
**PROPORCIONALIDADE E PANDEMIA: UM ESTUDO DE CASO DAS
MEDIDAS TOMADAS PELO GOVERNO DO ESTADO DO PARÁ E DO
MUNICÍPIO DE BELÉM**

***PROPORTIONALITY AND PANDEMIC: A STUDY CASE OF THE
MEASURES TAKEN BY PARÁ'S GOVERNMENT AND THE BELÉM
COUNTY***

ALBERTO DE MORAES PAPALÉO PAES

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA); Mestre em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA); Graduado em Direito pela UNAMA. Professor Universitário do Grupo Ser Educacional, UNAMA e Faculdade Maurício de Nassau (Uninassau).

FREDERICO ANTÔNIO LIMA DE OLIVEIRA

Pós-doutor em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL - Portugal); Doutor em Direito de Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor da Universidade da Amazônia (UNAMA).

JEFERSON ANTÔNIO FERNANDES BACELAR

Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos na UNESA-RJ (2018). Mestre em Direito do Estado pela Universidade da Amazônia (2009). É Coordenador Geral dos Cursos de Direito do Grupo Ser Educacional. Professor Titular da Universidade da Amazônia -UNAMA, na graduação e na Pós-Graduação Lato e Stricto Sensu.



RESUMO

Objetivo: A presente pesquisa possui como objetivo central compreender a seguinte questão: as medidas emergenciais tomadas pelo Governo do Estado do Pará e pelo Município de Belém podem ser justificadas a partir da aplicação do Princípio da Proporcionalidade?

Metodologia: Foi utilizada a pesquisa bibliografia e em textos legais, com discurso descritivo/explorativo e, na conclusão, fez-se uso de metodologia de estudo empírico entrelaçando exposição bibliográfica com a prática.

Resultados: Os autores concluem que o Princípio da Proporcionalidade, se estudado a partir da pesquisa pura e comparado com a prática brasileira, é utilizado como um recurso retórico persuasivo que esconde interesses no controle das decisões político-administrativas, de outra sorte, entendem, também, que a pesquisa do instituto de modo dialético complementar indica que a Proporcionalidade pode justificar grande parte das medidas políticas tomadas a fim de preservar o Direito à Vida em face da Liberdade (lato sensu).

Contribuições: Os autores conseguem apontar a diferença entre investigar a Proporcionalidade a partir da produção de diferença local pela doutrina e jurisprudência brasileira, sem contudo, se distanciar das proposições alemãs acerca do debate. Ao largo em que a exposição se desenrola, na conclusão os autores apresentam perspectiva crítica quanto a estrutura da fórmula peso na visão de Robert Alexy para incluir elementos morais e éticos no controle de racionalidade da ponderação, com isso, as medidas restritivas situadas nos Decretos Estaduais do Pará e Municipal de Belém, poderão ser justificados também pelo prisma da Ética.

Palavras-chave: Proporcionalidade; Restrições; Limitações; Pandemia.

ABSTRACT

Objective: *The present research has as main objective to understand the following question: can the emergency measures taken by the Government of the State of Pará and the County of Belém be justified based on the application of the Proportionality Principle?*

Methodology: *Bibliographic and legal texts research was used, with a descriptive / exploratory discourse and, in it's conclusion, an empirical study methodology was used intertwining bibliographic exposure with practice.*



Results: *The authors conclude that the Proportionality Principle, if studied from pure research in comparison with Brazilian practice, is used as a persuasive rhetorical resource that hides interests in the control of political-administrative decisions, otherwise, they also understand, that the institute's research in a complementary dialectical way indicates that Proportionality can justify most of the political measures taken in order to preserve the Right to Live in face of Freedom (lato sensu).*

Contributions: *The authors manage to point out the difference between investigating Proportionality based on the production of local difference by Brazilian doctrine and jurisprudence, without, however, distancing itself from the German propositions about the debate. As the exposition unfolds, in the conclusion the authors present a critical perspective regarding the structure of the weight formula in the view of Robert Alexy to include moral and ethical elements in the control of the rationality of the weighting, thus, the restrictive measures located in the State Decrees of Pará and Municipal of Belém, may also be justified by the ethics prism.*

Keywords: *Proportionality; Restrictions; Limitations; Pandemic.*

1 INTRODUÇÃO

Dentre vários temas que podem ser suscitados a respeito da letalidade, ou, das políticas de prevenção, medicação, etc., contra o Corona Vírus, umas das poucas certezas que é possível assumir é a que não se está diante de uma patologia simples cuja mortalidade pode ser negada ou, sequer diminuída. Justamente por conta do tom da seriedade com a qual o tema merece ser tratado é imperiosa a conscientização que, os juristas, não podem deixar de considerar que a história da ciência jurídica poderá ser contada pré e pós-pandemia. Existia um modo de compreensão do fenômeno jurídico (especialmente no que tange à relação entre Estado-cidadão) antes do COVID-19 e outro começou a ser construído a partir deste momento (e ainda se desenrolará após a imunização da sociedade)

Juristas não estão na linha de frente, nos hospitais, atendendo aos pacientes e colocando em risco suas vidas para salvar outras. Não estão nos laboratórios pesquisando acerca do desenvolvimento de uma vacina para imunizar os contaminados. E isso não quer dizer que a sua missão, enquanto investigadores do



direito tenha que ser interpretada com um peso qualitativamente diminuto. A consciência de sua posição em relação ao contexto em que vive e as possibilidades de influir e contribuir positivamente no *status* em que todos estão inseridos, esta deve ser usada como ferramenta do jurista para enfrentar a Pandemia.

Por todo o país, durante o período de explosão de casos, medidas emergenciais foram tomadas por parte do Governo Federal, dos Estados e dos Municípios. O que veio, em última *ratio* externar um problema já antigo do Sistema Federal Brasileiro¹. Muito embora o Art. 23, parágrafo único, da Constituição Federal estabeleça que os Entes Federados podem desenvolver métodos de cooperação para concretização das competências administrativas comuns, percebe-se que há, ainda, muitas questões e divergências político-administrativas que devem ser equacionadas para que tal dispositivo realmente seja aplicado².

A controvérsia passa a ficar mais evidente quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 672/DF em 13 de Outubro de 2020, sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes. Nos autos do processo se encontra a impugnação feita pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) contra os atos, sejam eles omissivos ou comissivos, por parte do Governo Federal quando do enfrentamento da Pandemia (STF, 2020, pg. 04). O argumento principal reside no fato de o Presidente da República não ter respeitado a autonomia estatal e municipal ao incentivar prática negacionista e contrária às orientações da Organização Mundial de Saúde (OMS) (STF, 2020, pg. 04).

¹ A respeito deste tema vale a menção de dois estudos interessantes a respeito das principais problemáticas do Federalismo brasileiro, a exemplo, a ausência de um regime de cooperação de fato entre os Entes Federativos, a diminuta atuação dos Municípios na gestão das competências administrativas, os critérios de coordenação das competências legislativas no âmbito das competências concorrentes, em Bercovici (2004/2008), Bonavides (2006) e Bacelar (2012).

² Nesse mesmo sentido veja-se, “As tensões do federalismo contemporâneo, situadas basicamente entre a exigência da atuação uniformizada e harmônica de todos os entes federados e o pluralismo federal, são resolvidas em boa parte por meio da colaboração e atuação conjunta das diversas instâncias federais. A cooperação se faz necessária para que as crescentes necessidades de homogeneização não desemboquem na centralização. A virtude da cooperação é a de buscar resultados unitários uniformizadores sem esvaziar os poderes e competências dos entes federados em relação à União, mas ressaltando a sua complementaridade” (BERCOVICI, 2008, pg. 07).



De fato, no dia 06 de Fevereiro de 2020, o Congresso Nacional publicou, com o aval do Presidente (muito embora o mesmo tenha vetado alguns dispositivos), a Lei n. 13.979 que versa a respeito das medidas para enfrentamento da emergência de Saúde Pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Amparada nos dispositivos constitucionais previstos nos art's 23, II³ e 24, XII⁴, o referido instrumento normativo deixa bem claro que prima pela proteção da coletividade e do bem-estar social. Prevendo as medidas de isolamento, de quarentena, determinação de realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, dentre outras medidas, a lei centraliza no Ministro da Saúde diversas funções e no §7º, do art. 3º e prevê a participação dos gestores locais com autorização do Ministro a tomarem as medidas emergenciais.

