

PANDEMIA E MEDIDAS DE CONTENÇÃO: UMA ANÁLISE DO ARGUMENTO DE LIBERDADE

PANDEMIC E CONTENTION MEASURES: AN ANALYSIS OF THE LIBERTY ARGUMENT

André Farah*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 As medidas do Poder Público de combate à pandemia do novo coronavírus e a interpretação do Supremo Tribunal Federal. 3 O direito geral de liberdade. 4 A liberdade contratualista. 4.1 A liberdade hobbesiana. 4.2 A liberdade lockeana. 4.3 A liberdade rousseauiana. 5 A liberdade positiva e a liberdade negativa. 6 A liberdade e o dano. 7 Conclusão.

RESUMO: O presente trabalho tem como preocupação os contornos da liberdade. Ele insere a análise sobre a liberdade no contexto da pandemia e das medidas positivadas em lei para contê-la. Isso porque foi veiculado o argumento da liberdade como impeditivo a tais medidas. Por isso, trabalha-se o direito geral de liberdade, a liberdade contratualista, a liberdade positiva e a liberdade negativa, e o papel do dano na perspectiva liberal, para demonstrar a legitimação da restrição da liberdade, através da própria formatação do fundamento da liberdade. Para isso, o estudo constitui-se de uma pesquisa do tipo qualitativa, com objetivo descritivo-explicativo sobre o tema, utilizando para tal o procedimento de pesquisa bibliográfico.

Palavras-chave: pandemia. medidas de contenção. liberdade.

ABSTRACT: *The present paper concern about the contours of liberty. It inserts the analysis of liberty in the context of the pandemic and the measures enacted by law to contain it. This is because the liberty argument was used as an impediment to such measures. Therefore, the general right to freedom, contractual liberty, positive and negative liberty, and the role of harm in the liberal perspective are worked to demonstrate the legitimacy of the restriction of liberty, through the very formatting of the foundation of liberty. For this, the study consists of a qualitative type research, with descriptive explanatory aim for the theme, using the bibliographic search procedure for such.*

Keywords: *pandemic. contention measures. liberty.*

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho é a liberdade. A razão da sua escolha é uma possível má compreensão da sua configuração, especialmente diante da pandemia e as medidas trazidas em lei para seu combate. O problema

* Mestre e doutorando em direito público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor da Pós-Graduação Lato Sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Artigo recebido em 23/05/2022 e aceito em 01/08/2022.

Como citar: FARAH, André. Pandemia e medidas de contenção: uma análise do argumento de liberdade. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 25, n. 42, p. 57, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

que se apresenta é o do argumento da liberdade como impedimento para inúmeras ações governamentais de contenção do vírus. No contexto da pandemia do novo coronavírus, a título de exemplo, o uso obrigatório de máscara e a implementação da obrigatoriedade da vacina foram questionados dentre outras razões sob o fundamento da liberdade.

A liberdade é assunto muito rico e com diversidade de pensamentos filosóficos. Foi sob a perspectiva eminentemente liberal que o argumento de contrariedade às medidas de enfrentamento da pandemia do novo coronavírus teve veiculação. No entanto, ainda sob essa ótica, é preciso compreender a inexistência de direitos sem limites. Isso será trazido ao presente escrito a partir da extração do sentido da Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020 (Lei da Pandemia), construção legislativa que dispôs sobre medidas de confronto da pandemia. A hipótese é que os argumentos fundados na liberdade, mesmo sob o aspecto liberal, na verdade, não levam ao resultado desejado quanto à impossibilidade de adoção das medidas legais.

Com isso em mente, o objetivo geral do texto é traçar diversos contornos da compreensão da liberdade sem ignorar a necessidade de alguma limitação. Para tanto, os objetivos específicos são expor as medidas legais de combate à pandemia ligadas à liberdade com apresentação de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito, identificar a ideia do direito geral de liberdade, formatar a liberdade no seio do contratualismo, distinguir a liberdade positiva da liberdade negativa, e entender o papel do dano. A metodologia do estudo constitui-se de uma pesquisa do tipo qualitativa, com objetivo descritivo-explicativo, utilizando-se o procedimento de pesquisa bibliográfico.

1 AS MEDIDAS DO PODER PÚBLICO DE COMBATE À PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS E A INTERPRETAÇÃO DO STF

A pandemia do novo coronavírus foi iniciada na China. Antes classificada como estado de contaminação, foi em março de 2020 elevada ao estágio de pandemia, declarada pela Organização Mundial de Saúde. Tal se justificou por conta do alastramento geográfico da doença.

No Brasil, ao que tudo indica, o primeiro caso de contaminação ocorreu ainda no final de fevereiro de 2020 e a primeira morte em março do mesmo ano. Por conta disso e com olhos no que acontecia em outros países, sobretudo os europeus que já sofriam com os impactos do vírus, foi

publicada a Lei da Pandemia, ainda em fevereiro de 2020. Devido a essa situação, o Congresso Nacional, a partir de solicitação do Presidente da República, veiculada por mensagem, datada de março de 2020, reconheceu estado de calamidade pública.

Dentro desse cenário, duas observações podem ser feitas. A primeira diz respeito à aludida lei. Ela positivou autorização às autoridades públicas, dentro de suas respectivas competências, a fazerem uso de importantes medidas para contenção do alastramento do vírus em território brasileiro. Teve a lei atenção à ideia de menor invasão possível ao patrimônio jurídico das pessoas e com esse intento exigiu, para a concretização da medida legal adotada, evidências científicas e limitação no tempo e no espaço ao mínimo indispensável para a proteção da saúde pública.

Assim, contemplou a lei, no que concerne à liberdade, medidas mais graves, como isolamento – entendido como a separação do doente ou contagiado de outras pessoas para evitar o alastramento do vírus – e quarentena – concebida como a mesma separação só que relacionada à pessoa suspeita de contaminação, para a mesma finalidade –; medidas medianas, como restrição excepcional e temporária ao uso de rodovias, portos e aeroportos; e outras medidas menos graves, como vacinação e uso de máscaras. Além disso, previu a possibilidade de sanção administrativa para o descumprimento da medida eleita e aplicada pelo gestor público.

Em meio a essa realidade, nasceu a discussão sobre a afronta das medidas citadas ao direito de liberdade individual. O debate se deu no curso da pandemia, mesmo com o Brasil possuindo números expressivos de contaminação e óbitos decorrentes do vírus.

A segunda observação importante a ser feita é que inúmeras questões afetas à pandemia e à mencionada lei foram judicializadas. Sobretudo o STF foi chamado a decidir temas caros a essa conjuntura.

Em 2020, ao referendar medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade (ADI), o Plenário do STF viu-se frente à dúvida sobre se a locomoção intermunicipal e interestadual, em meio à pandemia, deveria sofrer tratamento uniforme em todo o país ou se poderia ser regionalizado. Para o que interessa aqui, respondeu na ADI n. 6.343 Ref-MC que se deveria respeitar a autonomia dos entes regionais e locais; que produtos e serviços essenciais poderiam ser fixados por decreto de cada ente; e que estados e municípios não teriam competência constitucional para fechar fronteiras. Subjacente a isso, porque premissa ao raciocínio acima, é autorizado dizer que o STF não viu, ao menos a princípio, vício

de inconstitucionalidade na medida de restrição excepcional e temporária ao uso de rodovias, portos e aeroportos (BRASIL, 2020).

