

COVID-19, SOCIEDADE E POLÍTICAS PÚBLICAS DE MONITORAMENTO: A COLISÃO DE PRINCÍPIOS ENTRE A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA E O DIREITO À SAÚDE SOB A LUZ DE ALEXY

César Augusto Luiz Leonardo¹

João Victor Nardo Andreassa²

Resumo: A pandemia da doença COVID-19 é uma das maiores crises humanitárias enfrentadas nas últimas décadas. Os danos à saúde pública constituem os principais efeitos desta doença e, além destes, a pandemia também causa consequências em outros setores da sociedade, como no direito, regulador do modo social de convivência. A situação demanda atitudes estatais, como as políticas públicas de monitoramento. Estas geram o conflito entre direitos fundamentais do direito à autodeterminação informativa e o direito à saúde. Os tribunais serão chamados a decidir sobre esta controvérsia, residindo nisto a importância deste estudo e do problema de pesquisa proposto por meio da seguinte indagação: é possível a precedência do direito à saúde sobre o direito da autodeterminação informativa, enquanto durar o

¹ Doutor em Direito (2018) e Mestre em Direito (2013) pela Universidade de São Paulo (USP). Graduado e especialista em direito processual civil pela Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente - SP (2006). Atualmente é defensor público - Defensoria Pública do Estado de São Paulo, na Regional de Marília, e leciona as disciplinas de Direito Processual Civil e Direito Processual Constitucional no Curso de Graduação em Direito e no curso de Mestrado em Direito no Centro Universitário Eurípides de Marília - SP (UNIVEM). Membro do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados em Processo).

² Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Bolsista CAPES/PROSUP na modalidade Auxílio para Pagamento de Taxas. Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos - Uni-FIO. Advogado.

período de pandemia causado pelo COVID-19? A resposta desta questão consubstancia o objetivo geral do trabalho. O tema será trabalhado por meio do método indutivo, para que, a partir de premissas particulares, seja possível se chegar a uma conclusão geral acerca do problema de pesquisa proposto. Utiliza-se pesquisas documentais e bibliográficas como procedimentos metodológicos. Conclui-se que há a possibilidade do uso de monitoramento pelo Estado, havendo a precedência do direito à saúde sobre o direito da autodeterminação informativa, enquanto durar o período de pandemia causado pelo COVID-19, em razão da excepcionalidade acarretada pela pandemia, devendo-se observar a medida mais adequada e menos gravosa aos outros princípios de direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Coronavírus. Intervenção não farmacológica. Máxima da proporcionalidade. Medicina social. Pandemia.

COVID-19, SOCIETY AND PUBLIC POLICIES MONITORING: THE COLLISION OF PRINCIPLES BETWEEN INFORMATIONAL SELF-DETERMINATION AND THE RIGHT TO HEALTH UNDER THE ALEXY LIGHT

Abstract: The covid-19 pandemic is one of the biggest humanitarian crises faced in recent decades. Damage to public health is the main effects of this disease and, in addition to these, the pandemic will also have consequences in other sectors of society, as in law, regulator of the social mode of coexistence. The situation demands state attitudes, such as public monitoring policies. These create the conflict between fundamental rights of the right to informative self-determination and the right to health. The courts will be called upon to decide on this controversy, residing in this the importance of this study and the proposed research problem through the following question: is it possible to precede the right to health over the right to self-determination

information, for the duration of the pandemic period caused by COVID-19? The answer to this question constitutes the general objective of the work. The theme will be worked through the inductive method, so that, from particular premises, possible if a general conclusion is reached about the proposed research problem. Documentary and bibliographic research is used as methodological procedures. It is concluded that there is the possibility of the use of monitoring by the State, with the precedence of the right to health over the right of informative self-determination, for the duration of the pandemic period caused by COVID-19, due to the exceptionality brought about by the pandemic, the most appropriate and least burdensome measure must be observed in relation to other fundamental rights principles.

Keywords: Coronavirus. Non-pharmacological intervention. Maximum proportionality. Social medicine. Pandemic.

INTRODUÇÃO



ano de 2020 está apresentando ao mundo uma realidade de restrições em razão da pandemia decorrente da doença COVID-19, causada pelo novo coronavírus. Os efeitos desta enfermidade ainda não são totalmente dimensionados, sendo certo que causará sérios danos à humanidade, de magnitudes não vistas deste o período de guerra da primeira metade do Século XX.

Tais prejuízos se dão, em um primeiro momento, na saúde pública, mas se pode afirmar que todos os ramos da coletividade irão sentir os efeitos desta crise humanitária. Por motivo deste enorme potencial lesivo, que já está se efetivando, é que reside a importância do estudo do tema a proposto, pois o direito, como regulador social, haverá de ser acionado para resolver as eventuais demandas geradas pelos conflitos decursivos da doença pandêmica.

Um destes conflitos que se pode vislumbrar é o da colisão de direitos fundamentais entre a autodeterminação informativa e o direito à saúde, em sequência das políticas públicas de monitoramento da população para o controle da disseminação da doença. Diante desta realidade posta, tem-se como problema de pesquisa deste artigo a seguinte questão: é possível a precedência do direito à saúde sobre o direito da autodeterminação informativa, enquanto durar o período de pandemia causada pelo COVID-19? A resposta desta questão consubstancia o objetivo geral do trabalho, tendo como objetivos específicos a análise dos efeitos da pandemia na sociedade, bem como do rastreamento geográfico como ferramenta de combate ao COVID-19 e a colisão entre a autodeterminação informativa e o direito à saúde, desinente destas políticas públicas, e, também, do estudo da máxima da proporcionalidade de Alexy.

