



INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP  
ESCOLA DE DIREITO DO BRASIL – EDIRB  
MESTRADO PROFISSIONAL INTERDISCIPLINAR EM DIREITO, JUSTIÇA E  
DESENVOLVIMENTO

ALEXANDRE CHICONELLI HENRIQUES

A LIBERDADE DE CULTO E DE REUNIÃO E OS PROTOCOLOS SANITÁRIOS DE  
COMBATE À PANDEMIA DO COVID-19:

Um Estudo de Caso à Luz da Proporcionalidade Alexyana

**SÃO PAULO**

**2023**



ALEXANDRE CHICONELLI HENRIQUES

A LIBERDADE DE CULTO E DE REUNIÃO E OS PROTOCOLOS SANITÁRIOS DE  
COMBATE À PANDEMIA DO COVID-19:

Um Estudo de Caso à Luz da Proporcionalidade Alexyana

Dissertação de Mestrado, desenvolvida sob a orientação da Profa. Dra. Monique Sochaczewski Goldfeld apresentada ao Programa de Mestrado Profissional Interdisciplinar em Direito, Justiça e Desenvolvimento, para obtenção do título de Mestre em Direito.

**SÃO PAULO**

**2023**

ALEXANDRE CHICONELLI HENRIQUES

A LIBERDADE DE CULTO E DE REUNIÃO E OS PROTOCOLOS SANITÁRIOS DE  
COMBATE À PANDEMIA DO COVID-19:

Um Estudo de Caso à Luz da Proporcionalidade Alexyana

Dissertação de Mestrado apresentada ao  
Programa de Mestrado Profissional  
Interdisciplinar em Direito, Justiça e  
Desenvolvimento, como requisito parcial para  
obtenção do título de Mestre em Direito.

Data da Defesa: 29/06/2023

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Profa. Dra. Monique Sochaczewski Goldfeld**  
**Instituto Brasileiro de Ensino Desenvolvimento e Pesquisa - IDP**

---

**Prof. Dr. Rafael Silveira e Silva**  
**Instituto Brasileiro de Ensino Desenvolvimento e Pesquisa - IDP**

---

**Profa. Dra. Carmela Dell'Isola**  
**Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**

## DEDICATÓRIA

A Claudia Cristina Ferrari

Predestinada antes do destino  
Escrita antes do escrito  
Depois do sempre, além do infinito  
Mais Diva do que tudo que é Divo  
Só para mim, não sei como  
A valer cada dia, a abençoar cada sono  
A única com quem 2 se tornam 1, com quem o meio se faz todo  
De quem o acalento não troco nem pelo Poder de nenhum Trono  
Só na Dulcineia, o louco Quixote galopa Dom Equestre  
Só em Claudia, o projeto do discípulo plenifica-se na autoridade do Mestre  
Minha felicidade  
Minha verdade  
Minha virtude  
Minha plenitude  
Meu Amor, Meu Bem  
Desde Sempre, Para Sempre E Além

À Minha Mãe, Simone Chiconelli Henriques  
E Ao Meu Pai, Alexandre Cruz Henriques

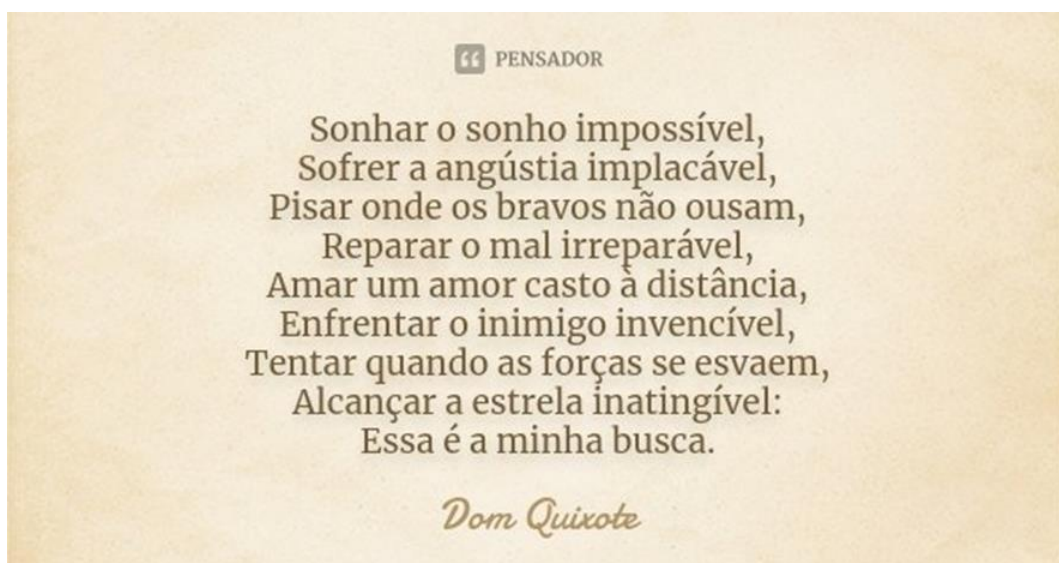
Por, juntos, constituírem o que consegue ser, ao mesmo tempo, o ensino mais fundamental e o mais superior, o exemplo. Primeiramente, o exemplo de que todas as escolhas devem ser por amor. Pois, do amor tudo é fruto e consequência. Mas, principalmente, por vosso amor ter resultado em mim, e desde sempre, ter me regado e cultivado nas virtudes intelectuais, espirituais, éticas e, inclusive, estéticas, dos grandes mestres, para que um dia, fosse também um deles, para sempre.

À Minha Dindinha, Quitéria Severo de Ângelo  
E, Ao Meu Dindinho, José Natal De Ângelo

Por serem a evidência viva e personificada de que nada oponho à Divindade nem a quaisquer cultos a Ela oferecidos. Ao contrário, em suas pessoas, ministro a Ela minha gratidão e meu louvor pelo bem que me fazem e que me representam, me enredando em outras mães, outros pais, outras famílias, quando a tantos estes são um só, ou nem são.