No ano de 2021, a Corte, no agravo em recurso extraordinário n. 1.267.879, enfrentou questão sobre a possibilidade de dispensa da vacinação obrigatória de crianças e adolescentes devido à liberdade de consciência e crença dos pais. Afirmou o STF que quando presentes direitos fundamentais de terceiros ou de toda a coletividade, a decisão de uma pessoa de se submeter ou não a uma medida sanitária não pode produzir efeitos na esfera jurídica das demais pessoas. Além disso, explicou que pode o Estado, em situações excepcionais, proteger as pessoas mesmo contra a sua vontade, pontuou que a vacinação é importante para a proteção de toda a sociedade e que o poder familiar não autorizaria os pais a colocarem a saúde dos filhos em risco (BRASIL, 2021c).

Já na ADI n. 6.586, o Tribunal se deparou com a questão se a vacinação para Covid-19 poderia ser compulsória. Aduziu o STF que a aludida obrigatoriedade não poderia contemplar medidas invasivas, afitivas ou coativas, por decorrência do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano. Assim, condenou a ideia de vacinação forçada. Mas explicitou que medidas indiretas, como a restrição a certas atividades ou a determinados lugares, seria possível, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes (BRASIL, 2021a).

Ademais, veio ao STF o questionamento sobre a possibilidade de decreto estadual proibir temporariamente, por causa da pandemia, a realização de missas e cultos religiosos, de caráter coletivo, na forma presencial. Na arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 811, dentre outros fundamentos, foi dado maior peso a outro direito fundamental (saúde e vida), apontada a relatividade da liberdade religiosa enquanto direito fundamental e dito que a medida estava em consonância com a ciência (BRASIL, 2021b).

Em todos esses casos, é possível extrair que o STF compreende a liberdade não como algo absoluto. Deste modo, diferente dos argumentos individuais de que restrições às mais diversas liberdades estariam em desconformidade com a ordem jurídica, a Corte decidiu o contrário.

Mas, para além dos distintos argumentos postos pelo STF, é importante compreender a própria configuração do direito de liberdade, para verificar se realmente o argumento individual baseado no referido direito é válido. Assim, passa-se a estudar mais profundamente e dentro do espaço aqui permitido, o desenho da liberdade.

2 O DIREITO GERAL DE LIBERDADE

No contexto da pandemia e das consequentes medidas de contenção com repercussão na liberdade individual, nasce a necessidade de estudar o direito geral de liberdade. Apesar de existir construção teórica de que existe um direito de liberdade específico, o recurso a um direito geral de liberdade torna-se vetado, ainda assim não é possível desprezar o uso argumentativo desse direito geral para contraposição às medidas veiculadas na mencionada lei. Por isso, é preciso compreender sua correta configuração.

O direito geral de liberdade pode ser visto remotamente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Já em 1789, seu art. 4º dizia que “[a] liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica ao outro”. E complementava que “[a]ssim, 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”. É possível enxergar aqui uma concepção eminentemente liberal sobre o assunto. Mas também é autorizado destacar, desde logo, o limite à liberdade de uma pessoa, na liberdade de outra pessoa.

Robert Alexy (2015, p. 343) conceitua o direito geral de liberdade como “uma liberdade de se fazer ou deixar de fazer o que se quer”, no sentido de que “cada um é *prima facie* – ou seja, caso nenhuma restrição ocorra – permitido fazer ou deixar de fazer o que quiser (norma permissiva)” e “cada um tem *prima facie* – ou seja, caso nenhuma restrição ocorra – o direito, em face do Estado, a que este não embarace sua ação ou sua abstenção, ou seja, a que o Estado nelas não intervenha (norma de direitos)”. Além disso, enfatiza que esse direito não abarca apenas ações. Ele inclui então a proteção de situações e posições jurídicas do titular do direito, tutelando o fazer e o ser (ALEXY, 2015, p. 344).

A Constituição de 1988 traçou o que se pode chamar de direito geral de liberdade. Esta concepção pode ser extraída do art. 5º, *caput*, da Carta Magna quando faz alusão expressa à liberdade e pelo fato de o catálogo de direitos individuais estar blindado contra modificação reduitiva, por conta do seu art. 60, parágrafo quarto. A opção do constituinte deve ser levada em consideração e significa uma “vantagem institucional que tem o condão de reforçar a proteção das liberdades ao oferecer um apoio normativo sólido em nível institucional”. Além disso, esse direito permite

introjetar outros direitos de liberdade não tipificados no texto constitucional, através de uma interpretação de resultado extensivo. Isso, entretanto, não significa sua invasão sobre a seara de algum direito de liberdade específico (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 477-478).

Esse ponto merece um alerta. Ele se mostra importante e é feito pelos defensores do direito geral de liberdade. Refere-se à necessária distinção de um direito específico. Nesse sentido, se a ordem jurídica contempla um direito de liberdade específico, com regime jurídico próprio, não tem cabimento o recurso ao direito geral de liberdade (ALEXY, 2015, p. 369-370).

A mencionada posituação, porém, não revela uma resposta absoluta. Haverá uma variação de acordo com a compreensão conferida às liberdades fundamentais. Se a liberdade jurídica é a liberdade natural, ou seja, se todo tipo de liberdade natural equivale à liberdade jurídica, a interferência naquela significa o mesmo nesta, o que traz à tona “o atendimento às exigências constitucionais para restrições aos direitos fundamentais” (PEREIRA, 2018, p. 211). De forma oposta, se não existe a equivalência acima dita e a liberdade jurídica somente protege algumas espécies de liberdade natural, existem limitações a esta que não reverberam naquela e, portanto, não se caracterizam como restrições (SANCHÍS, 2000, p. 460).

A adoção da ideia de direito geral de liberdade, é importante frisar, não significa atribuir à liberdade um peso maior em relação aos demais bens e direitos constitucionais. Pelo contrário, com isso apenas entrega-se um assento constitucional ao valor liberdade. No ponto, então, sempre que houver uma limitação a ele, terá vez uma necessária ponderação, para se saber se a tutela do outro direito constitucional justifica a restrição ao direito geral de liberdade (PEREIRA, 2018, p. 211-213).

Além do que já exposto, é importante dizer o conteúdo desse direito geral de liberdade. Trata-se de uma concepção formal-material. Seu suporte fático é uma ação e isso estaria *prima facie* protegido. Apesar disso, o conteúdo desse direito não é apenas definido a partir das restrições. Pelo contrário, além da liberdade negativa, a englobar uma ação, uma situação ou uma posição, está presente a liberdade econômica social. O aspecto formal do conceito é derivado da liberdade negativa e a tem como um valor em si. No entanto, porque a dignidade humana complementa e sustenta a liberdade negativa, têm vez princípios materiais ou condições substanciais (ALEXY, 2015, p. 345-359).

Assim, na seara dessa liberdade, é possível traçar uma dicotomia entre liberdade formal e liberdade material. A liberdade formal é aquela

desenhada para não permitir que se imponha uma conduta ou se proíba uma conduta permitida. Esta visão também se chama de liberdade liberal ou jurídica. Paralelo a isso, surge a necessidade de se agregar um valor substantivo. Tal se faz presente pela dignidade da pessoa humana. É o aspecto da liberdade material. Consubstancia-se na liberdade econômica social. Ela reclama a ausência de barreiras econômicas e sociais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 480-481).

Por fim, três objeções à ideia de direito geral de liberdade não podem passar em branco. São elas a impossibilidade de norma de encerramento, a qualificação de se tratar de uma concepção altamente individualista e subjetiva a reconduzir ao direito natural, e a redução dos direitos fundamentais à liberdade negativa.