De acordo com o pleito do Conselho Federal da OAB a atuação dos Estados e Municípios demonstra-se mais importante do que a do Governo Federal na edição e autorização de medidas emergenciais para seus cidadãos, especialmente quando o Chefe do Executivo Federal incentiva o desrespeito aos protocolos mundiais de segurança e saúde pública (STF, 2020, pg. 05). Do outro lado, a Advocacia Geral da União (AGU), atua no sentido de argumentar que tanto o Presidente da República quanto o Governo Federal se mantiveram ativamente produtivos editando Medidas Provisórias, Decretos Administrativos e sancionando Entes Federativos que descumpriam as medidas emergenciais (STF, 2020, pg. 06).

Para o Ministro Relator, nos momentos de acentuada crise institucional é imperioso que haja uma ampliação da cooperação entre os três Poderes no âmbito de todos os Entes Federados, igualmente, a necessidade do distanciamento pessoal da autoridade e suas convicções de foro íntimo (STF, 2020, pg. 11). O que significa dizer que, em conclusão, os Estados e os Municípios devem ter mais autonomia no manejo das medidas que podem ser tomadas durante o período da pandemia a fim

³ Dispõe o referido dispositivo: Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II – Cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas com deficiência.

⁴ Dispõe o referido dispositivo: Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XII – Previdência Social, proteção e defesa da saúde.



de proteger o bem-estar social e garantir aos brasileiros seu Direito à Saúde (STF, 2020, pg. 23). Grande parte do argumento considera a existência de desigualdades regionais e da interpretação de que o tema se trata de Competência Concorrente em matéria legislativa (STF, 2020, pg. 26).

Tal julgamento não só validou as medidas locais de Estados e Municípios como, também, serve de ponto de partida para comprovação deste argumento inicial: existe uma latente instabilidade no federalismo brasileiro que ficou mais evidente durante a pandemia. De toda sorte, este não é a tese central da presente pesquisa, porém, é através dele que o Decreto Estadual n. 729 de 05 de Maio de 2020, o Decreto Estadual n. 800 de 31 de Maio de 2020 e o Decreto Municipal n. 96.253 de 06 de Maio de 2020 puderam ser juridicamente justificados e postos em prática estabelecendo o chamado Lockdown no Estado do Pará e no Município de Belém, bem como o projeto de reabertura gradual dos serviços não essenciais.

Prevendo a suspensão das atividades não essenciais, inclusas as escolas e universidades, a limitação da circulação de pessoas, a obrigatoriedade do uso de máscaras, dentre outras, os referidos decretos impactaram a vida dos cidadãos e condicionaram a um novo comportamento primando pelo distanciamento, isolamento numa tentativa de frear a escalada dos casos e dos óbitos em decorrência da pandemia. O argumento que pretende ser levantado no presente texto, a questão que substancia a pesquisa em deslinde, não visa discutir acerca da necessidade das referidas medidas. Muito pelo contrário, acredita-se que elas são ações que deveriam ser tomadas diante do momento em que se vive. Porém, a proposição diz respeito ao modo pelo qual elas são juridicamente justificadas pela doutrina brasileira: o critério de proporcionalidade.

Diante disto, o problema de pesquisa pode ser expresso da seguinte forma: as medidas emergenciais tomadas pelo Governo do Estado do Pará e pelo Município de Belém podem ser justificadas a partir da aplicação do Princípio da Proporcionalidade? O que leva a hipótese central a ser averiguada, ou seja: acredita-se que, muito embora algumas medidas são extremamente importantes (no âmbito político-administrativo) para impedir o avanço do vírus a Proporcionalidade



se tornou um argumento de autoridade para justificar qualquer medida, mesmo que algumas representem um paradoxo em comparação com outras. O que significa dizer que a Proporcionalidade se torna, juridicamente um tipo especial de *topoi* para convencimento e persuasão dos interlocutores.

Para tanto a pesquisa será dividida em três partes: a) na primeira, de cunho teórico e reflexivo, abordar-se-ão os principais aspectos do Princípio da Proporcionalidade no Brasil; b) na segunda, de cunho prático, abordar-se-ão as principais medidas que foram tomadas em âmbito Estadual e Municipal para a contenção do aumento de casos através dos Decretos emitidos pelas autoridades mencionadas e, por fim; c) na terceira parte, analisar-se-á se o Princípio da Proporcionalidade realmente está sendo utilizado do modo adequado a fim de justificar as medidas emergências tomadas por estas duas administrações.

Como referências de base teórica utilizar-se-ão os autores Robert Alexy (2008/2015), Luis Roberto Barroso (2009), Humberto Ávila (1999) e Virgílio Afonso da Silva (2002), dentre outros a fim de fornecer a explicação de como deve ser orientada a compreensão acerca do Princípio da Proporcionalidade. Como objetos do estudo prático, tomar-se-ão como base os decretos 729/20 e 96.253/20 publicados pelo Governo do Estado do Pará e Município de Belém respectivamente estabelecendo o Lockdown nestas duas regiões. Pretende-se, ao largo em que a pesquisa se desenvolve atingir o objetivo central que é a conscientização dos juristas e administradores que, muito embora algo possa ser argumentativamente defendido através de uma aparência de Proporcionalidade, a aplicação deste Princípio deve ser orientada através da obediência de critérios sérios de argumentação e comprovação científica.

Como foi dito em algum momento neste introito, os juristas não estão na linha de frente do combate e enfrentamento do vírus como o fazem os médicos que ainda assistem aos adoecidos e os cientistas que desenvolveram as vacinas. Por isso mesmo sua seriedade e afincamento em externar e compreender os reflexos que esta doença tem causado em no universo de observação científica do direito deve ser redobrado. Ao fazermos isto, imagina-se que esta contribuição não é só um tributo



ao conhecimento humano ou à ciência, mas, de modo particular é, precipuamente, um tributo a todas as pessoas que tiveram suas vidas direta ou indiretamente impactadas pela Pandemia.

2 ASPECTOS TEÓRICOS RELACIONADOS AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O ponto de partida para a compreensão a respeito do que trata, evidentemente, o chamado princípio da Proporcionalidade passa pela necessidade de apresentar um duplo encurralamento que deve nortear a pesquisa a respeito deste instituto. Se, de um lado a tradição jurídica estrangeira desenvolveu um sentido de Proporcionalidade a partir de sua própria experiência, de outro, o Brasil se apropriou de várias dessas referências e passou a produzir o seu sentido local de Proporcionalidade, presente em reduções epistêmicas nos manuais jurídicos que formam a compreensão do jurista comum.

Para Barroso (2009), no Brasil se utiliza da Proporcionalidade como sinônimo de Razoabilidade⁵, e isto não é um grande equívoco, pois, apesar de não ser expresso na Constituição de 1988 e sim aduzido a partir dela, o referido instrumento consegue servir de ferramenta contra o arbítrio do poder público protegendo os Direitos Fundamentais (pg. 304-5). Porém, apesar de acentuar que existe uma diferença originária entre o sentido de Razoabilidade e de Proporcionalidade a tradição brasileira resolver uni-los por crer que não há uma mútua exclusão e perda de funcionalidade entre ambos os sentidos (BARROSO, 2009, pg. 305).

⁵ Para o ilustre Ministro do STF “a ideia de Razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo. O princípio foi desenvolvido, como próprio do sistema de *common Law*, através de precedentes sucessivos, sem maior preocupação com uma formulação doutrinária sistemática. Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema Jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado (...) Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis” (BARROSO, 2009, pg. 304).



De outra sorte, conforme a lição de Virgílio Afonso da Silva (2002), não só é uma precipitação acadêmica tratar Proporcionalidade como sinônimo de Razoabilidade, como também é precipitado tratar a primeira como um princípio ou como uma ideia de dever (pg. 24-5). Considerando a distinção contida na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy (2006)⁶, o que se chama de “princípio” da Proporcionalidade não poderia ser entendido enquanto um mandamento de otimização do sistema jurídico pois ela não estabelece um dever *prima facie* que depende de sopesamento para fixação de seu conteúdo definitivo.

A definição de Humberto Ávila (1999) se justifica neste diapasão para argumentar que o correto seria defender a ideia de um dever de proporcionalidade, não sendo ela um princípio por não consistir num dever *prima facie* e não depender de um sopesamento para que fixar definitivamente seu conteúdo, a ideia de proporcionalidade deveria ser entendida mais como um dever dos Juízes em limitar a discricionariedade administrativa o que a aproximaria do sentido de razoabilidade e, conseqüentemente, de proibição de excesso (pg. 159-61).