A Maria Aparecida Holanda, Maria Elena Borges E Silvana Maria Fernandes, A quem me recuso designar por colaboradoras, funcionárias e menos ainda por empregadas. Pois, a quem exijo absoluta reverência, primeiramente, por renunciarem a fazer pelos seus e fazerem por nós o que não temos a dignidade de fazer nós mesmos e nos abençoarem com a glória da comida pronta, da roupa limpa, da casa acolhedora e da burocracia cumprida. Mas, sobretudo e sobretudo, por serem a evidência cabal de que existem, sim, a pureza de coração e a elevação de espírito, em seu estado mais genuíno.

A Mona Lisa Maria Vallin Scarabello  
Insigne colega na faculdade e na advocacia, mas, sobretudo e sobretudo, o eterno aprendizado que só uma pessoa admiravelmente múltipla, avó, mãe, professora de química e ciências, e minha amiga, pode oferecer. Com ela aprendo conceitos imprescindíveis como o de presente de humanidade e como o da escolha que poucos fazem por manjar dos Deuses e muitos fazem por sopa de pedra. Oxalá, se o grau de mestre formalmente e solenemente me contemplar, consiga apenas fração qualquer da sua maestria, revelando sempre muito mais questões do que lições, muito mais a aprender do que a ensinar.



## **AGRADECIMENTOS**

À Professora Doutora Monique Sochaczewski Goldfeld, historiadora que transcende fazer da História uma Ciência, pois não descansa até que cada um dos seus alunos sejam Vidas transformadas em História.

À Professora Doutora Carmela Dell'Isola cujo carinho e cujo amor, somados à toda sabedoria e a todo conhecimento não só fizeram de um jovem um jurista, como culminam, neste momento, por abrir ao menino os caminhos dos mestres.

Ao Professor Doutor Rafael Silveira e Silva por quebrar o dogma de que política, religião e esporte não se discutem, ampliando nossos horizontes até que os alunos se tornem mestres e, mestres, descubram-se eternos aprendizes.

Ao Professor Mestre Fábio Toledo, agradecimento especial, por sua diplomacia, no sentido mais elevado e mais literal do termo, que a praticar como ninguém a máxima “consolar sempre” atribuída a Hipócrates, nos deixa a indelével lição de que o amor é um instituto universal.

A todos os professores doutores e mestres da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, onde me graduei, e do Instituto Damásio de Direito, onde me especializei, e do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), onde sou mestrando. A todas as senhoras e a todos os senhores tento representar e orgulhar.

Aos queridos amigos Ivone Cavali e Victor Hugo Malone não só cujo trabalho de formatação tornou o nosso trabalho possível, como principalmente, pelos generosos votos de amizade aos quais nunca saberei como fiz por merecer, e que, a cada encontro, me fazem lembrar a canção de Burt Bacharach (In Memoriam) e Carole Sager (In Memoriam), que, resumidamente, diz que os “amigos são pra isso.”

## RESUMO

A pesquisa em questão pretende um estudo de caso, metodologicamente dedutivo, que tem quatro elementos ordenados: O primeiro tem seu lugar na Pandemia de Covid-19 enquanto palco de colisões de direitos fundamentais, especificamente, a colisão da liberdade de culto e de reunião presenciais com a vida e a saúde pública. O segundo trata da análise do conflito de determinações, no qual, internacionalmente, surgem os protocolos sanitários de combate à Covid-19, estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde, e nacionalmente, o Executivo Federal erige os cultos e reuniões à condição de essenciais e o Judiciário Federal os restringe. O terceiro revisita a máxima da proporcionalidade trazida por Robert Alexy e seus três critérios de aplicação como a solução que a doutrina trouxe, até o presente momento, para o impasse. E, por fim, o quarto consiste na análise de cada voto de cada ministro do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 811, com o objetivo estrito de verificar se houve, por parte de cada ministro, a passagem do caso pelos três critérios de aplicação da máxima da proporcionalidade, como proposto por Robert Alexy.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional; Colisões; Liberdade Religiosa vs Covid-19; Proporcionalidade.

## ABSTRACT

The research under discussion intends to be a case study, methodologically deductive, which has four ordered elements: The first has its place in the Covid-19 Pandemic as a stage for collisions of fundamental rights, specifically, the collision of freedom of worship and of assembly with life and public health. The second deals with the analysis of the conflict of determinations, in which, internationally, the sanitary protocols to combat Covid-19, established by the World Health Organization, arise, and nationally, the Federal Executive erects the cults and meetings to the condition of essential and the Federal Judiciary restricts them. The third revisits the maxim of proportionality brought by Robert Alexy and its three application criteria as the solution that the doctrine has brought, so far, to the impasse. And, finally, the fourth consists of the analysis of each vote of each minister of the Federal Supreme Court in the judgment of the Claims of Non-compliance with a Fundamental Precept (ADPF 811), with the strict objective of verifying if there was, by each minister, the passage of the case by the three criteria for applying the maxim of proportionality, as proposed by Robert Alexy.