Quanto à primeira objeção, por norma de encerramento há duas interpretações diferentes. Por uma, o sistema de direitos fundamentais se encerra em valores superiores. Por outra, norma de encerramento deve ser entendida como resposta jurídica aos comportamentos que não encontrem encaixe ou subsunção em nenhum direito específico. Assim, o sistema se fecha, porém com a possibilidade de um direito geral de liberdade. Ao mesmo tempo, no entanto, ele se abre a permitir uma ponderação de direitos específicos com o referido direito geral de liberdade. Por uma ou outra interpretação, aqueles valores superiores exerceriam o papel de fomentar a liberdade, exceto quando servir de critério de ponderação para justificar uma lei restritiva da liberdade.

Em relação à segunda objeção, explica-se haver uma visão parcial da configuração do direito geral de liberdade. Isso porque, se de um lado, se está autorizado a fazer o que deseja, por outro, encontra-se a possibilidade de ponderação. Deste modo, uma ação está permitida, exceto se uma lei formal e materialmente constitucional previr uma proibição. Ademais, esta análise material deve ter como norte os valores superiores da ordem jurídica.

Por último, quanto à terceira objeção, inexistente esquecimento quanto aos direitos prestacionais. Tal se dá porque podem estar presentes nos aludidos valores superiores e servirem como fundamento para restrição legítima (SANCHÍS, 2000, p. 465-467).

A formatação do direito geral de liberdade, apesar de, em boa parte, poder endereçar sua explicação à compreensão de que sua base está na liberdade liberal, percebe-se a possibilidade de restrição, sobretudo pela presença de valores superiores. Além disso, no curso da pandemia do novo coronavírus, conquanto existente um sentimento de que as pessoas

são livres e que o Estado não pode trazer imposições, é possível observar que do outro lado da pessoa que argumenta sua liberdade individual está também outra pessoa que fundamenta sua proteção com base na própria liberdade individual.

A liberdade de alguém de não usar máscara impede a liberdade de outrem de viver em sociedade, ante a compreensão de que o não uso propicia o alastramento do vírus. A liberdade de não ser vacinado obstaculiza a cobertura imunológica com consequência para a liberdade individual de outras pessoas. A liberdade de não ficar resguardado frente à suspeita ou confirmação de contaminação, acarreta o temor e a privação da liberdade de terceiros não infectados. Como parece evidente, é preciso ir adiante para compreender a liberdade.

3 A LIBERDADE CONTRATUALISTA

O contrato social é uma metáfora importante para explicar a passagem de um período prévio para a constituição de uma sociedade. O contratualismo é um modo de justificar a formação da sociedade e de uma ideia de Estado, a partir de um momento anterior, o estado de natureza, no qual as pessoas não possuíam vínculos sociais. Com o abandono desta condição, sociedades, Estados e leis se tornaram relevantes, e uma pluralidade de explicações teóricas se apresentaram para apoiar tais ideias.

O foco do presente trabalho é a liberdade. E quanto a isso, é de se destacar que no estado pré-social, as pessoas eram todas livres e iguais, desfrutando de uma liberdade natural, dentro das leis da natureza. No entanto, esses indivíduos abriram mão dessa posição para, firmando um contrato social, ingressarem em uma liberdade civil.

É importante, porém, uma explicação a respeito dos autores abaixo. O jusnaturalismo categoriza-se em duas grandes cadeias de pensamento. Em uma primeira, é possível dizer que os direitos naturais, quando implementada a passagem para a vida em sociedade, são extintos ou transformados, com o estado civil sobrepondo-se ao natural. Em uma segunda, o contrato social mantém o que há de melhor no estado de natureza, sendo o estado civil essa conservação mais plena e eficaz (BOBBIO, 2000, p. 61-62). Para explicar tal conjunto de ideias, serão expostas as concepções de contrato social e liberdade de Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

3.1 A liberdade Hobbesiana

A compreensão de liberdade de Thomas Hobbes parte do sentido de que o ser humano é naturalmente violento. O homem é o lobo do homem e, em estado de natureza, é razoável que um homem ataque o outro (RIBEIRO, 2001, p. 55). Esses indivíduos são iguais em algumas perspectivas. Nenhum tem o direito de mandar no outro. Todos são capazes de trazer algum tipo de dano ao outro. Qualquer um tem expectativa de êxito, o que, por sua vez, leva a uma competição (KRITSCH, 2010, p. 91).

Disso é possível dizer que é inerente ao homem três causas de discórdia. A competição pela qual uma pessoa ataca a outra em busca de lucro. A desconfiança o que faz o indivíduo procurar segurança. E a glória no esforço de manter ou ter uma reputação. Com essa configuração, o estado de natureza seria um estado de guerra constante (HOBBS, 1974, p. 78-80).

É nesse ambiente que tem vez a liberdade natural. Chamada de direito de natureza, seria a “liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim” (HOBBS, 1974, p. 82). A lei de natureza, como preceito geral, estabelecido pela razão, constitui na proibição “a um homem de fazer tudo o que possa destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la, ou omitir aquilo que pense poder contribuir melhor para preservá-la” (HOBBS, 1974, p. 82). Nesse cenário do estado de natureza há guerra generalizada e todos têm direito a tudo, inclusive ao corpo do outro. Esse nível de igualdade leva à destruição. A liberdade natural, vista desse ângulo, não é uma liberdade útil.

Na situação permanente de guerra do estado de natureza, a liberdade natural não traz conforto. Daí que “a situação paradoxal na qual se tem liberdade a todas as coisas e – ao mesmo tempo – a nada, parece gerar no espírito humano uma espécie de interesse pela vida em sociedade civil”. Nesse sentido, a “liberdade desmedida é desfavorável tanto em relação ao direito natural à vida quanto no que diz respeito ao desejo de comodidade” (LUZ, 2013, p. 111).

Daí surge o raciocínio segundo o qual o homem deve renunciar seu direito na mesma medida em que o outro homem deve fazer o mesmo em relação ao seu direito. A liberdade de si deve então ser estabelecida no mesmo nível da liberdade do outro em relação a si. A privação de um

indivíduo deve equivaler à privação do outro homem. E para isso, passa a existir a figura do Estado, como agente a forçar os homens ao respeito (HOBBES, 1974, p. 107).

O Estado, então, é a condição de existência da sociedade e fiador da segurança. O pacto, consubstanciado na transferência consentida de cada um, do direito de se governar e de alguns direitos naturais, em favor do representante, é formado para garantir a paz. É o instrumento pelo qual se reconhece a autoridade do soberano que surge a partir desse contrato (HOBBES, 1974, p. 109-113).

É possível enxergar mais de um desenho da liberdade no pensamento de Hobbes. Por um lado, constrói-se uma ausência de oposição, no sentido de impedimento externo a movimentos. No entanto, outra formatação é encontrada na seguinte lógica. Com o contrato social, abriu-se mão do direito natural para proteger-se a vida e, assim, poderes foram conferidos ao soberano, para consecução da paz. Se o soberano não atingir esse objetivo, desaparece a razão da obediência (HOBBES, 1974, p. 133).

