIREITOS EM PERÍODOS DE NORMALIDADE

O primeiro degrau do já exposto nivelamento do grau de tratamento da Convenção para com situações de crise é previsto em meio à lógica sistemática que possui seu centro no artigo 30 do texto. Este dispõe que

As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

A referência feita a restrições permitidas pelo texto remete a dispositivos específicos, localizados em artigos da Parte I da Convenção, e que encerram o núcleo do suporte fático²⁸ dos róis de direitos previstos, delineando a estrutura central de seus perfis jurídicos. Conforme Valerio de Oliveira Mazzuoli²⁹, os direitos em questão são os previstos nos artigos 15 (liberdade de reunião), 16, parágrafos 2 e 3, (liberdade de associação) e 22.4 (liberdade de circulação e residência).

Sem adentrar o mérito acerca das correntes doutrinárias que debatem a natureza dos limites aos direitos previstos em texto constitucional³⁰, dentre elas a teoria interna e a externa³¹, ou fazer filiação absoluta a qualquer uma delas, encontramos nos artigos relacionados à previsão do artigo 30 a previsão expressa à possibilidade de limitação do suporte fático de tais direitos. A título de exemplo, consta na parte final do artigo 15, que

O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei e que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

²⁸ Aqui nos filiamos à terminologia adotada por Virgílio Afonso da Silva, ao tratar dos limites e restrições dos direitos fundamentais, entendendo que sua monografia sobre o tema, em que pese ter sede na teoria do direito constitucional e, de tal fato, surgirem naturais diferenças para com o direito constitucional internacional, possui aderência bastante aos mecanismos encontrados na Convenção e à sua lógica de elaboração.

²⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Artigo 30, *in* PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

³⁰ Fazemos referência ao processo que vem se intensificando, sobretudo nas últimas duas décadas, de fortalecimento do sistema interamericano, sobretudo pela força das normas positivadas na Convenção e demais instrumentos normativos do sistema e seu impacto nas ordens normativas internas dos Estados, em movimento de crescente fortalecimento do plexo normativo do sistema e constitucionalização do direito internacional dos direitos humanos, conforme destacado em PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2017. Capítulo VII, “e”. Neste sentido, entendemos que a aproximação a ser feita, em termos metodológicos, sobretudo no cenário brasileiro, entre a Convenção e o direito constitucional, se aproxima cada vez mais.

³¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 3a Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

Em aproximação entre a teoria do direito constitucional e o direito constitucional internacional³², é possível entender os efeitos do dispositivo em questão, para fins de limitação do conteúdo de um direito humano previsto no texto magno, como semelhantes àqueles decorrentes da chamada reversa de lei qualificada³³, no sentido de que ambas autorizam o poder vinculado (no caso do ordenamento interamericano, o Estado que se submete às obrigações decorrentes da Convenção; no caso do direito interno, o poder legislativo constituído) a restringir direitos previstos no ordenamento hierarquicamente superior mediante cumprimento das condições por ele previstas.

Os três artigos em questão preveem cláusulas de restrição semelhantes, com identidade quanto aos seus requisitos. Deste modo, seguem uma mesma lógica, cabendo abordar os parâmetros de restrição previstos pela Convenção e as condições estipuladas. Trata-se de um requisito de caráter formal ou procedimental, em adição a um requisito de caráter material.

No caso do requisito formal para estipulação de restrições aos direitos de reunião, de associação e de liberdade de locomoção e residência, prevê a Convenção, que estas só poderão ocorrer se forem previstas por meio de Lei. O requisito material, por sua vez, vincula a possibilidade de restrição a determinadas situações fáticas, mediante uma expressa vinculação à ideia de proporcionalidade.

O encadeamento da possibilidade de restrição à existência de previsão em lei impõe uma vinculação deste ao princípio da legalidade, nuclear ao ordenamento convencional e impositivo sobre a ação dos Estados. Conforme já se manifestou a Corte Interamericana de Direitos Humanos³⁴, o termo “leis”, previsto no artigo 30 e refletido no regime específico dos três direitos aos quais o dispositivo se refere,

(...) significa norma jurídica de caráter geral, voltada ao bem comum, emanada dos órgãos legislativos constitucionalmente previstos e democraticamente eleitos, e elaborada segundo o procedimento estabelecido pelas Constituições dos Estados-Partes para a formação das leis.