**Keywords:** Constitutional Rights; Collisions; Freedom of Worship vs Covid-19; Proportionality

## Sumário

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 A PANDEMIA DE COVID-19 COMO PALCO DA COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	16
1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS, BIOLÓGICOS E POLÍTICOS DA PANDEMIA DE COVID-19.....	16
1.2 NORMAS, PRINCÍPIOS, REGRAS, VALORES, DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E ARCABOUÇOS NORMATIVOS .....	21
1.3 OS PROTOCOLOS SANITÁRIOS DE COMBATE À PANDEMIA DE COVID-19.....	26
1.4 O PROGRAMA NACIONAL DE IMUNIZAÇÕES (PNI) .....	30
1.5 A COLISÃO DOS DIREITOS E O CONFLITO ENTRE OS PODERES .....	33
<b>2 A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE DE ROBERT ALEXY COMO SOLUÇÃO PARA A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	38
2.1 PROPORCIONALIDADE COMO EXERCÍCIO DE PONDERAÇÃO, REGRA DE ALEXY OU PRINCÍPIO DA CONSTITUIÇÃO? .....	40
2.2 OS CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	42
2.3 CRÍTICAS À MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE ALEXYANA E RESPOSTAS.....	47
<b>3 O CASO DA PANDEMIA DE COVID-19 À LUZ DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE ALEXYANA</b> .....	53
3.1 A ADPF 811, VOTO DO RELATOR, MINISTRO GILMAR MENDES .....	54
3.2 MINISTROS QUE APLICARAM A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE .....	57
3.3 MINISTROS QUE NÃO APLICARAM A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE.....	68
3.4 O PRINCÍPIO DA DECISÃO JUDICIAL FUNDAMENTADA OU DA MOTIVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL.....	73
<b>CONCLUSÃO</b> .....	77
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	80



## **Lista de Abreviações**

**ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**

**IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**

**OEA - Organização dos Estados Americanos**

**OMS - Organização Mundial de Saúde**

**ONU - Organização das Nações Unidas**

**PNI - Programa Nacional de Imunização**

**PSD – Partido Social Democrático**

**STF - Supremo Tribunal Federal**

## INTRODUÇÃO

A rotina nos impõe pensar em conflitos que, na verdade, não são conflitos, são escolhas e do tipo que não exige grandes ponderações. Mas, a presente dissertação pretende discutir um tema bastante diferente das escolhas, que são os sacrifícios impostos quando dois ou mais bens colidem. Pode ser muito natural, por exemplo, escolher comprar em detrimento de roubar ou constatar em detrimento de mentir ou, ainda, qualquer escolha que, em alguma medida, implique no devido em detrimento do indevido. Mas, e quando temos que escolher algo que é devido em detrimento de algo que também é devido? Certamente, já deixou de ser escolha e passou a ser um sacrifício. Quando se estuda a colisão de direitos fundamentais, em qualquer caso que ela se configure, estamos diante de um conflito entre elementos que, em tese, se complementam, quase que simbioticamente.

O Brasil já enfrentou casos de colisões de direitos fundamentais, como quebra do sigilo bancário contra privacidade de dados, rodízio de automóveis contra liberdade de locomoção, direitos da personalidade contra liberdade de expressão, farra do boi frente à proteção aos animais e direito social à moradia contra penhorabilidade do bem de família. Mas, a pandemia de Covid-19, não nos impôs casos isolados de colisões de direitos fundamentais e sim, uma variedade de colisões entre os direitos e/ou princípios fundamentais. Exemplificamos com as colisões da liberdade de locomoção contra *lockdown* enquanto política pública de saúde, livre iniciativa frente ao *lockdown* enquanto política pública de saúde, valores sociais do trabalho contra *lockdown* enquanto política pública de saúde. Enfim, há uma gama de colisões de direitos e/ou princípios fundamentais.

Do Grande Dicionário Sacconi da Língua Portuguesa<sup>1</sup>, pode-se aprender que a etimologia da palavra “crise” traduz do grego, *krísis*, uma decisão. Já, do latim, *crisis*, quer dizer fase decisiva de uma doença. É daí que surge a semântica contemporânea de tempos de dificuldade ou perigo, momento decisivo de um acontecimento, situação de falta ou escassez, e, ainda, no sentido figurado, um ataque repentino. Estas definições dicionarizadas, nos ajudam a concluir que a pandemia de Covid-19 foi, em todos os sentidos, uma crise.

---

<sup>1</sup>SACCONI, Luiz Antonio. **Grande Dicionário Sacconi: da língua portuguesa: comentado, crítico enciclopédico**. Editora Nova Geração. São Paulo. 2010. Pg. 564.

Uma crise sanitária, pois a disseminação da Covid-19 impôs tempos de dificuldade, de perigo, de falta e de escassez. Os quais, de modo repentino, foram decisivos a uma resignificação da sociedade como a conhecíamos. Um aperto de mãos tornou-se mortalmente contagioso. A mera aproximação entre as pessoas tornou-se uma questão de saúde, de segurança e de mobilidade públicas, num cenário que, no seu auge, registou mais de 4000 mortes por dia, conforme nos informa o portal do SUS.<sup>2</sup>

Uma crise político-econômica, pois uma fase de decisões que promiscuíram ciência com ideologia de tal sorte que, nas palavras da pesquisadora Simone da Silva Costa<sup>3</sup>, expuseram as desigualdades sociais e urbanas das sociedades capitalistas. E, ainda, conforme informação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)<sup>4</sup>, 522,7 mil empresas encerraram suas atividades devido à pandemia de Covid-19 no ano de 2020. E, segundo a mesma fonte<sup>5</sup> e no mesmo ano, o desemprego atingiu os 13.3%.

O que a presente dissertação pretende discutir, porém é a crise sanitário-político-jurídica que definiu a Pandemia de Covid-19 como um grande palco da colisão de direitos fundamentais e de conflitos entre os Poderes.

A dissertação em questão leva a sério o caráter interdisciplinar do Mestrado em Direito, Justiça e Desenvolvimento do IDP e busca usar diferentes lentes para tratar em especial da crise sanitário-político-jurídica oriunda da pandemia recente. Do ponto de vista da História visa estudar as origens. Do ponto de vista da Ciência Política, pretende estudar os efeitos. E do ponto de vista da Ciência do Direito, o intento é estudar as soluções. Sem fugir, evidentemente, às pitadas das Ciências da Saúde, indispensáveis para tratar de conceitos como endemia, epidemia, pandemia,

<sup>2</sup>**CORONAVÍRUS NO BRASIL.** [https://infoms.saude.gov.br/extensions/covid-19\\_html/covid-19\\_html.html](https://infoms.saude.gov.br/extensions/covid-19_html/covid-19_html.html). Acesso em: 24/01/2023.