O tema proposto será trabalhado por meio do método indutivo, para que, a partir de premissas particulares, seja possível se chegar a uma conclusão geral acerca do problema de pesquisa proposto. Utilizar-se-á, como procedimentos metodológicos, de pesquisas bibliográficas e documentais, primando pela literatura acerca do direito, mas, não somente esta, pois o tema demanda a análise de obras multidisciplinares, tais como as que abordam à saúde e as de cunho sociológico.

Com relação ao caminho percorrido, primeiro será dado destaque à perquirição a respeito da doença conhecida como COVID-19, a pandemia declarada em razão desta, e, mais especificamente, sobre a sociedade em situação de pandemia e a atuação do Estado, elaborando um esboço do passado, com vistas a poder se vislumbrar o presente e futuro.

Em seguida, focar-se-á nas políticas públicas de monitoramento como instrumento de controle do COVID-19, citando alguns exemplos que estão sendo aplicados pelo mundo, apresentando, de igual forma, as propostas e colocadas em prática no Brasil. A partir destas políticas públicas, apresentar-se-á o

conflito entre os direitos fundamentais à autodeterminação informativa e o direito à saúde.

No terceiro tópico, será descritas considerações sobre a máxima da proporcionalidade de Alexy, como possibilidade de resolução da colisão. A teoria de Alexy será efetivamente aplicada ao problema indicado, para que seja possível conjecturar um enunciado como resultado do exercício consequente da máxima. Ao fim, chega-se a uma conclusão diante do tema-problema apresentado.

1 A PANDEMIA CAUSADA PELO COVID-19 E MUDANÇAS NA SOCIEDADE

A pandemia da doença COVID-19, causada pelo novo coronavírus, é uma das maiores crises humanitárias enfrentadas nas últimas décadas. Com proporções globais, provavelmente não vistas desde a Segunda Guerra Mundial, a pandemia está afetando a sociedade de maneira significativa, e, talvez, com sequelas permanentes, que redesenharão o modo de vida atual: o que se habitual chamar de “novo normal”.

Os sérios danos à saúde pública são o principal efeito nefasto desta doença, superlotando hospitais e ceifando precocemente a vida de milhões de pessoas. Para além destes efeitos, a pandemia também causa consequências em outros setores da sociedade, tais como a economia, relações diplomáticas internacionais e, como consequência, o direito, regulador do modo social de convivência.

Segundo a Organização Mundial da Saúde - OMS, o COVID-19 é a doença infecciosa causada por uma variação recém descoberta de coronavírus (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020). Ainda segundo a OMS, os coronavírus são uma grande família de vírus que podem causar doenças tanto em animais quanto em humanos, sendo que, nestes, sabe-se que vários coronavírus causam infecções respiratórias variando do

resfriado comum a doenças mais graves, como a Síndrome Respiratória do Oriente Médio (MERS), a Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS) e, mais recentemente, o COVID-19 (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020).

Detectada em Wuhan, na China, em dezembro de 2019, a COVID-19 cresceu em número de casos, óbitos e países afetados em pouco tempo, fazendo com que a OMS declarasse pandemia de COVID-19 em 11 de março de 2020 (GARCIA; DUARTE, 2020, p. 1). Chama a atenção, também, a letalidade resultante da lotação de hospitais que esta doença causa (FREITAS; NAPIMOGA; DONALISIO, 2020, p. 2).

Uma vez que a COVID-19 é altamente infecciosa, e não há prévia imunidade da população humana, nem vacina para este vírus, o que se faz necessário para inibir a transmissão é o postergação do pico da curva epidêmica por meio das intervenções não farmacológicas (INF) (GARCIA; DUARTE, 2020, p. 1). As INF constituem medidas de saúde pública, podendo ter alcance individual (lavagem de mãos, etiqueta respiratória e distanciamento social), ambiental (arejamento de ambientes e limpeza rotineira) e comunitária (ações tomadas por líderes da população) (GARCIA; DUARTE, 2020, p. 2).

Neste trabalho, o enfoque será dado às INF de caráter comunitária. Para isto, antes de adentrar nas políticas adotadas pelos líderes governamentais contemporâneos, faz-se pertinente expor os ensinamentos de Foucault sobre o nascimento da medicina social. Foucault (1984, p. 79-80) expressão que, ao contrário do que possa parecer, a medicina moderna é corporificada socialmente, e não de forma individualista, pois, com o desenvolvimento do capitalismo no fim do século XVIII e início do século XIX, o corpo tornou-se um importante instrumento de força de trabalho e produção.

Segundo Foucault (1984, p. 80) a medicina social pode ser reconstituída em três etapas: medicina de Estado, medicina urbana e medicina da força de trabalho. A medicina de Estado

se desenvolveu, primordialmente, no começo do século XVIII, na Alemanha, sendo que este país tinha um conhecimento específico em relação ao Estado, focado no funcionamento geral de seu aparelho político nos procedimentos para acúmulo de informações com o fim de assegurar melhor a sua performance, isto muito antes da Inglaterra e da França (FOUCAULT, 1984, p. 80-81).

Com a finalidade de melhora da saúde da população, a Alemanha efetivou a primeira política médica de Estado, que consistia em: um sistema completo de observações de morbidades mais abrangente do que a simples contagem de nascimentos e mortes; um fenômeno de normalização da prática e conhecimento dos médicos; a criação de uma organização administrativa para controlar as atividade dos médicos; e a criação de funcionários médicos designados pelo governo, com responsabilidades e poderes sobre uma região, surgindo a figura do médico como um administrador de saúde (FOUCAULT, 1984, p. 83-84).