Virgílio Afonso da Silva (2002), novamente, ressalta que muito embora a utilização do termo “dever de proporcionalidade” seja mais acertada do que princípio, ainda assim é equivocada, pois apenas contorna o problema na medida em que normas são ou regras ou princípios, não sendo ela um princípio necessariamente deverá ser compreendida enquanto regra (pg. 26). O grande problema é que a expressão princípio, para o Brasil, significa algo que determina o início, o começo, a base angular, ou, o fundamento de uma determinada disciplina. Em conclusão, há um problema terminológico que precisa ser resolvido antes de continuar qualquer investigação que tenha por objeto a Proporcionalidade.

Para esta pesquisa, acredita-se que não há como fazer uma análise acurada sobre o tema descartando uma perspectiva ou outra. Ou seja, grande parte dos

⁶ Para o professor Alexy (2006) regras e princípios não se diferem por questões de conteúdo e sim por questões de forma, eles são estruturalmente diferentes na medida em que princípios devem ser entendidos enquanto mandamentos de otimização do sistema jurídico e regras enquanto disposições semânticas relativas à regulamentação da conduta e redução linguística da norma (texto), por isso alega-se uma diferença qualitativa, porém num grau estrutural (pg. 85-91).



argumentos levantados pelos autores visa assumir que a proporcionalidade deve ser entendida: a) ou, como regra; b) ou, como princípio; c) ou, como dever. Neste diapasão entende-se que cada uma das tomadas de posição por parte dos autores, ao desconsiderar a outra, distancia-se da realidade da prática jurídica pátria que é ideologicamente miscigenada e repleta de referências e consequências.

Entende-se, por oportuno, que analisar a questão da Proporcionalidade no Brasil deve considerar todas estas diferenças e ainda, a própria questão semântica da palavra princípio que quer dizer, no sentido da dogmática jurídica pátria alicerce, fundamento, início. Em conclusão, para que se possa abordar a questão pretende-se realizar uma análise que pode ser denominada, na lição de Miguel Reale (2001) como “dialética de complementaridade”, melhor dito, o fenômeno da proporcionalidade não pode ser apreendido exclusivamente por um enfoque e, desta feita, deve ser estudado a partir das conjecturas que desvela enquanto objeto cultural⁷.

Ciente disso a investigação propõe conhecer de uma questão estrutural na ótica da Proporcionalidade, quer se adote qualquer uma das três posições alhures, e uma questão empírica a respeito do funcionamento da aplicação da mesma. A referência é feita no que tange à distinção entre Restrição e Limitação que instiga a necessidade de ponderação por meio da Proporcionalidade enquanto a questão estrutural e, de outra sorte, ao modo de aplicação, ou seja, as etapas que compreendem a análise da Adequação, da Necessidade, e a técnica de Ponderação na Proporcionalidade em Sentido Estrito.

A hipótese é a de que, mesmo que o Brasil não utilize a Proporcionalidade no modelo puro proposto pela doutrina e jurisprudência alemã, não se pode tentar corrigir os problemas internos da leitura brasileira justapondo respostas externas. Muito embora acredite-se que a Proporcionalidade usada como um tipo de

⁷ Para Miguel Reale (2001) a redução do Direito enquanto um fenômeno apreensível pela sensibilidade ou pela especulação científica não representa a totalidade do que é o Direito, daí a necessidade de desenvolver uma via alternativa entre a filosofia kantiana e o idealismo hegeliano através da fenomenologia e da Hermenêutica para expandir o conceito de Cultura e propor uma dialética da complementaridade (pg. 22-30).



argumento persuasivo e vazio se dê sem justificativa é importante que a tradição jurídica brasileira se conscientize de que é sempre necessário fornecer fundamentos (práticos, lógicos, normativos, etc.) para validar argumentos jurídicos. Passar-se-á, portanto, a análise destas questões e destas hipóteses.

2.1 RESTRIÇÃO VS LIMITAÇÃO E A NATUREZA DO DEBATE NO BRASIL

O primeiro problema claro que a análise sobre a Proporcionalidade revela é a questão da diferença estrutural entre o que vem a ser Restrição e Limitação de Direitos Fundamentais. Para Robert Alexy (2008) deve-se entender que a própria estrutura das normas jurídicas comporta graus qualitativos de diferença entre as categorias que delas fazem parte, porém, acentua que normas possuem um conteúdo deontológico enquanto que regras possuem um sentido descritivo (pg. 66). Desse modo, a questão sobre os princípios é tratada por ele enquanto uma questão estrutural, por isso define os princípios jurídicos enquanto “*Optimierungsanforderungen*”, que na tradução para o português ficou entendido como mandamentos, ou, requisitos de otimização.

Muito embora grande parte da doutrina assuma que a diferença entre regras e princípios pode ser entendida a partir do *Taking Rights Seriously* de Ronald Dworkin (1978) as proposições entre eles são antagônicas tanto na fundação e pertencimento a uma tradição filosófica quanto na consequência de suas posições⁸. Tendo Dworkin (2007) abandonado a distinção entre Regras e Princípios no *Law's Empire* parece que a orientação de Alexy (2008) deve ser entendida como a predominante no Brasil na medida em que se continua a assumir uma diferença de grau entre regras e princípios. Daí porque Alexy (2008) se torna a fundamentação

⁸ Podemos observar que enquanto Dworkin claramente está se situando no âmbito de uma filosofia mais metafísica, idealista e hermenêutica, o Professor Alexy está falando do ponto de vista de uma filosofia analítica, kantiana e pautada sobre uma perspectiva lógica de Aristóteles á Perelmann. De outra sorte, em consequência para o primeiro os princípios jurídicos poderiam surgir a partir do julgamento de um hard case, enquanto que para o segundo todos os princípios já estariam contidos no ordenamento. Podemos observar estas questões sendo tratadas por autores como Virgílio Afonso da Silva (2003), e Alberto Papaléo Paes (2014).



teórica para que se possa tratar da diferença estrutural entre Restrição e Limitação de Direitos Fundamentais.

Semanticamente, limitar algo é diminuir o seu alcance, porém, toma-se como pressuposto que a limitação é algo possível e acontece sem perda de algo que há havia sido amplamente garantido. Como por exemplo, de acordo com a Constituição Federal Brasileira, especificamente o art. 37, VII, garante o direito à Greve do Servidor Público, porém, nos limites definidos em lei específica, trata-se, portanto, de norma constitucional de eficácia limitada.

Veja-se, o Servidor Público possui um direito que lhe é conferido pela Constituição Federal, porém, o seu exercício depende de que o Congresso Nacional edite lei no sentido de estabelecer em quais condições o exercício deste direito não representa violação objetiva às outras liberdades também garantidas no texto constitucional. Trata-se, desse modo, de reserva legal qualificada. No momento em que o Congresso se manifestar a respeito do tema estar-se-á diante de uma limitação da Liberdade de greve Conferida ao Servidor Público.

De outra sorte, os cidadãos brasileiros já gozam de uma série de direitos relativos à liberdade de locomoção, por exemplo. Porém, se o Governo propõe alguma medida extrema que diminui um direito em pleno gozo pelos cidadãos e desta diminuição presume-se um prejuízo em relação à posição original dos direitos em jogo, se está diante da restrição de direitos. Ou seja, a resolução do Poder Público para permanência em localidade determinada (toque de recolher) deve ser sempre justificada, pois trata de restrição a direito fundamental⁹.

Em suma, quando se está diante, por exemplo, do Direito à Liberdade de Ofício ou Profissão, o legislador infraconstitucional, apesar de poder limitar o direito estabelecendo requisitos legais que devem ser preenchidos para que o direito se

⁹ Uma advertência necessária diz respeito a Defesa das Instituições Democráticas na Constituição Federal de 1988, que preceitua na Decretação de Estado de Sítio, a possibilidade de adoção de medidas restritivas à Direitos Fundamentais. Estas não necessitam de uma justificação, pois o fato de estarem insculpidas no texto constitucional já basta para que se corporifique a vontade soberana expressa na forma do Poder Constituinte Originário. Em conclusão, exige-se apenas a motivação da decretação e obediência do procedimento para que a Decretação do Estado de Sítio seja reconhecida como válida.



formalize, ele não poderá diminuí-los de tal modo que esta diminuição represente uma perda em relação à posição original. Por exemplo, os advogados que já exerciam sua profissão antes da exigência de aprovação no Exame de Ordem não perderam seu direito objetivo ao desempenho das funções¹⁰.