Além disso, existe uma construção mais genérica e abstrata da liberdade. Sob uma perspectiva, trata-se da liberdade pelo silêncio da lei, ou seja, onde a lei é ausente (HOBBES, 1974, p. 136-138). Por outra perspectiva, os indivíduos são livres para fazer o que o contrato – a lei – dispuser (KRITSCH, 2010, p. 97). Assim, o objetivo do contrato social é impor limites de ação – as leis civis –, sendo esta noção provedora dos critérios de liberdade, ou seja, do que se pode e não pode fazer. Por isso, Raquel Kritsch (2010, p. 98) explica que no sentido civil, “liberdade pode ser definida como toda possibilidade de ação dentro dos limites da lei e também no espaço não coberto pela lei — sempre que a omissão do texto legal não seja entendida em sentido contrário aos objetivos do Estado”.

Delmo Mattos (2012, p. 76-77) extrai duas formas de se compreender os impedimentos aos quais Hobbes faz menção como restrição da liberdade. Além daquele relacionado à restrição física do movimento, menciona as obrigações legais e as leis civis. Nesta segunda acepção, está a liberdade como autonomia da ação, “uma liberdade diante das obrigações legais, no sentido da capacidade do sujeito legislar para si próprio conforme a sua própria vontade”. Em tal sentido, “a liberdade apresenta-se como ausência de impedimentos externos, ao passo que tais impedimentos são compreendidos nos termos das obrigações legais”.

Pennock, nessa seara, esclarece a concepção de Hobbes a respeito da liberdade e da lei civil. Após aglutinar as ideias de *jus, right e liberty*,

de um lado, e *lex, law* e *obligation*, de outro, explica que *lex* é o que a lei comanda ou proíbe e *ius*, o que a lei permite. Assim, o direito é uma liberdade concedida pela lei, ou seja, um regime pelo qual o que não é proibido é permitido (PENNOCK, 1965, p. 108).

Um assunto se destaca em toda essa teoria: o medo. Como destacado, no estado de natureza, é o medo que faz com que os indivíduos abandonem suas condições, para, em contrato social, criarem a sociedade e o Estado. Mas também é o temor que dá força ao Leviatã, para gerenciar a vida em sociedade. No estado de natureza, o medo leva ao pacto, e no Estado, o medo leva à obediência (RIBEIRO, 2001, p. 71). Dessa forma, o Estado, na construção de Hobbes, não é um supressor total da liberdade, mas um player que ordena a vida em sociedade, utilizando-se das leis para regular condutas (MATTOS, 2012, p. 78).

Diante desses aportes teóricos, no contexto da pandemia e sob o argumento da liberdade como impeditiva das medidas de contenção do vírus, se a liberdade de um for tamanha e igual ao do outro, no fundo, o que se terá é o retorno ao momento pré-social. Inexistente a citada renúncia e a figura do Estado a mediar a liberdade, o que se observa é a prevalência da liberdade natural. Assim, se o contrato social tem por propósito proteger a vida, através da figura do Estado, na verdade, a não positivação das medidas de contenção do vírus é que deveriam ser alvo de crítica e de desobediência. Desta forma, se o contrato social pode significar a imposição de limites, sem os quais a liberdade é danosa, parece evidente que o argumento da liberdade contra as medidas sanitárias de contenção da pandemia, no fundo, não se adequa ao sentido civil de liberdade.

3.2 A liberdade Lockeana

A história inglesa do século XVII foi marcada pela disputa entre a Coroa, defensora do absolutismo, encabeçada pela dinastia Stuart, e o Parlamento, que abraçava o liberalismo, através da burguesia em crescimento. Nesse contexto, o conflito também era religioso e dele participavam católicos, presbiterianos, puritanos e anglicanos. Agravava tudo uma insatisfação de índole econômica porque o Estado concedia privilégios e monopólios mercantilistas a setores da sociedade, enquanto outra parcela propunha a liberdade de produção e de comércio. De 1640 a 1649, uma guerra civil – a Revolução Puritana – teve vez com a vitória do lado parlamentarista, execução do monarca, implantação de uma república

inglesa e a existência de um Estado forte. No entanto, de 1660 a 1688 – a Restauração – a monarquia Stuart retornou ao poder e com isso o conflito anterior. A crise deu azo a uma aliança entre os partidos conservador e liberal, no Parlamento. Em 1688, a Revolução Gloriosa simbolizou a vitória do liberalismo político sobre o absolutismo e, em 1689, com a *Bill of Rights* – carta de direitos – ficou assentada a supremacia legal do Parlamento sobre a monarquia que se tornou limitada (MELLO, 2001, p. 81-82).

John Locke viveu intensamente essa época. Ele negou a descendência de um poder divino ao poder monarca e defendeu que o poder político tem como fonte o consentimento expresso dos governados. Assim, repudiou a origem desse poder na tradição ou na força. Do mesmo modo que Hobbes, sua teoria política parte do estado de natureza, para em contrato social fazer nascer o estado civil. Desta forma, os indivíduos, com o uso da razão e possuidores de propriedade, precederiam a sociedade e o Estado – estado pré-social e pré-político. A ideia lockeana de propriedade significava vida, liberdade e bens, direitos naturais dos seres humanos que viveriam em plena liberdade e igualdade (estado de natureza). A liberdade natural, para Locke, “consiste em estar livre de qualquer poder superior sobre a Terra e em não estar submetido à vontade ou à autoridade legislativa do homem, mas ter por regra apenas a lei da natureza” (LOCKE, 1998, p. 401). Não havia um estado de guerra nos moldes defendidos por Thomas Hobbes (MELLO, 2001, p. 84-85), mas isso não importava na inexistência de disputas de interesses.

Na ausência de um poder superior, cada pessoa era árbitra de si. Se ofendida, permitia-se uma resposta, por vezes até mesmo desproporcional, e um estado de relativa paz poderia se transformar em um estado de guerra (BOBBIO, 2000, p. 59) ou um estado de inimizade e destruição (LOCKE, 1998, p. 395). Nesse estado de natureza lockeano havia insegurança e a liberdade, a vida e os bens eram colocados sob ameaça.

Isso levou ao contrato social – um consentimento unânime entre os homens – e o nascimento da sociedade política, com leis, judicatura e força, para proteger a propriedade e repelir agressões internas e externas. Na explicação de Bobbio (2000, p. 61-62) sobre a teoria de Locke, o estado civil nasce para conservar a vida e a propriedade, direitos naturais fundamentais, porque no estado de natureza, apesar desses direitos existirem, não estavam garantidos. O Estado, portanto, nasce para que as pessoas possam conservar tais direitos.

Percebe-se, então, que os indivíduos são livres no estado da natureza, mas mesmo dentro da ideia de direito natural, a liberdade está

limitada ao respeito às leis da natureza, sendo possível a punição a quem desrespeitá-las (TULLY, 1993, p. 315-316). A passagem ao estado civil vem para garantir essa liberdade. Nas palavras de Norberto Bobbio, se “o estado civil nasce para garantir os direitos naturais e é baseado no consenso”, “o poder do Estado é essencialmente *limitado*” (itálico no original) (BOBBIO, 2000, p. 62). A liberdade é ponto fundamental e a lei existe para sua garantia. Então, é possível dizer que a lei funciona como espaço de liberdade contrária à arbitrariedade, por causa do seu fundamento no direito natural. Portanto, a liberdade no estado de natureza e a liberdade no estado civil são restringidas pela lei, seja de natureza, seja do Legislativo. Tais liberdades, então, são ordenadas e usufruídas “sem violar direito de terceiros, de acordo com os limites impostos ao seu exercício e vigentes em cada época” (MAMEDE, 2007, p. 111).

