



PODER DE POLÍCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA: PROPORCIONALIDADE NAS RESTRIÇÕES IMPOSTAS AO DIREITO DE IR E VIR? UMA ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR

Regulation in Pandemic Times: Proportionality of the Public Restrictions on the
Circulation Rights? An Approach under Different Disciplines
Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura | vol. 14/2020 | Jul - Ago / 2020
DTR\2020\10119

Vitor Rhein Schirato

Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Mestre (LL.M.) em Direito Administrativo Econômico pela Universidade de Osnabrück, Alemanha. Professor Doutor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Membro da Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA). Secretário Acadêmico do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – CEDAU. vrschirato@usp.br

Sérgio Rhein Schirato

Doutor em Ciências pelo Instituto de Biociências da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Administração de Empresas pelo Programa TRIUM da London School of Economics and Political Sciences (LSE), New York University – Leonard Stern School of Business e HEC de Paris. Pós-graduado em Matemática Aplicada. sergio.schirato@daemoninvestments.com

Área do Direito: Constitucional; Administrativo

Resumo: O objetivo deste estudo é apresentar breves considerações acerca da possibilidade jurídica de, nos tempos atuais, serem impostas limitações às liberdades individuais para conter os efeitos do alastramento da Covid-19, à luz do Princípio da Proporcionalidade, em uma abordagem interdisciplinar.

Palavras-chave: Poder de polícia – Direitos individuais – Direito à vida – Direito de livre circulação – Proporcionalidade

Abstract: The scope of this essay is to present some general ideas related to the legal possibility of, in the present moment of a world Covid-19 pandemic, imposing limitations to the exercise of some fundamental rights in order to contain the effects of the pandemic, in the light of the Principle of Proportionality.

Keywords: Regulation – Individual fundamental rights – Right to live – Right of free locomotion – Proportionality

Sumário:

I.Introdução e premissas - II.Liberdades individuais e seus contornos - III.O Princípio da Proporcionalidade - IV.A proporcionalidade das medidas impostas pela pandemia de



Covid-19 - V.Conclusão

I.Introdução e premissas

No ano de 2020, o mundo vem vivendo algo realmente sem precedentes. Pela primeira vez, em mais de um século (considerando-se a epidemia de Gripe Espanhola entre 1918 e 1920), vive-se uma pandemia de uma doença altamente contagiosa, potencialmente letal, que se espalha diariamente por quase todos os países do mundo e que tem no ser humano seu principal agente transmissor.

A Covid-19, infecção causada pelo vírus Sars-Cov-21, conhecido pelo novo Coronavírus, vem se alastrando com enorme velocidade e causando enormes estragos para a sociedade contemporânea. Desde a notícia do início das infecções no primeiro epicentro da doença, a Cidade de Wuhan, na China, em janeiro, já há alguns milhões de pessoas infectadas mundo afora e um número imenso de pessoas mortas em diversos países.

Dada a alta contagiosidade da doença em questão, diversos governos estabeleceram restrições, com diferentes graus de intensidade, sobre o direito de circulação de pessoas, ora incentivando, ora determinando, sob pena de sanção, que os indivíduos permanecessem em casa. E essas medidas vêm sendo objeto de intensos debates entre especialistas em medicina, saúde pública, direito e economia.

Neste cenário, iniciou-se uma intensa discussão, sob o prisma do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, se é aceitável ou não impedir as pessoas de circular livremente, com a finalidade de conter a disseminação de uma doença potencialmente letal. Ou seja, muito se discute hoje se o Estado detém a capacidade jurídica de impedir por completo a circulação de pessoas, em função da simples possibilidade de contágio de uma doença que não necessariamente produzirá óbitos.

Novamente vem à baila uma discussão secular do Direito Público acerca dos limites e das premissas do conflito entre liberdade e autoridade. É dizer, novamente se discute o quantum das liberdades individuais pode ser limitado pela autoridade do Estado, em nome de benefícios coletivos.

Destarte, o objetivo deste brevíssimo estudo será analisar, sob um enfoque multidisciplinar¹, se as medidas de restrição impostas por entes públicos no Brasil mundo afora para a livre circulação das pessoas podem ou não ser admitidas.

Para tanto, analisaremos o direito de ir e vir dos cidadãos, sua natureza no Direito Constitucional, seu conteúdo e as possibilidades hipotéticas de limitação. Na sequência, faremos algumas análises matemáticas sobre a contagiosidade da Covid-19, para identificar, em diversos cenários, se há ou não proporcionalidade nas medidas restritivas de circulação que vêm sendo impostas aos cidadãos brasileiros, variando desde um cenário em que não seja imposta qualquer restrição especial (i.e., adicional àquelas que normalmente vigem) até um cenário de restrição completa (usualmente chamado de lockdown), com base no número de vidas potencialmente perdidas em cada qual.

II.Liberdades individuais e seus contornos

A discussão sobre a extensão e o conteúdo das liberdades individuais está longe de ser uma novidade. Nos contornos atuais, essa discussão tem seu início durante o período que se convencionou denominar iluminismo, quando dois elementos fundamentais apareceram nas discussões da filosofia e da teoria geral do Estado sobre o poder do Estado e sua legitimação: (i) o racionalismo, consistente no afastamento de premissas religiosas de legitimação do Estado; e (ii) a valorização das liberdades individuais em face do poder restritivo do Estado, maximizado no contexto do Estado absolutista.

Para os fins ora perseguidos, não nos deteremos no debate verificado durante o iluminismo, embora pensadores como John Locke, Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau tenham sido fundamentais para a edificação das bases que hoje aceitamos no



cotejamento da extensão das liberdades individuais diante do poder do Estado.

Ao que nos parece, é mais interessante iniciar a presente reflexão a partir da inauguração do Estado contemporâneo, com a Revolução Francesa deflagrada em 14 de julho de 1789. Isso porque é a partir daí que o exercício do poder do Estado passa a ser limitado e regulado pelo Direito, deixando de ser fruto de escolhas arbitrárias de um líder absolutista.

Procurando sintetizar ao máximo um debate de grande complexidade, a inauguração do Estado contemporâneo trouxe consigo dois elementos fundamentais para a construção do Direito Público e para a inauguração do Direito Administrativo: a tripartição de poderes² e a submissão do Estado à lei³.