O texto da Convenção vincula expressamente, por meio deste requisito procedimental, a restrição a direitos aos aspectos formais decorrentes do ideal democrático insculpido e promovido

³² Ver nota de rodapé nº 7.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Livraria do Advogado editora, 2018. Capítulo 4.2.3.

³⁴ Na Opinião Consultiva nº 6.

pelo sistema interamericano, sobretudo a legalidade. Disto decorre uma consequência importante, relacionada aos aspectos formais do ideal democrático: a possibilidade de restrição dos direitos, conforme o disposto no artigo 30, só poderá ocorrer se autorizada por disposição prévia, geral e abstrata, quando houver o preenchimento dos parâmetros fáticos que envolvem o requisito objetivo e, também, mediante adoção do critério da proporcionalidade, também um componente daquele³⁵.

No caso do critério material, por sua vez, a Convenção indica que só poderão ser restringidos os direitos nela previstos “na medida indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem pública, a moral ou a saúde pública, ou os direitos e liberdades das demais pessoas”. Tal disposição, que se repete nos três artigos citados, impõe a adoção do critério da proporcionalidade como métrica para aplicação fática de restrição, tendo por paradigma o marco do Estado democrático. Disso se extrai que quaisquer restrições aos direitos em questão deverão ocorrer sob as balizas da democracia e de seus componentes nucleares, preservando direitos em seus núcleos essenciais e sendo aplicadas, no caso concreto, mediante processo que prestigie a legalidade, o devido processo legal e o interesse da sociedade.

Todavia, o texto vai além, especificando os contextos fáticos que autorizam a previsão de restrição. Só poderão ser restringidos os direitos em tela para fins de prevenir infrações penais, proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem pública, a moral ou a saúde pública ou os direitos e liberdades das demais pessoas. Deste modo, a Convenção acaba por limitar a restrição de direitos aos parâmetros democráticos, vinculando tal possibilidade a formas e conteúdos ínsitos ao Estado democrático de direito. É expressão dos “limites dos limites”, teoria relativa à regulação dos parâmetros de direitos fundamentais, adequando-a à lógica normativa destes e vinculando a ação dos poderes constituídos à determinados parâmetros objetivamente definidos³⁶.

Se extrai dos dois critérios estipulados para a restrição de direitos uma vinculação bastante intensa das disposições específicas de limitação com o núcleo de princípios da Convenção. A previsão de forma e conteúdo determinados para orientar a previsão de limites tem sede na essência do regime jurídico interamericana, com fulcro, sobretudo, nas normas do artigo 2º da Carta da

³⁵ Neste sentido, o próprio dispositivo indica alusão à adoção do critério da proporcionalidade, conforme exposto em ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade**. Ratio Juris, 2003, 16.2: 135-137 e, de forma mais completa, em ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. Pgs. 116-120.

³⁶ Conforme exposta, por todos, por SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. Capítulo 4.2.3.

OEA, que estabelece, dentro os propósitos do sistema, aqueles de garantir a paz e a segurança continentais e promover e consolidar a democracia representativa e são desenvolvidas, desdobradas e promovidas pela Convenção Americana. O que ocorre, portanto, é a criação de um sistema conciso e apto, em sua estrutura intrínseca, a garantir o conteúdo mínimo e prestígio de tais princípios, reconhecendo o poder dos Estados para adotar soluções a situações concretas que, sabe-se, povoam o seu dia a dia. Ademais, é rotineiro que, para a garantia de determinados direitos, o contexto fático imponha a necessária limitação na parcela de efetivação de outros, de modo que, para garantia do núcleo essencial do conjunto, o poder público precise de poderes para agir neste sentido. Tal realidade é admitida pela Convenção, que orienta tal mecânica, de modo a racionalizá-la e concluir um sistema de garantia de direitos humanos voltado à eficácia concreta e coerente com o empreendimento de formação de um direito constitucional internacional comum aos Estados parte.

