

# QUAIS OS LIMITES DA LIBERDADE NA PANDEMIA? UMA REFLEXÃO A PARTIR DA OBRA DE JOHN RAWLS

WHAT ARE THE LIMITS OF FREEDOM DURING PANDEMIC? A REFLEXION BASED ON JOHN RAWLS'S WORK

*Carlos Frederico Ramos de Jesus\**

## Resumo:

A pandemia da Covid-19 trouxe desafios aos países. Para controlar a disseminação do vírus, o Brasil promulgou a Lei n. 13.979/2020, que estabeleceu diversas restrições à liberdade, como uso de máscaras em locais públicos, quarentena e barreiras sanitárias na locomoção. Tendo em vista que existe uma resistência às medidas sanitárias, embasada no direito à liberdade, o artigo questiona se estas regras estão moralmente justificadas, tomando como parâmetro a teoria liberal da justiça mais influente nos debates contemporâneos: a teoria de John Rawls. Pretende-se mostrar que a limitação à liberdade é razoável até mesmo do ponto de vista da parte racional e autointeressada, da posição original rawlsiana. Por fim, argumenta-se que a coordenação de liberdades é questão de justiça distributiva, e não comutativa, pois diz respeito à fruição de uma coisa comum (o ar, o espaço público) por todos. Nesse contexto, as restrições permitem que o uso da coisa comum ocorra em harmonia com o direito à vida e à saúde de cada um. Conclui-se que tais limitações são justificadas com base em uma teoria liberal da justiça e que não faz sentido atacar tais limitações com base em um direito abstrato à liberdade.

Palavras-chave: Pandemia. Lei n. 13.979/2020. Liberdades. John Rawls. Moral. Justiça comutativa. Justiça distributiva.

## Abstract:

The Covid-19 pandemic brought hard times to all countries. In order to control virus spreading, Brazil enacted the Law no. 13,979/2020, which established restrictions to many liberties, such as masks in public areas, quarantine, and sanitary barriers. Considering that there is resistance to sanitary measures, based on the right to freedom, this article questions whether these rules are morally justified, taking as a parameter the most influential liberal theory of justice in contemporary debates: John Rawls's theory. I will claim that the limitation on freedom is reasonable even from the point of view of the rational and self-interested part, in Rawlsian original position. Finally, I will argue that coordination of liberties is a matter of distributive justice rather than corrective justice, because it concerns the fruition of a common good (air, public space) by all. In this context, the restrictions allow the use of the

---

\* Professor contratado da Faculdade de Direito da USP (Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito). Doutor em Direito (FDUSP). Coordenador do Grupo de Estudos de Ética e Direitos dos Animais (GEDA-FDUSP). Membro do *Oxford Centre for Animal Ethics*. Membro consultor da Comissão Nacional de Proteção e Defesa dos Animais do CF-OAB. Membro do Grupo de Estudos de Ética e Direitos dos Animais do Diversitas (FFLCH-USP). Advogado. Contato: carlosfredericor@yahoo.com.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8117375503138426> Orcid: 0000-0003-1537-9298.

common good to occur in harmony with the right to life and health of each one. I will show that such limitations are justified on the basis of a liberal theory of justice and that it makes no sense to attack such limitations on the basis of an abstract right to freedom.

Keywords: Pandemic. Law n. 13.979/2020. Liberties. John Rawls. Morals. Corrective justice. Distributive justice.

## 1. A necessidade de justificação no Direito

No início de uma de suas obras seminais, Ronald Dworkin (2010, p. 24-25) afirma:

Dia após dia, através do uso da força, mandamos pessoas para a prisão, tiramos dinheiro delas, ou as levamos a fazer coisas que não desejam fazer, e, para justificar tudo isso, dizemos que essas pessoas infringiram a lei, deixaram de cumprir suas obrigações jurídicas ou interferiram nos direitos de outras pessoas. (...) Podemos sentir que o que estamos fazendo é correto, mas, enquanto não identificamos os princípios que estamos seguindo, não podemos estar certos que eles são suficientes, ou se os estamos aplicando consistentemente.

Em outras palavras, se o Judiciário manda pessoas para a cadeia, retira propriedades, limita direitos e obriga as pessoas a fazer o que não querem sob o argumento de terem desrespeitado a lei, estas obrigações devem ter um fundamento mais profundo do que a própria lei. A discussão sobre o fundamento moral é inevitável no Direito.

Ainda que se defenda que o Direito pode ser descrito sem recurso a parâmetros morais, sua aplicação necessariamente envolve juízos morais. Mesmo de uma perspectiva juspositivista (oposta, portanto, à de Dworkin), a aplicação das leis aos casos concretos demanda uma justificação que não se exaure na própria lei.