De outra sorte, a própria natureza dos princípios de direitos fundamentais exige deles a orientação da aplicação na máxima medida e este é um dos fatores que reflete na sua conflituosidade. Desse modo que o professor Robert Alexy (2008) aduz que proporcionalidade “em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas (...) já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza [deles] (...) em face de possibilidades fáticas” (pg. 118). A fim de demonstrar a máxima da necessidade Alexy (2008) explica:

A constelação mais simples é caracterizada pela presença de apenas dois princípios e dois sujeitos de direito (Estado/cidadão). Ela tem a seguinte estrutura: o Estado fundamenta a persecução do objetivo Z com base no princípio P₁ (ou Z é simplesmente idêntico a P₁). Há pelo menos duas medidas M₁ e M₂ para realizar ou fomentar Z, e ambas são igualmente adequadas. M₂ afeta menos intensamente que M₁ – ou simplesmente não afeta – a realização daquilo que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio – P₂ – exige. Sob essas condições, para P₁ é indiferente se se escolhe M₁ ou M₂. Nesse sentido, P₁ não exige que se escolha M₁ em vez de M₂, nem que se escolha M₂ em vez de M₁. Para P₂, no entanto, a escolha entre M₁ e M₂ não é indiferente. Na qualidade de princípio, P₂, exige uma otimização tanto em relação às possibilidades fáticas quanto em relação às possibilidades jurídicas. No que diz respeito às possibilidades fáticas, P₂ pode ser realizado em maior medida se se escolhe M₂ em vez de M₁. Por isso, pelo ponto de vista da otimização em relação às possibilidades fáticas, e sob a condição de que tanto P₁ quanto P₂ sejam válidos, apenas M₂ é permitida e M₁ é proibida” (ALEXY, 2008, pg. 119).

¹⁰ De acordo com Robert Alexy (2008) “Se se tomam as normas de direitos fundamentais estabelecidas sem reserva de forma literal, pode-se dizer que elas garantem muita coisa. Já o problema das normas de direitos fundamentais com reserva simples – também se as tomamos literalmente – é que elas garantem muito pouco. Assim é que, segundo o teor das disposições de direitos fundamentais, a liberdade pessoal, ou seja, a liberdade física de locomoção, garantida pelo art. 2º, §2º da Constituição alemã, está, nos termos da regra de reserva do art. 2º, §2º, 3, e até o limite de seu conteúdo essencial, completamente à disposição do legislador, que deve apenas respeitar as exigências formais do art. 19, §2º. Se se leva em consideração apenas o texto constitucional, os direitos fundamentais garantidos com reserva simples ficam esvaziados na parte que está além de seu conteúdo essencial” (pg. 130).



Apesar da rebuscada retórica lógico-analítica o exemplo do professor Alexy (2008) pode ser adaptado da seguinte maneira. Entendendo P_1 enquanto o Princípio da Liberdade e o Princípio P_2 enquanto a necessidade de Ordem Pública, pode-se pensar nas Medias M_1 como: restrição de circulação de pessoas em locais públicos; e M_2 como: uso compulsório de máscaras em locais públicos. Desse modo, sendo Z o objetivo de diminuir a circulação do vírus tanto M_1 quanto M_2 fomentam ou incentivam a Z , porém, sendo irrelevante para P_2 alguma das medidas e relevante para P_1 apenas uma delas, a que é aceita pelos dois deve ser tomada, em detrimento da outra que deve ser desconsiderada.

Em conclusão, se para atingir Z tanto a Liberdade quanto a Ordem Pública aceitam que a utilização de máscaras é relevante para um e irrelevante para outro, naturalmente, a restrição de circulação de pessoas em locais públicos seria objeto de reconsideração por parte do Governo ao selecionar quais medidas devem ser adotadas. Nesse sentido, a teoria de Alexy (2008) capacita compreender que não são somente as questões teóricas que envolvem a solução da colisão entre princípios e a necessidade de realização de controle racional por meio da Proporcionalidade, mas, é imperioso que se considere as variações práticas a respeito do conteúdo das medidas¹¹.

Desse modo, para o debate a respeito de que tipo de restrição pode ser objeto de resolução por meio de utilização da Proporcionalidade, não se deve tomar em conta somente a questão da Reserva Legal (se ela é simples ou qualificada), mas, as implicações nas práticas sociais e consequências lógicas na conduta dos cidadãos. Nesse ponto, então, será possível afirmar que o Brasil não aplica a Proporcionalidade estritamente considerando a distinção de Alexy (2008), muito embora, seja sua teoria a base teórica do instituto em apreço¹².

¹¹ A respeito desta questão pretende-se abordar no tópico seguinte questões mais profundas a sobre a proporcionalidade em sentido estrito, ou, ponderação a partir do estudo da fórmula peso.

¹² De acordo com as pesquisas de Virgílio Afonso da Silva (2002) “a invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queria afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula ‘à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional’” (pg. 31).



Para Virgílio Afonso da Silva (2002) o Supremo Tribunal Federal tem aplicado a Proporcionalidade apenas como um artifício retórico mencionando a sua estruturação sistemática e divisão, mas reduzindo-a a uma fórmula silogística que considera a formulação simplista: “.a constituição consagra a regra da proporcionalidade. .o ato questionado não respeita essa exigência. .’. o ato questionado é inconstitucional” (pg. 31). Não parece precipitada a análise do professor, porém, há de se salientar que sua crítica considera a comparação entre o sentido puro proposto por Alexy (2008) em face da interpretação que é dada pelos Ministros do STF.

Apesar de reconhecer-se que o modelo puro deve ser respeitado e que é possível encontrarem-se outras variáveis na justificação das decisões judiciais (como por exemplo, os interesses político-econômicos de uma Elite), o questionamento feito aqui não é sobre a fidelidade acadêmica ou sincretismo metodológico da pesquisa científica em relação com a prática jurídica. O questionamento é sobre como é possível enfrentar a realidade do modo em que ela de fato se apresenta para o investigador. De modo que se pode lançar outra hipótese a respeito do tema sobre o índice de decisões judiciais que são fundamentadas estritamente nos critérios lógico-dedutivos exigidos pela proposta alexyana.

Em conclusão, adotando realidade pátria como paradigma, as medidas emergenciais tomadas pelo Poder Público podem ser consideradas enquanto medidas restritivas à Direitos Fundamentais nos pontos em que apresentam diminuição de direitos ou garantias que causam prejuízo em relação à sua posição original. As medidas que estão diretamente ligadas à gestão da Saúde Pública no Brasil são de reserva legal qualificada, na medida em que a própria Constituição estabelece a cooperação entre os diversos níveis da federação para concretização do Direito à Saúde¹³. Estas podem ser submetidas pelo critério de Proporcionalidade no Brasil, como sinônimo de proibição de Excesso ou Razoabilidade.

¹³ Conforme se pode perceber da leitura do dispositivo no art. 197 da CF/88 “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua



Por outro lado, as medidas que estão diretamente ligadas à restrição do direito à Liberdade, ou, que estão diretamente correlatas a violações referidas à Dignidade da Pessoa Humana, estas estão postas num plano argumentativo mais denso que exige uma postura muito mais incisiva no ato da justificação das medidas. Porém, se está falando aqui, ainda, num contexto puramente especulativo. Na medida em que se descerá aos detalhes práticos será possível voltar a tais asserções e complementa-las com o devido arcabouço empírico.

2.2 COMO (DEVERIA) FUNCIONA(R) A PROPORCIONALIDADE

No posfácio da primeira edição de sua Teoria dos Direitos Fundamentais, Alexy (2008) reitera existirem três tipos de discricionariedade em sua teoria: a) para definir objetivos; b) para escolher meios e; c) para sopesar (pg. 585). A primeira deve ser entendida como a liberdade autorizada que o legislador possui para definir quais objetivos devem ser perseguidos pelo Poder Público; já o segundo tipo entra em cena quando as normas de direitos fundamentais exigem uma prestação estatal pois teria liberdade para definir o modo pelo qual as metas seriam concretizadas (ALEXY, 2008, pg. 584-6).

A última espécie de discricionariedade é a de sopesar. Pautada na negação de que existe um ponto máximo em matéria de concreção de princípios de direitos fundamentais, e que portanto não existiria uma única resposta correta para os casos de colisão, Alexy (2008) procura desenvolver melhor os conceitos que norteiam a aplicação da Proporcionalidade na solução das colisões (pg. 587-8). Aparecem, aqui, as etapas da Proporcionalidade, quais sejam: a) Adequação; b) Necessidade e; c) Sopesamento, ou, Proporcionalidade em Sentido Estrito.

regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”; do art. 198, §1º “O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”; e o art. 199 “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”; ressalvadas outras peculiaridades decorrentes do custeio, fiscalização e prestação dos Serviços de Saúde.



