

Teoria dos limites dos limites e as restrições de liberdades individuais na pandemia de COVID-19 no Brasil

Theory of limits of limits and the restrictions of individual rights in the COVID-19 pandemic in Brazil

Teoría de los límites de los límites y las restricciones de las libertades individuales en la pandemia de COVID-19 en Brasil

Homero Lamarão Neto¹

Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, PA, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0002-4674-502X>

 homero.neto@prof.cesupa.br

Marina Moraes Diniz de Oliveira Queiroz²

Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, PA, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0002-8209-3217>

 marinamdoq@gmail.com

Submissão em: 05/09/22

Aprovação em: 24/04/23

Resumo

Objetivo: analisar a *teoria dos limites dos limites* como argumento adequado para solucionar a eventual colisão de direitos fundamentais no contexto da pandemia, partindo-se da premissa de sua relatividade. **Metodologia:** utilizou-se o método dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica de artigos científicos nas bases de dados *Google Acadêmico* e *SciELO*, no período de 2021 e 2022, sobre a *teoria dos limites dos limites*, e da pesquisa documental, de caráter exploratório, de normativas geradoras de restrição de direitos individuais, implementadas no município de Araraquara. **Resultados:** o questionamento sobre a fundamentação de atos normativos e decisões judiciais que propiciaram a aplicação de restrições a direitos fundamentais perde consistência argumentativa se os atos reclamados apresentarem construção a partir da *teoria dos limites dos limites*. **Conclusão:** verificou-se que os direitos fundamentais não são direitos absolutos, sendo, portanto, factível a sua relativização, observando-se os parâmetros da *teoria dos limites dos limites*, de forma a possibilitar a restrição durante a pandemia da COVID-19, por meio do sopesamento de valores em um Estado Democrático e Social de Direito.

Palavras-chave

Direito à Saúde. Direitos Civis. Pandemia por COVID-19.

Abstract

Objective: to analyze the *theory of limits of limits* as a suitable argument to solve the possible collision of fundamental rights in the context of the pandemic, starting from the premise of their relativity. **Methods:** the deductive method was applied through a bibliographic search of scientific articles in the *Google Scholar* and *SciELO* databases in 2021 and 2022 on the *theory of limits of limits* and an exploratory documentary research on the regulations implemented in the municipality of Araraquara that lead to a limitation of individual rights. **Results:** question of the basis of normative acts and judicial decisions that have led to the application of restrictions on fundamental rights loses

¹ Professor permanente; doutor em Direito, Universidade Federal do Pará, Belém, PA, Brasil.

² Especialista em Direito Público, Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, PA, Brasil.

argumentative consistency when the alleged acts are a construction from the *theory of limits of limits* boundaries. **Conclusion:** it has been established that fundamental rights are not absolute rights and therefore their relativization is possible by observing the parameters of the *theory of limits of limits* to allow the restriction during the pandemic COVID -19 by balancing the values in a Democratic and Social State of Law.

Keywords

Right to Health. Civil Rights. COVID-19 Pandemic.

Resumen

Objetivo: analizar la *teoría de los límites de los límites* como argumento adecuado para resolver la posible colisión de derechos fundamentales en el contexto de la pandemia, partiendo de la premisa de su relatividad. **Metodología:** se utilizó el método deductivo, a través de la investigación bibliográfica de artículos científicos sobre la *teoría de los límites de los límites* en las bases de datos *Google Academic* y *Scielo*, en el periodo 2021 y 2022 y también se realizó investigación documental exploratoria de normas que generan restricción de derechos individuales en el municipio de Araraquara. **Resultados:** el cuestionamiento sobre el fundamento de los actos normativos y decisiones judiciales que dieron lugar a la aplicación de restricciones a derechos fundamentales pierde consistencia argumentativa si los actos reclamados presentan construcción desde la *teoría de los límites de los límites*. **Conclusión:** se constató que los derechos fundamentales no son derechos absolutos, por lo que es factible su relativización, observando los parámetros de la *teoría de los límites de los límites*, permitiendo la restricción durante la pandemia de la COVID-19, a través de la ponderación de valores en un Estado Democrático y Social de Derecho.

Palabras clave

Derecho a la Salud. Derechos Civiles. Pandemia de COVID-19.