Carlos Santiago Nino (1990b, p. 320) observa que o fundamento do ordenamento jurídico está necessariamente fora dele. No topo da pirâmide normativa de Kelsen, após a última norma posta, que é a norma fundamental em sentido jurídico-positivo, vem a norma fundamental em sentido lógico-jurídico. Em Kelsen, porém, esta última norma pressuposta tem função apenas descritiva: ela é a condição de possibilidade de se compreender o Direito enquanto tal, enquanto um conjunto de normas aplicadas em um território onde há o monopólio da coerção. A norma fundamental pressuposta não tem um conteúdo moral, mesmo porque tal escopo estava fora do projeto kelseniano de uma teoria pura. Mas Nino parte desta ideia para defender que, do ponto de vista moral, a razão de ser do Direito está sempre fora dele. Por isso, quando se escala a pirâmide normativa e se busca na norma superior a justificação da inferior, a última norma positivada não

encontra seu fundamento em nenhuma outra. Este fundamento, defende Nino (1990b, p. 320), só pode ser um juízo moral, válido “por seus próprios méritos”.

Dessa forma, acima da última norma posta de uma ordem jurídica, deve-se pressupor o juízo moral de que “as leis decididas pela coletividade devem ser obedecidas”. Contudo, ainda que se trate de uma ordem democrática (cujas leis gozam de maior legitimidade, já que resultam de debate público e decisão majoritária), esse juízo não prevalecerá sempre, pois ele não é absoluto. Não é mais importante do que o direito à vida ou à incolumidade física, por exemplo. É com base neste raciocínio que Nino (1980, p. 23-27) imagina o voto de um juiz positivista metodológico (como ele é) no Tribunal de Nuremberg, condenando os oficiais nazistas. Esse juiz adota o conceito descritivo de Direito, mas reconhece que sua obrigatoriedade sempre é remetida à moral. O Direito é o que é, não o que gostaríamos que ele fosse: ele pode, portanto, ser descrito independentemente de juízos de valor. Mas, como seu fundamento moral último está sempre, necessariamente, fora do direito positivo, ele não é inquestionável. Mesmo reconhecendo que as leis nazistas eram Direito e que a conduta praticada pelos oficiais do regime não era crime segundo as normas vigentes à época, sua obrigatoriedade deve sempre estar sujeito a uma avaliação moral. Desse modo, o juízo de obediência incondicional às leis, ainda que moralmente forte, deve ceder em face do direito das minorias étnicas, políticas ou religiosas à vida e à incolumidade física. Por isso, o juiz positivista metodológico condena os algozes nazistas.

Nino ecoa, neste ponto, a afirmação de Hart, que pode surpreender quem está acostumado apenas à vertente mais tradicional do positivismo:

O que é certamente mais necessário para tornar as pessoas esclarecidas no confronto com o abuso oficial do poder é que elas devem preservar a ideia de que a confirmação de algo como juridicamente válido não é conclusivo sobre a questão da obediência, e que, mesmo que a aura de majestade ou autoridade do sistema oficial seja grande, suas demandas devem ao final ser submetidas a um questionamento moral. (HART, 1994, p. 210).

Não por outra razão, Hart (1994, p. 100 e 293) observa que a leitura moral da norma fundamental kelseniana levaria a considerar que ela tem sempre apenas um conteúdo: a obediência incondicional às leis. É uma leitura não imaginada pelo próprio Kelsen, que considerava as discussões morais como uma simples contraposição de arbítrios, pois a razão conhece e a vontade quer. As discussões morais são, para ele, irracionais por definição: são meras contraposições de desejos. Por isso, deveriam ser tratadas pela Política do Direito, e não pela Ciência do Direito (KELSEN, 1985, p. 393-395).

Essa solução, porém, não satisfaz a demanda por justificação. Retornando o desafio proposto por Dworkin no início deste item, poderíamos perguntar à teoria de Kelsen qual é o fundamento mais profundo do que a própria lei para mandar pessoas à cadeia e privar-lhes de seus bens. A resposta seria que as normas jurídicas assim determinam e que as autoridades competentes as aplicaram e que isso pode ser questionado no âmbito da Política do Direito, mas não da Ciência do Direito. Essa resposta é uma explicação, não uma justificação: mostra que a decisão decorre de uma sequência de normas jurídicas aplicadas por agentes competentes, mas não diz por que razão foi tomada. De fato, justificações externas ao ordenamento jurídico estão fora do alcance da teoria de Kelsen. Mas Nino mostra que justificações nunca são externas ao ordenamento jurídico: ao contrário, são decorrência lógica de a última norma posta não responder por que a obrigação imposta na ponta da pirâmide deve prevalecer. Justificar as restrições à liberdade é tarefa que não se exaure com explicações e é tarefa interna ao Direito. Apenas uma justificação pode dar fim à demanda por justificações (NAGEL, 1998, p. 125).

Em situações excepcionais, nas quais as restrições à liberdade são maiores do que a vida em sociedade geralmente exige, tanto maior é a necessidade de justificação de tais limites, seja para satisfazer a demanda ínsita à aplicação do Direito, seja para garantir que o cumprimento das normas ocorrerá com mais estabilidade e menos tensão social. Por isso, propõe-se questionar se as restrições à liberdade impostas pela Lei n. 13.979/2020 (que dispõe sobre as medidas sanitárias para enfrentamento da pandemia de Covid-19) estão moralmente justificadas. Em uma rápida leitura da Lei n. 13.979/2020 e de suas posteriores alterações, já se nota o grande alcance das medidas sanitárias. Ela dispõe que as autoridades poderão determinar isolamento (art. 3º, I), quarentena (art. 3º, II), realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, vacinação e outras medidas profiláticas (art. 3º, III), uso de máscara de proteção individual (art. 3º, III-A, e art. 3º-A), restrição temporária de locomoção internacional, interestadual ou intermunicipal (art. 3º, VI), requisição de bens e serviços privados, com posterior indenização (art. 3º, VII), dentre outras medidas. Para enfatizar a cogência das medidas, o art. 3º, § 4º, estatui que “As pessoas deverão sujeitar-se ao cumprimento das medidas previstas neste artigo, e o descumprimento delas acarretará responsabilização, nos termos previstos em lei”.