No estado civil, o fim da lei é de manter e aumentar a liberdade e consiste essa liberdade “em estar livre de restrições e de violência por parte de outros”. Por isso, é a lei que possibilita a liberdade. A liberdade opera na disposição e ordenação dentro dos limites das leis a que se submete (LOCKE, 1998, p. 433-434). Assim, exortando uma perspectiva republicana da liberdade em Locke, Rodrigo de Sousa afirma que a lei é um elemento da liberdade, estando esta e aquela ao mesmo lado, diferente da perspectiva liberal, pela qual a lei interfere na liberdade e a preservação desta exige a menor atuação daquela (DE SOUSA, 2018, p. 182).

Nessa ordem de ideias, um governo é considerado legítimo se atuar dentro da finalidade para qual foi constituído, ou seja, a proteção da vida, da liberdade e dos bens. O descumprimento deste objetivo significa a atuação fora do contrato social. E aqui se observa mais uma vez a marca da liberdade no pensamento de John Locke, porque atuando o Legislativo ou o Executivo fora do seu propósito, haveria uma autorização ao homem para exercitar a desobediência (LOCKE, 1998, p. 579-581).

O contrato social e a sociedade política surgem para repelir a agressão, interna ou externa, à liberdade e à vida. O Estado, advindo do consentimento unânime, não pode autorizar que a liberdade individual ameace tais valores em sociedade. Transposta essa lógica para a análise das citadas medidas legais de contenção da pandemia aprovadas cientificamente e considerando a livre circulação das pessoas a ampla disseminação do vírus, a resposta estatal precisava ser a restrição da liberdade individual. Tendo como premissa que as medidas sanitárias eram o caminho para o retorno seguro da liberdade de todos e diminuição, tanto quanto possível,

do alastramento do vírus, a liberdade individual de uma pessoa precisaria ser limitada. Assim, a lei para tutelar o futuro retorno da liberdade em sociedade poderia contemplar medidas de combate à pandemia e restringir a liberdade individual. É a contenção, pela lei, da liberdade individual a favor da liberdade social e da vida.

3.3 A liberdade Rousseauiana

Jean-Jacques Rousseau foi considerado o patrono da Revolução Francesa de 1789. Isso porque, dentre suas ideias políticas centrais, estava a de que, como condição para a libertação, o exercício da soberania pertenceria ao povo. Ele reconhece uma historicidade hipotética da humanidade. Constrói a ideia de liberdade no estado de natureza e de um pacto a partir da proposta dos ricos, o que tornaria a liberdade em servidão. Tendo isso em mente, todo um pensamento político do dever-ser é produzido e nasce um raciocínio das condições para um pacto legítimo, por um lado, especialmente fincado na ideia de igualdade, e por outro, consignando que, perdida a liberdade natural, ganha-se a liberdade civil. Esta é a condição primeira de legitimidade da vida política que deve acontecer no momento da fundação do corpo político e prolongar-se no curso da sua vida (DO NASCIMENTO, 2001, p. 194-197).

Dentre os jusnaturalistas, é possível enxergar dois pontos extremos, no trato do estado de natureza e do estado civil. Por aquele, havia a liberdade sem paz e, por este, a paz sem liberdade (servidão). Este, por exemplo, é o pensamento hobbesiano. Uma visão de meio termo, pode ser encontrada em Locke. Rousseau volta seu pensamento às alternativas de extremos. Articula, porém, a possibilidade de conjugação entre Estado e liberdade. Aproximando-se de Hobbes e afastando-se de Locke, defende que o contrato social é um ato coletivo de renúncia aos direitos naturais. Diferente, entretanto, do pensamento hobbesiano, tal renúncia não se faz a favor de um terceiro soberano e sim a favor de todos, nos quais o indivíduo faz parte. Esse contrato de alienação não é de sujeição (Hobbes). É um contrato de alienação de sociedade em favor da comunidade inteira. Aí a manifestação suprema é a vontade geral entendida como a vontade dos indivíduos contraentes. Por isso, “a renúncia de Rousseau deveria levar a abandonar, sim, a liberdade natural, mas para reencontrar uma liberdade mais plena e superior, que é a liberdade civil, ou *liberdade no Estado*” (itálico no original) (BOBBIO, 2000, p. 70-73).

O estado de natureza, em Rousseau, diferente do que se encontra no pensamento de Hobbes, seria eminentemente pacífico. Nesse cenário, o ser humano seria, por natureza, bom – o bom selvagem. No entanto, o advento da propriedade privada teria feito surgir a desigualdade e a tensão entre proprietários e não proprietários. Com isso, o Estado aparece para gerenciar essa tensão e regular toda a sociedade. Isso porque o Estado serve para fazer valer a vontade geral e coibir a ação por interesses particulares. O contrato social seria o instrumento pelo qual cada indivíduo aceitaria se submeter à vontade da maioria, fazendo nascer o Estado. Nessa lógica, a sociedade civil nascida do contrato social seria a forma de garantir os direitos de cada um, com direitos iguais para todos.

O contrato social surge de iguais e dele nasce um corpo soberano. Este é o elaborador das leis e quem deve obediência a elas. Conjuga a liberdade civil e a obediência, porque “obedecer à lei que se prescreve a si mesmo é um ato de liberdade”. Mas também é um sinal de igualdade, na medida em que a obediência à lei significa respeito à deliberação própria e de cada um, ou seja, da vontade geral (DO NASCIMENTO, 2001, p. 196).

Os objetivos da comunidade política precisam ser realizados. Para isso, o governo existe e, nesse sentido, deve ser guiado. Conquanto muitas vezes não deseje isso e queira ser soberano, o corpo administrativo é um órgão limitado, justamente porque voltado a perseguir os fins daquela comunidade. Não é, portanto, autônomo ao poder soberano do povo (DO NASCIMENTO, 2001, p. 197).

Nessa ordem de ideias, o pensamento sobre a liberdade em Rousseau é bem significativo. Ele descreve um momento no qual os “obstáculos prejudiciais”, no estado de natureza, impelem que os homens mudem seu modo de ser e, na ausência de novas forças, unam-se e dirijam as que existem em um comum acordo. Além disso, escreve que seu modelo de contrato social dá solução ao problema de fornecer liberdade civil à pessoa na mesma medida que ela possuía antes quando da liberdade no estado de natureza (ROUSSEAU, 1999, p. 20-21). No entanto, a liberdade natural e a liberdade civil têm concepções diferentes. A primeira significa uma liberdade com ausência de leis e limitada apenas à força dos indivíduos. A segunda importa em uma liberdade submissa às leis que cada um dá a si mesmo (autonomia) (BOBBIO, 2000, p. 74), ou seja, limitada pela vontade geral (ROUSSEAU, 1999, p. 26).

A lei civil, então, é a vontade geral que dá norte à comunidade. Essa lei possui a nota de generalidade, afastando-se de vontades particulares, e

visa o interesse público. É pela lei que se viabiliza a liberdade, pois assim fazendo, por obedecer a vontade geral, o indivíduo obedece a própria vontade. Por ser expressão da vontade geral, a lei exprime o que pode ou não ser feito (ROUSSEAU, 1999, p. 47-48).

Por conta disso, é possível traçar algumas características da liberdade rousseauiana. Ela qualifica-se como um maior encontro entre a vontade de quem faz a lei e a vontade de quem a obedece. Categoriza o Estado como aquele que as ordens exprimem mais a vontade geral. E configura a liberdade civil como obediente à vontade geral. Na compatibilização entre Estado e liberdade, cada indivíduo deve ter “participação consciente e de acordo com a lei do Estado” (BOBBIO, 2000, p. 75). Rousseau aceita a interferência sobre a liberdade a partir da vontade geral que busca o interesse público. O silêncio da lei dá base à liberdade (DE BARROS, 2012, p. 30-32).