Introdução

O ano de 2020 ficou marcado pela pandemia da COVID-19, que trouxe graves problemas a diversos países, inclusive ao Brasil. Devido ao insuficiente conhecimento científico inicial sobre a COVID-19, a inexistência de medicamentos com eficácia comprovada, ou vacinas, e com o intuito de evitar um colapso nos sistemas de saúde, a Organização Mundial de Saúde (OMS) recomendou protocolos de segurança adotados por diversos países, encampados por diversas ações dos poderes públicos (1). Importante destacar que, no transcorrer da pandemia, houve a natural mutação do vírus no mundo, originando novas variantes, eventualmente com maior grau de transmissibilidade, mais resistentes à imunidade adquirida, seja por vacina ou infecção, provocando versões mais graves da doença.

Nesse contexto, recomendou-se lavar as mãos frequentemente ou higienizá-las com álcool em gel, o uso obrigatório de máscaras, o isolamento social, restrição à aglomeração de pessoas, a suspensão de certas atividades consideradas não essenciais, o cancelamento de eventos, o fechamento das fronteiras de alguns países, além de outros atos (1). A finalidade dessas medidas seria achatar a curva de contágio da doença, preservando a capacidade operacional do sistema de saúde que, de outro modo, ficaria sobrecarregado com o aumento abrupto do número de infectados.

Seguindo essas recomendações, não havendo um padrão de gestão mais incisivo por parte do governo federal brasileiro, governos estaduais e municipais efetivaram medidas de contenção do avanço da contaminação, com decretos, com medidas de suspensão e/ou interrupção de atividades consideradas não essenciais e com fundamento na Lei nº 13.979/2020 (2), propiciando intensa discussão sobre a relativização de direitos fundamentais, essencialmente a liberdade de locomoção,

culminando com o ajuizamento de ações para aferição da legalidade desses atos, como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672 junto ao Supremo Tribunal Federal (3). Nessa conjuntura, argumentou-se sobre a existência de um conflito entre o exercício das liberdades individuais, em face da preservação e concretude do direito à saúde, em suas perspectivas individual e coletiva (3), tendo em vista que as medidas de restrição das liberdades individuais, como o isolamento social, foram consideradas mecanismos importantes para diminuição de novas infecções, bem como para evitar um colapso no sistema de saúde brasileiro.

A partir da ideia de integridade e higidez de um ordenamento jurídico repleto de normas e regras, torna-se possível compreender a ideia de colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular (4). Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal não tangenciou, nos julgados pertinentes à matéria, uma perspectiva mais incisiva a respeito da consistência da tutela de proteção à liberdade, em seu núcleo essencial, para se aproximar de uma apreciação a partir da *teoria dos limites dos limites*, registrando essa inclinação em outros julgados, como a reforma constitucional (ADI nº 2024/DF), a imunidade do advogado (RE nº 387.495/AC) e da reserva legal (RE nº 511.961/SP) (5).

A *teoria dos limites dos limites* é essencial nesse contexto porque revela a ideia primordial de que os direitos fundamentais têm, como característica, a relatividade, justamente porque podem entrar em conflito com outros direitos fundamentais, servindo a *teoria dos limites dos limites* como a forma de estabelecer limitações ao poder de limitar os direitos fundamentais (5).

Nesse contexto, a problematização do presente texto reside em analisar as circunstâncias que eventualmente possibilitariam a restrição de direitos fundamentais, com a análise de critérios adequados de fundamentação dos atos normativos editados, como meio de solucionar a hipótese de colisão de direitos fundamentais durante a pandemia por COVID-19.

Metodologia

Para responder ao problema de pesquisa, a investigação utiliza o método dedutivo como abordagem, o método descritivo-exploratório como procedimento e, como técnicas de pesquisa, a bibliográfica e documental (10).

A análise da perspectiva de se estabelecer restrições aos direitos fundamentais, a partir da *teoria dos limites dos limites*, ocorre através do método dedutivo, buscando-se, através do raciocínio lógico, evidenciar que uma questão mais ampla e de caráter abstrato, de cunho constitucional, possa ser apreendida em situações particularizadas no cotidiano social.

A ideia é partir da percepção de que os direitos fundamentais, embora relativos, como regra, constituem-se como o núcleo essencial de proteção da vida digna do indivíduo, tutelados como cláusulas pétreas da ordem constitucional. Assim, aferir a aplicabilidade da *teoria dos limites dos limites* como adequada, a partir de questões particulares, para resolução do conflito de valores.