Esse esforço da Convenção tem relação direta com os artigos 1º e 2º de seu texto, que estabelecem, respectivamente, a obrigação de respeitar os direitos constantes do texto e, sobretudo, o dever de adotar disposições de direito interno em conformidade com as disposições convencionais e aptas a garantir o cumprimento destas últimas. Por força dos deveres inscritos nos dois primeiros artigos do texto, centrais em sua sistemática, fica estabelecido para os Estados partes o dever de adequar seus ordenamentos e suas ações ao sistema de restrições previsto na Convenção, impondo a adoção normativa de limites aos limites, sob pena de incorrer em violação de direitos humanos no caso concreto, seja limitando direitos sem existência de base legal interna delineando a possibilidade, seja fazendo-o de forma desproporcional ou em casos não autorizados pela Convenção. Tais limites consistem em um núcleo mínimo de direitos e, portanto, de eficácia normativa do texto, inderrogável e cujo cumprimento é obrigatório independentemente de quaisquer circunstâncias.

A conclusão é que o sistema de limites aqui exposto se insere numa lógica de normalidade social, institucional e normativa, o que é refletido nos parâmetros limitadores estipulados, tanto no que diz respeito ao procedimento, quanto naquilo que se refere ao conteúdo na ação do Estado e no quadro fático ensejador desta. O necessário prestígio à legalidade, que impõe previsão genérica e abstrata autorizando ações do legislador neste sentido, limita os poderes do Estado, possibilitando, porém, regime que permite o emprego da medida necessária à superação de situação anormais dentro da lógica cotidiana. Neste sentido, a sistemática deste primeiro nível de

estipulação de limites aos limites se refere a, no máximo, perturbações comuns a rotina do poder público no exercício das funções que lhe são próprias e que, por vezes, podem necessitar a restrição de determinados direitos.

3 LIMITAÇÃO DE DIREITOS EM PERÍODOS DE EXCEÇÃO

Já num segundo nível sistemático de previsão de limites aos limites, a Convenção busca contemplar casos fáticos mais graves, que requeiram do Estado ações mais sensíveis na restrição de direitos tendo em vista a garantia e prestígio aos valores base que os orientam. Tais casos consistem em situações que demandam uma necessária restrição de direitos e garantias, para além das ações demandadas dos poderes nos entraves ocorridos em períodos de normalidade, tuteladas pelo primeiro nível, abordado na seção anterior, que não necessariamente ocasionam a limitação em questão.

O marco normativo do nível de restrição em tela encontra-se no artigo 27 da Convenção Americana, que estabelece, em seu parágrafo 1º, que

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

O dispositivo guarda verdadeira “cláusula derogatória”, de modo que seu acionamento, preenchidos os requisitos fáticos e procedimentais delineados, importa na suspensão de obrigações contraídas em virtude da Convenção, podendo, inclusive, afastar sanções por violações aos artigos 1º e 2º, o que não ocorre em relação ao primeiro nível de restrições, para períodos de normalidade. Aqui, no caso, a anormalidade fática reflete-se em tratamento normativo excepcional³⁷.

A suspensão de obrigações contraídas em virtude da Convenção pode, naturalmente, significar a suspensão de determinados direitos e garantias nela previstos, sem que tal fato acarrete

³⁷ A exemplo do que faz, entre outros, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 4º, que prevê a possibilidade de suspensão de obrigações contraídas em razão da adesão ao tratado em questão.

sanção. Todavia, não necessariamente a suspensão de direito ou de garantia será a medida cabível. Ainda que a cláusula, em tese, permita a total suspensão de determinados direitos e garantias, está só se justificará a luz do caso concreto, porquanto a suspensão de obrigação deverá ser proporcional à medida necessária para tutela da situação. Assim, a título de exemplo, poderá o Estado, em casos que necessitem de medidas mais sensíveis, para superação de determinada crise, do que aquelas autorizadas no primeiro nível sistemático de limitação aos direitos, suspender determinadas obrigações de forma que não suspendam todas as garantias existentes para o direito afetado, mantendo uma efetividade parcial. É certo, também, que há obrigações decorrentes da Convenção que não constituem, diretamente, direitos ou garantias e também são suscetíveis de suspensão em função da cláusula derogatória. Deste modo, a suspensão da própria previsão do direito ou de garantias relativas a direitos só serão cabíveis – e, nesse caso, queremos dizer que somente serão autorizadas pelo texto convencional – porquanto seja medida necessária, adequada e razoável à superação de um dado quadro de crise, no plano concreto.