A terceira etapa (mas a segunda a ser tratada neste trabalho) é a medicina social como força de trabalho. Foucault (1984, p. 93) traz como exemplo mais notório da terceira dimensão o exemplo inglês, em que os pobres passam a ser o alvo da medicina social. Inicialmente, no século XVIII, os pobres não eram fonte de perigo médico, sendo que isto se dava pelas razões de o amontoado de pessoas ainda não ser um problema, uma vez que o pobre trabalhava nos interiores das cidades, realizando tarefas cotidianas para a existência humana, como resgate de lixo e entrega de cartas (FOUCAULT, 1984, p. 94).

Foucault (1984, p. 94) explicava que o cenário somente se modifica no segundo terço do século XIX, por diversas razões, sendo a primeira a política, pois, durante as agitações sociais do início do século XIX, os pobres se tornaram uma força capaz de se revoltar ou, ao menos, de participar destas.

Uma outra motivação é que, neste mesmo século XIX,

encontrou-se uma forma de se dispensar os serviços realizados pelos pobres, retirando-os a possibilidade de subsistência (FOUCAULT, 1984, p. 94). A cólera, em 1832, disseminou o medo sanitário na população proletária, o que fez emergir a necessidade separação do espaço entre ricos e pobres (FOUCAULT, 1984, p. 95).

Esta etapa da medicina social insurgiu na Inglaterra, em decorrência de seu desenvolvimento industrial e, conseqüentemente, do proletariado (FOUCAULT, 1984, p. 95). Foucault (1984, p. 84-85) destaca um conjunto de legislações, denominada “Lei dos Pobres”, que tornava a medicina social na medida em que criava um sistema de assistência controlada pelo governo e pelos ricos para, ao mesmo tempo, prestar auxílio de saúde aos pobres e assegurar a sua própria proteção.

Um importante paralelo que se pode realizar com a medicina social inglesa e a situação atual causada pela COVID-19 é a complementação da “Lei dos Pobres”, em 1875, com a criação dos sistemas de *health service* e de *health officers*, que tinham por objetivo ter o controle médico da população por meio de controle de vacinações, registro e organização de doenças capazes de se tornarem epidemias, obrigando as pessoas a declararem doenças perigosas e a localização de lugares insalubres e eventual destruição dos focos de insalubridade (FOUCAULT, 1984, p. 95-96).

Avançando no tempo para chegarmos à aplicação deste conceito diante da realidade contemporânea, o uso de sistemas de geolocalização por intermédio de aplicativos de celulares apresentam exatamente esta função. Diversos governos têm visto a eficácia desta aplicação tecnológica como meio de efetivação de políticas satisfativas de controle da pandemia de 2020, o que torna ainda mais importante o estudo da utilização destes mecanismos sob o prisma do direito.

A segunda etapa, mas a terceira a ser abordada, é a medicina social urbana representada no exemplo de Foucault pela

França. Esta forma de medicina social se desenvolveu em consequência do fenômeno da urbanização que, consigo, trouxe os medos e as angústias diante da cidade, caracterizada por alguns elementos, como, por exemplo, o medo das fábricas, dos amontoados de pessoas e, o mais importante para este artigo, o medo das epidemias urbanas (FOUCAULT, 1984, p. 85-87).

Chama a atenção o plano de quarentena que existia desde o final da Idade Média, em vários países da Europa, a ser aplicado em caso de uma epidemia (FOUCAULT, 1984, p. 88). Entre plano consistia nas seguintes medidas: manter todas as pessoas em casa, para serem localizadas em um único lugar; dividir a cidade em bairros para que uma autoridade fosse designada como responsável pelo local, realizando a vigilância e o registro centralizado por meio de relatórios; estes inspetores tinham o dever de revistar, diariamente, todos os habitantes da cidade e, se algum doente aparecesse, era preciso realoca-lo em uma enfermaria especial fora da cidade; e, por fim, a prática de desinfecção, com o auxílio de perfumes queimados (FOUCAULT, 1984, p. 88).

Desde então, a medicina exerce também um poder político instrumental. É por meio dela que se determina e direciona políticas públicas de precaução e contenção de doenças, determinando-se o alcance destas. Foucault, sobre tema, expressa:

O poder político da medicina consiste em distribuir os indivíduos uns ao lado dos outros, isolá-los, individualizá-los, vigiá-los um a um, constatar o estado de saúde de cada um, ver se está vivo ou morto e fixar, assim, a sociedade em um espaço esquadrihado, dividido, inspecionado, percorrido por um olhar permanente e controlado por um registro, tanto quanto possível completo, de todos os fenômenos (FOUCAULT, 1984, p. 89).

A atual pandemia causada pelo COVID-19 está causando diversas mudanças sociais, muitas, talvez, irreversíveis. É preciso, sob o prisma deste poder político da medicina, dimensionar os efeitos daquela sobre a população mais pobre, e que necessita, em maior grau, da atuação estatal.

Como preleciona Santos (2020, p. 15) a quarentena é, de fato, discriminatória, sendo mais difícil para um conjunto da população. Um exemplo deste grupo mais afetado são as mulheres, pois, além de dominar as profissões de enfermagem e de assistência social, também, infelizmente, continuam majoritariamente com o cuidado da família (SANTOS, 2020, p. 15-16). Outro dado alarmante é o aumento exponencial de violência no âmbito doméstico, dado que o confinamento pode favorecer o exercício da violência contra as mulheres. (SANTOS, 2020, p. 16).

Já os trabalhadores autônomos e de rua (leia-se, em condição precária ou informal) têm o isolamento social como impraticável, tendo de escolher entre ganhar o sustento diário, se expondo à todos os riscos da pandemia, ou ficar em casa e se arriscar a morrer de fome (SANTOS, 2020, p. 16-17).