Como é notório, essas modificações são decorrentes da prevalência, naquele momento histórico, do pensamento liberal, que pretendia afirmar ao máximo as liberdades individuais e limitar os poderes intrusivos do Estado. Reflexo disso é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que afirmou direitos básicos do homem e reafirmou a excepcionalidade da intervenção estatal sobre o exercício das liberdades individuais.⁴

Em um momento inicial, chegou-se até mesmo a se pugnar pela negativa de existência de uma Administração Pública capaz de intervir nas liberdades individuais, cabendo a gestão da coisa pública a uma coletividade formada pelo conjunto de cidadãos de cada localidade.⁵ Sendo esse modelo impossível, houve a consolidação do Poder Executivo (principalmente por obra de Napoleão Bonaparte), mas com a consolidação de que atividades interventivas do Estado nas liberdades individuais deveriam ser excepcionais, destinadas apenas à garantia de vida liberdade e propriedade.⁶

Com o passar do tempo no século XIX, passou-se a entender que uma atividade interventiva nas liberdades individuais era essencial para garantir a vida em coletividade. Elementos como o bem comum, o interesse geral ou o interesse público aparecem como fundamento da imposição de liberdades individuais, a fim de se garantir a funcionalidade da coletividade.⁷

Esse movimento, contudo, não abrandou o pensamento liberal. Pelo contrário, era diretamente vinculado a ele. Analisando-se as obras dos principais publicistas da virada do século XIX para o século XX, vê-se claramente uma preocupação muito grande em se estudar e afirmar a autoridade, a fim de se garantir a liberdade. É dizer, o objeto primário de estudo dos publicistas era estabelecer quadrantes e limites para a autoridade, a fim de assegurar a regra da liberdade.

Nesse momento é assinalada de forma mais clara a posição díspar entre Estado e cidadão, pois, nos casos excepcionais de manejo da autoridade, haveria uma supremacia capaz de obrigar unilateralmente os cidadãos, impondo-se a vontade do Estado sobre a vontade individual. Em contrapartida, contudo, essa autoridade verticalizada do Estado ficava condicionada à lei e a um regime especial de Direito Público, que funcionava como uma forma de proteção dos cidadãos, operacionalizada pela jurisdição administrativa.⁸

Parece-nos importante assentar essas ideias para colocar o pensamento liberal dentro de seu real contexto: o de afirmação dos direitos e liberdades individuais (em contraste com o que havia no chamado antigo regime) em contraste à limitação do poder do Estado, sem, contudo, jamais negar o poder do Estado e sua capacidade de limitar as liberdades individuais.

A grande questão que vai se colocar ao longo do tempo é acerca dos critérios e métodos que serão aplicáveis para determinar quando o Estado poderá limitar as liberdades individuais e em qual medida poderá fazê-lo.

A razão para tanto é simples: a fórmula originária do pensamento liberal de determinar em lei os casos e os limites da intrusão estatal nas liberdades individuais, perde sua



possibilidade para o caso concreto, na exata medida em que cresce a complexidade da sociedade regulada pelo Estado.

Explicamo-nos. No pensamento oitocentista, o campo de regulação estatal era consideravelmente reduzido. Exatamente por conta da prevalência do pensamento liberal, o Estado deveria regular pouco e de forma muito controlada. Nesse contexto, a lei era instrumento adequado para prever os instrumentos de regulação e para determinar sua intensidade.

Na exata medida em que a sociedade vai se tornando mais complexa e mais plural, os campos de conflito aumentam e, portanto, a capacidade do legislador de disciplinar in abstracto e antecipadamente todas as formas de regulação e suas respectivas intensidades esvai-se.⁹

Um elemento fundamental na demonstração do aumento dessa complexidade é o centralismo dos direitos fundamentais inaugurado com a Lei Fundamental Alemã, de 1949.

Como é notório, a Constituição Alemã trouxe grande inovação ao mundo jurídico ao contemplar dois efeitos aos direitos fundamentais: sua aplicação direta, independente de reconhecimento por parte da lei infraconstitucional, e seu caráter vinculativo sobre os três poderes do Estado (artigo 1º, item 3, da Constituição Alemã). Como resultado, o poder do legislador é pré-vinculado a certos direitos que a ordem jurídica trata como basilares para todas as relações jurídicas, transferindo-se diretamente para o texto constitucional parte significativa da regulação dos direitos e liberdades individuais.

Ocorre, contudo, que os direitos fundamentais têm uma estrutura um tanto quanto peculiar. São normas de caráter principiológico, com grande amplitude. Conforme lições precisas de Virgílio Afonso da Silva, os direitos fundamentais têm suporte fático amplo, ou seja, são normas de grande abrangência, que podem ser aplicadas a situações das mais variadas.¹⁰

Como consequência desse suporte fático amplo, os direitos fundamentais têm o que se denomina eficácia *prima facie*, ou seja, são normas que não têm um conteúdo definível integralmente de forma apriorística. Sabe-se qual o âmbito de proteção do direito, sabe-se o limite interventivo do Estado, mas não se sabe, perfeitamente, a extensão do direito no caso concreto.

Ademais, exatamente por serem diversos e amplos, os direitos fundamentais estão sujeitos a constantes conflitos, ou seja, sendo normas que têm suporte fático amplo, os direitos fundamentais poderão ter conflitos entre si, casos em que poderá ser necessária a restrição a um direito fundamental para a realização de outro, definindo-se suas extensões em cada caso concreto.

Daí se extrai uma conclusão simplesmente essencial para o deslinde deste estudo: o conteúdo de (quase) nenhum direito fundamental é absoluto e não sujeito a restrições impostas pelo Estado. Bem ao contrário, aliás, por serem normas finalísticas com grande suporte fático, é de sua essência que possa haver restrições nas hipóteses de conflitos com outros direitos da mesma espécie.

É dizer, o fato de os textos constitucionais contemporâneos garantirem um conjunto de direitos fundamentais (dentre os quais o direito à locomoção) não pressupõe que não possa haver restrições impostas pelo Estado. Pelo contrário, o fato de haver diversos direitos fundamentais com suporte fático amplo pressupõe restrições que visem a garantir a máxima extensão de todos esses direitos no caso concreto.