Como requisito fático, portanto, a cláusula de derrogação demanda, para seu acionamento, situação de guerra, de perigo público ou outra emergência que a ameace a independência ou segurança do Estado parte. Por perigo público, no contexto textual, deve-se entender não qualquer situação que poderia ser classificada como tal, mas apenas aquelas que resultem em ameaça à independência ou segurança do Estado, tendo em vista o fato de a cláusula de abertura para interpretação analógica, logo na sequência, adota os casos anteriores como paradigma. Tais valores se encontram no centro da proteção pelo mecanismo em tela, sendo o risco a eles o qualificador do quadro fático autorizador do acionamento da cláusula.

Além disso, o requisito material é informado, também, pelo critério da proporcionalidade, de modo que as disposições de suspensão de obrigações resultante do acionamento da cláusula derogatória deverão ser adotadas “na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação”, vinculando o conteúdo da ação do Estado, portanto, ao quadro fático que a justifica. Assim, como já afirmado, a ação estatal baseada na cláusula derogatória deverá comportar a medida necessária para a superação do quadro de crise apresentado, podendo ocasionar, inclusive, a total suspensão de determinados direitos e garantias, mas não necessariamente. Para averiguação dessa compatibilidade com o critério da proporcionalidade e seus subprincípios, é imperativo que sejam preenchidos, também, os requisitos formais estipulados.

A Convenção estabelece, no parágrafo 3 do artigo 27, que o uso da cláusula derogatória é um direito do Estado parte, que deverá

(...) informar imediatamente os outros Estados Partes na presente Convenção, por intermédio do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, das disposições cuja aplicação haja suspenso, dos motivos determinantes da suspensão e da data em que haja dado por terminada tal suspensão.

Fica estabelecido o dever de motivar a adoção do dispositivo, expondo os motivos determinantes, o que é necessário para verificação da conformidade do preenchimento dos requisitos materiais da medida. Além disso, para além da Secretária-geral da OEA, também são destinatários de tal motivação os outros Estados Partes na Convenção, porquanto as obrigações contraídas são, na verdade, contraídas em face da comunidade de Estados, no sentido da elaboração de verdadeiro direito comum entre eles. No caso, as denúncias de violações ao tratado podem ser feitas, à Corte Interamericana de Direitos Humanos, pelos próprios Estados que reconheçam a sua jurisdição. Assim, natural que sejam eles destinatários do ato de motivação realizado por Estados que acionam a cláusula derogatória, porquanto caberá a eles, também, a possibilidade de participação no controle da medida.

Ademais, o parágrafo 2 do artigo 27 prevê rol de direitos que não podem ser suspensos ou ter as garantias indispensáveis à sua proteção suspensas. No rol em questão constam os direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica; à vida; à integridade pessoal; a proibição da escravidão e servidão; o princípio da legalidade e da retroatividade; à liberdade de consciência e de religião; à proteção da família; ao nome; os direitos da criança; o direito à nacionalidade e os direitos políticos.

A Convenção acaba, assim, restringindo a extensão das disposições adotadas pelos Estados para que estas possam apenas abarcar a suspensão de obrigações que não avancem sobre um plexo mínimo de direitos por ela estipulado, porquanto essenciais para subsistência do núcleo axiológico do sistema interamericano, baseado sobretudo no ideal democrático e valores a ele coligados, como a dignidade humana³⁸. A sistemática de restrição estipulada pelo acionamento do artigo 27, a exemplo do que já ocorre nos casos de restrição de direitos em tempos de normalidade, acaba por proteger os valores centrais que guiam o sistema interamericano.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Livraria do Advogado Editora, 2018. Parte I, capítulo 4.