Os moradores das periferias, incapazes de manter um distanciamento social, em razão do grande número de pessoas que habitam as residências nestes lugares, moradores de rua, em situação de vulnerabilidade extrema, ou refugiados, que vivem em quarentena permanente, serão outros grandes afetados pela pandemia mundial e pelas medidas de quarentena (SANTOS, 2020, p. 17-20).

A história da medicina social, exposta por Foucault, convida à pesquisa do passado, mostrando-se essencial para entender o presente, com a pandemia do COVID-19, e planejar o futuro das políticas públicas a serem adotadas pelos governos.

O Estado, nestes momentos de crise, mostra-se de grande importância para a manutenção da vida em sociedade. As políticas públicas a serem adotadas podem ter diversos vieses. Pode ser uma política calcada na disseminação de informações à população ou medidas menos democráticas, como as que se sobrepõem até à determinados direitos humanos e princípios da cidadania (SANTOS, 2020, p. 24).

Especificamente no Brasil, país de grandes desigualdades sociais, tais políticas públicas de monitoramento para

contenção da pandemia farão com se determine o tamanho do impacto da pandemia na vida da população, em especial, daquelas hipossuficientes, que dependem de atitudes estatais para manter um padrão minimamente digno de vida.

2 RASTREAMENTO GEOGRÁFICO NO COMBATE AO COVID-19 E A COLISÃO ENTRE A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA E O DIREITO À SAÚDE

A aplicação das políticas públicas de contenção da pandemia causada pelo COVID-19 causará o conflito de princípios de direitos fundamentais, que deverão ser decididos pelos Tribunais pátrios, mais notadamente, no Supremo Tribunal Federal, por exercer o papel de Corte Constitucional. Contudo, diante de uma multiplicidade de formas de intervenções não farmacológicas comunitárias que estão sendo utilizadas por países afetados pela pandemia, faz-se oportuna a explanação sobre tais métodos.

Por princípio, destacam-se exemplos que merecem nota por serem ineficazes, e, por consequência, não adequados, tais como: a pulverização de álcool e desinfetantes em veículos, estradas e na população, uma vez que, além de prejudicar a saúde, são medidas que não têm eficácia comprovada; a propagação de desinformação que leva pânico à população e prejudica a adoção das medidas eficazes; e até mesmo a utilização de equipamentos de proteção individual como imunizadores de risco, como máscaras, não impedem de maneira absoluta a infecção pelo COVID-19, auxiliando, apenas, na redução da propagação da doença por um paciente que já esteja infectado (XIAO; TOROK, 2020, p. 523-524).

Já no Chile, adotou-se a política de emitir “certificados de imunidade” para pessoas que se recuperaram do COVID-19, com a finalidade de dar confiança para as pessoas curadas nos meses seguintes à sua doença, sendo que, o certificado terá validade de 3 meses, que, passados, considerar-se-á a pessoa com o

mesmo risco de infecção do que uma pessoa que não contraiu a doença (FRASER, 2020, p. 1473). A medida se mostrou bastante controversa e pode ser considerada prematura, dado que pode influenciar para que ocorra o descumprimento das medidas de saúde pública recomendadas, além de existirem diversas dúvidas quanto à suposta imunidade adquirida por quem já se curou de uma infecção por coronavírus (FRASER, 2020, p. 1473).

Diversos Estados apostam suas fichas no uso de instrumentos de rastreamento geográfico, com a finalidade de se determinar zonas de contágio, identificar pessoas infectadas, suas famílias e até mesmo assegurar que estes não circularão e manterão as medidas de isolamento social, sendo esta uma das formas de intervenções não farmacológicas comunitárias que mais se tem visto na comunidade internacional. Como preceitua Xiao e Torok (2020, p. 523-524), a medida não farmacológica que se mostra adequada e necessária é a limitação da transmissão humana, identificando os contaminados e isolando-os rapidamente.

Na França, a Prefeitura de Paris tem utilizado drones para a vigilância da população, o que, inclusive, foi alvo de impugnação no Tribunal Administrativo de Paris, sendo que este reconheceu a legitimidade da utilização deste método, por entender que não infringe o direito à privacidade e a proteção de dados pessoais (NORMAND, 2020).

A China adotou um aplicativo que atribui um código de cores aos usuários, com o fim de restringir a liberdade de circulação, dependendo do risco de contágio que representam (SCHREIBER, 2020). Este aplicativo é o *Alipay Health Code*, da gigante Alibaba, que classifica os usuários na cor verde, que representa a ausência de restrições de movimentação, o amarelo corresponde a uma possível quarentena de uma semana e o vermelho significa duas semanas de quarentena (BELLI, 2020).

Outro exemplo asiático, a Coreia do Sul implementou uma estratégia que associa a testagem em massa e o uso de dados pessoais para rastrear as pessoas contaminadas, determinando

onde estas estiveram, de forma a emitir alertas para os potenciais contaminados se testarem e se isolarem (SCHREIBER, 2020). Os dados pessoais utilizados pelo governo sul-coreano se substanciam na vigilância de movimento e estado de saúde por celulares, cartão de crédito, imagem, aplicativos de monitoramento e, também, na divulgação online da posição de infectados (GIELOW, 2020).

No Brasil, diversas medidas e discussões se instalaram desde que se deflagrou a transmissão comunitária no território nacional. Os Estados e a União estudam formas de utilizar a tecnologia de geolocalização ou a coleta de dados pessoais dos cidadãos para o combate ao novo coronavírus.