<sup>3</sup>Da Silva Costa, Simone. **Pandemia e desemprego no Brasil. Resumo.** Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/SGWCFyFzjrDwgDJYKcdhNt/#> . Publicado na Revista de Administração Pública em: 25/06/2020. Acesso em: 03/10/2022.

<sup>4</sup>IBGE. **Pesquisa Pulso Empresa: Entre as empresas que estavam fechadas na 1ª quinzena de junho, 39,4% encerraram atividades por causa da pandemia:** Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28294-pesquisa-pulso-empresa-entre-as-empresas-que-estavam-fechadas-na-1-quinzena-de-junho-39-4-encerraram-atividades-por-causa-da-pandemia>. Acesso em: 17/01/2023.

<sup>5</sup>IBGE. **Desemprego sobe para 13,3% no 2º trimestre, com redução recorde de ocupados:** Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28480-desemprego-sobe-para-13-3-no-2-trimestre-com-reducao-recorde-de-ocupados>. Acesso em: 17/01/2023.

principalmente, *lockdown* e protocolos sanitários. Os quais, no nosso entender, são o âmago do conflito como um todo.

No âmbito desta guerra contra o inimigo invisível e ansiosa busca por explicações, ficou também evidente que a Ciência Jurídica não se limitou a decisões sobre o permitido e o proibido. Frequentemente, ao Direito são impostos sacrifícios entre suas próprias permissões, suas próprias garantias. Isto é, determinadas circunstâncias trazem um conflito de tal dimensão em que os próprios direitos fundamentais não conseguem conviver de modo que o seu exercício não gere dano ou prejuízo. Algo que exige todo cuidado, pois como as vírgulas de um texto não dão ao escritor o luxo nem o arbítrio de errar com elas, os direitos fundamentais são como vírgulas no texto civilizatório. Dizer, bater nos outros não é crime, libera a agressão, ao passo que dizer, bater nos outros, não, é crime, proíbe a agressão. Portanto, não se pode, não se deve errar com direitos fundamentais

Nossa inquietação jurídica propriamente dita pode ser afinada para a colisão específica dos direitos fundamentais à liberdade de culto e de reunião presenciais com os direitos fundamentais à vida e à saúde, sobre o palco pandêmico, que exigiu protocolos de urgência, gerando impasses. Afinal, ainda que se argumente que no Ordenamento Jurídico Brasileiro nem mesmo os direitos fundamentais são absolutos e que cada um deles pode ceder diante de outro direito que, no caso concreto, soe, tecnicamente, maior, essa ponderação ou sopesamento não é tão imediatista como talvez possa parecer.

No caso da presente dissertação, entende-se dever constitucional do Estado proteger tanto as reuniões pacíficas quanto os locais de culto e suas liturgias. Por outro lado, o direito à vida é aquele do qual decorrem todos os outros direitos, não faz sentido proteger qualquer outro direito sem que exista e seja garantida a vida. E assim, impõe-se o dilema ao Estado Brasileiro na pandemia de Covid-19. Que não deve ser compreendido como um placar de quem ganha ou perde, mas, sim, como um impasse que não será resolvido sem concessões recíprocas entre o dever constitucional do Estado de garantir a todos a vida e a saúde e o dever constitucional de proteger as reuniões pacíficas, os locais de culto e suas liturgias. Neste dilema, encontramos nosso tema de pesquisa, que se enquadra na definição de Eva Maria Lakatos e Marina de Andrade Marconi<sup>6</sup>, de não ser muito extenso nem muito restrito, uma vez que a

---

<sup>6</sup>LAKATOS, Eva Maria e MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do Trabalho Científico**. 9ª Edição. Editora Atlas. São Paulo. 2021. Pg.183.

extensão prejudica a profundidade e a restrição prejudica o desenvolvimento de questões importantes.

Quanto à pergunta de pesquisa, a dissertação que aqui se introduz pretende responder ao que o professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Rafael Mafei Rabelo Queiroz<sup>7</sup> chama de problemas de pesquisa prescritivos:

aqueles que, em vez de meramente retratarem o seu objeto de pesquisa, esforçam-se em oferecer uma resposta, bem construída e bem fundamentada, sobre como o problema deve ser juridicamente considerado. [...] tem-se um problema difícil e controverso de pesquisa quando do dissenso dos juristas entre si sobre o que é, a fim e ao cabo, o direito.

Para que a nossa pergunta de pesquisa seja compreendida, é necessária a explicação do marco teórico à luz do qual pretendemos conduzir esta dissertação. Quando o assunto é colisão de direitos fundamentais, não há como fugir ao fato de que entre eles não há hierarquia (o superior derroga o inferior), não há cronologia (o posterior derroga o anterior) ou especialidade (o especial derroga o geral). Os direitos fundamentais vigem, mas, são ponderáveis, quando colidentes.

Quem nos legou esta ponderação como técnica jurídica que deve ser aplicada sempre que diante de uma colisão de direitos fundamentais, chamada de máxima da proporcionalidade, foi o jurista alemão, Robert Alexy. Sua obra chamada *Teoria dos Direitos Fundamentais*, em que propõe a máxima da proporcionalidade com seus três critérios de aplicação que são a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, é reputada pelo professor Alec Stone Sweet<sup>8</sup>, da Universidade de Yale, como “a mais importante e influente obra de teoria constitucional escrita nos últimos cinquenta anos.”

Tendo tudo isso em vista, a pergunta prescritiva à qual nos é possível chegar e à qual empreenderemos esforços para responder pode ser enunciada assim: **Como seria possível compreender as decisões de restrição de liberdade de culto e de reunião por parte do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro, durante a pandemia de Covid-19, à luz da teoria de Alexy?**

A dissertação se divide em três capítulos. Para responder a esta pergunta de pesquisa, no capítulo 1, contextualizaremos a pandemia de Covid-19, sob o olhar de

---

<sup>7</sup>QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (Coords.). **Metodologia da Pesquisa em Direito: Técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. Pg. 65.