E isso significa um enorme ganho de complexidade no desafio de se encontrar um ponto de equilíbrio entre liberdade e autoridade, em relação ao tradicional pensamento liberal. Se neste a liberdade poderia ser limitada por um ato de índole legislativa, concebido em um ambiente democrático, para garantir a ordem pública, o advento da centralidade dos



direitos fundamentais torna a discussão muito mais complexa, eis que há diversos direitos dotados de superioridade dentro do ordenamento jurídico que podem gerar situações de conflito diante de casos concretos não necessariamente previstos de forma exaustiva na lei parlamentar.

Portanto, é necessário que seja encontrado um critério para determinar, diante das circunstâncias de cada caso concreto, como se dará o encontro do ponto máximo de restrição que se pode impor a uma determinada liberdade escorada por um direito fundamental.

Dentre os diversos métodos que podem ser pensados nos mais diferentes sistemas jurídicos, aquele que mais ganhou relevo na criação de um método para a definição da extensão dos direitos fundamentais e que vem sendo mais utilizado é o desenvolvido pela Corte Constitucional Alemã (Bundesverfassungsgericht) no célebre julgado das farmácias de 1958. Trata-se do método de teste calcado no denominado Princípio da Proporcionalidade (Verhältnismässigkeit).¹¹

Destarte, parece fora de discussão que os direitos fundamentais podem, sim, ser restritos. Contudo, é necessário que a restrição imposta seja aceitável à luz do Princípio da Proporcionalidade, que será o método de arbitramento de conflitos entre direitos fundamentais.

III.O Princípio da Proporcionalidade

Tendo como superada a ideia de que o direito de locomoção (e aqueles diretamente ligados a ele, como a livre iniciativa em alguns de seus aspectos), por ser um direito fundamental, não pode ser restrito, é necessário entender como funciona o mecanismo adotado para definir a possibilidade e a extensão de sua restrição, a fim de verificar, no caso concreto da pandemia do novo Coronavírus, se as restrições estatais são legítimas ou não.

Como já mencionado, o processo de constitucionalização do Direito, decorrente da criação de normas constitucionais que vinculam diretamente os três poderes do Estado e baseado em normas de caráter principiológico de amplo suporte fático, leva a uma impossibilidade de definição apriorística do conteúdo preciso de cada direito fundamental.

Via de consequência, diante de cada situação concreta poderá ser verificado um conflito entre direitos fundamentais, o qual deverá ser resolvido por meio de instrumentos jurídicos específicos.

Em algumas oportunidades, esses conflitos entre direitos fundamentais são resolvidos por meio de uma lei parlamentar, que impõe uma restrição a um determinado direito fundamental com aplicação genérica e abstrata, para a garantia de outro (por exemplo, é o caso das normas de trânsito, que impõem certas limitações ao direito de ir e vir em veículos para garantia da vida e da incolumidade das pessoas). Em outros casos, esses conflitos decorrem de situações concretas não previstas por lei parlamentar (ou, ainda que previstas, têm sua solução atribuída à Administração Pública diante das circunstâncias do caso concreto) e, portanto, devem ser objeto de decisões específicas da Administração Pública.

A decisão pública restritiva de um direito fundamental (seja ela legislativa ou administrativa) deve ser tomada a partir de um sopesamento, que leve em conta, diante das circunstâncias do caso concreto, o âmbito de proteção de cada direito fundamental, seu conteúdo essencial e as circunstâncias do caso concreto que determinarão o conteúdo real de um direito fundamental.¹²

E é aí que aparece o Princípio de Proporcionalidade¹³, eis que será ele o instrumento jurídico a ser utilizado para verificar tanto se a decisão tomada pelo legislador parlamentar quanto pela Administração Pública (i.e., ato administrativo) promove uma



restrição aceitável aos direitos fundamentais. É dizer, sempre que houver um conflito entre direitos fundamentais e uma decisão pública que realize um sopesamento impondo limitações recíprocas aos direitos em conflito ou impondo uma restrição a um em benefício de outro, será necessário um teste à luz do Princípio da Proporcionalidade.

Conforme já ressaltado, o Princípio da Proporcionalidade foi desenvolvido e é largamente utilizado pelo Tribunal Constitucional Alemão. Contudo, desde 1958 vem sendo com importância crescente também adotado em diversos outros países, dentre os quais o Brasil.¹⁴

Segundo a concepção germânica do Princípio da Proporcionalidade, expressa inicialmente no já mencionado julgado das farmácias de 1958, houve a determinação da obrigatoriedade da análise de uma restrição imposta a um direito fundamental a um controle de três etapas (a chamada *Drei-Stufen-Theorie*)¹⁵. Essas etapas consistem na verificação de (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. Além disso, evidentemente, há que se verificar a legitimidade da finalidade buscada pelo Estado ao se impor uma restrição a um direito fundamental.¹⁶

O primeiro elemento a ser analisado é a legitimidade da finalidade buscada pelo Estado (seja o Estado legislador, seja o Estado administrador), dado que é essencial para a aceitabilidade ou não da ação estatal¹⁷. Trata-se da demanda de se perquirir se o Estado, com a medida editada, busca a realização de uma finalidade legítima ou atua com desvio de finalidade, ou seja, uma finalidade ilegítima. Como ocorre com qualquer caso de desvio de finalidade, há que ser comprovado manejo da respectiva função para que se alcance outra finalidade que não aquela acolhida pelo Direito. É dizer, o desvio de finalidade não pode ser presumido, há que ser comprovado.

A adequação, a seu turno, refere-se à capacidade da medida tomada de alcançar as finalidades legítimas que a justificaram. Isto é, considera-se adequada a medida quando ela possibilita que a realização da finalidade. Conforme bem anota Volker Epping, "basta a possibilidade de alcance dos objetivos, não sendo necessária a verificação do equilíbrio entre a medida e esses objetivos".¹⁸

Ademais, a necessidade consiste na demanda de uma medida tão pouco intensiva quanto possível para o alcance do resultado pretendido. É dizer, além da medida ser adequada para o alcance do resultado pretendido, deve ela ser necessária para a intervenção mais suave possível no campo de aplicação de um direito fundamental. Novamente utilizando as lições de Volker Epping, "dentre diversos meios que levem ao mesmo resultado, deve ser escolhido aquele que assegure a menor intensidade de intervenção".¹⁹

Por derradeiro, a proporcionalidade em sentido estrito²⁰ se refere à obrigatoriedade de correspondência entre a intensidade da medida tomada e a finalidade que se busca. "Quanto mais acentuada a intervenção for, também mais importante deverá ser a finalidade buscada".²¹ Com isso, proporcional será a intervenção que corresponder, em termos de intensidade, à relevância da finalidade buscada.