As restrições à liberdade serão analisadas com base em uma teoria liberal da justiça: a obra de John Rawls. A escolha do autor se dá por dois motivos. Em primeiro lugar, trata-se da contribuição mais influente sobre a justiça na segunda metade do século XX, que pauta o debate até hoje. Em segundo lugar, porque é uma teoria que prioriza a liberdade e a fundamenta a partir do autointeresse individual, por intermédio do artifício da posição original. Não é uma teoria que condiciona os direitos do indivíduo aos direitos do todo ou da coletividade; ao contrário, considera que tais direitos estão imunes a demandas do bem-estar geral. Em outros termos: seria fácil justificar as restrições às liberdades

básicas na pandemia a partir de um marco teórico mais holista, mas me proponho a questionar se essas restrições também se mantêm em face de uma teoria confessadamente liberal e atomista (embora não egoísta, como veremos). Por fim, o texto é um singelo tributo a esse autor clássico, no ano em que celebramos o centenário de seu nascimento e o cinquentenário da primeira edição de *Uma Teoria da Justiça*, que continua iluminando nossas reflexões sobre o justo.

## 2. A contribuição de Rawls

Inicialmente, serão recapitulados dois temas da teoria rawlsiana que são importantes para respondermos à questão inicial: a caracterização da posição original e a definição dos princípios de justiça que regerão a sociedade.

Rawls defende que as escolhas a respeito das normas básicas de uma sociedade justa devem ser feitas em uma situação de imparcialidade. Para fomentar essa imparcialidade, o autor imagina a posição original, em que cada indivíduo seria representado por uma “parte”, situada atrás de um véu de ignorância, que ocultaria dela as circunstâncias concretas do representado. O véu de ignorância não permite que a parte veja a condição social, o gênero, a religião, as convicções políticas e filosóficas, a ideia de boa vida e todas as outras peculiaridades que identificam o indivíduo concreto. As únicas coisas que a parte conhece são os bens primários e as concepções políticas disponíveis para a sociedade (RAWLS, 1990, p. 106-107 e 123). Os bens primários são os “meios para todos os fins” (RAWLS, 1995, p. 76), isto é, os bens ou direitos que são adequados para qualquer ser humano realizar seus planos de vida, quaisquer que eles sejam. Rawls defende que eles são os seguintes: vida, liberdades básicas, oportunidades, renda e bases sociais do autorrespeito (RAWLS, 2001, p. 362-363). Não há problema que as partes na posição original saibam quais são esses bens, exatamente porque eles são pré-requisito de qualquer plano de vida titularizado pelo indivíduo representado. As concepções políticas disponíveis para a organização da sociedade também não são ocultadas de quem está na posição original, por dois motivos: em primeiro lugar, porque uma das tarefas das “partes” é decidir qual será a concepção política predominante na atribuição de direitos e deveres; em segundo lugar, porque é possível e melhor escolher tal concepção sem conhecer o indivíduo representado. Assim, as partes sabem as peculiaridades do utilitarismo, do liberalismo, do *libertarianism*, do republicanismo cívico, da aristocracia, do socialismo etc.

Note-se que Rawls fala de “partes, e não pessoas” na posição original. Por quê? Exatamente para reforçar a impessoalidade dessa situação. Não é um indivíduo representando outro indivíduo, mas uma parte, uma entidade abstrata, que ocupa determinada posição deliberativa (RAWLS, 2001, p. 404-405). Pode ser feita uma

analogia imperfeita com a parte em sentido processual: qualquer que seja a parte autora de uma ação, ela tem determinadas faculdades processuais, prazos e prerrogativas, não importando se ela contém vários indivíduos ou um só, pessoas naturais, pessoas jurídicas ou até mesmo toda a coletividade. A parte é uma abstração e, pelo fato de alguém ser parte autora ou parte ré, já se sabem todas as regras que se lhe aplicam. A analogia é imperfeita porque a parte em sentido processual não está atrás de véu de ignorância algum; pelo contrário, ela é a corporificação dos interesses e direitos do demandante ou do demandado. Todavia, a analogia serve para evidenciar o caráter abstrato, despersonalizado e impessoal da “parte” na posição original rawlsiana.

Quando ocorreu essa posição original? Rawls não reivindica que as sociedades tenham se constituído com base em um contrato social historicamente determinado. Pelo contrário, as sociedades humanas são construídas ao longo do tempo por decisões e instituições que quase nunca expressam uma moralidade ideal. O autor não defende que, em algum momento histórico, um grupo tenha escolhido representantes imparciais que se colocaram atrás de um véu de ignorância e escolheram princípios de justiça para reger um Estado nascente. Se é assim, qual o ganho teórico desse argumento?