As situações concretas discutidas no texto obedecem ao procedimento descritivo, na perspectiva das experiências vivenciadas em determinados segmentos sociais, como também exploratório, a partir da análise de institutos jurídicos, interpretações jurisprudenciais e ilações doutrinárias na temática dos direitos fundamentais, de sua característica de relatividade e da *teoria dos limites dos limites* (10).

Para elaboração da pesquisa, as técnicas bibliográfica e documental (10) permitem a compilação de material doutrinário, como livros e artigos científicos (utilizando-se, para a pesquisa dos artigos científicos, as bases de dados *Google Acadêmico* e *SciELO*, no período 2021 e 2022), que esclarecem

as nuances da *teoria dos limites dos limites*, essencialmente, além de notícias jornalísticas e base de dados inerente à pandemia, propiciando uma análise mais acurada do fenômeno investigado.

A análise em campo (10) situou-se no município de Araraquara, estado de São Paulo (SP). A escolha do município de análise, por conveniência, justifica-se por ser local de residência provisória de um dos pesquisadores, facilitando assim a coleta de dados normativos para posterior análise. A pesquisa normativa ocorreu no período 2020, como representativa de período elevado da pandemia, utilizando-se a base de dados *Google Acadêmico*.

Breves considerações sobre os direitos fundamentais

São denominados fundamentais porque foram concebidos na perspectiva de, aglutinados, traduzirem um ideal político e social de núcleo essencial da pessoa humana, como elementos necessários ao exercício de uma vida digna em sociedade. Os direitos fundamentais distinguem-se dos direitos humanos, na medida em que estes se referem aos direitos positivados em tratados e declarações internacionais, enquanto aqueles expressam a proteção prevista no ordenamento jurídico interno de um Estado, por meio de uma carta constitucional, ou seja, são direitos que se encontram sob proteção do Estado (6).

Percebendo-se que os direitos fundamentais não surgem – ou não são positivados – instantaneamente, no mesmo contexto histórico e político, doutrinariamente há uma classificação de dimensões de direitos, a fim de permitir melhor compreensão de suas nuances e das próprias relações que envolvem os indivíduos e o Estado que os reconhece e protege (6). Os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão, ganharam força durante as revoluções liberais, principalmente a francesa e a norte-americana. Tais direitos possuem um forte caráter negativo, ou seja, há imposição de limites à atuação estatal, correspondendo aos direitos civis e políticos, assim como o direito à vida, à liberdade, entre outros (4). A partir do século XX emergem os chamados direitos de segunda dimensão, que possuem um caráter positivo do Estado com a prestação de serviços públicos na busca de igualdade material entre as pessoas, compreendendo os direitos econômicos, sociais – exponencialmente, a saúde e a educação – e culturais (4). Os direitos fundamentais de terceira dimensão, também chamados de direitos da solidariedade e fraternidade, surgem com a necessidade de solucionar problemas de preocupação mundial, tirando o foco do indivíduo e passando ao coletivo, como o direito ao meio ambiente equilibrado, a autodeterminação dos povos e conservação do patrimônio histórico, por exemplo (4). Sustenta-se, ainda, a existência de direitos de quarta, quinta e sexta dimensão. Sendo os direitos de quarta dimensão relacionados à genética, os de quinta dimensão ao direito a paz, e os de sexta dimensão ao direito à água potável (7).

Os direitos fundamentais não devem ser compreendidos de maneira estática ou absoluta, na medida em que acompanham a evolução da sociedade e as novas necessidades de positivação de direitos. Nesse sentido, merece destaque o valor conferido ao direito de propriedade em nosso ordenamento jurídico: no século XIX, tratado como sagrado e inviolável (7); no século XX, a partir da Constituição Federal de 1988, submetendo-se à diretriz de direito vinculado à função social (7). No Brasil, destaca-se a Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu texto ampla cobertura de direitos e garantias fundamentais. Nessa investigação, faz-se necessário enfatizar os direitos fundamentais de liberdades individuais e o direito social à saúde, ambos incluídos no título II da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais (8).