<sup>8</sup>ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Editora Malheiros. 1ª edição. São Paulo. 2006. Prefácio.

historiadores, cientistas políticos, juristas e alguns médicos, estrangeiros e brasileiros, para uma compreensão interdisciplinar da pandemia de Covid-19.

No capítulo 2, revisitaremos a teoria jurídica para relembrar conceitos importantes: como os de normas, princípios, regras, valores, direitos humanos e direitos fundamentais, bem como trataremos o arcabouço jurídico-normativo tanto dos instrumentos internacionais quanto da Constituição Federal Brasileira de 1988, para a melhor compreensão de quais elementos estão colidindo.

Neste aspecto, vale lembrar que colisão dos direitos fundamentais à liberdade de culto e de reunião presenciais com a vida e a saúde pública, não é uma discussão meramente teórica. De um lado, o Executivo Federal emitiu o Decreto Federal Nº 10.282/2020<sup>9</sup> que alçou os cultos religiosos e as reuniões presenciais à condição de essenciais. E do outro, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341<sup>10</sup>, ao reconhecer a competência concorrente dos entes federados para adoção de medidas sanitárias de urgência, possibilitou o Estado de São Paulo a emitir o Decreto Estadual 65.563/2021<sup>11</sup> que vedou os cultos e as reuniões presenciais no seu território. Medida esta que foi contestada no STF pelo Partido Social Democrata (PSD) mediante a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 811<sup>12</sup>, (ADPF 811), que foi julgada improcedente no sentido de manter a proibição estadual aos cultos e reuniões e abrir o precedente que permite que todos os Estados e Municípios, adotem suas próprias medidas restritivas. Pela improcedência da ação votaram o Relator, Ministro Gilmar Mendes e os Ministros Alexandre de Moraes, Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Luiz Fux, restando divergentes os votos dos Ministros Nunes Marques e Dias Toffoli.

---

<sup>9</sup>BRASIL. **DECRETO FEDERAL Nº 10.282**, DE 20 DE MARÇO DE 2020, DEFINE OS SERVIÇOS PÚBLICOS E ATIVIDADES ESSENCIAIS. BRASÍLIA, DF, [2020], [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.html). São Paulo. Acesso em 20/05/2022.

<sup>10</sup>BRASIL. ADI 6341 BRASÍLIA 0088693-70.2020.1.00.0000 <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765> São Paulo. Acesso em 26/09/2022.

<sup>11</sup>BRASIL. Decreto 65.563/2021 **Institui medidas emergenciais, de caráter temporário e excepcional, destinadas ao enfrentamento da pandemia de COVID-19, e dá providências correlatas.** São Paulo, SP. Assembleia Legislativa de São Paulo. <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2021/decreto-65563-11.03.2021.html>. Acesso em 13/09/2022.

<sup>12</sup>BRASIL. STF. **ADPF 811 SP 0050295-20.2021.1.00.0000.** Brasília-DF. 2021 <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1237522884> Acesso em: 13/09/2022.

Em um próximo momento, pretendemos esmiuçar, descritiva e analiticamente, a teoria de Robert Alexy a fim de demonstrar a máxima da proporcionalidade proposta por Robert Alexy como a solução que a doutrina jurídica trouxe até o momento para a colisão dos direitos fundamentais.

E por fim, finalizaremos com o estudo do caso propriamente dito, metodologicamente dedutivo, pois, segundo a definição trazida pelas professoras Eva Maria Lakatos e Marina de Andrade Marconi<sup>13</sup>, parte das leis e das teorias para constatar fenômenos particulares. Neste estudo, pretendemos descrever e analisar o voto de cada ministro do STF no julgamento da ADPF 811 com o objetivo estrito de identificar neles a aplicação ou não da máxima da proporcionalidade alexyana e a passagem do caso pelo crivo dos três critérios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

---

<sup>13</sup>LAKATOS, Eva Maria e MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do Trabalho Científico**. 9ª Edição. Editora Atlas. São Paulo. 2021. Pg.108.

## **CAPÍTULO 1 A PANDEMIA DE COVID-19 COMO PALCO DA COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O capítulo em questão pretende, inicialmente, contextualizar a pandemia de Covid-19, detalhando, sob o olhar de renomados autores, suas origens e seus efeitos, para, então, entendê-la e, enfim, debatê-la. Também é nossa intenção, demonstrar a crise sanitária imiscuída numa crise jurídica em que não nos foi imposta a escolha óbvia entre o bem e o mal, mas, o sacrifício cruel entre o bem e o bem, a colisão de direitos fundamentais e entre os Poderes, cujo conceito será desenvolvido nos tópicos apropriados. Para tanto, valer-nos-emos da interdisciplinaridade das Ciências do Direito com a Ciência da História e a Ciência Política. E, também, com essenciais pitadas das Ciências da Saúde, afinal, o núcleo deste trabalho são os conflitos e dilemas trazidos por uma pandemia que, como bem nos informa os portais FIOCRUZ<sup>14</sup> e do Instituto Butantan<sup>15</sup>, se trata da disseminação mundial de uma doença. Enquanto, segundo as mesmas fontes, uma epidemia se dá quando ocorre um aumento no número de casos de uma doença em diversas regiões, estados ou cidades, porém sem atingir níveis globais. E já uma endemia ocorre quando a doença é recorrente na região, mas não há um aumento significativo no número de casos e a população convive com ela. Também pretendemos com este capítulo revisitar os conceitos teóricos de normas, princípios, regras, direitos humanos e direitos fundamentais, assim como expor os protocolos sanitários de combate à pandemia de Covid-19, recomendados pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