O ganho teórico da posição original é ser um artifício moral que nos ajuda a pensar imparcialmente: podemos entrar na posição original a qualquer momento (RAWLS, 1995, p. 273-275). Basta que, diante de um dilema relacionado à justiça, cada um se imagine representado por uma parte atrás do véu de ignorância e se pergunte: o que essa parte decidiria, sem saber de minhas circunstâncias e de meus interesses concretos, mas apenas conhecendo os bens primários e as concepções políticas disponíveis? Rawls esclarece:

Pode ser interessante observar que uma ou mais pessoas podem entrar nessa posição [original] a qualquer momento, ou melhor, podem simular as deliberações dessa situação hipotética simplesmente ao raciocinar de acordo com as restrições apropriadas. (RAWLS, 1990, p. 118-119).

A pergunta é análoga à que Nagel (1998, p. 146) demanda que façamos em escolhas morais: a questão não é “o que *eu* devo fazer *neste* caso?”, mas sim “o que qualquer pessoa em qualquer caso como este deve fazer?” A posição original é um *thought experiment* que busca conduzir nossa reflexão à imparcialidade e à racionalidade. Afinal, “razão é uma tentativa de transformar a mim num representante particular da verdade, atuando no sentido do que é certo”. (NAGEL, 1998, p. 138).

Neste sentido, o fato de a parte situada na posição original não saber quais serão as circunstâncias do indivíduo representado vai levá-la a escolher os princípios que o deixariam na melhor situação possível, mesmo que ele não seja favorecido por um dos quatro tipos de “loteria moral”: natural (inteligência, saúde, talentos); social (riqueza,

origem familiar); sorte bruta (estar no lugar certo na hora certa) e temporal (nascer em um tempo de abundância ou de carência total). As loterias morais são assim denominadas porque, uma vez que são imerecidas e arbitrárias, não fundamentam diferenças quanto ao acesso a bens primários (BARRY, 1989, p. 226). O desconhecimento quanto às circunstâncias concretas do representado leva à postura racional e (de certa forma) autointeressada de se escolherem princípios de justiça que estão justificados até mesmo para quem tiver menos sorte nas loterias morais. A posição original fomenta a alteridade: é uma maneira de o agente se colocar no lugar do outro ao refletir sobre a justiça. Em um registro mais informal, pode-se dizer que a posição original nos faz responder a seguinte pergunta: “e se fosse com você?”. É como se a parte pensasse: “e se meu representado tiver um problema de saúde grave e não puder pagar por tratamento?”, “e se meu representado pertencer a uma minoria religiosa, política ou sexual?”, “e se meu representado tiver um grande talento para uma profissão que exige instrução cara, mas nascer em família pobre?” etc. Quando cada um de nós aceita o convite rawlsiano e entra na posição original para pensar questões de justiça, é esse tipo de reflexão que o *thought experiment* favorece.

Quais são os princípios de justiça que seriam escolhidos na posição original? Rawls argumenta que seriam dois: o princípio da liberdade e o princípio da diferença. Pelo princípio da liberdade, “cada pessoa deve ter um igual direito ao *mais amplo sistema total* de liberdades básicas iguais, compatível com um sistema similar de liberdade para todos”. Pelo princípio da diferença:

desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam: a) para o maior benefício dos menos favorecidos, respeitando o princípio da poupança justa, e b) ligadas a cargos e posições acessíveis a todos sob condições de uma justa igualdade de oportunidade. (RAWLS, 1990, p. 266).

Destes dois, o princípio que será aprofundado em nossa análise (porque mais atinente ao objeto deste estudo) é o princípio da liberdade. Em primeiro lugar, note-se que a redação desse princípio sofreu alteração importante em *Liberalismo Político*, obra em que Rawls responde aos seus críticos e altera alguns elementos de sua teoria. Esta é a redação do princípio em *Liberalismo Político*: “cada pessoa deve ter um igual direito a uma organização inteiramente adequada de liberdades básicas iguais, compatível com um sistema similar de liberdade para todos” (RAWLS, 1995, p. 291).

Note-se que a expressão “mais amplo sistema total de liberdades” foi substituída por “uma organização inteiramente adequada de liberdades”. Por que Rawls modificou essa formulação?

A mudança do texto ocorreu após a crítica de Hart, que questionou se seria racional as partes na posição original escolherem liberdades com o escopo mais amplo

possível. Certamente, é racional escolherem-se liberdades quase irrestritas quanto a assuntos que só dizem respeito ao indivíduo: religião, escolha de ocupação, intimidade, concepção de boa vida etc. Mas quanto às liberdades que têm impacto intersubjetivo, seria razoável defender-se um âmbito tão alargado? Em outra oportunidade, empregamos o seguinte exemplo para explicar essa mudança da teoria rawlsiana:

A crítica de Hart, dentre outros pontos, evidenciou que toda atribuição de liberdades iguais tem um ‘custo’ para o indivíduo: A passa a ter a prerrogativa X, mas B também a possui. Pode ser que a liberdade X de B traga malefícios e insatisfações a A que superem os benefícios que A haure de fruir a mesma liberdade X. Isso pode levar A a não querer X nem para si nem para qualquer outro: ele desiste de uma liberdade porque ela, ao ser exercitada por outrem, lhe causa dano. Por exemplo: A e B são vizinhos em um condomínio (...) e surge uma proposta, na assembleia, de festas serem permitidas nos apartamentos até as duas horas da manhã, aos fins de semana. Tanto A quanto B são a favor da proposta, pois ambos gostam de festas. Porém, A dá menos festas do que B e tem sono muito leve. A percebe que a liberdade lhe trará mais danos do que satisfações e vota contra a proposta: prefere renunciar à possibilidade de fazer festas a não conseguir dormir quando desejar. (JESUS, 2011, p. 97-98).