Além disso, o plexo de direitos retirados da ação restritiva dos Estados denota um núcleo duro concretizador daquilo que Ferrajoli aponta como sendo um conteúdo substancial da democracia, formado pelos direitos fundamentais e preenchendo o princípio e a noção de democracia por valores fundados em posições jurídicas universais que conformam a atuação do Estado e limitam seus poderes. É neste sentido, inclusive, que deve ser interpretada a posição normativa do princípio democrático como fundamento do sistema, conforme previsto desde o preâmbulo da Carta da OEA e repetido ao longo de seu texto, sobretudo enquanto elemento principal dos propósitos e princípios do sistema, nos artigos 2º, ‘b’ e ‘g’, e 3º ‘d’ e ‘f’. A mesma proeminência é dada ao ideal democrático na própria Convenção Americana, tanto por sua previsão logo no primeiro parágrafo do preâmbulo (“Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem”), quanto pela posição enquanto base normativa para os institutos previstos no corpo de seu texto, incluindo os aqui abordados.

Nesta linha, o ideal democrático, compreendido no amplo sentido moderno proposto por Ferrajoli e fundante dos direitos fundamentais, mostra-se como base de sustentação principal dos limites aos limites inseridos na Convenção. Não à toa, tal princípio tem seu papel central como articulador axiológico exposto, mais uma vez, porquanto o plexo de direitos previstos no artigo 27.2, enquanto elemento do critério material para restrição de direitos, figura, no sistema expresso na Convenção, em conjunto com as limitações de ordem formal, que, como se abordou nos tópicos 2 e 3 do presente artigo, se apresentam como limites calcados nos aspectos formais da democracia, a segunda parcela de conteúdo do princípio.

No caso, é importante ressaltar que o procedimento imposto pela Convenção não guarda necessária relação de identidade de cabimento com mecanismos internos do Estado, relativos também a casos de graves crises. É dizer, assim, que a adoção de medida semelhante ao que é o estado de sítio, no Brasil, não implica no necessário acionamento da cláusula de derrogação. Isso porque é possível que, apesar da possibilidade deste ser acionado por causas do contexto fático também ensejador do acionamento do dispositivo previsto no artigo 27 da Convenção, não necessariamente as consequências jurídicas, de direito interno, para adoção do mecanismo de crise importarão na necessidade de total suspensão de obrigações convencionais ou mesmo na suspensão

de garantias ou direitos. Isso dependerá, no caso, do regime jurídico específico próprio de cada Estado e seus mecanismos de enfrentamento a crises.

O que se conclui é que a sistemática de limitação à restrição dos direitos delineada no texto da Convenção, em seu segundo nível, se baseia na ideia de proporcionalidade para ampliar o conteúdo passível de exceção em virtude de situação fática grave; além do normal. Todavia, o faz em meio a regime definido normativamente, em termos de procedimento e hipóteses, que permitem o controle e garantem, ainda assim, um conteúdo mínimo não apenas dos direitos pactuados, mas sim do próprio bloco central de valores nos quais o sistema interamericano se funda e de onde emanam os propósitos que orientam sua existência, sobretudo o ideal democrático.

4 A VARIABILIDADE DAS SITUAÇÕES DE FATO EM FACE DA CONVENÇÃO

Apesar das já citadas menções à possibilidade de adoção de medidas excepcionais como o estado de defesa, a realidade que se mostrou, após mais de 120 dias do primeiro caso no Brasil, demonstra a falta de necessidade e, inclusive, de possibilidade jurídica de adoção da medida. Pela lógica do direito interno brasileiro, as medidas empreendidas com base nos dispositivos jurídicos disponíveis para superação de crises atinentes à vida cotidiana do poder público se mostraram suficientes para combater os efeitos da pandemia e conter a proliferação do vírus. De fato, isto não se deu sem conflitos entre esferas federativas, ensejando inclusive manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a repartição de competências relativas às medidas de necessária adoção³⁹, ou mesmo de conflitos por posições políticas de grupos atualmente à frente dos governos de diferentes esferas⁴⁰.

No que diz respeito à possibilidade de adoção de medidas recomendadas pela Organização Mundial de Saúde ou cuja eficiência se provou pela experiência de outros países, o ordenamento jurídico demonstrou oferecer mecanismo suficientes à sua adoção, dentro de sua regularidade.

³⁹ Supremo Tribunal Federal, ADI 6341.