Pelo visto, a obediência à lei é sinal de respeito à igualdade, porque ela decorre da deliberação da própria pessoa e de cada um. A liberdade civil, então, é uma submissão às leis que cada um dá a si. Vista sob a perspectiva da vontade geral, a liberdade, portanto, é limitada e a lei civil deve buscar o interesse público. A liberdade, por ser uma maior aproximação entre a vontade legislativa e a vontade do povo, pode sofrer restrição, na busca desse interesse público. Aproximando isso ao interesse público de contenção da pandemia, as medidas legais, como acima mencionadas, no fundo, não ofendem a liberdade.

Apresentados esses pensamentos contratualistas, a próxima seção tratará do significado da liberdade positiva e da liberdade negativa. A distinção entre as concepções é relevante para ajudar a explicar o papel da liberdade no cenário exposto no início deste trabalho.

4 A LIBERDADE POSITIVA E A LIBERDADE NEGATIVA

Uma abordagem importante sobre o tema liberdade compreende as concepções de liberdade positiva e de liberdade negativa. Para as devidas compreensões, duas perguntas são propostas. Para a primeira liberdade, é indagado a respeito de quem constitui a fonte de controle ou interferência que pode determinar uma pessoa a fazer algo. No que toca à segunda, é questionado qual o espaço em que o sujeito (ou a coletividade) deve ser deixado, para fazer ou ser o que sabe fazer ou ser, sem interferência de outras pessoas (BERLIN, 2002, p. 168-169).

O contexto no qual essas questões foram pensadas era o de embate entre os países que representavam a civilização capitalista ocidental e o comunismo ou o totalitarismo comunista (a Guerra Fria); o de luta entre tais países pelo controle de países descolonizados e do terceiro mundo; e o de luta dos países do terceiro mundo contra a dependência pós-colonial e pela autodeterminação. A concepção da Guerra Fria, então, significa a batalha entre dois sistemas de ideias, com o capitalismo ocidental representado na liberdade negativa e os países comunistas na liberdade positiva (TULLY, 2013, p. 24-25).

Com relação à liberdade negativa, um mínimo de liberdade pessoal deve ser preservado. Esta ideia tem vez porque do contrário haveria uma negação da própria natureza humana. Para tanto, faz-se necessária a construção de uma área de não interferência dirigida contra outra pessoa ou o Estado (DOS SANTOS, 2018, p. 20). Aqui, o sentido é de uma zona de liberdade para a pessoa perseguir seu próprio bem através de seu meio particular. Toda pessoa tem sua respectiva liberdade, a qual todos os demais devem respeito (BERLIN, 2002, p. 173-174). A liberdade negativa é concebida como a liberdade de não interferência. É uma resistências às forças de opressão (CHERNISS, 2013, p. 136).

Como lembra Marco Aurélio Cardoso (2008, p. 137-138), fazendo ligação com os direitos civis e o liberalismo, “[a] liberdade negativa é considerada pela tradição liberal como sendo a não interferência do Estado na propriedade dos indivíduos, exceto em caso de danos à sociedade e possui uma concepção limitada dos direitos do cidadão”. Assim, “os cidadãos têm a liberdade negativa de não estarem sujeitos a restrições ou interferências em seus legítimos desejos ou interesses”. Deste modo, “a forma negativa da liberdade é a ausência de obstáculos, barreiras ou impedimentos”, ou seja, “[n]egativa, pois a forma envolve um não, uma ausência, um não ser obstruído em sua vontade. O conceito de liberdade negativa não envolve uma ação afirmativa, algo a ser feito, ação comissiva, apenas algo a não ser interposto no caminho, omissão” (HAVLIK; REBOUÇAS, 2016, p. 54).

No cenário de pandemia, é preciso partir da ideia de que a liberdade individual ampla e irrestrita levaria a muito mais do que as centenas de milhares de mortes que se sucederam no Brasil. Com isso em mente, é preciso entender como encaixar a lógica da liberdade negativa nesse contexto. É preciso dizer que a lei mencionada deu atenção especial ao critério de menor invasão possível ao patrimônio jurídico das pessoas. Assim, para a adoção de uma das medidas legais adotada era preciso ter suporte em evidências científicas e limitação no tempo e no espaço ao

mínimo indispensável para a proteção da saúde pública. Com esse escopo positivou o isolamento, a quarentena, a restrição ao uso de rodovias, portos e aeroportos, a vacinação e o uso de máscaras.

Inicialmente, como sublinhado, a liberdade negativa demanda um espaço de não obstrução para que se possa perseguir o próprio bem através do meio particular escolhido. O ponto aqui é que se isso significar a não adoção das medidas legais, conforme normativamente prescrito, consequências negativas teriam vez nas vidas de muitas outras pessoas. É por isso que a não interferência reclamada pela liberdade negativa é excetuada em caso de danos à sociedade. Portanto, a liberdade negativa, em meio a uma pandemia, fica comprimida, no tempo ou no espaço, ao mínimo necessário, não sendo possível a supressão de todas as liberdades dos membros de uma sociedade, porque isso seria o contrário de tratá-los como agentes morais e importaria, no fundo, em não os conceber como pessoas (BERLIN, 2002, p. 207).

No tocante à liberdade positiva, a compreensão é de que a pessoa quer que sua vida e decisões dependam de si e não de forças externas. A obediência à lei, daí derivada, é uma obediência a si, de forma não coercitiva. Diante desse quadro, surge a questão de uma pessoa racional que deseja se autodirigir de acordo com sua vontade racional e a existência da liberdade do outro com a mesma nota de autodireção. Ao tratar da colisão entre vontades e da fronteira entre direitos das pessoas em uma dada coletividade, contrói-se a lógica de que pessoas racionais entenderão que o que é certo para um indivíduo, também é correto para o outro. Isso porque a liberdade não significa ser livre para fazer o que é irracional, estúpido ou errado (BERLIN, 2002, p. 178-183 e 194).

A liberdade positiva faz um elo entre democracia, direitos políticos e cidadania, afirmando que “o republicanismo, por sua vez, possui uma visão positiva da liberdade e tem, deste modo, uma concepção mais vasta dos direitos humanos”. No ponto, “os cidadãos têm a liberdade positiva de participar do governo e de contrastarem junto às tentativas de indivíduos particulares de se apoderarem do patrimônio público” (CARDOSO, 2008, p. 137-138).

O Estado livre ou racional é governado por esse tipo de leis, que, por sua vez, são aceitas pelas pessoas, já que elas participaram da promulgação das mesmas, foram ouvidas e apontaram suas demandas. A fronteira, então, será a desenhada por essa atividade (BERLIN, 2002, p. 191-199). Nessa acepção, a liberdade positiva é afeta à participação das pessoas na construção do Estado, na feitura das suas leis. A liberdade

positiva, portanto, é a liberdade de autogoverno, de autorrealização ou de autodomínio. Nesse passo, a liberdade positiva seria um objetivo universal válido, conquanto algumas de suas versões devam ser rejeitadas por conta da nota de obediência à autoridade e sua inerente inversão do significado de liberdade (CROWDER, 2013, p. 53).