Em relação aos Estados, um primeiro exemplo é do Governo do estado de São Paulo, que implementou uma parceria com operadoras de telefonia para que, a partir das informações geradas por aparelhos celulares, fosse possível identificar locais com concentração de pessoas, analisar o percentual efetivo do isolamento no Estado e preparar ações estatais para advertências e mapeamento de aglomerações, monitorando, desta forma, a quarentena (CNN, 2020).

No âmbito federal, no dia 17 de abril de 2020 foi editada a Medida Provisória nº 954, dispondo sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, com o desígnio de dar suporte à produção de estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública decorrente do coronavírus (BRASIL, 2020a).

Destaca-se nesta medida provisória que “as empresas de telecomunicação prestadoras do STFC e do SMP deverão disponibilizar à Fundação IBGE, em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas” (BRASIL, 2020a) sendo que os dados seriam utilizados direta e exclusivamente pela

Fundação IBGE para a confecção de uma estatística oficial, com o fim de realizar posteriores entrevistas não presenciais nos âmbitos domiciliares (BRASIL, 2020a).

Apesar de o artigo 3º desta medida provisória prescrever que os dados compartilhados terão caráter sigiloso, serão utilizados somente para nos fins disciplinados na norma e não serão usados como meio de provas (BRASIL, 2020a), não demorou muito para que o seu texto integral fosse impugnado por meio do controle concentrado de constitucionalidade.

No dia 20 de abril de 2020 o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil protocolou a ação direta de inconstitucionalidade n.º 6387, contestando a totalidade do texto normativo, em razão de inconstitucionalidade formal pela ausência de urgência e relevância e, o que mais tem pertinência à este trabalho, inconstitucionalidade material pela violação direta à dignidade da pessoa humana; a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas; o sigilo de dados, abarcando nisto, a autodeterminação informativa; e, por fim, violação ao princípio da proporcionalidade, dispostos nos artigos 1º, inciso III e 5º, incisos X e XII da Constituição Federal (BRASIL, 2020b).

A ministra relatora Rosa Weber, no dia 24 de abril de 2020, decidiu pelo deferimento da medida cautelar requerida na inicial, suspendendo a eficácia da medida provisória n.º 954, com o “[...] fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel [...]” (BRASIL, 2020b).

Mesmo não sendo a discussão específica na ação direta de inconstitucionalidade 6397, esta oferece um importante norte da discussão que o Judiciário brasileiro precisará se debruçar. A colisão de normas de direitos fundamentais se dá entre a autodeterminação informativa, consubstanciada no princípio da inviolabilidade da privacidade e o direito à saúde, na forma de

políticas públicas governamentais.

O direito à autodeterminação informativa, segundo anota Canotilho (2003, p. 514-515) “se traduz, fundamentalmente, na faculdade de o particular determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais”. Já o direito à privacidade, é aquele pertencente sobre a própria pessoa, tal qual como a vida e a integridade moral e física, consubstanciando-se naqueles direitos fundamentais que se dizem da personalidade (CANOTILHO, 2003, p. 396). Seguindo, ainda, no que disserta Canotilho (2003, p. 514-515), o segredo não é compatível com as liberdades e direitos da pessoa, somando-se, ainda, um novo perigo ao cidadão, pela digitalização dos direitos fundamentais.

A anotação do doutrinador português mostra-se pertinente a sociedade atual, nominada de sociedade da informação. Esta, não obstante tenha diversos e notáveis pontos positivos, carrega consigo novos riscos à sociedade. O anonimato, crimes eletrônicos, vinculação de falsas informações (*fake news*), e o mais importante para o tema tratado neste artigo, o uso indevido das informações para a manipulação econômica e social (ANDREASSA; LIPPE, 2019, p. 257). O que se conclui disto é: quem tem informação, tem poder. Deste modo, todo cuidado e estudo sobre o uso de informações pessoais sensíveis é devido.

Utilizando o que preleciona a própria Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (lei geral de proteção de dados), que está em período de *vacatio legis* e, a princípio vigorará a partir de 2021, considera-se dados pessoais a informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável (BRASIL, 2018). Já os dados pessoais sensíveis seriam aqueles “sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (BRASIL, 2018).

Segundo preleciona Pereira (2018, p. 6), apenas são

titulares de dados pessoais as pessoas singulares e, apesar de as pessoas coletivas poderem ser titulares de direitos da personalidade que não sejam inseparáveis da personalidade singular, o regime de dados pessoais é limitado às pessoas singularmente consideradas.

Aquele que é titular dos dados tem certos direitos sobre estes, como, por exemplo, o direito ao esquecimento, à informação, ao acesso, à atualização, ao bloqueio, a não sujeição automatizada, até pela razão de que os dados podem ser usados para o marketing direcionado, e o direito ao não tratamento de dados sensíveis (PEREIRA, 2018, p. 9). Por sua vez, o responsável pelo tratamento dos dados pessoais tem de tratar com parcimônia a confidencialidade, prestando também uma colaboração, com a prestação de informações ao titular dos dados, como requisitos de uma série de obrigações no que concerne à segurança (PEREIRA, 2018, p. 9). Por fim, destaca-se que “os dados de saúde, incluindo os dados genéticos, são considerados dados sensíveis” (PEREIRA, 2018, p. 11).

Como é cediço, o direito à saúde é o direito social constitucionalmente estabelecido pela Carta de 1988 em inúmeros dispositivos, citando como exemplos: artigos 6º; 196; 197; 198; 199; e 200. Além de ser um direito de todos, é um dever do Estado, que deve ser garantido por políticas públicas sociais e econômicas com a finalidade de reduzir o risco de doenças e outros agravos ao acesso universal e igual às ações de saúde para a promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

A pandemia causada pelo COVID-19, pois, invoca ao máximo tais mandamentos constitucionais. No sentido que indica Bonavides (2019, p. 387), não há como não reconhecer que o indivíduo brasileiro depende das prestações estatais para que seja feita a tarefa fundamental igualitária e distributiva, sem a qual, não haverá democracia nem liberdade. É, ainda, o Estado brasileiro o responsável por realizar a igualdade material, que “faz livres aqueles que a liberdade do Estado de Direito da

burguesia fizera paradoxalmente súditos” (BONAVIDES, 2019, p. 388).