Liberdades individuais e direito à saúde: colisão de direitos durante a pandemia

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 assegura as liberdades individuais por meio do direito genérico de liberdade, previsto no artigo 5º, positivando-se que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, assegurando, ainda, a livre manifestação do pensamento, a liberdade de consciência e de crença, a liberdade de expressão, a liberdade de exercício de qualquer trabalho, liberdade de locomoção, dentre outras (7). No direito brasileiro, as liberdades individuais estão intimamente ligadas à autonomia da vontade, ao direito de escolha e ao direito de autodeterminação. Ainda assim, o direito às liberdades individuais não pode se sobrepor, aleatoriamente, ao interesse social coletivo, devido a sua maior função social (7).

O direito à saúde encontra sua positivação no artigo 6º da Constituição e é estabelecido junto a outros direitos sociais. O artigo 196 da Constituição Federal prevê que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que o garante mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (8). O Sistema Único de Saúde (SUS), um dos maiores e mais complexos sistemas de saúde pública do mundo, é responsável pela coordenação e execução das políticas de promoção e proteção da saúde (8). Naturalmente, a efetivação desse direito apresenta desafios relacionados a aspectos estruturais da sociedade brasileira que interferem na realização dos direitos sociais, como a desigualdade e os conflitos sociais e a não implementação de políticas públicas redistributivas (8).

A pandemia da COVID-19 destacou as fragilidades do SUS, não apenas devido à alta demanda durante a pandemia do coronavírus, como também pela disparidade estrutural do país nas regiões brasileiras, quer em relação ao número de leitos hospitalares, quer na alocação de profissionais de saúde nos hospitais, sendo necessário para suprir a carência de vagas em leitos hospitalares, por exemplo, a instalação dos hospitais de campanha (9). Entrementes, devido ao fácil contágio e o exponencial crescimento do número de casos em curto período e à evidente ameaça aos direitos à vida e à saúde, coube a adoção de medidas de restrição a determinados direitos como a liberdade de locomoção, o direito de reunião, a liberdade de culto, entre outros.

Evidencia-se, portanto, diante do cenário pandêmico, a hipótese de colisão entre a preservação do direito fundamental à saúde e os direitos às liberdades individuais, analisando-se a possibilidade de restrição de direitos fundamentais pelo poder público, como meio de resolução desses conflitos.

Restrições aos direitos fundamentais a partir da *teoria dos limites dos limites*

Como frisado, os direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são absolutos, pois o regime de adequação e harmonização em um sistema jurídico exige a ponderação necessária, encontrando limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna. São, portanto, os direitos fundamentais direitos caracterizados por uma perspectiva de relativização, não absolutos, passíveis de sofrer restrições (7). Ainda que, excepcionalmente, seja possível admitir que a vedação à tortura e o direito de não se filiar e de não se manter filiado se apresentem como exceções à regra da relativização, não há afastamento da compreensão de que direitos fundamentais não são essencialmente absolutos (7).

Naturalmente, embora os direitos fundamentais possam sofrer restrições que alberguem adequações jurídicas necessárias à própria higidez do sistema jurídico, a tarefa limitadora também necessita de limites, sob pena de se desvirtuar a característica primordial dessa categoria jurídica – o

núcleo essencial de proteção da pessoa humana. Por exemplo, embora a inviolabilidade de dados seja uma blindagem constitucionalmente assegurada, o ordenamento jurídico brasileiro também permite que a inviolabilidade seja atenuada no âmbito do processo penal a fim de se determinar a interceptação telefônica e utilização dos dados como prova, desde que a atividade limitadora, v. g., a interceptação telefônica, seja também limitada pelas circunstâncias legais autorizadas da medida excepcional e, essencialmente, pela sua prática a partir da cláusula de reserva de jurisdição, ou seja, exclusivamente por decisão judicial fundamentada.

De origem alemã, a *teoria dos limites dos limites* preconiza que é permitido ao legislador intervir sobre os direitos fundamentais, a fim de que haja restrições em determinadas situações, diante da preservação de outros bens jurídicos relevantes (11). Entretanto, não cabe ao legislador agir livremente, desprovido de qualquer medida ou moderação, devendo, no curso de sua competência constitucional, ao restringir direitos fundamentais, respeitar os limites que vigem a sua atuação (5). Trata-se de barreiras às limitações (restrições) dos direitos fundamentais, sendo garantias da eficácia desses direitos nas suas múltiplas dimensões e funções. As eventuais restrições dos direitos fundamentais somente serão tidas como justificadas se guardarem compatibilidade com os limites de ordem formal e material (11).