### **1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS, BIOLÓGICOS E POLÍTICOS DA PANDEMIA DE COVID-19**

Quanto aos aspectos históricos, a Humanidade convive com pandemias desde os mais longínquos tempos. Vasculhando a História, podemos constatar não só a ocorrência de várias outras pandemias como também o fato de que a pandemia de Covid-19 não foi a que mais matou. Como bem nos informa o portal da revista National

---

<sup>14</sup>**O QUE É UMA PANDEMIA?** Disponível em: <https://www.bio.fiocruz.br/index.php/br/noticias/1763-o-que-e-uma-pandemia#:~:text=Segundo%20a%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%2C%20pandemia%20%C3%A9,sustentada%20de%20pessoa%20para%20pessoa>. Acesso em: 24/04/2023

<sup>15</sup>**ENTENDA O QUE É UMA PANDEMIA E AS DIFERENÇAS ENTRE SURTO, EPIDEMIA E ENDEMIA.** <https://butantan.gov.br/covid/butantan-tira-duvida/tira-duvida-noticias/entenda-o-que-e-umapandemia-e-as-diferencas-entre-surto-epidemia-e-endemia>. Acesso em: 24/04/2023



Geografic<sup>16</sup>, em níveis pandêmicos, o mundo foi acometido: pela Praga de Justiniano (541 a 542 d.C) com estimadas 50 milhões de mortes; a Peste Negra (1347 a 1353) que matou entre 75 a 200 milhões de pessoas; também pela Varíola (1520) com 56 milhões de mortes; e ainda pela Gripe de 1918, conhecida como Gripe Espanhola com estimadas 50 milhões de mortes. Por fim, com vênias a eventuais omissões, a pandemia de Covid-19 com 6.915.286 mortes.

No que se refere a aspectos biológicos, o portal do Instituto Butantan<sup>17</sup> nos explica que as mutações acontecem quando o vírus se adapta ao ambiente para sobreviver. Ao invadir uma célula, o vírus entrega seu material genético aos ribossomos, estruturas nas quais são produzidas as proteínas das células. Os ribossomos montam as cópias do vírus. Sempre que isso acontece, existe a chance de acontecer um erro na réplica. Uma ou outra mutação pode dar vantagem ao vírus e, ao ser passado adiante, ele vai produzir cópias já com essa vantagem, se tornando uma variante. O grande problema disso é que, o indivíduo pode estar imunizado (naturalmente ou após vacinação) ao vírus original. Quando em contato com a nova variante viral, o indivíduo está sem proteção imunológica a esta nova cepa, amplificando a disseminação da doença e aumentando os desfechos fatais.

No mesmo sentido, nos explica o portal do Ministério da Saúde Brasileiro<sup>18</sup> sobre as formas de transmissão da Covid-19: A transmissão por contato é a transmissão da infecção por meio do contato direto com uma pessoa infectada (por exemplo, durante um aperto de mão seguido do toque nos olhos, nariz ou boca), ou com objetos e superfícies contaminados (fômites). A transmissão por gotículas é a transmissão da infecção por meio da exposição a gotículas respiratórias expelidas, contendo vírus, por uma pessoa infectada quando ela tosse ou espirra, principalmente quando ela se encontra a menos de 1 metro de distância da outra. E a transmissão por aerossol é a transmissão da infecção por meio de gotículas respiratórias menores

---

<sup>16</sup>GARAY, Cristina Crespo. **CONHEÇA AS CINCO PANDEMIAS MAIS MORTAIS DA HISTÓRIA DA HUMANIDADE.** Publicado em: 07/09/2022. Disponível em: [<sup>17</sup>\*\*POR QUE ACONTECEM MUTAÇÕES NO SARS-COV-2 E QUAIS AS DIFERENÇAS ENTRE CADA UMA DAS VARIANTES?\*\* Disponível em: <https://butantan.gov.br/noticias/por-que-acontecem-mutacoes-do-sars-cov-2-e-quais-as-diferencas-entre-cada-uma-das-variantes>. Acesso em: 22/05/2023

<sup>18</sup>\*\*COMO É TRANSMITIDO?\*\* Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/como-e-transmitido>. Acesso em: 22/05/2023](https://www.nationalgeographicbrasil.com/historia/2022/09/conheca-as-cinco-pandemias-maismortais-da-historia-da-humanidade#:~:text=Da%20Peste%20Negra%20ao%20coronav%C3%ADrus,primeiros%20registros%20datados%20da%20antiguidade.&text=Durante%20a%20epidemia%20de%20gripe,foi%20usado%20como%20hospital%20tempor%C3%A1rio. Acesso em: 02/05/2023.</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

(aerossóis) contendo vírus e que podem permanecer suspensas no ar, serem levadas por distâncias maiores que 1 metro e por períodos mais longos (geralmente horas).

Não são necessárias profecias para entendermos que estas não foram e nem serão as últimas pandemias, outras virão, porém, temos o dever de extrair ensinamentos para embates futuros.

Muitos são os debates entre historiadores a respeito da recente pandemia. Segundo o historiador escocês Niall Ferguson<sup>19</sup>, *senior fellow* do Hoover Institution na Stanford University, a origem da pandemia de Covid-19 pode ser rastreada até a China, a partir de vários indícios. O primeiro foi que diplomatas dos Estados Unidos da América levantaram uma suposta falha na segurança do Instituto de Virologia de Wuhan onde Shi Zhengli, pesquisador deste instituto, desenvolvia pesquisas sobre a Covid-19 em morcegos ao que o governo chinês respondeu que se tratava de um surto no mercado de frutos do mar de Huanan. O segundo foi um conflito de informações provocado por abafamentos e censura por parte do Estado Chinês e por parte do Diretor-Geral da OMS que, servil ao forte apoio da China à sua candidatura ao cargo, não permitiram que a devida apuração, que chegou a ser feita pelos especialistas, fosse divulgada corretamente, gerando um desastre que poderia ter sido evitado. O terceiro é chamado pelo autor de Exalação Wuhan, expressão que designa o fato de que 85% dos passageiros infectados partindo do aeroporto de Wuhan com destino a várias e diversas partes do Globo, viajaram sem ser detectados como infectados. E, ainda, o autor sustenta que o pior componente da pandemia foi o que chama de “Infodemia Pandêmica.” Trata-se de neologismo do autor para designar o fracasso do Poder Legislativo, mundialmente falando, em conseguir regulamentar as plataformas de rede de internet que inundaram o mundo com notícias falsas sobre a Covid-19, semanas depois de sua existência haver sido confirmada