⁴⁰ Cabe destacar, aqui, a existência de posições antagônicas entre o governo federal e os governos de estados e municípios. Enquanto o primeiro, inclusive a partir da própria figura do Presidente da República, minimizou os efeitos da pandemia, promovendo agenda diversa daquela recomendada por organismos como a Organização Mundial de Saúde, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e imensa parcela da comunidade científica, governos de diversos estados e municípios buscaram adotar medidas de isolamento social, reforço dos serviços de saúde e medidas econômicas relativas ao período de crise.

Medidas como isolamento social, *lockdown*, restrições a abertura do comércio e ao uso de espaços públicos, imposição de medidas sanitárias, entre outras, se mostraram as mais eficazes no mundo inteiro, sendo que todas foram, em alguma medida, adotadas pelo poder público, reduzindo o nível de circulação de pessoas. De fato, apesar de casos pontuais de alguns municípios, não houve grande ocorrência de esgotamento de leitos, o que, combinados com os níveis de isolamento social alcançados pelas medidas, demonstram que, em algum grau, tais medidas tiveram certa eficácia.

No caso do ordenamento interno, não se vislumbra qualquer necessidade que justifique a adoção de medidas como o estado de defesa. Este pode ser decretado quando houver ameaça à ordem pública ou paz social, o que não se verifica no caso concreto, ao menos não em medida que não possa ser contornada por alguma das medidas existentes no ordenamento jurídico regular. A mesma lógica se aplica quando posto em tela o sistema de restrição de direitos da Convenção.

A restrição de direitos realizada no Brasil, tendo em vista a necessidade imposta pelo espalhamento do vírus, se deu de acordo com os mecanismos já previstos legalmente e no próprio texto da Constituição da República, existindo regramento apto a delinear as ações do Estado que acabem por restringir direito, em atendimento ao previsto no artigo 30 da Convenção Americana. O fato é que o quadro fático encontrado se insere dentro da lógica do primeiro nível da sistemática de restrição de direitos da Convenção, sem violação aos critérios formal e material para restrição dos direitos nela previstos.

Cabe o regime jurídico estabelecido na Lei 13.379/2020. Editada pelo Congresso Nacional tendo em vista o enfrentamento à pandemia, dispõe de medidas que garantem poderes necessários, a autoridades das diferentes esferas, para superação dos desafios impostos pela crise. Destaca-se, no caso, o artigo 3º, que prevê medidas de possível adoção pelas autoridades competentes, no embate aos efeitos da pandemia. Dentre as medidas arroladas, encontra-se a adoção do isolamento (inciso I), quarentena (inciso II), determinação de realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas ou tratamentos médicos específicos (inciso III), requisição de bens ou serviços de pessoas naturais e jurídicas (inciso VII), entre outras.

A sistemática da citada lei cumpre com o requisito previsto no artigo 30 para restrição dos direitos previstos na Convenção, em conformidade com o entendimento já definido na Corte Interamericana. Trata-se de lei formal, editada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Executivo, autorizando a adoção de medidas excepcionais para restrição de direitos, mantendo o

núcleo essencial de cada espécie e vinculando sua vigência à duração da crise causada pelo vírus, conforme expresso no seu artigo 8º.

Nesta mesma linha, a exemplo do que ocorre com relação à possibilidade de adoção de mecanismo constitucional excepcional, como o estado de defesa, no caso concreto da crise gerada pela pandemia de 2020, o escalonamento na restrição de direitos para atingir o segundo nível dentro da sistemática da Convenção Americana e ser acionada a cláusula de derrogação do artigo 27 depende, necessariamente, de um preenchimento de condições fáticas que se mostram, quatro meses após o primeiro caso no país, inexistentes. De fato, será necessário um escalonamento no quadro de crise, que imponha a adoção da medida em razão da necessidade de suspensão de obrigações contraídas em razão do tratado. Como se viu, as medidas empreendidas dentro da lógica de normalidade se mostram eficientes e aptas a combater os efeitos da pandemia, apesar de tensões e cenários de crise política que afetam tais esforços.