Nos limites de ordem formal, as restrições a direitos fundamentais devem estar previstas de forma específica. Trata-se da incidência da reserva legal: a restrição deve encontrar previsão no texto constitucional ou em leis infraconstitucionais por meio de um fundamento constitucional (11). Em síntese, a previsibilidade deve estar em ato normativo primário. Os decretos, portanto, podem servir para implementar a restrição, regulando de forma especializada as questões mais abstratas provenientes da lei. Decretos não podem, de forma autônoma, restringir direitos e garantias, sendo inconstitucional qualquer decreto que não esteja apoiado em ato legislativo que o autorize (5).

As limitações de ordem material referem-se ao conteúdo da restrição, uma vez que, os direitos fundamentais não podem ser suprimidos em sua totalidade ou em seu núcleo essencial, por se tratar de cláusulas pétreas, conforme previsto no artigo 60 §4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 (11). Essencialmente, os limites materiais devem observar a razoabilidade (11) como uma relação de causa e efeito entre a medida limitadora e o resultado pretendido. Nesse sentido, indaga-se que resultado se pretende alcançar com medidas de isolamento social na pandemia. Esses limites também devem observar a necessidade (5), enquanto medida menos lesiva dentre as medidas cabíveis e existentes. Aqui se indagaria se o resultado pretendido com o isolamento social poderia ser alcançado com outras medidas disponíveis. Por derradeiro, os limites materiais devem observar a proporcionalidade em sentido estrito (5), enquanto ponderação entre os valores conflitantes, ou seja, se as medidas de isolamento ou de restrição da prática de atos eram razoavelmente proporcionais, levando-se em conta todos os valores em discussão naquelas circunstâncias. Toma-se como exemplo a situação de caso em que se analisa o desejo do cidadão frequentar a praia no ápice da pandemia. Ademais, os limites materiais não podem ter efeito *ex tunc* (ou seja, a imposição de limitação não poderá retroagir no tempo), a fim de se evitar que, casuisticamente, uma norma possa efetivar restrições em situações contextuais pretéritas, como também devem, sempre, caracterizar-se pela generalidade e abstração, evitando-se questões discriminatórias ou predileções políticas. Como destacado, a *teoria dos limites dos limites* exige a previsibilidade de atividade limitadora consagrada em ato normativo primário. Em linhas gerais, um debate muito amplo ocorreu acerca dos decretos que regulamentaram a legislação especial – Lei nº 13.979/2020 e alterações provocadas pela Lei nº 14.035/2020 (2).

Assim, a concretização de atos de restrição durante a pandemia da COVID-19 deveria, sempre, guardar consonância com essas condicionantes. Se a elaboração do ato normativo não apresenta fundamentação para que se justifique a relativização do direito fundamental, a crítica se mostra pertinente e a judicialização do caso é plausível.

Análise das restrições de direitos durante a pandemia de COVID-19

Observada a possibilidade de restrição de direitos fundamentais, assim como os limites que devem ser obedecidos, torna-se necessário analisar algumas medidas de restrição realizadas pelo poder público para enfrentar a pandemia da COVID-19, com base nos institutos apresentados.

Inicialmente, diante da hipotética colisão entre as liberdades individuais e o direito à saúde a partir de um prisma mais abrangente, é cabível averiguar a necessidade de autorização constitucional ou lei infraconstitucional (com fundamento constitucional) para realizar restrição a direito fundamental. Por isso, em 06 de fevereiro de 2020, o Congresso Nacional editou a Lei nº 13.979/2020 (com alterações pela Lei nº 14.035/2020), autorizando o emprego de medidas excepcionais para restrição de direitos, tendo seus efeitos durante a vigência da crise causada pela COVID-19 (2).

Dentre tantas medidas possíveis para o enfrentamento da emergência de saúde pública, o legislador brasileiro permitiu o isolamento, a quarentena, a determinação de realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais e vacinação, o uso de máscaras de proteção individual e restrições excepcionais e temporárias de locomoção interestadual e intermunicipal. O texto legal elenca um rol exemplificativo de medidas restritivas de direitos. Portanto, segundo o legislador, seria possível a adoção de outras medidas similares às previstas, colocando-se em risco, a partir dessas lacunas, de que direitos fundamentais pudessem sofrer relativização sem a necessária previsibilidade em ato normativo primário, mas apenas em decretos regulamentadores.