Nesses quadrantes, portanto, tem-se uma situação na qual a análise da possibilidade jurídica de se impor restrições ao direito fundamental de livre circulação demanda a análise de sua proporcionalidade, a partir da verificação de legitimidade de finalidade, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

IV.A proporcionalidade das medidas impostas pela pandemia de Covid-19

Tendo assentado as bases teóricas para análise do caso concreto, passaremos, neste tópico, a verificar a proporcionalidade das restrições que vêm sendo impostas pelo Poder Público sobre o direito fundamental de livre circulação em função da pandemia da Covid-19.

Inobstante, para que a análise seja mais efetiva, é necessário aqui assentar algumas



premissas fáticas que guiarão as considerações que serão apresentadas. São elas:

Em primeiro lugar, será uma premissa objetiva deste trabalho a ideia de que uma inação do Estado não é aceitável e não deve ser uma variável considerada. A razão para tanto decorre de uma ideia muito ventilada de que cerca de 70% da população será infectada independentemente de qualquer ação estatal. Portanto, deveria o Estado se abster de agir limitando as liberdades individuais, em função da impossibilidade de se evitar um resultado que é certo de qualquer forma.

Essa premissa será rejeitada no presente estudo por uma razão extremamente simples: não se pode considerar, em hipótese alguma, que o Estado permaneça inerte diante de um genocídio. Isso, pois, aceitando-se a possibilidade de o Estado nada fazer, aceitar-se-ia como resultado a morte de milhões de pessoas²², o que é inconcebível à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Em segundo lugar, não será considerada aqui a possibilidade do chamado isolamento vertical, em que apenas a parcela da população que se encontra no grupo de risco mais agudo da Covid-19 seria isolada (i.e., idosos e pessoas portadoras de comorbidades).

Essa possibilidade é rejeitada por duas razões. A primeira decorrente do fato de que não há qualquer fundamento científico que possa lhe respaldar. Ou seja, não há qualquer indício epidemiológico que possa ser utilizado para defender essa técnica de isolamento. E a segunda é decorrente do fato de que, mesmo que se considere possível fazer um isolamento vertical – o que se contesta²³ –, seu resultado ainda se consubstanciaria em um número elevadíssimo de mortes, que poderia, num cenário extremo, chegar a 1,2 milhões de pessoas.²⁴

Em terceiro lugar, não teceremos qualquer comentário acerca de um alegado conflito entre o direito à vida e a prosperidade econômica. Embora o desenvolvimento econômico seja um direito fundamental (entre outros, artigo 170 da Constituição Federal), não há como se cogitar uma restrição ao direito à vida para garantia de prosperidade econômica. Não há ganho econômico que possa compensar vidas perdidas.

Por fim, em quarto e último lugar – e mais importante de tudo –, aceita-se como premissa o caráter absoluto do direito à vida. Isto é, havendo um conflito entre um direito fundamental e o direito à vida, este não pode ser objeto de restrições, somente sendo cabíveis restrições ao direito que entrar em colisão com o direito à vida.²⁵

Pois bem. Diante dessas premissas é necessário passar a analisar a capacidade do Poder Público de impor limitações ao direito de circulação dos cidadãos, como forma de conter a contaminação da população pela Covid-19.

Para tanto, o ponto de partida é o entendimento acerca de qual da origem do conflito entre o direito de livre circulação e o direito à vida. Ou seja, é necessário assentar como a livre circulação das pessoas pode colocar em risco a vida de diversos cidadãos.

Como vem sendo exaustivamente ventilado, o contágio se dá de forma direta, a partir do contato direto de uma pessoa com a secreção de outra contaminada, de forma indireta, por meio do contato com objetos contaminados com a secreção de uma pessoa contaminada, ou pelo ar, dentro de um raio limitado ao redor de uma pessoa contaminada. Por conseguinte, é razoável assumir que, quanto maior o número de pessoas circulantes, maior será o número de contatos diretos e indiretos e, portanto, de infectados. Dos infectados, aproximadamente 15% precisarão de internação hospitalar, boa parte de cuidados intensivos.

Contudo, a oferta de leitos hospitalares é basicamente inelástica à quantidade de infectados. Ou seja, independentemente da quantidade de pessoas infectadas, a quantidade de leitos permanecerá praticamente a mesma (por uma simplificação será ignorada aqui a capacidade marginal adicional criada pelos hospitais de campanha). E, dada a inelasticidade da oferta mencionada acima, enquanto o número de pessoas que



demandam internação hospitalar permanecer abaixo da quantidade de leitos disponíveis, não se tem um problema.

Em sentido contrário, quando o número de infectados que demandam internação hospitalar passa a ser maior do que o número de leitos disponíveis, há um problema. É precisamente daí que decorre o conflito entre o direito de circulação e o direito à vida: quanto mais as pessoas circulam, maior a taxa de contágio e, pois, maior o número de pessoas que demandará leitos hospitalares. Portanto, a inação governamental no refreamento do contágio coloca a vida das pessoas em risco, pois aumenta consideravelmente a chance de o número de pessoas demandantes de leitos hospitalares ser maior do que o número de leitos disponíveis.

E, a partir do momento em que a quantidade de infectados demandando internação superar a oferta de leitos, há, claramente, um problema, já que todos (e não só os infectados) deixarão de ter atendimento adequado quando recorrerem ao sistema de saúde, inclusive pessoas que procuram atendimento hospitalar por outros problemas (problemas cardíacos, oncológicos, neurológicos, acidentes diversos, entre tantos outros). Isso significa, por evidente, que toda a sociedade será muito prejudicada e não apenas os infectados pela Covid-19.

A única medida capaz de conter o cenário de esgotamento do atendimento hospitalar é o isolamento social e, na medida em que nos aproximamos de 100% da utilização de leitos, é natural que as autoridades, em qualquer lugar do mundo, aumentem as medidas de restrição à circulação da população. Tão simples quanto isso, não há outra alternativa, é preciso reduzir a taxa de contágio, diretamente relacionada à circulação de pessoas. Da mesma forma, quanto menor a taxa de transmissão, mais brandas podem ser as medidas de restrição, exatamente como se vê agora nos países que já passaram pela pior fase da primeira onda de infecção.