Rawls percebeu que a racionalidade das partes na posição original não leva necessariamente a uma maximização incondicional de todas as liberdades. Como a parte não sabe a situação concreta do indivíduo representado, a escolha de liberdades sempre tão abrangentes quanto possível não é necessariamente a mais racional. Mesmo sabendo os seus interesses concretos (como na reunião de condomínio), os indivíduos podem preferir uma liberdade que não seja necessariamente a mais ampla possível. Em uma posição original, em que as partes ignoram as reais condições dos representados, faz ainda mais sentido que as liberdades sejam “inteiramente adequadas”, pois exponenciar todas as liberdades pode ser contrário ao seu exercício por alguns. A crítica de Hart “mostra que nem sempre é racional pugnar pela mais ampla liberdade possível: às vezes, racional é exatamente o inverso”. (JESUS, 2011, p. 98).

Essa reflexão deve ser aplicada às medidas de restrição sanitária. Se nos propusermos a ingressar na posição original, julgaríamos racional defender que a liberdade em uma sociedade justa deve ser ampla a ponto de abranger recusa injustificada de vacinas ou de uso de máscaras? A parte na posição original não saberia se o seu representado é alguém que trabalha com o público em um serviço essencial, sujeito a aglomerações, ou se é alguém que pode trabalhar em *home office*. Não sabe, também, se o indivíduo representado tem boa saúde ou se é imunossuprimido, que apenas pode se proteger de



um vírus letal se uma porcentagem considerável da comunidade estiver vacinada. Seria racional pugnar por uma liberdade absoluta neste caso ou esta seria análoga (mas com consequências muito mais sérias) à escolha de limites tardios para festas em condomínio?

Parece evidente que a parte na posição original não escolheria uma liberdade tão ampla a ponto de colocar em risco a vida de seu representado. Em outros termos, é irracional a defesa da liberdade de o outro me matar. Note-se que não há neste argumento nenhum apelo a holismo ético, a pressupostos de que o indivíduo é parte do todo e, portanto, deve se adequar ao todo. Muito pelo contrário, o pressuposto é a parte racional e autointeressada, no campo do individualismo ético.

Necessário explicar o que entendo por alguns conceitos aqui mencionados. Individualismo ético é a concepção segundo a qual “os únicos titulares de interesses cuja satisfação constitui uma justificativa *prima facie* de uma ação ou medida e cuja frustração constitui (...) uma desqualificação *prima facie* de uma ação ou medida são os *indivíduos humanos*” (NINO, 1990a, p. 248, ênfase no original). Acredito termos fortes razões para estender o âmbito dessa concepção a todos os indivíduos sencientes (JESUS, 2021), mas essa discussão fugiria do escopo deste artigo. Em contraste, segundo o holismo ético, há “entidades coletivas que têm interesses que não são redutíveis aos de certos seres humanos (...) e que devem ser atendidos às vezes às custas dos interesses de alguns humanos” (NINO, 1990a, p. 247). Para o individualismo, a unidade moral básica é o indivíduo; para o holismo, são entes supraindividuais, tais como pátria, povo, nação, estado, partido, igreja etc.

Desta forma, o individualismo ético, na acepção de Nino, apenas busca firmar a inviolabilidade da pessoa em face das demandas do todo social ou político, mas não implica a defesa de liberdades que vulnerem direitos básicos do outro, exatamente porque o outro também é moralmente protegido pelo individualismo ético. Individualismo ético não é egoísmo ético. Por isso, mesmo uma concepção individualista, como a de Rawls, consegue mostrar que é racional defender “uma organização inteiramente adequada” de liberdades básicas iguais, e não “o mais amplo sistema total” de tais liberdades. Não é necessário ser holista para se entender que o outro também é uma unidade moral básica e que, assim, nossas liberdades devem se submeter a uma regra racional e imparcial.

A visão de Nino quanto ao holismo certamente não é a única possível e tem simplificações. Por exemplo, Robert Williams mostra que a filosofia de Hegel (em geral considerada holista) também visa a liberdade individual, mas rejeita a visão kantiana de que a autonomia pode ser entendida isoladamente. Em Hegel, a autonomia e a liberdade são intersubjetivas desde o início: a relação com o outro é a condição da liberdade. O Estado não é uma fusão de indivíduos, mas um vínculo possibilitado pela liberdade reciprocamente reconhecida dos sujeitos e garantidor dessa mesma liberdade (WILLIAMS, 1997, cap. 4). Para analisar criticamente o holismo ético de Hegel e argumentar se ele é mais consistente

do que o individualismo ético de Nino e de Rawls, certamente não bastaria um artigo, nem mesmo uma tese. Meu objetivo neste trabalho é, conforme já explicado no item 1, apenas testar o argumento de resistência às medidas sanitárias no ambiente filosófico que tenderia a ser-lhe mais favorável, que é o do liberalismo, de matriz individualista.