A discussão acerca da competência para implementação dessas restrições pode ser bem representada, no Brasil, com o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 672 (3), levando-se em conta que a saúde, em tratamento constitucional, foi concebida como direito de todos e dever do Estado. Da mesma forma, o tema saúde possui competência legislativa concorrente entre os entes federativos, assim como é de competência comum dos entes federativos zelar pela saúde pública. Permite-se aos municípios suplementar a legislação federal e a estadual naquilo que seja cabível, atendendo aos interesses locais, conforme assentado no julgamento da matéria pelo Supremo Tribunal Federal (3). Desse modo, a União possui competência para legislar de maneira geral e abstrata e aos estados e municípios cabe implementar em seu território, não ignorando que cada gestor possui melhor percepção do contexto de sua realidade na pandemia, situação inclusive prevista no artigo 7º da Lei nº 13.979/2020, permitindo que as autoridades de cada ente federativo pudessem operacionalizar as medidas necessárias para proteger a saúde da população (2). Exponencialmente, a matéria foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 672, na qual assentou-se o entendimento de possibilidade conferida aos estados, Distrito Federal e municípios de adotar medidas contra a pandemia no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus territórios (3).

Quanto aos aspectos materiais da *teoria dos limites dos limites*, merece destaque a análise do princípio da proporcionalidade, por meio do sopesamento dos três subprincípios que o compõe – necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito –, e a análise da necessidade de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais. A exemplo da preservação do núcleo

essencial do direito fundamental, observamos o Decreto Municipal nº 12.485, de 12 fevereiro de 2021 (12), da cidade de Araraquara/SP, que, em seu artigo 2º, prevê restrições ao funcionamento dos comércios com atendimentos presenciais em estabelecimentos que exerçam atividades de *shopping center*, galerias e estabelecimentos congêneres, comércio e serviços em geral, bares, entre outros. Porém, o §2º do mesmo artigo permite o funcionamento de bares e restaurantes, nas modalidades de entrega (*delivery*) e *drive-thru*, preservando assim o núcleo essencial da liberdade de comércio, apesar da restrição imposta.

A análise das restrições com base no princípio da proporcionalidade é de fácil percepção, a partir do sopesamento de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito para se alcançar a ponderação entre os valores conflitantes. A necessidade, como medida menos lesiva entre as existentes, pode ser observada diante das recomendações da OMS (1). Naquele momento, as restrições das liberdades de ir e vir, de culto e reunião, de uma maneira geral atreladas à perspectiva de aglomeração, apontavam-se como o meio mais eficaz na redução das taxas de contaminação, em razão da falta de medicamentos e vacinas contra a doença.

A adequação, enquanto relação de causa e efeito entre a medida e o resultado pretendido, é justificada considerando a falta de informação sobre a doença, seu alto grau de contaminação e o perigo iminente de superlotação dos hospitais, não havendo outro meio de conter a disseminação de coronavírus, senão a restrição de algumas liberdades individuais, a fim de garantir o direito à saúde e a vida. Já a proporcionalidade em sentido estrito é entendida pelo sopesamento, já que as restrições às liberdades individuais não são um sacrifício maior que os benefícios alcançados por ela, pelo ponto de vista do interesse coletivo. Todavia, nota-se que a resolução desse conflito entre direitos é de difícil solução, pois mesmo sendo a restrição das liberdades individuais a solução menos danosa, pelo ponto de vista coletivo, encontra-se grande dificuldade prática, devido às graves perdas em diversos setores, fruto das restrições.

A título de exemplo, o chamado *lockdown*, adotado em alguns estados e municípios (como, por exemplo, nos estados do Pará, Amazonas, Maranhão, Ceará, Rio Grande do Sul e Paraná), propiciou a paralisação de diversas atividades, causando impactos no setor econômico. Em 2020, a taxa média de desemprego foi recorde em 20 estados do país (13). Ademais, indica-se que a pandemia foi responsável pelo fechamento de 4 em cada 10 empresas no Brasil (14), o que impactou diretamente na renda de milhares de famílias. No entanto, apesar das consequências severas dessas restrições, tais medidas se mostraram as mais eficazes contra o avanço da doença, buscando minimizar o colapso no sistema de saúde e o aumento no número de óbitos. No contexto da pandemia, entende-se que a proteção à vida e à saúde pública possui maior peso em relação aos demais direitos fundamentais.