No que se refere aos aspectos políticos, uma pandemia não é assunto fácil, muito pelo contrário, é problema sério cujo contorno e/ou cuja solução demanda líderes no sentido mais alto da palavra, norteados não por questões político-partidárias, mas, por princípios ético-científicos. Pois como bem sustenta o historiador israelense Yuval Noah Harari<sup>20</sup>, professor da Universidade Hebraica de Jerusalém, a

---

<sup>19</sup>FERGUSON, Niall. **Catástrofe – Uma História dos Desastres – das Guerras às Pandemias e O Nosso Fracasso em Aprender como Lidar com Eles**. 1ª edição. Editora Planeta. São Paulo. 2021. Pgs. 293 a 321.

<sup>20</sup>HARARI, Yuval Noah. **Notas Sobre A Pandemia**. Editora Companhia das Letras. São Paulo, 2020. Pgs. 11 a 97.

melhor arma contra as pandemias não é o isolamento, mas, a informação. Sustenta também que, a Pandemia de Covid-19 não se deu pela globalização e sim, pela segregação de um mundo que, no lugar de conduzido por líderes, na acepção mais alta do termo, foi arrastado por irresponsáveis. Os quais, segundo o autor, ceifaram a confiança na ciência, nos especialistas, nas instituições e na cooperação internacional que pudesse arquitetar e até inspirar uma resposta global coordenada. As instituições às quais o autor se refere são: universidades, hospitais e jornais, não apenas pesquisadoras da verdade, mas, principalmente, livres a dizê-la e/ou mostrá-la, sem medo da punição autoritária do Estado. Leva-se anos para construir instituições assim, mas, vale a pena, uma sociedade que equipa seus cidadãos com uma boa educação científica e que é servida por instituições independentes e fortes, pode lidar com uma epidemia de forma muito mais eficaz do que uma ditadura brutal que precisa policiar constantemente uma população ignorante. Mas, o que não se pode esquecer é que o autor também destaca como somos sociais e como gostamos do contato, especialmente em tempos difíceis. Ou seja, conviveram lado a lado o triunfo da ciência global com o fracasso político mundial. A pandemia acelerou ainda mudanças, sobretudo a transição digital, que moldará o mundo daqui para frente.

E sobre a referida transição digital, indispensável citar o cientista político Ian Bremmer<sup>21</sup>, analista de risco político global através de sua empresa *Eurasia Group*, “não existem países vitoriosos diante do coronavírus”. No caso específico dos Estados Unidos onde reside, a resposta do país durante a gestão Donald Trump foi de baixa qualidade e houve aumento da desigualdade. Na sua avaliação, as *Big Techs* foram as maiores vencedoras, sendo na quase totalidade estadunidenses e ao mesmo tempo que permitiram importante conectividade em tempos de restrição de contato presencial, aumentaram a coleta de *big data*, *deep learning* e mesmo vigilância eletrônica. O mesmo autor<sup>22</sup> também compara a pandemia de Covid-19 a uma nova Guerra Fria que custaria aos EUA e à China e ao resto do mundo a destruição. E ainda, sustenta que, considerando as relações envenenadas entre estes dois países, a pandemia de Covid-19 é a crise de que a História diz que precisamos para que os líderes políticos invistam na cooperação global que as respostas de certas questões

---

<sup>21</sup><https://fundacaofhc.org.br/en/initiatives/covid-19-and-the-geopolitical-recession-by-ian-bremmer>  
Acesso em 02/03/2023.

<sup>22</sup>BREMMER, Ian. **The Power of Crisis: How Three Threats and Our Response Will Change the World**. Simon & Schuster. Nova Iorque. 2020. Pgs. 5, 11 e 69

exigem. E, por fim, Bremmer tenta diagnosticar que a China foi o primeiro país a se recuperar da Covid-19 porque seu governo autoritário tinha os meios tecnológicos, mas, também a força necessária para rastrear e isolar pessoas infectadas e lhes impor o *lockdown*. Já os EUA e a Europa tinham o acesso às vacinas e o dinheiro para suportar o flagelo econômico, enquanto já nos países mais pobres, a falta das vacinas e de recursos impôs que eles continuassem lutando contra a pandemia e os tremores econômicos.

Antes de contribuirmos com nossas próprias reflexões, apenas uma revisita ao *Contrato Social* de Rousseau<sup>23</sup>, onde está teorizado que o Poder é definido pelo dever de servir ao bem comum, à vontade geral, senão vejamos as seguintes passagens: O que se julga senhor dos demais, é deles o maior escravo. “[...]Só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado, segundo o fim de sua instituição, o bem comum[...]”

A partir da perspectiva destes autores, é possível ampliar nossos horizontes e compreender a Pandemia de Covid-19 como um ponto de inflexão. Novamente, o bem comum e a vontade geral ficaram na teoria e longe de prática. Não negamos que foram, sim, causa abraçada pela ciência e pela imprensa, apesar de muitos médicos prescrevendo cloroquina e mídias praticando o negacionismo. Mas, entre alguns políticos e algumas corporações, parecem não ter passado de, respectivamente, de oportunismos eleitoreiros e tinos comerciais.

Segundo o ranking oferecido pela OMS<sup>24</sup>, o Brasil é o segundo país com mais mortes confirmadas por Covid-19 no mundo, são 701.215 mortes, ficando atrás somente dos Estados Unidos da América que chegaram às 1.121.819 mortes. Dados estes que não são coincidência, uma vez que foram gerados durante gestões de governos controversos, nos países citados acima.