Continuando na esteira do que preleciona Bonavides (2019, p. 390), há um movimento contrário aos direitos sociais que se formam em vários domos empresariais retrógados, em conjunto com lideranças políticas, que ameaçam os progressos apregoados pela Constituição Federal de 1988, mostrando uma intenção de fazer prevalecer as vontades privatistas em prejuízo dos direitos sociais básicos. Isto é digno de nota, pois é exatamente o que se verifica na situação atual no Brasil, em que há uma pressão por parte de certos setores empresariais da sociedade para a não realização de medidas de intervenção não farmacológicas, mas especificamente as de isolamento social, sob argumentos falaciosos e, muitas vezes, contra científicos, apenas para perpetuar a continuidade do lucro em detrimento de vidas que serão perdidas pelo não cumprimento das medidas adequadas a maior pandemia atinente ao mundo nas últimas décadas. Vislumbra-se, na verdade, um falso dilema que foi plantado na discussão do problema, ao colocar a dicotômica escolha entre vida e economia.

Deste modo, haverá uma série de casos difíceis postos diante do Estado-juiz para a apreciação da colisão de princípios de direitos fundamentais da saúde e da autodeterminação informativa. Faz-se, pois, a necessária proposição de um método de solução desta colisão, apresando-se a máxima da proporcionalidade de Alexy como um marco teórico para se discutir a questão perante teoria do direito.

3 DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA EM COLISÃO COM O DIREITO À SAÚDE E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE DE ALEXY COMO POSSIBILIDADE DE RESOLUÇÃO

As políticas públicas de monitoramento, como

intervenções não farmacológicas comunitárias, faz com que exista a colisão entre normas de direito fundamental, mas especificamente entre princípios, dado que o direito à saúde, bem como a autodeterminação informativa, contém elevado grau de generalidade, necessitando de lapidações em suas possibilidades fáticas e jurídicas para que sejam aplicados à um caso concreto. Por este motivo que se utiliza a máxima da proporcionalidade de Alexy para estudar o conflito.

O autor alemão preleciona que, em uma colisão de princípios, esta não se resolve no plano da validade ou da exceção, como acontece no conflito entre regras, mas sim na declaração de precedência de um princípio sobre outro em determinadas condições (ALEXY, 2011, p. 93). Isto acontece pela restrição das possibilidades jurídicas, levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto, recusando a resolução da colisão por relações de precedência absoluta de um princípio em relação ao outro, podendo haver, apenas, a precedência de maneira condicionada (ALEXY, 2011, p. 96-97).

Alexy (2011, p. 116-117) dita, sobre a máxima da proporcionalidade, que esta tem uma conexão direta com a teoria dos princípios, significando, nisto, nas três máximas parciais que compõem aquela, da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito).

Os princípios, como mandamentos de otimização em face de possibilidade fáticas e jurídicas, têm na proporcionalidade em sentido estrito a relativização das possibilidades jurídicas e, quanto à adequação e necessidade, estas decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização das possibilidades fáticas (ALEXY, 2011, p. 117-118).

Importante ressaltar que, não se está querendo por dois princípios em uma balança para decidir qual vale mais. Tal ressalva se faz necessária pois, nos tribunais pátrios, é comum vislumbrar a aplicação inadequada da teoria de Alexy.

Como ressalta Streck (2017, p. 81-83), os tribunais modificaram a regra da ponderação em um princípio, utilizando esse conceito como um enunciado performático, capaz de fundamentar diversos posicionamentos diversos, como no caso *Ellwanger*, em que, com base na ponderação, tiveram-se votos discrepantes.

Ainda na inadequada recepção de Alexy no Brasil, Moraes (2018, p. 181), pela análise de 189 decisões do Supremo Tribunal Federal, aponta, em sua segunda conclusão sobre o sentido da proporcionalidade constatado nas decisões que, não se verifica precisão sobre o conceito dos princípios jurídicos sob os quais se resolveu os casos por meio do princípio da proporcionalidade, sendo este utilizado de forma indiscriminada para resolver qualquer tipo de colisão, o que indica a falta de conceituação rígida sobre a característica dos Direitos Fundamentais, como normas de princípios jurídicos, um dos pressupostos estabelecido por Alexy para aplicação da máxima da proporcionalidade.

Será aplicada a máxima da proporcionalidade de Alexy para estudar os exemplos apresentados acima (de medidas tomadas em âmbito nacional) para se propor enunciados que possam auxiliar uma correta aplicação, do ponto de vista constitucional, de políticas públicas de combate ao COVID-19.

Pela primeira máxima parcial, da adequação, decreta-se que o meio utilizado seja apto a realizar o fim desejado, pois, em uma colisão, como causada na medida provisória 954, verifica-se que esta, à primeira vista, já se mostra inadequada. Isto pela razão de que o combate ao novo coronavírus exige medidas urgentes, de aplicação e efetivação imediata.

Segundo o texto da referida medida provisória 954, os dados serão utilizados pela Fundação IBGE com a finalidade de produção de estatística oficial, objetivando realizar entrevistas não presenciais no âmbito de pesquisas domiciliares (BRASIL, 2020a). Ainda, o parágrafo único do artigo 4º da referida medida

provisória determina que “na hipótese de necessidade de conclusão de produção estatística oficial, a Fundação IBGE poderá utilizar os dados pelo prazo de trinta dias, contado do fim da situação de emergência de saúde pública de importância internacional” (BRASIL, 2020a).