A Lei da Pandemia é fruto da liberdade positiva. Seguido o trâmite constitucional do processo legislativo, os representantes dos mais diversos segmentos da sociedade tiveram espaço para se posicionar. O que se tem, portanto, é o respeito à liberdade de autogoverno.

Além disso, a mencionada lei ainda teve a preocupação de condicionar as medidas de combate à pandemia a critérios científicos. Este ponto confere racionalidade ao desenho legal e permite a compreensão por parte das pessoas em entender que, pela ciência, a medida que é correta para uma pessoa também é para outra.

Traçadas as concepções e diferenças de liberdade positiva e liberdade negativa, e as inserindo no contexto pandêmico, é chegado o momento de ingressar em assunto caro para a compreensão liberal de liberdade. O dano é assunto que chama atenção e é dele que se passará a fazer considerações na seção seguinte.

5 A LIBERDADE E O DANO

Frente a tudo que foi exposto enxerga-se que a liberdade possui desenho variado. É preciso destacar, no entanto, que mesmo em pensamentos liberais é possível visualizar um fator como restritivo da liberdade. A compreensão da figura do dano é relevante e esta seção dela tratará.

Um importante pensamento no estudo sobre a liberdade é o de John Stuart Mill. Fincada na proteção da liberdade individual, sua pretensão foi tratar da natureza e dos limites do poder – chamado por ele de liberdade civil ou social – exercido legitimamente pela sociedade sobre o indivíduo. Abordando o antagonismo entre governantes e governados, Stuart Mill coloca a liberdade como a proteção contra a tirania dos governantes, e expõe dois instrumentos de constrangimento desses em favor da liberdade daqueles: a imunidade e a checagem. Pela imunidade, reconhecem-se liberdades ou direitos políticos pelos quais, em caso de desrespeito por parte do governante, o governado tem autorização para se opor. Já a checagem é a ideia de que governantes se encontram em

suas posições para representar os interesses dos governados, havendo aí a lógica do consentimento como condição para a prática de atos por aqueles sobre esses (MILL, 2009, p. 04-06).

O autor pontua na história o crescimento da ideia de um governo temporário e eleito, dando margem à evolução do argumento de que os governantes devem se identificar com o povo e a vontade da nação, observando um sentimento comum, entretanto equivocado, de que essa estrutura não permitiria o povo tyrannizar o próprio povo. Nesse sentido e percebendo que o povo pode ser todo o resto que não uma minoria, é possível enxergar a opressão do povo sobre o povo – a tyrannia da maioria. Assim, reconhece-se que a tyrannia não tem origem apenas em um governo. A própria sociedade pode e, muitas vezes, é tyrânica. Com essa constatação, deve existir proteção contra esses dois segmentos – os quais podem ser chamados de ameaça antiga ou tradicional e ameaça nova à liberdade, respectivamente (BRINK, 2009, p. 41) –, de modo a fazer prevalecer, ao menos como regra, a liberdade sobre opiniões, sentimentos e condutas impostas sobre minorias e dissidentes (MILL, 2009, p. 07-10).

Em particular o dano, na estrutura do raciocínio de Mill, serve como um fator de interrupção. A liberdade individual tem fluxo e o Estado ou a sociedade somente possuem autorização para impedi-la quando presente o dano. Visualizando, de um lado, o indivíduo e, de outro, a sociedade ou o Estado, é ilegítima a interferência sobre esse indivíduo, sem sua vontade, exceto na hipótese de prevenção do dano. O próprio bem, seja físico ou moral, não justifica a intervenção na liberdade individual, fora do campo proposto pela ideia de dano. Não seria possível forçar uma pessoa a tomar uma conduta contra si mesma, se apenas a mesma se prejudica com isso. O mal a uma terceira pessoa, portanto, deve entrar no cálculo para a restrição à liberdade individual. Existiriam, então, duas dimensões: a sociedade só estaria autorizada a agir frente a um dano genuíno e não um mero desconforto social, e tal dano deveria se dirigir a terceira pessoa e não a própria da qual tem origem (SCHAUER, 2011, p. 04-05). Esse é o princípio do dano.

O dano deve ser concebido de maneira objetiva, concreta e tangível, até para não permitir um indevido avanço sobre a liberdade, e, dependendo da situação, enxergado em um ambiente de opressão sistemática e injustiça epistêmica. Sua compreensão pode ser relacionada com um prejuízo a um interesse pessoal. Ofensa sem dano, discordância, desapontamento e desconforto são temas vizinhos, mas que não permitem a incursão sobre a liberdade individual (BELL, 2020, p. 03-12). Como diz

David Brink, “para satisfazer o princípio do dano, uma ação deve, de fato, violar ou ameaçar de forma iminente os interesses nos quais outras pessoas tenham um direito” (BRINK, 2016, p. 31 e 66).

A compreensão do pensamento de John Stuart Mill aprofunda o tema sobre a individualidade como um dos elementos do bem-estar. Nessa seara, em harmonia com o princípio do dano, Mill é expresso ao explicar que mesmo a opinião perde sua proteção quando, nas circunstâncias em que emitida, constituir-se em uma instigação a um ato malicioso a terceiros. Mill (2009, p. 93-95), até de forma concisa, enfatiza que naquilo que não diz respeito a outras pessoas, a individualidade deve se afirmar, já que o livre desenvolvimento dessa individualidade é um dos pontos essenciais para o bem-estar.

Como dito, Mill trabalha o choque entre a liberdade individual e a autoridade sobre a pessoa. Apesar de repelir a ideia de contrato social e a fundação da sociedade por seu intermédio, ele explica as parcelas de interesses que devem importar à individualidade e à sociedade, a necessária proteção da sociedade em relação aos indivíduos e os limites a serem observados por estes por viverem em sociedade. No assunto relacionado aos limites da autoridade da sociedade sobre o indivíduo, é afirmada uma linha de conduta a ser seguida por um indivíduo em relação aos demais. Neste particular, uma pessoa não deve lesar o direito do outro e sempre que houver um dano ou um risco de dano a outro indivíduo ou à sociedade, a liberdade deve ceder (MILL, 2009, p. 126-139).

De forma abstrata e genérica, a doutrina de liberdade de Stuart Mill possui duas máximas. A primeira afirma que o indivíduo não presta contas à sociedade por suas próprias ações desde que isso não atinja os interesses de outra pessoa que não ela mesma. A segunda diz que se tais ações são prejudiciais aos interesses de terceiros, esse indivíduo deve prestar contas e ser submetido a sanções sociais ou legais, se a sociedade entender que um ou outro tipo de punição é reclamado para sua proteção (MILL, 2009, p. 159-161).

Conquanto seja esse o quadro teórico de Mill, ele mesmo utiliza-se da expressão interferência para argumentar que seu pensamento é no sentido de um governo que não promova interferência na liberdade individual. No ponto, Frederick Schauer afirma que a posição liberal de Mill tem a direção de tornar ilegítima qualquer restrição do Estado em relação às ações dos indivíduos, exceto se tais produzirem dano a terceiros (SCHAUER, 2011, p. 01).

Explicado o papel que o dano assume na seara da liberdade, mesmo para o pensamento liberal, verifica-se a pertinência de medidas legais de combate à pandemia. Como destacado pelo STF, as medidas legais precisam ter embasamento científico. O objetivo foi o de minimizar o dano social e individual, seja para que as pessoas não adoecessem ou mesmo perdessem suas vidas, seja para que o retorno das liberdades se desse o quanto antes e para todos. O próprio número de vítimas fatais alcançado pelo Brasil, desde o início de projeção factível, comprova a correção do uso argumentativo do dano a impedir o fundamento da liberdade para contrariar a execução das aludidas medidas.