Com o argumento da obrigatoriedade moral das medidas de restrição sanitária, não se pretende excluir a possibilidade de que um indivíduo possa descumprir alguma dessas medidas, de maneira justificada. Por exemplo: se um Estado cancelar uma vacina sem comprovação científica ou se alguém for alérgico a todas as vacinas disponíveis, claro que o indivíduo não pode ser obrigado a se vacinar. Os casos concretos por vezes trarão situações inusitadas em que a literalidade da regra não se aplica. Isso é da natureza do Direito, que dispõe universalmente (porque a regra é universal por definição) sobre matéria contingente. Daí a importância da equidade na aplicação das normas jurídicas. Na definição de Aristóteles, “esta é a natureza do equitativo: a correção da lei no ponto em que ela é defeituosa devido à sua universalidade” (ARISTÓTELES, 1980, 1137b23, p. 133).

A justificação das medidas sanitárias também não implica, por si só, a defesa de formas coercitivas extremas de sua aplicação (por exemplo, processando criminalmente quem se recusar a cumpri-las). Essas questões envolvem um debate sobre a efetividade e proporcionalidade das medidas punitivas que fogem do escopo do artigo. De qualquer forma, uma defesa pública de que as medidas sanitárias são plenamente compatíveis com a defesa da liberdade também pode contribuir para a efetividade dessas normas, pois explicita o seu sentido, sua razão de ser, facilitando a adesão espontânea a tais parâmetros.

Busca-se mostrar apenas que a resistência às medidas sanitárias na pandemia com base na defesa da liberdade não faz sentido. O indivíduo que afirma “não uso máscara ou não me vacino porque sou livre” tem uma má compreensão do que seja a liberdade, mesmo do ponto de vista liberal e individualista. Mesmo no liberalismo, a liberdade civil é sempre situada. O individualismo ético (pelo conceito de Nino) não ignora que o ser humano é uma pessoa entre outras e que todas devem conviver sob uma medida justa, racional e universal. Defender a “liberdade absoluta” de se subtrair às medidas sanitárias e dizer-se liberal é uma contradição. A liberdade para se eximir, sem justificativas, das medidas sanitárias encontra *explicação* na lei do mais forte (*might makes right*). Mas a lei do mais forte é o contrário da *justificação*, fundamental quando se entra no campo da moral e da convivência com o outro, ínsita à vida em sociedade.

### 3. Relação distributiva ou comutativa?

Há outro ponto que merece ser destacado. As restrições à liberdade contidas nas medidas sanitárias podem ser adequadamente compreendidas se estiver claro que elas disciplinam uma relação distributiva, e não comutativa. Nem sempre isso é explicitado, seja porque os juristas restringiram a distribuição à esfera da política (LOPES, 2004, cap. 4), seja porque justiça distributiva é muitas vezes identificada apenas com medidas de distribuição de renda ou de equalização social – o que é um equívoco, pois se confunde a espécie com o gênero, toma-se a parte pelo todo. Vale ressaltar, neste item, que as restrições sanitárias são questões distributivas porque disciplinam a fruição de um bem comum.

Vale recapitular o contraste entre justiça comutativa e distributiva. A justiça comutativa (ou corretiva) “tem um papel retificador nas transações entre os homens” (ARISTÓTELES, 1980, 1130b31, p. 111). Por ela, as partes devem sair da interação social com a mesma quantidade de bens com que entraram, razão pela qual Aristóteles menciona que, nesta relação, a igualdade é aritmética. Trata-se da justiça dos contratos e dos delitos, em que há um jogo de soma zero: o comprador entrega R\$ 200,00 pela coisa e obtém uma coisa que vale R\$ 200,00; o vendedor entrega a coisa por R\$ 200,00 e obtém o valor equivalente à coisa vendida. Já a justiça distributiva é “manifestada na distribuição de honra, dinheiro, ou outras coisas que podem ser divididas entre os que têm parte na constituição da Pólis”. (ARISTÓTELES, 1980, 1130b30, p. 111). Assim, quinhões distribuídos de um bem comum não serão aritmeticamente iguais, mas serão proporcionais a algum critério relevante. Quem contribuiu por mais tempo e pelo teto para a previdência social terá aposentadoria mais alta do que quem contribuiu por salário mínimo e se aposentou com a idade mínima. O detentor de 30% do capital social de uma empresa terá 30% dos lucros, ao passo que o sócio que contribuiu com 20% terá apenas 20% dos lucros. A igualdade, nesses casos, não é aritmética, mas geométrica.

Ernst Weinrib observa que, embora tanto a justiça comutativa quanto a distributiva sejam formais, elas representam “estruturas contrastantes de justificação, que subjazem à coerência de relações externas” (WEINRIB, 1992, p. 418). De fato, trata-se de relações distintas, por ao menos três contrastes. O primeiro já foi mencionado: enquanto a justiça distributiva visa uma igualdade de razões, a justiça comutativa visa igualdade de quantidades. Por isso, a igualdade buscada pela justiça comutativa é aritmética, ao passo que a objetivada pela distributiva tem natureza geométrica, pois a igualdade se dá entre as proporções: o lucro de cada sócio é proporcional à sua quota; a aposentadoria é proporcional ao tempo e ao salário de contribuição etc.