Adequação aqui deve ser entendida a partir da seguinte pergunta: o meio escolhido fomenta, ou, torna possível atingir ao objetivo pretendido? Alexy (2008) cita o exemplo da restrição de comercialização de produtos de varejo em estabelecimentos comerciais que não são destinados a venda destes produtos e da exigência de conhecimento técnico para que a venda seja autorizada (pg. 589). Ainda, que um cabeleireiro comercialize cigarros no seu estabelecimento a restrição para comercialização seria adequada se fomentasse, ou, incentivasse o objetivo para o qual a lei foi produzida. Em conclusão, se o objetivo é a proteção do consumidor, a medida seria considerada adequada.

O mesmo entendimento pode ser encontrado por Virgílio Afonso da Silva (2002) para quem “a medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que o objetivo legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado” (pg. 36), dessa forma uma medida inadequada pode ser considerada como aquela que em nada contribui ou fomenta para consecução do objetivo pretendido.

Necessidade, por seu turno, deve ser compreendida como a existência de medida menos restritiva do que aquela que pretende ser adotada pelo Poder Público (ALEXY, 2008, pg. 591). Se para proteger o direito do consumidor em adquirir o produto por fornecedor devidamente preparado e ciente dos riscos do produto uma medida menos restritiva seria o fornecimento de cursos preparatórios e de especialização para os fornecedores, esta medida restringe menos Direitos Fundamentais do que a proibição de comercialização (ALEXY, 2008, pg. 591).

Para Virgílio Afonso da Silva (2002), novamente, o critério de necessidade aduz que determinado ato estatal que visa restringir um Direito Fundamental somente será considerado necessário “caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido” (pg. 39). Ainda nesse sentido, o autor aduz que “uma aplicação real da sub-regra da necessidade, algo não realizado pelo STF, implica analisar medidas alternativas que satisfaçam essa condição” (SILVA, 2002, pg. 39).



Ou seja, em se tratando da avaliação a respeito da Proporcionalidade o critério da necessidade não é tão discutido na prática, seja pelas autoridades, seja pelo próprio Supremo Tribunal Federal, na medida em que: a) não há um arcabouço de soluções alternativas que possam ser submetidas á discussão para tomada de decisão e; b) o desconhecimento da diferença entre desproporcionalidade e necessidade. A respeito da primeira questão é bastante citar os exemplos de gestão econômica experimentados nos últimos anos no Brasil, nos quais se viu que a medida que restringe o orçamento para pesquisa e tecnologia é mais necessária do que o enxugamento de contas públicas com redução de ministérios no executivo e corte de regalias para parlamentares.

Para a segunda questão interessante notar, conforme leciona Virgílio Afonso da Silva (2002), que algumas Medidas Provisórias (cuja natureza exige a existência de relevância e urgência nos moldes do Art. 62 *caput*), poderiam ser submetidas ao crivo da análise da necessidade e serem derrubadas por existirem medidas menos gravosas a Direitos Fundamentais, porém, não se pode descartar o fato de que em algumas situações a medida alternativa restringe o direito em apreço do mesmo modo, o que faria de ambas necessárias (pg. 39). A questão então deve ser tratada por outro critério diferente, e se poderá observar o fenômeno de medidas restritivas que são necessárias, porém, desproporcionais por algum outro motivo.

Ainda a respeito das exigências de aplicação da Proporcionalidade é interessante notar que existe uma progressão no método e, para a análise em deslinde, somente se cogitará a utilização da necessidade caso a resposta da adequação seja negativa. Deste modo, não é possível “pular” uma etapa. Obrigatoriamente, quem desejar realizar uma avaliação a respeito da Proporcionalidade deverá seguir as etapas na ordem proposta, quer dizer, primeiro o teste de adequação, em seguida o de necessidade e, por fim o sopesamento, ou proporcionalidade em sentido estrito.

Sobre esta última fase deter-se-á mais acentuadamente sobre a problemática que envolve sua compreensão. No artigo *Human Dignity and Proportionality Analysis*, Robert Alexy (2015) desenvolve o que chamou de fórmula



peso atualizada, situada no âmago da técnica de sopesamento (pg. 86). Ele a expressa a partir da seguinte equação:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{I_j \cdot W_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$$

$W_{i,j}$ corresponde ao peso concreto do Princípio P_i em face daquele com quem colide (P_j), estabelecendo a fórmula peso que o peso concreto é o quociente de três fatores relacionados a P_i e P_j sendo que o último fator se subdivide em dois (ALEXY, 2015, pg. 86-7). I significa “intensidade de interferência”, W , deve ser entendido enquanto “peso abstrato”, enquanto que R refere-se à “confiabilidade das suposições empíricas e normativas”; os qualitativos e e n relativos a R são entendidos como “empíricas” e “normativas” respectivamente (ALEXY, 2015, pg. 87). Em conclusão é seguro dizer que o Peso concreto do Princípio P_i (para fins deste exemplo, vida), em face de P_j (para fins deste exemplo, liberdade), é o resultado do quociente entre: intensidade de interferência, peso abstrato, confiabilidade empírica e normativa de Vida e Liberdade.

Ou seja, tomando como base o famoso caso da transfusão de sangue das Testemunhas de Jeová, se a vida possui um grau de intensidade maior que a liberdade, se o seu peso abstrato é maior e se tanto empiricamente quanto normativamente existem razões suficientes para crer que a confiabilidade da garantia do direito a vida é maior do que a restrição da liberdade, nas condições em que o caso se apresenta são maiores, é correto afirmar que o peso concreto do Direito à Vida é maior do que o do Direito à Liberdade.

O grande problema levantado aqui reside no fato de que, tanto na construção dos elementos do Peso em Abstrato quando dos critérios de Confiabilidade Empírica e Normativa, encontrar-se-ão seleções focais e casos centrais. Alexy (2008-2015) está falando dentro de uma concepção kantiana de



dignidade humana pautada na autonomia do indivíduo e instituindo uma espécie de relativismo empírico na medida em nem todo ser humano poderá exercer dignidade¹⁴ e nem todo caso terá sempre a mesma ordem de preponderância entre os princípios¹⁵.

A consequência lógica em se assumir tal posição teórica é o fomento desvelado de um relativismo consequencial. Muito embora os padrões de organização e debates partam de premissas universalizáveis, as consequências variam de caso para caso. A respeito deste tema talvez seja importante salientar que, novamente, se está partindo da premissa de uma investigação pura e aplicação pura da doutrina estrangeira. O sopesamento, ou melhor, a proporcionalidade em sentido estrito deveria funcionar desta maneira, todavia, no Brasil, ela não chega nem próximo do modo de justificação adotado pelos magistrados e autoridades tupiniquins.

3 MEDIDAS EMERGENCIAIS DECORRENTES DA PANDEMIA DO COVID 19 (DECRETOS DE LOCKDOWN E BANDEIRAMENTO)

As medidas emergências tomadas pelo Estado do Pará e pelo Município de Belém, estão reduzidas nos decretos 729/20, 800/20 e 96.253/20, autorizadas,

¹⁴ Para Alexy (2015) a Dignidade da Pessoa Humana deve ser entendida a partir da premissa da dupla tríade, na qual, para ser destinatário da Dignidade o sujeito deveria possuir três características (ou, atributos) essenciais: a) inteligência; b) emoção e; c) consciência; esta última se subdivide em: c1) autoconsciência; c2) consciência valorativa e; c3) consciência normativa. Por isso nem todo o ser vivente seria destinatário da Dignidade (pg. 89-90).