Há diversos modelos matemáticos utilizados para estimar a disseminação de uma dada doença contagiosa, que podem ser utilizados para provar a argumentação aqui usada para defender o isolamento social. Neste artigo, para efeito de simplificação, utilizamos o modelo SIR (Suceptible, Infectious, Recoverd)²⁶, assumindo número de nascimentos igual ao número de mortes (ou seja, população constante) dado pelo conjunto de equações diferenciais abaixo.

$$\frac{dS}{dt} = -\frac{\beta IS}{N} \quad (\text{eq. 1})$$

$$\frac{dI}{dt} = \frac{\beta IS}{N} - \gamma I \quad (\text{eq. 2})$$

$$\frac{dR}{dt} = \gamma I \quad (\text{eq. 3})$$

Onde:

$$\frac{dS}{dt} + \frac{dI}{dt} + \frac{dR}{dt} = 0 \quad (\text{eq. 4})$$

Portanto:

$$S(t) + I(t) + R(t) = N \quad (\text{eq. 5})$$



Onde:

β = quantidade de contatos entre os indivíduos,
multiplicado pela probabilidade de transmissão a cada contato

γI = número de indivíduos infectados

N = tamanho da população

A disseminação da doença é dada por R_0 , calculado como:

$$R_0 = e^{K\tau} \quad (\text{eq. 6})$$

ou

$$K = \frac{\ln R_0}{\tau} \quad (\text{eq. 7})$$

e

$$R_0 = \beta \cdot \tau, \text{ onde:} \quad (\text{eq. 8})$$

K = taxa de crescimento da contaminação para o período τ

A aplicação do modelo acima pode ser observada na Figura 1, calculada com base nos dados oficiais divulgados pelo Ministério da Saúde do Brasil disponibilizados até o dia 11 de maio de 2020, sendo o dia zero o dia quando o número oficial de infectados foi igual a 60 pessoas.

É importante ressaltar que os números apresentados abaixo representam somente uma aproximação, já que há uma notória subnotificação do número oficial de infectados, e mesmo do número de mortes. Alguns estudos estimam que o número real de infectados seja muitas vezes superior ao número oficial, o que, novamente, faz com que o aqui calculado seja uma mera estimativa. Com relação aos óbitos, uma simples comparação entre os casos de mortes por insuficiência respiratória aguda e pneumonia registrados no período entre março e maio de 2019 com o mesmo período de 2020 resulta em um adicional de aproximadamente 10.000 registros de óbitos por essas causas em 2020²⁷, sendo razoável imaginar que uma parte deste acréscimo seja devido à infecção pela Covid-19.

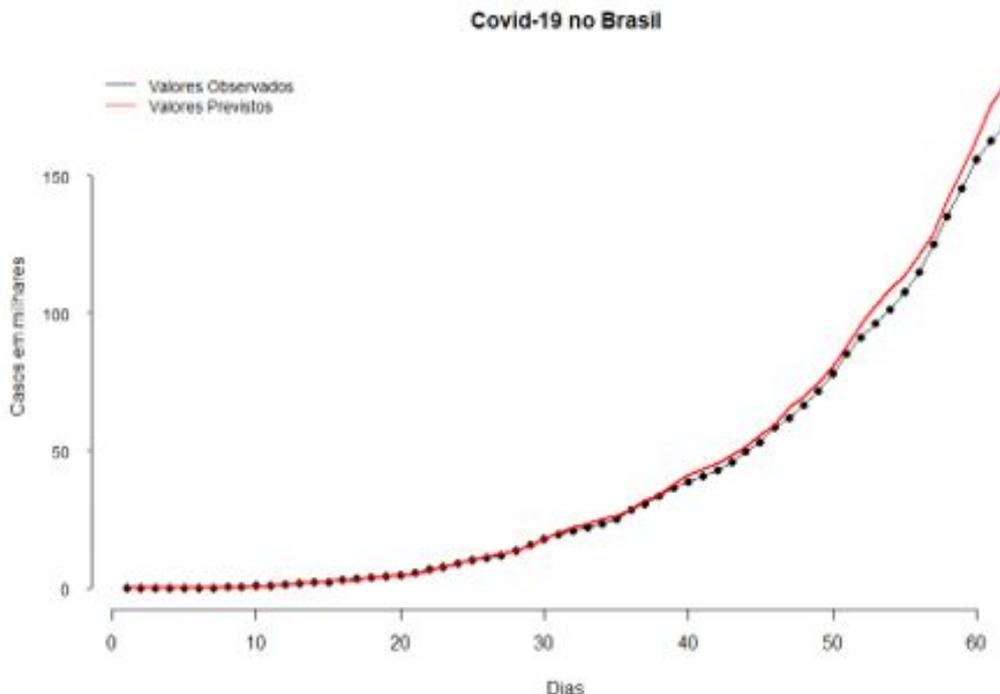


Figura 1. Valores observados e previstos de infecção pelo modelo gerado.

Vale lembrar que diversas medidas de restrição à circulação de pessoas foram implementadas no País a partir da segunda quinzena do mês de março, o que provavelmente explica a diferença entre os valores previstos e observados. Como se pode ver na Figura 2, a taxa de disseminação é hoje no Brasil muito inferior à medida mundial (1.22 contra até 3.5^{28}).

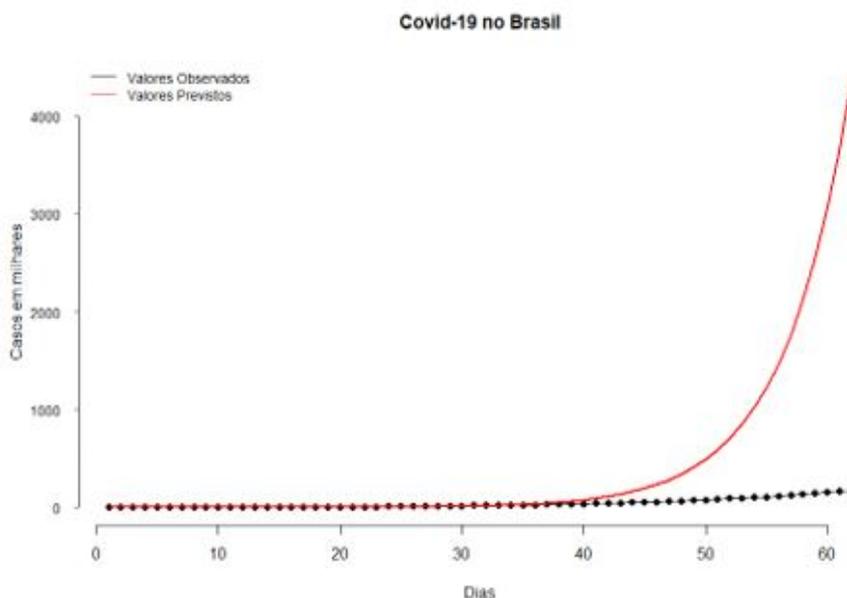


Figura 2. Valores observados e previstos de infecção para valores 1.22 e 2.5, respectivamente.