Como prescreve Alexy (2011, p. 120), se uma medida se mostra com possibilidade de afetar negativamente o princípio precedente que se quer alcançar, ela deve ser vedada por este, com base na otimização das possibilidades fáticas. Deste modo, a medida deve ser eficaz no combate à pandemia. Uma vez que os resultados não ficarão prontos para a utilização em tempo hábil, eles não são, por consequência, adequados para o combate ao COVID-19.

Com a relação à necessidade, esta descreve que a medida a ser adotada deve ser aquela menos gravosa ao outro direito fundamental. Para a análise da necessidade, cumpre fazê-la em conjunto com a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, com a lei da colisão (ALEXY, 2011, p. 120).

Uma vez que Alexy (2011, p. 97), com base no que decide o Tribunal Constitucional Alemão, recusa a precedência absoluta de um princípio sobre outro, já não se dá para concluir que o direito à autodeterminação informativa é irrestrito em relação ao direito à saúde, e nem que este é incondicional em relação àquele. Haverá de se ter uma precedência condicionada a determinadas circunstâncias, nominada de “condição de precedência” por Alexy (2011, p. 98).

A condição de precedência que se apresenta na colisão entre os princípios da autodeterminação informativa e o direito à saúde é a pandemia ocasionada pela doença infecciosa COVID-19 causada pelo novo coronavírus. Para definir qual dos interesses, que estão no mesmo nível, terá maior peso na situação atual causada pela pandemia do COVID-19, é que foram feitas as considerações do primeiro tópico deste artigo.

O COVID-19 é uma doença com elevado grau de

contaminação, consideráveis taxas de mortalidade e, em razão de destas peculiaridades, ela causa a superlotação dos sistemas de saúde mundiais, custando a vida de milhões de pessoas, pois não há leitos hospitalares para todos. Ademais, ela tem a potencialidade de colapsar os demais setores de toda a sociedade, aumentando a fome, o desemprego, a desigualdade social, a violência doméstica, a própria violência urbana, entre outros. Dificilmente algum setor da sociedade escapa dos efeitos da pandemia.

É difícil se pensar na precedência da autodeterminação informativa em face do direito à saúde, na constância da condição da pandemia do novo coronavírus, até mesmo pelo motivo de que a autodeterminação informativa corre risco pelas sequelas da pandemia. Portanto, na circunstância da pandemia causada pelo COVID-19, o direito à saúde tem precedência em face do direito à autodeterminação informativa. Este é o resultado da lei da colisão. Entretanto, em qual medida? Neste ponto, ingressa-se com a necessidade.

Toma-se como exemplo as medidas adotadas pelo estado de São Paulo e aquelas assumidas pela China e Coreia do Sul. As medidas de São Paulo tratam do monitoramento geográfico por zoneamento, ou seja, não individualizados. Já as ações chinesas e sul-coreanas se baseiam no monitoramento individualizado de cada indivíduo, para depois partir ao zoneamento deste, o que se conclui ter maior malefício à autodeterminação informativa. Alexy (2011, p. 119) ensina que se ambas as medidas são adequadas, para o princípio precedente, elas são indiferentes, mas, em relação ao princípio precedido, haverá de se adotar a forma que lhe menos afeta. Se o monitoramento por zoneamento é menos gravoso ao princípio precedido, no caso, a autodeterminação informativa, este é que deve ser aplicado.

Claro, faz-se necessária a ressalva de que, para concluir corretamente qual medida é a menos gravosa ao princípio precedido, terá de se ter estudos especializados na área da saúde, que

escapam ao escopo original do presente trabalho, até mesmo pela limitação de páginas que um artigo impõe.

O resultado da aplicação da máxima da proporcionalidade, com as máximas parciais da adequação, necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito, é uma regra (ALEXY, 2011, p. 98), que pode se consubstanciar em um enunciado. O enunciado que se pode trazer à luz do que foi estudado neste trabalho é: O direito à saúde (princípio precedente) tem precedência (maior peso) em relação ao direito à autodeterminação informativa (princípio precedido) enquanto perdurar a pandemia de COVID-19 causada pelo novo coronavírus (circunstância de precedência), devendo-se adotar, entre as medidas adequadas, aquela menos gravosa ao princípio precedido.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente trabalho, com o esclarecimento de conceitos da medicina, da sociologia e da teoria geral do direito, dá sustentação para algumas premissas particulares, que, utilizando-se do método proposto, o indutivo, propicia-se chegar a uma conclusão geral sobre o tema. As premissas particulares são as seguintes:

A pandemia, causada pela doença COVID-19 e decorrente do novo coronavírus, está causando uma das maiores crises dos últimos tempos da humanidade, sendo que, para seu combate, são necessárias ações estatais por meio de políticas públicas, com o fim de proteger todos, mas, principalmente, aqueles que mais dependem da atividade estatal.

Até o momento, não existe tratamento farmacológico para a doença disponível em larga escala à população, desta forma, as intervenções não farmacológicas se mostram como as medidas adequadas, sendo tarefa do Estado implementar estas intervenções em sua forma comunitária.

Para manter o distanciamento social e controlar a

disseminação viral, está-se praticando o monitoramento por meio do uso de tecnologias, o que ocasiona a colisão de direitos fundamentais entre a autodeterminação informativa e o direito à saúde.