¹⁵ Virgílio Afonso da Silva (2002) explica muito bem a relação que se estabelece na lei de colisões ($P_1(P)P_2=C_x$) do Tribunal Constitucional Alemão não apenas explicando-a pela redução sistemática da frase que assevera que o Princípio P_1 Prepondera sobre o Princípio P_2 nas condições x ; para ele, numa relação de prevalência entre princípios de Direitos Fundamentais é imperioso lembrar que são as condições do caso que estabelecem a ordem de prevalência pois estamos falando de um caso prático, como no caso de uma pessoa prometer ao amigo que vai a festa de aniversário quando a perna de seu irmão é fraturada em acidente de carro, nestas condições o peso do princípio que ordena ajudar os amigos enfermos possui maior relevância do que o de honrar suas promessas (pg. 621-2). Mesmo que alguém decida não ir para festa de aniversário de um amigo por conta deste motivo, nem por isso passará, a partir daquele momento, a descumprir com todas as outras promessas por ele assumidas.



conforme visto na introdução do presente artigo, pela Lei Federal n. 13.979/20. Na presente seção da pesquisa pretende-se expor cada uma das medidas tomadas em todos os decretos, para então analisa-las de acordo com os pressupostos teóricos estudados no tópico anterior. A análise será, portanto quantitativa e qualitativa, pois procurar-se-á não só destacar as medidas que de fato restringem Direitos Fundamentais. Pretende-se, por oportuno, analisar os decretos como um todo para, somente na Conclusão emitir posicionamento crítico quanto a adequação, necessidade e sopesamento das restrições neles contidos.

3.1 ESTADUAIS

No âmbito Estadual existem dois Decretos que serão analisados no presente tópico: o 729/20 e o 800/20. Neles tem-se, respectivamente, a suspensão das atividades não essenciais no território do Estado do Pará e, a retomada gradual das atividades depois de cessadas as medidas do Decreto anterior. Ambos os decretos estão pautados no Art. 135, III da Constituição Estadual que confere o Poder Geral de Administração e Fiscalização do Governador na direção superior da administração estadual e perante o trabalho desenvolvido pelas Secretarias Estaduais.

Enquanto justificativas para elaboração do primeiro decreto indica-se a alta taxa de ocupação dos leitos hospitalares públicos e privados, bem como os leitos da UTI's, além da previsão da OMS acerca da necessidade de decretação de Lockdown sempre que as medidas de distanciamento não forem suficientes para conter o avanço do número de casos de infecção por COVID-19. Ressalte-se que o decreto considera como parâmetro territorial que insta a necessidade de decretação das medidas extraordinárias, o avanço dos casos nos municípios de Belém, Ananindeua, Marituba, Benevides, Castanhal, Santa Izabel do Pará, Santa Bárbara, Breves, Vigia, Santo Antônio do Tauá, Cametá, Parauapébas, Marabá, Santarém, Abaetetuba e Capanema.



Em seu artigo primeiro, o Decreto limita as medidas que serão tomadas a estas localidades não possuindo, desse modo, a aplicação em todo território Estadual. Porém, nos municípios em que as medidas serão efetivamente aplicadas considera-se a que a suspensão será total e temporária das atividades não essenciais¹⁶. A primeira proibição é a relativa à circulação de pessoas, sendo excepcionalmente autorizada para aquisição de alimentos, medicamentos, produtos hospitalares, produtos de limpeza e higiene pessoal; para o comparecimento, próprio ou de uma pessoa como acompanhante para consultas ou realização de exames médico-hospitalares caso haja problema de saúde; para operação de saques e depósito de valores e; trabalho nas atividades consideradas essenciais (PARÁ, 2020a).

O §1º deste artigo deixa bem claro que, para qualquer uma dessas saídas excepcionais, é obrigatório o uso de máscaras, o §2º aduz que a saída das pessoas que apresentarem qualquer tipo de sintoma correlato a infecção da COVID somente poderá ocorrer no caso de atendimento médico (PARÁ, 2020a). Ainda nesse sentido, em qualquer caso que se proceda a circulação excepcional esta deverá obrigatoriamente ser devidamente justificada pela apresentação de documento que comprove o pertencimento a alguma das hipóteses do Art. 1º do Decreto (PARÁ, 2020a). Quando se tratar de serviço essencial a simples apresentação do documento de identidade funcional ou CTPS, por exemplo, são meios aceitos para comprovação e, por fim, os serviços de taxi, mototaxi e transpor por aplicativo de celular deverão obrigatoriamente exigir dos passageiros a comprovação documental necessária para circulação (PARÁ, 2020a).

As reuniões públicas ou privadas inclusive as familiares (de parentes que não coabitam uns com os outros), fica proibida de acordo com art. 3º do Decreto, estendendo-se essa proibição para visitas em casas e prédios a não ser que se trate de exercício de função essencial, e no caso de menores sob a tutela de guarda

¹⁶ As funções consideradas como Essenciais estão contidas no Anexo Único do Decreto 729/20, que aqui será anexado na íntegra para posterior consulta do leitor.



compartilhada que poderão realizar um deslocamento semanal para exercício de direito de visita por parte dos pais (PARÁ, 2020a).

Um ponto crucial relativo às medidas tomadas no art. 3º do Decreto diz respeito ao exercício do Direito de Liberdade de Crença e Consciência, uma vez que as reuniões religiosas também ficam proibidas na modalidade presencial, porém, com a ressalva de que serão consideradas essenciais quando estiverem prestando serviço de assistência social e atendimento à população em estado de vulnerabilidade (PARÁ, 2020a). Ou seja, no que tange a celebração religiosa em si, o Estado preferiu restringir sua realização a fim de evitar aglomerações, porém, autorizou a realização delas pela via remota (PARÁ, 2020a).

Todas as vezes que algum estabelecimento for autorizado a funcionar e se enquadrar numa das situações previstas, ainda assim, para manter seu funcionamento, ele deverá seguir algumas regras dispostas como se segue:

I – controlar a entrada de pessoas, limitando a 1 (um) membro por grupo familiar, respeitando a lotação máxima de 50% (cinquenta por cento) de sua capacidade, inclusive na área de estacionamento; II – seguir as regras de distanciamento, respeitada distância mínima de 1 (um) metro para pessoas com máscara; III – fornecer de alternativas de higienização (água e sabão e/ou álcool em gel); IV – impedir o acesso ao estabelecimento de pessoas sem máscara; e V – observar os horários de funcionamento¹⁷ previstos no Decreto Estadual n. 609 de março de 2020”. (PARÁ, 2020a).

Pensando, também, noutras atividades que podem ser desempenhadas e que se enquadram no previsto neste Decreto, propugna-se pela possibilidade de adequação das feiras de rua às exigências acima previstas, claro, no que for cabível e a limitação do uso dos caixas-eletrônicos nos estabelecimentos que os dispuserem (PARÁ, 2020a). Autoriza-se, também, a utilização de serviços de delivery de alimentos e de produtos in natura sem restrição de horário (PARÁ, 2020a). Ao cabo, o Decreto trata da fiscalização e das sanções cabíveis caso haja o descumprimento de alguma das medidas elencadas em seu corpo, que são dispostas de modo

¹⁷ Qual seja de 09h00 às 15h00 para os serviços essenciais da Administração Pública e, até as 20h00 os serviços autorizados par os serviços da rede privada.



progressivo considerando: a) Advertência; b) multa diária de até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para pessoas jurídicas, a ser duplicada por cada reincidência; c) multa diária de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) para pessoas físicas, MEI, ME e EPP's, a ser duplicada por cada reincidência; d) embargo e/ou interdição de estabelecimentos (PARÁ, 2020a).

A fiscalização será realizada pelo Sistema Integrado de Segurança Pública e Defesa Social (SIEDS) bem como outras pessoas autorizadas a fiscalizar os serviços públicos, havendo previsão para educação e orientação como postulado base e sanção como última medida (PARÁ, 2020a). Em conclusão, o Decreto também proíbe a mobilidade intermunicipal entre os municípios mencionados no caput do Art. 1º, seja por transporte rodoviário ou hidroviário, o que atinge logicamente a liberdade de locomoção (PARÁ, 2020a).

Como é possível perceber o Decreto 729 não foi o primeiro em matéria de medidas que o Governo do Estado tomou a fim de enfrentar a pandemia, já havia um anterior, menos restritivo que este. Todavia, as medidas contidas aqui tratam de medidas excepcionais e que restringem de modo intenso nas liberdades dos cidadãos. Este decreto foi revogado pelo posterior de n. 800/20, já prevendo a retomada gradual das atividades não essenciais e a estratégia do “bandeiramento” em todo o Estado. O Decreto 800/20 ainda está em vigor e estipula medidas restritivas diferentes em graus mais interventivos aos Direitos Fundamentais ou menos interventivos dependendo da bandeira e da quantidade de infectados por região (PARÁ, 2020b).