Entretanto, a despeito de inúmeras consequências danosas à economia, perceptível em todos os países duramente afetados na pandemia, foi possível observar a efetividade da implementação das restrições às liberdades individuais, como meio de conter o avanço de contágio da doença, com a análise dos resultados obtidos na cidade de Araraquara no interior de São Paulo. Após repentino aumento no número de infectados, internações hospitalares e óbitos, o município editou Decreto Municipal nº 12.485 (12), implementando restrições às liberdades individuais. Duas semanas após o início das restrições, já foi possível observar diminuição no número de casos, caindo o número de casos positivos, entre testados, de 50%, para 26% (15).

Assim, sobejamente nos períodos que antecederam a distribuição de vacinas, a utilização do isolamento social largamente difundida atendeu às diretrizes que justificaram sua adoção, ressaltando-

se, novamente, todo o revés econômico que medidas dessa natureza poderiam provocar na economia. No entanto, especificamente em relação à concretude de direitos fundamentais, essencialmente vinculados à tônica de liberdade de liberdade de ir e vir, pontua-se que a relativização proporcionada no contexto pandêmico evidenciou uma discussão necessária em nosso ordenamento jurídico, propiciando-se, inclusive, uma reflexão acerca da necessidade (ou não) de melhor tratamento constitucional de excepcionalidades.

Embora não tenha sido objetivo do artigo mensurar excessos ou desvios que possam ter sido causados com a edição de atos de regulamentação, deve-se destacar que o elemento central do texto, moldado à perspectiva de adequação da *teoria dos limites dos limites* a caso concreto e excepcionalíssimo. Dessa forma, entende-se que as medidas de restrição aos direitos fundamentais no contexto da pandemia da COVID-19 aqui citadas estão adequadas à *teoria dos limites dos limites*, com fundamentação atinente ao princípio da proporcionalidade, sendo medida necessária, adequada e proporcional em sentido estrito.

Considerações finais

Os direitos fundamentais são direitos inerentes à própria condição humana, fruto de conquistas históricas e resultado de lutas por liberdade e igualdade. Porém, não são direitos absolutos, estando suscetíveis a restrições, pois, não raramente, é possível verificar a ocorrência de conflitos e colisões entre eles no bojo das relações existentes em convivência social.

No contexto da pandemia por COVID-19, algumas restrições aos direitos de ir e vir, de livre comércio, entres outros, mostraram-se para a ciência, em determinado estágio, a forma mais plausível e eficaz para o combate ao avanço do vírus, ainda que conflitasse o interesse individual de parte da população. Não se desconsidera que, gradativamente, houve incremento na discussão acerca da intensidade dessas restrições, com o intuito de definir se o distanciamento físico seria adequado para conter a contaminação (16).

A busca pela preservação do máximo possível de vidas se projetou como prioridade no processo de combate à doença, levando-se em consideração todas as particularidades que a complexidade do caso apresentava. Trata-se de uma ponderação entre os interesses individuais e o interesse coletivo. Nesse viés, diante do exposto, a perspectiva de possibilidade de restrição de direitos fundamentais apresenta-se plausível desde que estejam de acordo com a *teoria dos limites dos limites* em seus aspectos formais e materiais, com destaque ao princípio da proporcionalidade, sobretudo, diante da situação de calamidade pública instaurada e seu grande número de vítimas fatais.

Portanto, as medidas de restrição às liberdades individuais devem ser observadas pela perspectiva do interesse público, num critério de sopesamento de valores, sendo mecanismo não apenas para proteger e garantir o direito à saúde e a vida, como também para resguardar a harmonia, integração e concretude do ordenamento jurídico.

Conflito de interesses

Os autores declaram que não há conflito de interesses.

Contribuição dos autores

Lamarão Neto H contribuiu para a concepção/desenho, redação, revisão crítica e aprovação da versão final do artigo. Queiroz MMDO contribuiu para a concepção/desenho, análise e interpretação de dados e redação do artigo.