Caso as medidas citadas percam eficácia e o quadro fático existente sofra um agravamento no cenário de crise, de modo a se preencher o requisito fático imposto para o acionamento da cláusula de derrogação da Convenção, ainda assim, só poderia ser suspensas obrigações e, até mesmo, direitos e garantias, na necessária medida para superação do quadro de crise. Isso porque as disposições adotadas mediante suspensão de obrigações são pautadas pelo critério da proporcionalidade, em íntima relação entre o plano fático presente e as medidas adotadas. Assim, não é qualquer suspensão de obrigações que poderá ser feita, sendo, inclusive, vedado que o Estado parte avance sobre os direitos e garantias citados no parágrafo 2 do artigo 27. Caso o plano fático recomende medida que imponha a suspensão de qualquer dos direitos e/ou garantias do rol em questão, deverá o Estado parte buscar outras alternativas para alcance do mesmo objetivo.

A vinculação ao requisito material, ademais, implica no fato de que, caso o Estado apresente motivo falacioso, insuficiente ou, de alguma outra forma, desproporcional, deverá este ser responsabilizado pela restrição de direitos em desacordo com o rito previsto na Convenção, recaindo em clara violação aos direitos humanos afetados. Nestes casos, poderá o Estado ser responsabilizado perante os mecanismos previstos no sistema interamericano, sendo a fiscalização, como já exposto, realizada tanto pelos órgãos do sistema, quanto pelos demais Estados parte na Convenção.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Algumas conclusões foram alcançadas e pontuadas ao final de cada seção, porquanto elementares dos raciocínios seguintes. Ainda assim, cabe rememorá-las, neste capítulo final, em conjunto com outras, extraídas do percurso deste artigo.

Como se percebeu, ao longo do trabalho, a Convenção Americana de Direitos Humanos possui amplo lastro normativo apto a amparar situações de crise que imponham restrições a direitos. Este regramento tem por paradigma a própria situação fática encontrada no caso concreto, de modo que a Convenção performa um escalonamento de consequências jurídicas, regrando diferentemente a depender do grau de crise apresentado. São dois níveis de tratamentos jurídicos diferentes, operando em lógicas distintas, a depender do nível de normalidade ou anormalidade apresentado. No primeiro nível, relativo a crises naturais ao cotidiano social, a Convenção prevê a possibilidade de restrição de alguns direitos específicos, possibilitando ao poder público alcançar determinados objetivos mais sensíveis, que demandem medida deste tipo. No segundo nível, mais severo, a Convenção prevê uma cláusula de derrogação, no artigo 27, de modo que, cumpridos alguns requisitos, poderá o Estado parte suspender determinadas obrigações contraídas, o que poderá levar até mesmo a suspensão de direitos e garantias, preservado um núcleo de direitos essenciais elementares dos valores centrais nos quais o sistema interamericano se assenta.

O que se observa, no entanto, é que a Convenção, em ambos os níveis delineados, se escora no critério da proporcionalidade como forma de garantir a juridicidade das medidas de crise do Estado, à luz de seu texto e das obrigações dele decorrentes. Tanto no caso do nível relativo aos períodos de normalidade, como no caso dos períodos de exceção, a validade da medida de restrição, pelo Estado, está vinculada a uma compatibilidade com o quadro fático apresentado, sendo expostos tais atos a controle no âmbito do sistema interamericano.

Em conjunto com o critério da proporcionalidade, o texto convencional estabelece, ainda, critérios de forma e de conteúdo necessário para adoção de medidas restritivas. Em uma comparação entre níveis, apesar da identidade de espécies, os requisitos de limitação dos direitos sofrem relativa mudança de conteúdo, em razão do perfil de cada nível de restrição.

No caso do requisito formal, em tempos de normalidade, a Convenção exige dos Estados legislação prévia, genérica e abstrata, apta compatibilizar a ação limitadora com os valores centrais que conformam o sistema, incluindo a garantia do núcleo essencial dos direitos, à luz do que é

comumente trabalhado como fundamento de limites aos limites⁴¹. Em tempos que requeiram medidas excepcionais, o requisito formal da Convenção envolverá a exposição dos motivos para acionamento da cláusula de derrogação e a comunicação aos outros Estados partes, tendo em vista que estes são aptos a iniciar procedimento de controle das ações excepcionais, possibilitante responsabilização por eventuais abusos.