Este projeto ficou conhecido como “Retoma Pará” e possui como finalidade o reestabelecimento econômico do Estado retomando as funções não essenciais de modo gradativo e primando pela manutenção do distanciamento, controle dos protocolos de segurança e usando a capacidade da Saúde em conter os casos de COVID-19 (PARÁ, 2020b). As medidas obedecem ao chamado “bandeiramento” e este é dividido em cinco faixas que vão do 0 ao 5, cada uma delas estabelecendo uma cor e uma justificativa conforme segue-se: a) Zona 00 (bandeira preta), contaminação aguda, definida pelo colapso hospitalar e avanço da doença; b) Zona



01 (bandeira vermelha), alerta máximo, definida pela capacidade hospitalar em risco e/ou evolução acelerada da contaminação; c) Zona 02 (bandeira laranja), controle I, definida pela capacidade hospitalar em risco e/ou da doença em fase de atenção; d) Zona 03 (bandeira amarela), controle II, definida pela capacidade hospitalar em risco e/ou da doença relativamente controlada; e) Zona 04 (bandeira verde), abertura parcial, definida pela capacidade hospitalar controlada e evolução da doença em fase decrescente, por fim; f) Zona 05 (bandeira azul), nova normalidade, definida pelo total controle sobre a capacidade hospitalar e a evolução da doença (PARÁ, 2020b).

Para que tal medida possa ser executada se torna necessária constante atualização dos dados relativos às medidas de contenção para o avanço da doença, dos dados relativos ao número de infectados, leitos disponíveis nas unidades de atendimento, dentre outros elementos que serão de responsabilidade do Governo do Estado (PARÁ, 2020b). De outra sorte, é importante salientar que a partir deste decreto o Lockdown não deixou de existir, pois, quando houver catalogação de determinada região como bandeira preta, área de contaminação aguda, as medidas extremas de restrição estarão autorizadas por meio do inciso I, do §1º do art. 3º desse Decreto (PARÁ, 2020b). Nota-se que, nesse caso, a restrição de circulação é total não se limitando apenas aos serviços não essenciais, daí a diferença das medidas que podem ser tomadas na bandeira vermelha, alerta máximo, que restringe a circulação mas autoriza os serviços essenciais (PARÁ, 2020b).

Na bandeira laranja prevê-se a manutenção das atividades essenciais e a autorização de alguns setores econômicos, desde que cumpridos os protocolos de saúde, e assim se segue a abertura das demais atividades até se chegar na bandeira azul com a permissão para funcionamento de todas as atividades econômicas não essenciais (PARÁ, 2020b). Vamos nos ater portanto, aos critérios mais extremos que são previstos neste decreto, especificamente no que tange às áreas referentes a Zona 00, 01 e 02. Na Zona 00, Bandeira preta, há uma reprodução literal do decreto 792/20 mantendo todas as restrições do Lockdown (PARÁ, 2020b).



Na Zona 01 há previsão de funcionamento dos serviços essenciais desde que atendidas as exigências dos protocolos internacionais de Saúde Pública, uso de máscaras, equipamentos necessários, higienização, dentre outros (PARÁ, 2020b). Outrossim, a restrição para exercício da liberdade de reunião fica suspensa para manifestações acima de 10 (dez) pessoas, os cultos religiosos deverão ser restritos para no máximo 10 (dez) pessoas com o distanciamento de 1,5 m (um metro e meio) entre os participantes, e todas as outras atividades deverão ser realizadas de modo remoto (PARÁ, 2020b). Estabelecimentos comerciais que estiverem autorizados a funcionar deverão obedecer aos protocolos de saúde, e operarão com capacidade reduzida para 50% (cinquenta por cento), bem como deverão estabelecer horários especiais para consumidores com mais de sessenta anos ou que pertençam ao grupo de risco (PARÁ, 2020b).

Shopping centers, salões de beleza, balneários e praias, bares, restaurantes, casas noturnas e similares, dentre outros, deverão obedecer a ordem de fechamento e não poderão desenvolver suas atividades no modo presencial, podendo, de outra sorte, entregar produtos e alimentos por serviço de delivery (PARÁ, 2020b). Para o Bandeiramento laranja, Zona 02 o Decreto prevê a abertura de outras atividades de acordo com a possibilidade de cada região, daí a necessidade de informação e transparência entre governo municipal e estadual para que as medidas possam efetivamente ser cumpridas (PARÁ, 2020b). Tal perspectiva se aplica para as outras zonas e bandeiras em menor grau de restrição em comparação com a anterior até a retomada da normalidade sempre mantendo a obrigatoriedade do uso de máscaras e os protocolos de higienização nas orientações de Saúde Internacional (PARÁ, 2020b). A última colocação, porém, diz respeito à manutenção das sanções para o descumprimento das medidas adotadas pelo Decreto, que reproduzem literalmente as do anterior. Em linhas gerais estas são as medidas adotadas pelo Governo do Estado do Pará a fim de conter o avanço da Infecção da COVID-19.



3.2 MUNICIPAIS

O Decreto Municipal 96.253 é validado por força do art. 94, incisos VII e XX da Lei Orgânica do Município de Belém que preceituam: a competência do Prefeito para dispor sobre a estruturação, organização e funcionamento da administração municipal e a expedição de atos próprios da atividade administrativa municipal, respectivamente (BELÉM, 2020). Ainda, este Decreto faz referência a um Decreto anterior o n. 95.955 de 18 de Março de 2020 que veio a declarar estado de emergência no município. Considerando a competência diminuta do Município em razão da matéria, ele se reserva a especificar aspectos mais locais e regionalizados no que tange às medidas que poderão ser tomadas, e o modo pelo qual o Município se encarregará de concretizá-las.

Desse modo, o Decreto Municipal 96.253 reproduz integralmente as medidas restritivas do Decreto Estadual 729 para formalizar o Lockdown no Município de Belém. Adotando a restrição de circulação de pessoas, a proibição para exercício do direito de reunião, liberdade de crença e consciência, a suspensão de atividades não essenciais, bem como as sanções pecuniárias nos valores estipulados pelo ato estadual, o Decreto Municipal se difere essencialmente na descrição da fiscalização que será exercida pela Guarda Municipal, a Ordem Pública e a Superintendência Executiva de Mobilidade Urbana (BELÉM, 2020).

Ademais, reconhecendo estas autoridades a existência de algum ato atentatório às medidas restritivas previstas neste decreto e, por consequência, no estadual, deverão se reportar imediatamente às Polícias Civil e Militar para que elas possam promover os meios necessários à investigação criminal para que se proceda a responsabilização dos atores envolvidos na violação (BELÉM, 2020). Outra diferença relevante é que o Decreto Municipal prevê um segundo anexo que especifica os horários de funcionamento para os serviços essenciais (BELÉM, 2020).



4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto nos tópicos anteriores é possível perceber que o Princípio da Proporcionalidade pode ser estudado a partir de uma dúplici perspectiva: a) através de uma pesquisa pura mantendo a orientação externa (do Tribunal Constitucional Alemão e doutrina alemã), ou; b) através de uma pesquisa de dialética da complementaridade, considerando os usos que a tradição jurídica brasileira toma desta ideia. Ao se escolher a primeira orientação será possível criticar os excessos interpretativos cometidos por parte dos doutrinadores e da jurisprudência pátria. Porém, ao se tomar a segunda orientação se tornará viável compreender o fenômeno jurídico internamente e explica-lo “de dentro para fora”.

Ao se propor a presente investigação teve-se como pergunta inicial e como hipótese inicial uma orientação que somente faz sentido dentro da concepção do que denominamos de uma pesquisa pura. O que significa dizer que, se se considera que os juristas brasileiros não levam em conta a tradição sistemática da Proporcionalidade oriunda da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão em seus usos e aplicações, fatalmente ela será utilizada como um artifício retórico na forma de um *topói* como argumenta Virgílio Afonso da Silva (2002). De outra sorte, a questão do uso e aplicação a partir da orientação da dialética da complementaridade não parece se esvaziar, quando não muito se torna uma implicação salutar para uma visão holística do tema.

Diante do que a investigação externa na questão prática do tema, ou seja, a análise das restrições a Direitos Fundamentais provenientes dos chamados Decretos de Lockdown, pode-se cataloga-las do seguinte modo: a) Restrições ao Direito à Liberdade *lato sensu*; b) Restrições ao Direito de Liberdade de Reunião; c) Restrições ao Direito de Locomoção e; d) Restrições ao Direito de Liberdade de Crença e Consciência. Por Liberdade *lato sensu* entende-se um conceito mais amplo que envolve, por exemplo, a liberdade para busca da felicidade (*persuit of happiness*), conseqüentemente, a liberdade para empreender, abrir uma empresa,



realizar atividades de negócio e interferência no mercado (inclusiva a própria liberdade de não usar máscaras, por exemplo).