O segundo cotejo diz respeito aos polos das duas relações: enquanto a justiça distributiva tem estrutura multipolar, a justiça comutativa tem estrutura bipolar.

Com efeito, contratos e delitos, exemplos típicos de relações comutativas, apresentam, em regra, apenas dois polos: comprador e vendedor, ofendido e ofensor etc. Mesmo quando a relação se torna mais complexa, ainda é possível reduzi-la a liames bipolares – por exemplo: o motorista responsável pelo acidente deve indenizar o outro motorista (uma relação bipolar entre os dois motoristas), mas pode cobrar o prejuízo da seguradora de seu veículo (outra relação bipolar, dessa vez entre motorista e seguradora); na promessa de fato de terceiro, embora haja três partes, a relação bipolar ocorrerá entre o terceiro e o credor *ou*, caso o terceiro não a cumpra, entre o promitente e o credor (Código Civil, arts. 438 e 440). Por outro lado, as relações distributivas são multipolares, pois há muitas partes que têm direitos proporcionalmente iguais à fruição da coisa comum: os sócios de uma empresa ou os segurados do INSS são polos diferentes de uma mesma relação, que é a constituída entre a coisa comum e cada um dos que fazem jus a uma fração.

Infere-se deste ponto o terceiro contraste entre justiça distributiva e comutativa: naquela, a relação entre os sujeitos é *mediada* pela coisa comum; nesta, a relação entre as partes é *imediate*. Um segurado do INSS que necessitou de vários auxílios-doença em sua vida laboral não está em relação direta com outro segurado que não precisou deste benefício. Mas ambos estão ligados em uma relação indireta, pois eles utilizam recursos de um mesmo fundo comum (e finito). Em contraste, a relação jurídica entre comprador e vendedor é direta e imediata: a coisa vendida não medeia a relação entre eles, mas é apenas o objeto desta relação.

Quando a Lei n. 13.979/2020 faculta aos poderes públicos a determinação (conforme a situação sanitária local) de isolamento, quarentena, vacinação e uso de máscaras, ela está regulando uma situação comutativa ou distributiva? À primeira vista, pode parecer uma relação bilateral entre cidadão e Estado, de natureza comutativa, em que o todo “pede” algum sacrifício de parte da liberdade dos indivíduos. Mas pede por quê? Exatamente porque a fruição da coisa comum – que é o espaço público e o ar que todos inspiramos e expiramos – tem regras. Essa regra existe porque a relação, na verdade, é de justiça distributiva.

É certo que, em geral, as regras contemplam “o mais amplo sistema total” (como no primeiro Rawls) de liberdade ambulatoria: todos podem ir e vir, manifestar-se livremente, andar sozinhos ou junto com centenas de pessoas. Note-se, porém, que mesmo em situações não excepcionais, essa liberdade não é tão absoluta quanto parece: basta citar o art. 5º, XVI, da Constituição, que faculta a livre reunião em espaços públicos, mediante a simples comunicação à autoridade competente, estabelecida a preferência de quem comunicar em primeiro lugar. Há aqui duas regras restritivas, que derivam precisamente do caráter de coisa comum do local público: pela primeira regra, quem quiser exercer o direito de usar o bem comum deve comunicar o responsável por esse bem (a autoridade local), com o objetivo de coordenar as liberdades dos demais indivíduos;

pela segunda regra, se dois grupos quiserem se manifestar no mesmo espaço e ao mesmo tempo, o direito será conferido a quem primeiro cientificar a autoridade. Trata-se de critérios utilizados para decidir como o bem comum será fruído. Afinal, quando se trata de bens comuns, “o exercício dos direitos sobre eles deve ser compatível e simultâneo. Caso o exercício não possa ser simultâneo, torna-se necessário providenciar uma alternância no tempo ou priorizar o atendimento de uns em relação aos outros” (LOPES, 2020, p. 351).

Em um contexto de circulação de um vírus mortal pelo ar que respiramos, faz sentido que o uso simultâneo deste bem comum tão elementar tenha regras que visem preservar a saúde e a vida de cada um. Pensemos na seguinte analogia: o sócio que tem 30% do capital social não tem direito a 40% dos lucros, pois isso lesaria a coisa comum (o total de lucros da sociedade), deixando para os demais sócios uma fração menor do que a devida. Da mesma forma, uma indústria que despeja poluentes na atmosfera, na água ou no solo em nível acima do permitido lesiona cada indivíduo, em seu direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. É o mesmo caso de quem se recusa a submeter-se às medidas sanitárias: este indivíduo deixa para os demais um ar menos seguro do que deveria ser. Nos três casos, a relação é distributiva, pois é mediada por uma coisa comum (respectivamente, o lucro da sociedade, o meio ambiente e o ar). Em todos esses casos, a fruição da coisa comum tem regras, que visam manter um quinhão justo dela para cada indivíduo. O justo é o proporcionalmente igual: cada sócio tem direito a uma quota proporcional às suas ações, cada empresa não pode exceder sua quota de poluentes, cada indivíduo tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cada pessoa tem direito a respirar um ar livre de um vírus mortal.<sup>1</sup>