Para uma mortalidade aproximada de 4,5%, calculada com base nos dados oficiais, teríamos pouco mais de 198.000 mortes no período. Ou seja, é inquestionável que centenas de milhares de vidas foram salvas pelas medidas de distanciamento

implementadas até o momento. A diferença entre as mortes estimadas e as mortes observadas podem ser observadas na Figura 3.

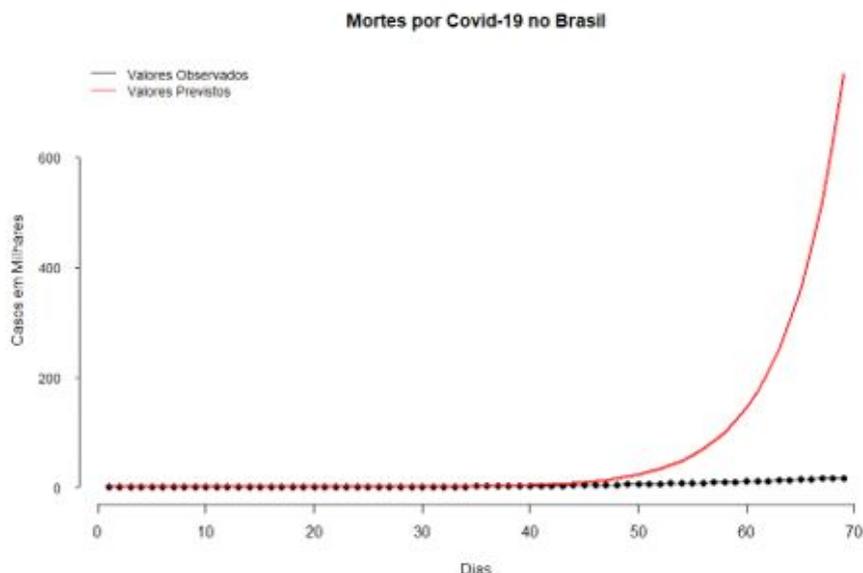


Figura 3. Valores observados e previstos de mortes para valores 1.22 e 2.5, respectivamente.

À luz dessas informações, é necessário perquirir a proporcionalidade das medidas restritivas impostas pelo Estado nos dias atuais, considerando-se a análise dos três níveis tratados no tópico precedente deste estudo.

O ponto de partida é um conflito muito simples entre dois direitos fundamentais: mantendo-se inalterada a extensão da fruição do direito de locomoção, haverá uma disseminação descontrolada da Covid-19, como resultado do contato direto ou indireto entre os seres humanos, ponderados pela probabilidade de contágio a cada contato (β). Portanto, de duas uma: ou se restringe o direito de locomoção, ou se restringe o direito à vida. Os números expostos acima são muito claros quanto a isso.

Contudo, como já mencionado, o direito à vida possui caráter absoluto, não admitindo restrições. Não há meia vida ou partes de uma vida. O âmbito de proteção do direito à vida é idêntico ao seu conteúdo essencial, de tal sorte que não se pode, em sede de sopesamento, limitá-lo.

Diante dessa constatação, tem-se o primeiro ponto assentado: é legítima a finalidade da restrição estatal imposta ao direito de livre circulação, eis que a completa e desenfreada circulação ameaça a vida e esta não pode sofrer restrições.

Na mesma esteira, tem-se clara a adequação da medida. Novamente se recorrendo aos demonstrativos matemáticos acima postos, tem-se evidente que restringir a circulação das pessoas é um meio adequado para se garantir o direito à vida. Ou seja, restringir a circulação de pessoas é um meio capaz de proteger o direito à vida.

A maior controvérsia, contudo, poderia residir nas análises da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

No que se refere à necessidade, é necessário, em primeiro lugar, analisar se há outras medidas estatais que possam levar ao mesmo resultado com intensidade igual ou menor de intervenção em um direito fundamental²⁹. Ao que nos parece, baseado em todos os estudos científicos já produzidos, não há outra ação estatal que possa garantir a proteção da vida contra os avanços e os efeitos da Covid-19 com intensidade interventiva tão baixa. Apenas se poderia imaginar a existência de medidas interventivas



mais intensas, como a prisão domiciliar, a lacração da porta de residências e outras que podem ser imaginadas.

Destarte, por mais que ideias como o isolamento vertical (impossível por definição) e outras intervenções mais leves possam ser consideradas do ponto de vista meramente especulativo, a única medida com eficácia comprovada capaz de proteger o direito à vida com intervenção menos intensa é a limitação da capacidade de circulação.

Por fim, o ponto de maior controvérsia consiste na análise da proporcionalidade em sentido estrito, eis que deverá ser comprovada que a intensidade da intervenção em um direito fundamental é correspondente aos efeitos produzidos.

Dizemos que esse é o ponto mais controverso porque os efeitos das medidas restritivas à circulação, que induzem ao distanciamento social, produzem efeitos muito significativos, com especial destaque para a desaceleração da atividade econômica, a qual, a seu turno, leva a perdas generalizadas por toda a sociedade.

Em tese, poder-se-ia argumentar que as perdas geradas com a desaceleração econômica (que estão longe de ser desprezíveis) não justificam as limitações colocadas ao direito de livre circulação, eis que poderiam produzir efeitos piores do que o adoecimento em massa da população por contaminação pela Covid-19.