Por Liberdade de Reunião entenda-se, justamente o direito de reunir-se pacificamente em locais abertos ao público, sem armas, nos moldes estabelecidos na CF/88. A liberdade de Locomoção resta restrita nos momentos em que se estabelece a vedação para mobilidade, seja local, seja intermunicipal, além dos requisitos para as saídas excepcionais possam ocorrer. Já a Liberdade de Crença e Consciência sofre uma restrição diminuta em relação às outras, pois, não significa que o Estado está impedindo a pessoa de professar sua fé, apenas que ela não pode fazê-lo no templo respectivo. Porém, há de se considerar que determinados cultos e liturgias se esvaziam quando não a realização do momento do sagrado na forma presencial (a exemplo dos tambores e rituais de sacrifício nos cultos de matriz africana).

Considerando o critério de Adequação acredita-se que as medidas acima realmente fomentam e contribuem para consecução da finalidade a que se propõem os Decretos. No que tange ao critério de Necessidade a conclusão é a de que duas medidas devem ser repensadas no que tange a sua viabilidade prática e se há necessidade de repensa-las, então, muito provavelmente existe medida menos restritiva que deva ser tomada em seu lugar. Vamos enumerá-las: a) funcionamento dos comércios de rua com adequação; b) o direito de visita do menor restringido a uma saída por semana. É inviável exigir do comerciante de rua, em Belém que se proceda a adequação de sua banca ao nível de exigência dos protocolos internacionais e exigir que ele pare de trabalhar seria uma medida muito mais gravosa (ainda mais quando se considera a imposição de sanção pecuniária no caso de descumprimento). De outra sorte, se se pensar que a simples exposição do alimento na rua gera risco de contaminação para os consumidores, será necessário aqui de realizar o sopesamento.

A respeito da visita é claro que persiste a alegação de uma vagueza dos conceitos jurídicos apresentados no decreto uma vez que ele é impeditivo da realização de visita entre familiares que não coabitam, porém, no caso da guarda de



menor que é compartilhada pelos pais está-se diante de situação onde o menor faz parte de dois núcleos familiares distintos. Dadas estas condições é prudente pensar que é um prejuízo o distanciamento do menor de um dos pais. Porém, a limitação a uma saída semanal é ambígua, pois pode significar tanto um dia quanto uma semana na casa do pai e uma semana casa da mãe, por exemplo.

A respeito do último critério, o Sopesamento, deve-se analisar os princípios que estão envolvidos na colisão. Colocar-se-ão na seguinte forma e posição: a) Princípio Colisor: Vida e Saúde Pública; b) Princípio Colidente: Liberdade (*lato sensu*) inclusas as outras espécies citadas anteriormente. A intensidade de interferência prática das restrições no direito à Vida e a Saúde Pública é maior do que na Liberdade, por exemplo, a restrição da liberdade de crença e consciência não aduz a impossibilidade total do exercício do direito, mas representa uma preservação relevante do aumento de casos e do contágio.

O Peso Abstrato do Direito à Vida e à Saúde Pública também inclina a coloca-lo em posição de preponderância em relação à liberdade (*lato sensu*), pois, como logicamente pode-se aduzir, em qualquer posição que se encontre um argumento de Liberdade (L), se necessita, antes de tudo, de uma Premissa relacionada à Vida (P_v). Não há liberdade sem vida, pois não há autonomia sem vida. Por fim, no que tange á confiabilidade empírica das suposições levantadas, dados os números apresentados a respeito da evolução da doença, para cada dez pessoas que fazem parte de um círculo de convivência social, duas serão vítimas da COVID-19. Ou seja, empiricamente, a preponderância do Direito à Vida e Saúde Pública se justifica em face da Liberdade (*lato sensu*).

Por fim, e neste ponto proceder-se-á uma intervenção crítica em relação à fórmula peso modificada, a confiabilidade normativa é amplamente corroborada pela estrutura de validade do ordenamento que confere prerrogativa para os referidos órgãos tomem tais decisões. Porém, acredita-se que não se deve fazer uma análise formalmente legalista do tema, pois há aqui um requisito que não é incluído na análise da fórmula peso, mas que faz parte da teoria do direito não-positivista inclusiva: o critério ético de correção moral.



O critério ético de correção moral aduz que uma determinada proposição jurídica somente é considerada direito quando, além da validade, busca a correção de uma conduta e de uma postura tomada pelo cidadão que vai de encontro ao que é moralmente aceito pela coletividade. Pautada na Fórmula Radbruch, é possível sentenciar: total injustiça não é direito. Como derivação do critério de confiabilidade normativa não devemos distanciar que Vida, Saúde Pública e Liberdade também devem ser sopesadas a partir da convicção ética de que se pretende o florescimento do ser humano enquanto tal.

A pandemia não deve despertar em na sociedade o alerta biológico e o temor reverencial às instâncias das quais não conseguimos compreender os motivos ou as razões, ela deve também despertar em todos o sentimento humanitário de que, o que for feito em matéria de restrição aos direitos individuais dos cidadãos, não se estará fazendo porque o Estado acredita que seja o melhor a se fazer. Estar-se-á aceitando uma restrição da autonomia individual em prol dos dois amigos que, estatisticamente, não farão mais parte de um círculo social individualmente considerado caso esta infecção continue se alastrando. A correção moral e a compreensão da ética na base da normatividade devem deixar de ser silentes e se tornar, cada vez mais evidentes para que faça sentido uma aplicação sistemática da Proporcionalidade sem o risco de um ilógico relativismo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros. São Paulo – SP. 2008.

ALEXY, Robert. *Human Dignity and Proportionality Analysis*. **Espaço Jurídico Journal of Law**. Joçaba. V. 16, n. 3. p. 83-96. Edição Especial. 2015.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 215: pg. 151-179. Jan/Mar. 1999.



BACELAR, Jeferson António Fernandes. **Federalismo, municipalismo e efetividade das leis brasileiras sob uma perspectiva histórico-jurídica** : estudo aplicado à Lei de Combate à Poluição Sonora de Belém do Pará. Pref. Ivo Dantas; apresentação Luciana Costa da Fonseca; revisão Rodrigo Gerdulli. Belém : Editora Paka-Tatu, 2012 ([Santa Cruz do Rio Pardo] : Viena Gráfica & Editora, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo, SP. Saraiva. 2009.

BELÉM, Prefeitura Municipal. **Decreto 96.253 de 06 de Maio de 2020**. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=394892> Acesso em: 01.12.2020.

BERCOVICI, Gilberto. O Federalismo no Brasil e os limites da competência legislativa e administrativa: memórias da pesquisa. **Rev. Jurídica da Presidência**. Brasília, Vol 10, n. 90, Ed. Esp., p. 01-18, abr/maio, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado federal brasileiro**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Federalismo regional num país periférico**. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÉ, Fayga Silveira (Coord.). **Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Professor J.J. Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL, **Lei n. 13.979 de 6 de Fevereiro de 2020**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm Acesso em: 01.12.2020.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. **Harvard University Press**. Cambridge, Massachusetts. London, England. 1978.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2ªed. São Paulo. Martins Fontes. 2007

PAPALEO PAES, Alberto de Moraes. (2014). A afirmação da Teoria do Direito no Brasil e a Teoria dos Direitos Fundamentais em Robert Alexy – Um debate Teórico sobre os Direitos Fundamentais. **Unoesc International Legal Seminar**, 15-30. Recuperado de <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/uils/article/view/4299>

PARÁ, Governo do Estado. **Decreto Estadual n. 729 de 05 de Maio de 2020**. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=395536> Acesso em: 01.12.2020. 2020^a.



PARÁ, Governo do Estado. **Decreto Estadual n. 800 de 31 de Maio de 2020**. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=397091> Acesso em: 01.12.2020. 2020b.

PEREIRA, Thiago Rodrigues; SAYEG, Ricardo; NEVES, Luciana Sabbatine. A SOCIEDADE FRATERNA E O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 5, n. 62, p. 28 - 55, dez. 2020. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4842>>. Acesso em: 30 jan. 2021. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v5i62.4842>.

REALE, Miguel. **Verdade e Conjetura**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 2001.

SILVA, Virgílio Afonso. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais** n. 798. Pg. 23-5-. 2002.

SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. 2003: 607-630.

STF, Supremo Tribunal Federal. Julgamento da **Arguição de Descumprimento Fundamental** n. **672-DF**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754239592&prcid=5989447#>> Acesso em: 01.12.2020.