CONCLUSÃO

O trabalho preocupou-se com o uso argumentativo da liberdade como obstáculo à implementação das medidas legais de contenção da pandemia do novo coronavírus. Por isso, apresentou diversas abordagens sobre a liberdade e aprofundou suas explicações. O objetivo foi, a partir desses aportes teóricos, explicar que, no fundo, os próprios pensamentos sobre a liberdade permitem sua restrição.

Nesse sentido, a primeira seção após a introdução trouxe a Lei da Pandemia e diversas medidas de enfrentamento do vírus. A partir da interpretação extraída pelo STF, foi possível ver que o simples argumento de liberdade, sem aprofundamento, não endereçava à solução correta. Alguns julgamentos deram cores a isso.

Depois disso, a seção seguinte apresentou o direito geral de liberdade. Mesmo que o conceba como um argumento liberal, demonstrou-se que a liberdade não é absoluta. Foi enfatizada a necessidade de eventual ponderação de interesses e dito que a liberdade também tem cunho material. Por isso, a liberdade nem sempre significa a ausência de limitação.

A seção seguinte tratou das liberdades contratualistas. Explicando os pensamentos de Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, ficou claro que a liberdade não pode ser compreendida como algo sem qualquer possibilidade de restrição. Admitir isso, ao cabo, poderia conduzir ao retorno da liberdade natural de um período pré-social.

Para mais, as liberdades negativa e positiva foram tratadas. Foi explicado que mesmo aquela não admite danos à sociedade e que seria legítima, em meio à pandemia, sua compressão ao mínimo necessário. Em relação a esta, foi ressaltada sua obediência através da Lei da Pandemia,

porque os diversos segmentos da sociedade tiveram espaço para se posicionar e por conta da preocupação em condicionar as medidas de combate a critérios científicos, conferindo racionalidade e compreensão ao desenho legal.

Por último, foi desenvolvido o papel do dano na formatação da liberdade. Como demonstrado, mesmo liberais, como John Stuart Mill, defendem que a liberdade deve ceder em situações em que haja dano a terceiros. E a pandemia é um exemplo concreto de dano a terceiros e a uma coletividade, seja no tocante à saúde e a à vida, seja no tocante à própria liberdade dessas pessoas, em decorrência do alastramento do vírus.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BELL, M. C. John Stuart Mill's harm principle and free speech: expanding the notion of harm. **Utilitas**, p. 1-18, 2020.

BERLIN, I. **Liberty. Incorporating Four Essays On Liberty**. Henry Hardy. Oxford: Oxford University Press, 2002.

BOBBIO, N. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 2. ed. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.586**. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em: 17 dez. 2020. Publicação em: 7 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 811**. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 8 abr. 2021. Publicação em: 25 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.267.879**. Relator(a): Min. Roberto Barroso. Julgamento em: 17 dez. 2020. Publicação em: 8 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.343**. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Redator(a) do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em: 6 maio 2020. Publicação em: 17 nov. 2020.

BRINK, D. O. Mill's liberal principles and freedom of expression. *In*: TEN, C. L. (ed). **Mill's On Liberty: a critical guide**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 40-61, 2009.

BRINK, D. O. Princípios de Millian, liberdade de expressão e discurso de ódio. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) **Liberdade de Expressão no Século XXI**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 27-85, 2016.

CARDOSO, M. A. Liberdade negativa: uma reflexão contemporânea. **Tempo da Ciência**, v. 15, n. 30, p. 135-145, segundo semestre 2008.

CHERNISS, J. L. **A mind and its time: the development of Isaiah Berlin's political thought**. Oxford University Press, 2013.

CROWDER, G. In defense of Berlin: a reply to James Tully. *In*: BAUM, Bruce; NICHOLS, Robert (ed.). **Isaiah Berlin and the Politics of Freedom: 'two concepts of liberty' 50 years later**. New York: Routledge, p. 52-69, 2013.

DE BARROS, A. R. G. Da liberdade dos súditos em Hobbes à liberdade dos cidadãos em Rousseau. **Argumentos-Revista de Filosofia**, ano 4, n. 8, p. 20-33, 2012.

DE SOUSA, R. R. Elementos da liberdade republicana em John Locke. **Cadernos Espinosanos**, n. 38, p. 171-188, jan.-jun. 2018, ISSN 1413-6651.

DO NASCIMENTO, M. M. Rousseau: da servidão à liberdade. *In*: WEFFORT, F. C. (Org.). **Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "o federalista"**. 13. ed. São Paulo: Ática, p. 187-241, 2001. v. 1.

DOS SANTOS, A. C. Isaiah Berlin e Charles Taylor em debate: Reflexões em torno das concepções de liberdade positiva e negativa. **Controvérsia**, São Leopoldo, v. 14, n. 3, p. 16-30, set.-dez. 2018.

HAVLIK, J. G. S.; REBOUÇAS, G. M. Contribuições de Isaiah Berlin para refletir sobre liberdade. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, ano 16, n. 2, p. 47-67, jul-dez/2016.

HOBBS, T. **Leviatã: matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

KRITSCH, R. Do poder à liberdade civil: elementos fundacionais do pensamento político de Thomas Hobbes no Leviatã. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 10, n. 114, p. 88-99, nov. 2010.

LOCKE, J. **Dois tratados do governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUZ, G. V. Hobbes: o paradoxo da liberdade. **Revista Reflexões**, Fortaleza - Ce, ano 2, n. 2, p. 106-112 jan. - jun. 2013, ISSN 2238-6408.

MAMEDE, J. M. B. A liberdade e a propriedade em John Locke. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 12, n. 2, p. 104-113, abr. 2007.

MATTOS, D. Natureza e liberdade no “Leviathan”. *ethic@* - **Revista Internacional de Filosofia da Moral**, Florianópolis, v. 11, n. 1, p. 59-86, jun. 2012.

MELLO, L. I. A. John Locke e o individualismo liberal. *In*: WEFFORT, Francisco Correa (org.). **Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “o federalista”**. 13. ed. São Paulo: Ática, p. 79-89, 2001.

MILL, J. S. **On Liberty**. Auckland: The Floating Press, 2009.

PENNOCK, J. R. Hobbes’s Confusing “Clarity”. The Case of “Liberty”. *In*: BROWN, Keith (ed.), **Hobbes Studies**, Oxford: Basil Blackwell, p. 101-116, 1965.

PEREIRA, J. R. G. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Renovar, 2018.

RIBEIRO, R. J. Hobbes: o medo e a esperança. *In*: WEFFORT, Francisco Correa (org.). **Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “o federalista”**. 13. ed. São Paulo: Ática, p. 51-77, 2001.

ROUSSEAU, J. **O contrato social**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SANCHÍS, L. P. La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. **Derechos y libertades – Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas**. n. 8, p. 429-468, jan./jun. 2000.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHAUER, F. On the relation between chapters one and two of John Stuart Mill's *On Liberty*. **Capital University Law Review**, v. 39, p. 01-22, 2011.

TULLY, J. "Two concepts of liberty" in context. *In*: BAUM, Bruce; NICHOLS, Robert (ed.). **Isaiah Berlin and the Politics of Freedom: 'two concepts of liberty' 50 years later**. New York: Routledge, p. 23-51, 2013.

TULLY, J. **An approach to political philosophy: Locke in contexts**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.