Editores

Editora-chefe: Alves SMC

Editor assistente: Cunha JRA

Referências

1. Organização Mundial da Saúde [Internet]. Folha informativa sobre COVID-19. Brasília: OPAS; 2020 [citado em 28 jan. 2023]. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19#:~:text=Devem%20ser%20combinadas%20com%20outras,um%20len%C3%A7o%20ou%20cotovelo%20dobrado>
2. Brasil. Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Regula as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm
3. Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADPF 672. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intdo: Presidente da República. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 13 de março de 2020 [citado em 30 ago. 2022]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5885755>
4. Canotilho JGG. Direito constitucional. 6ª. ed. rev. Coimbra: Almedina; 1993. 1228 p.
5. Nunes DH, Montes Netto CE, Silveira SS. A aplicação da teoria dos limites dos limites aos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal. DC [Internet]. 9º de setembro de 2021 [citado em 02 nov. 2022];16(39):275-97. Disponível em: <https://san.uri.br/revistas/index.php/direitosculturais/article/view/444> doi <https://doi.org/10.20912/rdc.v16i39.444>
6. Mazzuoli VO. Curso de direitos humanos. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Método, 2019. 472 p.
7. Mendes GF, Branco PGG. Curso de direito constitucional. 11ª ed. São Paulo: Saraiva; 2016. 1486p.
8. Lamarão Neto H. Judicialização da saúde: o indivíduo e a sociedade de cooperação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 170 p.
9. Lamarão Neto H, Teixeira EMSF, Ferreira VEN. Políticas públicas, judicialização da saúde e o período pós-pandemia. Revista direitos sociais e políticas públicas (UNIFAFIBE). 2021 [citado em 07 jul. 2022]; 9(1):265-294. Disponível em <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/883> doi <https://doi.org/10.25245/rdsp.v9i1.883>
10. Marconi MA, Lakatos EA. Fundamentos de metodologia científica. São Paulo: Atlas; 2022. 368 p.
11. Duque MS, Nascimento IMA. O princípio da proporcionalidade à luz da teoria dos limites dos limites: Critérios de análise de restrições a direitos fundamentais. Revista Estudos Institucionais. 2018 [citado em 06 jul. 2022];4(2):949-968. Disponível em <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/308/290>
12. Araraquara. Decreto Nº 12.485, de 12 de fevereiro de 2021. Dispõe sobre as medidas para a fiscalização e a instrumentalização do estado de calamidade pública reconhecido por meio do Decreto nº 12.236, de 23 de março de 2020, e dá outras providências. Araraquara – SP. Disponível em: <http://www.araraquara.sp.gov.br/boletim/12485-12fev21-dispoe-medidasinstrumentais-e-de-fiscalizacao-simplificado-revoga-decreto-no-12-476.pdf>
13. Barros A. Com pandemia, 20 estados têm taxa média de desemprego recorde em 2020. Notícias 10/03/2021. Agência IBGE Notícias. [citado em 06 jul. 2022]. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/30235-com-pandemia-20-estados-tem-taxa-media-de-desemprego-recorde-em-2020>
14. Nery C. Pandemia foi responsável pelo fechamento de 4 em cada 10 empresas com atividade encerrada. Notícias 16/07/2020. Agência IBGE Notícias. [citado em 06 jul. 2022]. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28295-pandemia-foi-responsavel-pelo-fechamento-de-4-em-cada-10-empresas-com-atividades-encerradas>
15. Assis F. Araraquara tem queda de casos de Covid entre testados após 15 dias de confinamento: “Colhendo os frutos”, diz secretaria da saúde. Notícias 09/03/2021. Portal G1. [citado 10 jul. 2022]. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-carlosregiao/noticia/2021/03/09/araraquara-tem-queda-de-casos-de-covid-entre-testadosapos-15-dias-de-confinamento-colhendo-os-frutos-diz-secretaria-de-saude.ghtml>
16. Silva MBB, Santos AK. Estado, vulnerabilidade, comunicação e pandemia de COVID-19. Cad. Ibero Am. Direito Sanit. [Internet]. 30º de junho de 2022 [citado 9 ago. 2022];11(2):08-13. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/937> doi <https://doi.org/10.17566/ciads.v11i2.937>

Como citar

Lamarão Neto H, Queiroz MMDO. Teoria dos limites dos limites e as restrições de liberdades individuais na pandemia de COVID-19 no Brasil. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2023 abr./jun.;12(2): 25-35

<https://doi.org/10.17566/ciads.v12i2.977>

Copyright

(c) 2023 Homero Lamarão Neto, Marina Moraes Diniz de Oliveira Queiroz.