Também nos três casos, a relação entre os indivíduos é indireta, mediada pela coisa comum. Essa análise permite percebermos que é correto afirmar que as medidas sanitárias são “para o outro”: uso máscara “para o outro”, ainda que eu não tema o vírus ou até mesmo que eu não tema morrer; tomo vacina “para o outro”, ainda que eu já tenha anticorpos. Note-se, porém, que estamos diante do outro “geral”, mediado pelo uso comum do espaço público, já que a justiça distributiva tem natureza multipolar. Quando saio à rua de máscara, não estou em relação jurídica direta com cada pessoa que está na mesma calçada que eu. Todos estamos em relação indireta uns com os outros, pelo fato de compartilharmos o mesmo ar, em tempos de pandemia.

---

<sup>1</sup> Claro que estes bens comuns têm natureza distinta: o total do lucro da sociedade é divisível, produzido pela empresa e pertence apenas aos sócios, enquanto o ar e o meio ambiente são indivisíveis e servem a todos sem serem produzidos por ninguém (LOPES, 2020, p. 361). De qualquer forma, vale ressaltar o caráter distributivo dessas três situações, mesmo com bens tão distintos.

#### 4. Conclusão

As restrições à liberdade determinadas para o enfrentamento da pandemia de Covid-19 encontram justificativa moral mesmo no âmbito de uma teoria liberal da justiça, como a de John Rawls. Uma “organização inteiramente adequada” de liberdades básicas iguais tem fundamento racional, mesmo do ponto de vista das partes na posição original, permitindo que as liberdades sejam coordenadas para que se mantenha cada um a salvo de um vírus letal.

Ressaltou-se que esse raciocínio prescinde da adesão a algum tipo de holismo ético ou coletivismo. Ao contrário, é perfeitamente plausível nos limites mais estreitos de um individualismo ético (na definição de Nino, exposta no item 2), pois permite que as restrições sanitárias sejam fundamentadas no bem de cada indivíduo, e não de uma entidade supraindividual, que se arrogue direitos do “todo” em face das “partes”. As restrições sanitárias visam preservar a vida e a saúde de cada um, são pensadas no interesse de cada ser humano. Mas a maneira de garantir o que é fundamental para cada pessoa é disciplinar o acesso justo ao bem comum: nada diferente do que ocorre em todas as relações distributivas. Não há incompatibilidade, assim, entre o individualismo ético e as restrições sanitárias, já que elas são feitas para preservar os direitos mais básicos de cada indivíduo.

O descumprimento das medidas sanitárias, fundado exclusivamente no argumento da liberdade individual, não é apenas um sem sentido, mas também uma contradição. Argumentos assim ignoram que o uso de um bem comum é sempre uma questão distributiva e que a liberdade é sempre situada. Pior: ignoram que as medidas sanitárias existem exatamente para preservar a vida (e, portanto, a liberdade, que só pode ser exercida pelos vivos) de cada indivíduo. Esses ataques às medidas sanitárias são, portanto, anti-individualistas e antiliberais. Não têm plausibilidade nem mesmo no terreno que lhes seria, a princípio, mais favorável.

São Paulo, julho de 2021.

#### Referências

ARISTÓTELES. *The Nicomachean ethics*. Translated with an introduction by David Ross. Oxford: Oxford University Press, 1980.

BARRY, Brian. *Theory of justice*. Berkeley: University of California, 1989. v. 1: a treatise on social justice.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Portal do Planalto*, Brasília, DF, 10 jan. 2002.

- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- HART, Herbert. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1994.
- JESUS, Carlos Frederico Ramos de. *Direitos animais: entre pessoas e coisas. O status moral-jurídico dos animais*. Curitiba: Juruá, 2021. No prelo.
- JESUS, Carlos Frederico Ramos de. *John Rawls: a concepção de ser humano e a fundamentação dos direitos do homem*. Curitiba: Juruá, 2011.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado e Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 1985.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Editora 34: Edesp, 2004.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Curso de filosofia do direito: o direito como prática*. São Paulo: Atlas, 2020.
- NAGEL, Thomas. *A última palavra*. São Paulo: UNESP, 1998.
- NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2. ed. Ampl. y rev. Buenos Aires: Astrea, 1990a.
- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2. ed. Buenos Aires, Astrea, 1980.
- NINO, Carlos Santiago. Sobre los derechos morales. *Doxa*, Buenos Aires, n. 7, p. 311-325, 1990b. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/1990-n7-sobre-los-derechos-morales>.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Revised Edition. Cambridge, MA: Belknap, 1990.
- RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1995.
- RAWLS, John; FREEMAN, Samuel (ed.). *Collected papers*. Cambridge: Harvard University Press, Mar. 2001.
- WEINRIB, Ernst. Corrective justice. *Iowa Law Review*, Iowa, v. 77, n. 2, p. 403-426, 1992.
- WILLIAMS, Robert. R. *Hegel's ethics of recognition*. Berkeley: University of California Press, 1997.