Contudo, após se analisar a figura 3 deste tópico, é mais do que evidente a falsidade de um raciocínio desse jaez. Deixar de restringir o direito de livre circulação de pessoas levaria a uma quantidade de mortes completamente certa e descontrolada, em contrapartida de uma suposta preservação da condição digna de vida da população que poderia manter algum nível de remuneração de atividade econômica.³⁰

Ademais, aceitar esse raciocínio é juridicamente absurdo, pois seria admitir que o direito à vida possa ser sopesado. Ou seja, cogitar que as restrições impostas não correspondem à gravidade dos efeitos produzidos implica restringir, por sopesamento, o direito à vida para a garantia de outro direito fundamental, o que é completamente inadmissível à luz do disposto no artigo 1º da Constituição Federal.

Portanto, ao que nos parece, a restrição do direito fundamental de livre circulação para reduzir o contágio pela Covid-19 parece ser uma ação plenamente proporcional, independentemente da gravosidade do resultado obtido, eis que o direito fundamental teoricamente colidente não admite restrição.

O que se coloca em discussão, segundo nosso sentir, é a intensidade da restrição imposta ao direito de livre circulação. Como já mencionado, é proporcional restringir a liberdade de circulação das pessoas. Contudo, a forma como se dá essa restrição pode apresentar intensidades muito distintas.

O cenário visto na maior parte do Brasil, na atualidade, é de restrições com baixa intensidade. Há a determinação de fechamento de parte do comércio e apenas a recomendação a que as pessoas se mantenham em suas residências. Não há sanções e não há o impedimento jurídico à circulação.

Como resultado, na maior parte do território, não se logrou encontrar um isolamento completo dos cidadãos. O nível de isolamento verificado no Brasil ainda se encontra abaixo daquele encontrado em outros países, que adotaram medidas mais intensas de restrição ao direito de circulação, como, por exemplo, a previsão de sanções e o controle intenso de agentes de segurança que impedem a circulação.

Nesse sentido, analisando-se as premissas matemáticas ora adotadas, é evidente que, quanto menos circulam as pessoas, menos se propaga a Covid-19. Por conseguinte, é possível que sejam adotadas medidas mais intensas de restrição ao direito de livre e, ainda assim, seja preservada a proporcionalidade em sentido estrito.

A única variável que pode afastar a proporcionalidade em sentido estrito no caso da



adoção de medidas mais gravosas consiste na existência de oferta de leitos hospitalares, pois, havendo leitos disponíveis estará, em tese, garantido o direito à vida, rompendo-se a situação de conflito entre direitos fundamentais originalmente configurada.

Na exata medida em que o sistema de saúde esteja pressionado e a quantidade de indivíduos aumente, cresce a proporcionalidade da adoção de medidas restritivas mais intensas. Negá-lo é combater uma informação estritamente objetiva e independente de juízo de valores.

V. Conclusão

O objetivo desse estudo é analisar, juridicamente, se é possível impor restrições ao direito fundamental de livre circulação dos cidadãos na situação pandêmica que atualmente vivemos, à luz de conhecimentos matemáticos que explicitam os riscos à vida inerentes à discussão posta.

Ao que nos parece, invocar o direito de liberdade para se insurgir contra as restrições existentes é não apenas desatualizado, como completamente incorreto. Desde a afirmação máxima do liberalismo com a Revolução Francesa, foi afirmado o caráter mais alto do direito à vida, como se depreende do artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

A sociedade evoluiu para construir mecanismos jurídicos que estabeleçam, licitamente, limites ao exercício de certas liberdades fundamentais, sedimentando que nenhum direito é absoluto, exceto o direito à vida.

Nessa esteira, dentre os diversos mecanismos entabulados ao longo do tempo, o Postulado (ou Princípio) da Proporcionalidade parece o mais apropriado. E, analisando-se a imposição de restrições ao direito de livre circulação nas atuais circunstâncias, parece-nos haver clara proporcionalidade, em todas as suas dimensões: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Enfim, quanto mais negarmos a realidade e postergarmos (ou criticarmos) as medidas de isolamento, mais tempo demoraremos para reduzir a taxa de infecção, e por mais tempo sofreremos as consequências do colapso iminente do nosso sistema de saúde.

1 Como muito bem menciona Eberhard Schmidt-Assmann, o Direito Administrativo demanda conceitos e contribuições de outras ciências para encontrar respostas para seus problemas. Cf. *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. p. 21-23.

2 Como é cediço, a individualização do Poder Executivo e a sua separação das funções judiciária e legislativa são essenciais para que seja implementado o modelo de racionalização da regulação das liberdades individuais pelo Estado, na medida em que a lei seria o fruto de um consenso coletivo, por meio do qual as pessoas livre e racionalmente abririam mão de parcela de suas liberdades para o bem comum, legitimando o poder da função executiva e da função judiciária. Sobre o tema, confira-se: GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1988. v. I, p. 35 e ss.

3 O marco inicial da submissão do Estado à lei é atribuído historicamente à Lei do 28 de Fevereiro do Ano VIII (ou 17 de fevereiro de 1800), que determinou que a lei se aplicaria também ao exercício das funções administrativas pela Administração Pública. Sobre o tema, confira-se: MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 2 e ss.

4 Exemplo claro dessa afirmação são os artigos 1º e 4º da Declaração, que assim dispõe



(in verbis): “Art. 1º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum. [...] Art. 4º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.”

5 Cf. MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*. 10. ed. Roma-Bari: Laterza, 2018. p. 247 e ss.

6 Cf. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1995). p. 38 e ss.

7 Cf. MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht, Erster Band*. 3. ed. Berlin: Von Duncken & Humblot, 2004 (data da reimpressão da edição de 1924). p. 116 e ss. (tradução nossa).

8 Cf. CASSESE, Sabino. *Monismo e dualismo giudiziario. Storia e prospettive*. *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, Milão: Giuffrè, Ano LXVII, fascículo 3, 2017, p. 579 e ss.

9 Em consonância com as precisas lições de Federico Sorrentino, a lei parlamentar perde seu papel primordial na estruturação do ordenamento jurídico a partir de duas modificações: o advento de constituições rígidas protegidas por um complexo sistema de controle de constitucionalidade das leis parlamentares – também decorrente do disposto no artigo 1º da Lei Fundamental da Bonn, acrescentamos –, e a mudança do papel da lei, derivada do Estado de bem-estar social. Cf. SORRENTINO, Federico. *Le fonti del diritto italiano*. 2. ed. Pádua: CEDAM, 2015. p. 4.