Já no que diz respeito ao requisito material para tempos de limitação ordinária, a Convenção, à luz do critério da proporcionalidade, indica faticamente os limitadores mínimos que justifiquem a limitação de direitos, ou seja, prevenir infrações penais, proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem pública, a moral ou a saúde pública ou os direitos e liberdades das demais pessoas. Poderá o Estado, evidentemente, adotar outras limitações contextuais para restrição de direitos, sendo a norma da Convenção uma garantia básica aos valores em jogo. Já no caso relativo à cláusula de derrogação, o critério fático diz respeito à aferição da situação de fato, no caso concreto. Tendo em vista que a restrição, neste caso, se dará na medida e no contexto necessário e a Convenção não demanda que seja prevista de forma prévia, o paradigma normativo será a situação de crise em concreto e a efetiva exposição desta pelo Estado, demonstrando a proporcionalidade de suas disposições. Isso porque o objetivo material principal da proteção, pela Convenção, neste segundo nível, será o resguardo dos valores e direitos nucleares do sistema, em especial o ideal democrático e os princípios a ele coligados, daí a importância do controle e correta delimitação das medidas.

Os instrumentos criados pela Convenção para reger a atuação estatal na ocasião de limitação dos direitos humanos nela previstos são demonstrativos da robustez e compleição normativa que possui o tratado, representando verdadeiro recurso garantidor da segurança jurídica no regime de direitos que ela tem por objetivo promover. Isso porque a existência de tais dispositivos garante a comunicação entre o plano normativo dos direitos humanos e os limitadores fáticos que desafiam sua efetivação. O texto da Convenção, ao realizar tal conexão, delineia regime mais clarificado para os direitos que prevê, especificando patamares mínimos e, assim, vinculando os Estados a deveres definidos e delimitados.

Não está a Convenção, afinal, a demandar a efetivação conjunto e incondicionada de um plexo de direitos absolutos e, sobretudo, rígidos, justamente porque uma visão assim adotada acaba

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. Capítulo 4.2.4.1.

por descartar a existência de um núcleo essencial a dado direito, massificando seu conteúdo e, deste modo, abrindo mão de uma seleção de prioridades necessárias dentro de seu suporte fático. A maior consequência de uma abordagem nesta linha, porém, é o descolamento entre os direitos previstos e o núcleo essencial de valores que guiam e orientam o texto convencional.

Para além de a Convenção não considerar, por óbvio, que quaisquer direitos nela previstos tenham um suporte fático absoluto, seu texto é claro ao estipular quais são as prioridades e em quais ocasiões poderá o Estado delimitar e, na ocasião concreta, limitar o perfil jurídico e a garantia de determinados direitos. É postura coerente com a própria natureza dos direitos humanos e sua vinculação por valores essenciais os quais são, por eles, prestigiados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade**. Ratio Juris, 2003, 16.2. Pgs. 131-140.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008

CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC-6/86**.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Edição Kindle. Livraria do Advogado Editora, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoria del derecho y de la democracia 2. Teoria de la democracia**. Madri: 2013, Editorial Trotta.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. Edição Kindle. Saraiva Educação SA, 2017.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Edição Kindle. Livraria do Advogado editora, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 3a Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

WHO. Overview of public health and social measures in the context of COVID-19: interim guidance, 18 May 2020. World Health Organization, 2020.

THE POSSIBILITIES OF RIGHTS REGRESSION DURING COVID-19 PANDEMIC

ABSTRACT

The present article intends to analyze the legal regime composed of the set of rules contained in the text of the American Convention on Human Rights, that limit and conform the possibility of limitations to the rights it provides for. For this, it was adopted an inductive method, based on a literature review on the topic, in addition to the analysis and study of the conventional text. It was noticed, throughout the work, that the Convention foresees a regime of restriction to the limits of human rights, directing the provisions of the States in this sense and, thus, qualifying the content of the list of rights and the relationship between species and, also, protecting this role and the core of central values that guide the inter-american human rights system, which its right set seek to achieve.

Keywords: Limits of the limits. Factical suport. Fundamental rights. Human rights. Interamerican system.