Pela aplicação da máxima da proporcionalidade de Alexy, pode-se chegar ao enunciado de que o direito à saúde tem precedência em relação ao direito à autodeterminação informativa enquanto perdurar a pandemia de COVID-19 causada pelo novo coronavírus, devendo-se adotar, entre as medidas adequadas, àquela menos gravosa ao princípio precedido.

Por fim, a conclusão geral que o trabalho oferece ao problema de pesquisa é a de que, é possível a precedência do direito à saúde sobre o direito da autodeterminação informativa, enquanto durar o período de pandemia causada pelo COVID-19, dada a grandeza deste evento danoso à sociedade e, tendo o Estado o dever de agir, este terá de adotar práticas para controle da doença, sendo que a forma mais adequada que se apresenta são as intervenções não farmacológicas. Se o monitoramento digital se mostrar eficaz, este é possibilitado em decorrência da exceção que se mostra esta pandemia, tendo-se a obrigação de observar e adotar, sempre que possível, a medida mais adequada e menos gravosa a outros princípios de direitos fundamentais.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* – 2. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- ANDREASSA, João Victor Nardo; LIPPE, Pedro Rodrigues de Freitas. O acesso à informação como um dever do estado: notas sobre a evolução dos direitos fundamentais e a sociedade da informação. *In: Simpósio Internacional de*

- Análise Crítica do Direito, 9, 2019, Jacarezinho. *Responsabilidade do Estado* – 1. ed. – Jacarezinho, PR: UENP, 2019. Disponível em: <http://siacrid.com.br/repositorio/2019/responsabilidade-do-estado.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.
- BELLI, Luca. Os Big Data do coronavírus: como a tecnologia, o direito e a China nos ajudam a entender e enfrentar uma pandemia. *El País*, 9 mar. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/opiniao/2020-03-09/os-big-data-do-coronavirus.html>. Acesso em: 27 abr. 2020.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* – 34 ed. – atual. – São Paulo: Malheiros, 2019.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 10 abr. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm#art65... Acesso em: 10 maio 2020.
- BRASIL. *Medida provisória nº 954, de 17 de abril de 2020*. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020a. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm. Acesso em: 27 abr. 2020.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação direta de inconstitucionalidade 6387/DF*. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intimado: Presidente da República. Relatora: Min. Rosa Weber, 20 de abril de 2020b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>. Acesso em: 28 abr. 2020.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* – 7. ed. – Coimbra: Almedina, 2003.
- CNN. São Paulo faz parceria com operadoras de telefonia para monitorar quarentena. *CNN Brasil*, São Paulo, 9 abr. 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2020/04/09/sao-paulo-faz-parceria-com-operadoras-de-telefonia-para-monitorar-quarentena>. Acesso em: 28 abr. 2020.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder* – 4. ed. – Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.
- FRASER, Barbara. Chile plans controversial COVID-19 certificates. *The Lancet*, v. 395, n. 10235, maio 2020, p. 1473. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)31096-5](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)31096-5). Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0140673620310965>. Acesso em: 11 maio 2020.
- FREITAS, André Ricardo Ribas; NAPIMOGA, Marcelo; DONALISIO, Maria Rita. Análise da gravidade da pandemia de Covid-19. *Epidemiol. Serv. Saúde*, Brasília, v. 29, n. 2, 2020. DOI: <https://doi.org/10.5123/s1679-49742020000200008>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2237-96222020000200900&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 16 abr. 2020.
- GARCIA, Leila Posenato; DUARTE, Elisete. Intervenções não farmacológicas para o enfrentamento à epidemia da

- COVID-19 no Brasil. *Epidemiol. Serv. Saúde*, Brasília, v. 29, n. 2, 2020. DOI: <https://doi.org/10.5123/s1679-49742020000200009>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2237-96222020000200100&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 16 abr. 2020.
- GIELOW, Igor. Tecnologia usada no combate à pandemia de coronavírus ameaça privacidade: ferramentas de monitoramento e coleta de informações esbarram em leis de proteção de dados. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 5 abr. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/04/tecnologia-usada-no-combate-a-pandemia-de-coronavirus-ameaca-privacidade.shtml>. Acesso em: 27 abr. 2020.
- MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF – 2. ed. rev. e atual.* – Salvador: Juspodivm, 2018.
- NORMAND, Jean-Michel. A Paris, la justice valide la surveillance du confinement par drones policiers: Le tribunal administratif de Paris a rejeté le recours déposé par des associations, qui s’inquiétaient de l’usage des drones par les policiers. *Le Monde*, Paris, 6 maio 2020. Disponível em: https://www.lemonde.fr/pixels/article/2020/05/06/a-paris-la-justice-valide-la-surveillance-du-confinement-par-drones-policiers_6038884_4408996.html. Acesso em: 10 maio 2020.
- PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Big data, e-health e autoterminação informativa. *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, v. 15, n. 29, jun. 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/48094>. Acesso em: 8 maio 2020.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *A cruel pedagogia do vírus* – Coimbra: Almedina, 2020.
- SCHREIBER, Mariana. Coronavírus: uso de dados de

geolocalização contra a pandemia põe em risco sua privacidade? *BBC News Brasil*, Brasília, 21 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52357879>. Acesso em: 27 abr. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* – 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Q&A on coronaviruses (COVID-19)*, 08 abr. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/q-a-detail/q-a-coronaviruses#>. Acesso em: 16 abr. 2020.

XIAO, Yonghong; TOROK, Mili Estee. Taking the right measures to control COVID-19, *The Lancet Infectious Diseases*, v. 20, n. 5, 2020, p. 523-524. DOI: [https://doi.org/10.1016/S1473-3099\(20\)30152-3](https://doi.org/10.1016/S1473-3099(20)30152-3). Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1473309920301523>. Acesso em: 11 maio -2020.