10 Conforme precisas lições do autor, o suporte fático dos direitos fundamentais é muito particular, pois não inclui somente a condição para a emanção de sua consequência jurídica. Em função da amplitude e da até certa vagueza dos direitos fundamentais, o suporte fático dessa norma jurídica contempla seu âmbito de proteção, bem como o limite de uma intervenção estatal. Isso quer dizer que um direito fundamental possui um suporte fático amplo, definindo a essência do direito protegido e o limite da intervenção restritiva do Estado, constante exatamente do mínimo dessa essência. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 70 e ss.

11 “A jurisprudência do Tribunal Constitucional (BVerfG) estabeleceu em 1958 uma dicotomia do programa de análise. A revolucionária decisão das farmácias é realmente o ponto de nascimento do Princípio da Proporcionalidade. O elemento fundamental é o teste do controle. O princípio exige - de forma resumida - que a restrição a um direito fundamental se dê para uma finalidade legítima, e tenha como meio de realização dessa finalidade meios apropriados, necessários e proporcionais”. Cf. BERKEMANN, Jörg. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit – Bericht über den “State of the Art”*. *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 2018, p. 741 e ss., Colônia: Carl Heymanns, 2018.

12 Consoante precisa colocação de Virgílio Afonso da Silva, “O sopesamento é exatamente aquilo que liga – e fundamenta – o caráter inicial e prima facie de cada princípio com o dever-ser definitivo nos casos concretos”. Cf. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 165.

13 Importante mencionar que nós, neste estudo, adotaremos o temo “Princípio” da Proporcionalidade, mesmo sem a convicção de que a proporcionalidade seja, realmente, um princípio jurídico. A abordagem ora aceita decorre do fato de que, no Direito alemão, é comum a referência à proporcionalidade como um princípio jurídico (*Rechtsgrundsatz*), embora, ao nosso sentir, não se apresente, na proporcionalidade, um caráter normativo como é inerente a todos os princípios jurídicos. Por esta razão, concordando com autores



como Humberto Ávila, seria mais adequado fazer alusão a um “Postulado da Proporcionalidade” ou a um “Crivo da Proporcionalidade”, eis que se trata mais de um método de aplicação do Direito do que de um princípio jurídico. Sobre o tema, confira-se: ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 154-158.

14 Sobre o tema, confira-se BARAK, Aharon. Proportionality – Constitutional rights and their limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 181 e ss. Especificamente sobre sua configuração no Brasil, confira-se: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 217 e ss.

15 Cf. EPPING, Volker. Grundrechte. 4. ed. Heidelberg: Springer, 2010. p. 171, entre diversos outros.

16 Cf. KLATT, Mathias; MEISTER, Moritz. The constitutional structure of proportionality. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 8 e ss.

17 Cf. EPPING, Volker. Grundrechte. 4. ed. Heidelberg: Springer, 2010. p. 19.

18 Cf. EPPING, Volker. Grundrechte. 4. ed. Heidelberg: Springer, 2010. p. 20 (tradução nossa).

19 Cf. EPPING, Volker. Grundrechte. 4. ed. Heidelberg: Springer, 2010. p. 21 (tradução nossa).

20 Diz-se proporcionalidade em sentido estrito porque a ideia de proporcionalidade é presente no direito administrativo ordenador alemão desde o século XIX. Otto Mayer já mencionava o dever de proporcionalidade como uma forma de vedação ao excesso (cf. MAYER, Otto. Deutsches Verwaltungsrecht, Erster Band. 3. ed. Berlin: Von Duncken & Humblot, 2004 (data da reimpressão da edição de 1924). p. 123 e ss.). Aqui, menciona-se a proporcionalidade em sentido estrito porque impõe o dever de equivalência entre a medida e a finalidade, vedando-se excessos, como uma das análises conduzidas e não como a única, como ocorria nos tempos anteriores ao julgado das farmácias.

21 Cf. EPPING, Volker. Grundrechte. 4. ed. Heidelberg: Springer, 2010. p. 21 (tradução nossa).

22 A taxa média de mortalidade estimada para a nova Covid-19 é de 4.5%, mas este número, embora calculado com base nos dados oficiais, provavelmente está superestimado, dada a notória subnotificação dos casos de contaminação.

23 Como é evidente, para que o isolamento vertical fosse possível, seria necessário assumir que todas as pessoas que se encontram no grupo de risco poderão ficar isoladas das pessoas que não se encontram nesse grupo, o que é impossível. Há um sem-número de pessoas do grupo de risco que coabita com pessoas fora desse grupo, o que torna seu isolamento impossível.

24 Esse número é contraditório a partir da consideração da totalidade da população brasileira (212 milhões de pessoas), deduzida a população do grupo de risco (estimada em 80 milhões de pessoas), multiplicada por 70% (taxa estimada de contaminação) e, depois, multiplicada por 1,5% (taxa de mortalidade reduzida a um terço por não incluir as pessoas do grupo de risco).

25 Cf. MICHAEL, Lothar. Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Schlüssel(bund)konzept. In: JEASTEDT, Mathias; LEPSUS, Oliver (Org.). Verhältnismässigkeit, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 44. No mesmo sentido: BARAK, Aharon. Proportionality –



Constitutional rights and their limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 36 e ss.

26 Cf. HARKO T, LOBO FSN, MAK MK. Exact analytical solutions of the Susceptible-Infected-Recovered (SIR) epidemic model and of the SIR model with equal death and birth rates. Appl Math Comput. 2014;236(March):184-194. doi:10.1016/j.amc.2014.03.030.

27 Dado disponível em: [<https://transparencia.registrocivil.org.br/especial-covid>]. Acesso em: 19.05.2020.

28 Cf. Statement on the meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus 2019 (n-CoV) on 23 January 2020, in: who.int. Acesso em: 09.04.2020.

29 Novamente utilizando as lições de Virgílio Afonso da Silva, a necessidade deve sempre ser analisada do ponto de vista comparativo, verificando-se uma medida estatal em cotejo com outra teoricamente possível. Cf. Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 171.

30 Evidentemente, essa comparação é mero recurso retórico. Por maior que seja o ganho econômico, ainda que ele existisse, poderia ser admitida uma política pública promotora de mortes.