A controvérsia destes governos é confirmada pelo cientista político Tiago Daher Padovezi Borges<sup>25</sup>, Professor do Departamento de Sociologia e Ciência Política da Universidade Federal de Santa Catarina, a observar que tanto o Brasil e nos Estados Unidos, mesmo com algumas oscilações, menosprezou-se a letalidade da doença,

---

<sup>23</sup>ROSSEAU, JEAN-JACQUES. **Do Contrato Social**. Editora Martin Claret. São Paulo. 2012. Pgs. 17, 33, 34, 36.

<sup>24</sup>**PAINEL DO CORONAVÍRUS DA OMS (COVID-19)**. <https://covid19.who.int/?mapFilter=deaths>. Acesso em: 27/04/2023.

<sup>25</sup>**PERSPECTIVAS DA CIÊNCIA POLÍTICA NA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS: UMA ENTREVISTA COM O CIENTISTA POLÍTICO TIAGO BORGES NA SEÇÃO ESPECIAL CORONAVÍRUS**. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/emtese/article/view/1806-5023.2020v17n2p54/44233>. Acesso em: 27/04/2023.

colocando destaque nos efeitos econômicos danosos que aconteceriam com as interrupções das atividades. Nesses casos, além da questão econômica, tem sido colocado em questão o tema de uma suposta interferência abusiva dos governos na restrição das liberdades individuais.

Visão, ousamos entender, complementada pela historiadora brasileira Dra. Monique Sochaczewski<sup>26</sup> e sua participação na obra intitulada *Política Externa Brasileira, Multilateralismo e Saúde: Algumas Reflexões*. A professora alerta sobre a ausência de liderança, sobre a falta de cooperação entre os níveis federal, estadual e municipal, e sobre as bravatas que ameaçam romper com arranjos internacionais.

Michele Fernandez, em coautoria com Barbara Maia e Ana Tereza Duarte<sup>27</sup>, no mesmo sentido, analisa que a pandemia deixou tudo mais desafiador, uma vez que a inércia do governo federal em impor medidas de saúde fez com que os governos estaduais assumissem o papel não só de operadores, mas também de formuladores de políticas públicas que deveriam ter vindo do Executivo nacional. As pesquisas publicadas sobre Covid-19 mostram a força da pandemia como um teste de estresse para sistemas políticos, instituições, processos decisórios e políticas públicas

Com tudo o quanto exposto, concluímos nossa contextualização histórico-política da pandemia de Covid-19, mas, esclarecendo que temas como confinamento e *lockdown*, conflito entre os Poderes, relação federativa e a colisão de direitos fundamentais propriamente dita, serão devidamente tratados nos próximos tópicos, após a recordação necessária de alguns conceitos teóricos e do arcabouço normativo que fundamenta e alicerça todo o nosso trabalho.

## **1.2 NORMAS, PRINCÍPIOS, REGRAS, VALORES, DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E ARCABOUÇOS NORMATIVOS**

Neste tópico começa a análise propriamente jurídica da controvérsia pandêmica, núcleo da presente dissertação. Não há como começar nossa análise sem a lembrança da jurista brasileira Carmela Dell' Isola, Pós-Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca e Professora Coordenadora da Pós-

---

<sup>26</sup> VALENCA, M. M. ; SOCHACZEWSKI, Monique . Política Externa Brasileira, Multilateralismo e Saúde: algumas reflexões. In: Jamile Bermaschine Mata Diz; Jorge Lasmar; Liziane Paixão Silva Oliveira.. (Org.). **Desenvolvimento Sustentável, Democracia e Política Externa num Mundo em Transformação**. 1ed.Belo Horizonte: Arraes Editora, 2021, v. 1, p. 185-202.

<sup>27</sup>FERNANDEZ, Michelle, MAIA, Barbara e DUARTE, Ana Tereza. **A Ciência Política e A Pandemia da Covid-19: Um Balanço Bibliográfico da Produção no Brasil**. Publicado na Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais em 2022. Vol. 1. N.98. Pgs. 06 e 16.

Graduação em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo-SP. Na obra lançada no formato e-book, intitulada *Vulneráveis e Acesso à Justiça em Tempos de Crise*, a professora sustenta que a pandemia de Covid-19 não foi apenas palco de violação de direitos fundamentais, mas, pior, dos direitos humanos, na medida em que os recursos foram escassos ao ponto de obrigar os profissionais da saúde a escolher quem salvar.

Este momento torna mister revistar a teoria jurídica a fim de recordar alguns conceitos e institutos para que, então, não apenas a gravidade da denúncia supracitada seja entendida, como, principalmente, se possa entender a complexidade do problema. Embora Robert Alexy será mais detalhado e esmiuçado a partir do segundo capítulo desta dissertação, à importância de sua obra enquanto referencial teórico que a norteia, recorreremos com frequência. De modo que, para Alexy<sup>28</sup>:

a distinção entre princípios e regras é uma distinção entre duas espécies de normas. Enquanto princípios são mandamentos de otimização que ordenam que algo seja realizado na máxima medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, as regras ou são satisfeitas ou são insatisfeitas, sem mais nem menos. [...] Aquilo que no modelo de valores é o melhor, no modelo de princípios é o devido.

Portanto, desta lição alexyana, entendemos que se os direitos não devem ser reduzidos a um placar de quem ganha ou perde, se eles vigem e são devidos, mas, são ponderáveis, logo, são normas principiológicas. Ainda, se faz indispensável lembrar José Joaquim Gomes Canotilho<sup>29</sup>, constitucionalista e professor na Universidade de Coimbra: “Direitos humanos são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos enquanto os direitos fundamentais são os direitos humanos jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente.”

Ainda, vale lembrar a lição do ministro do STF Alexandre de Moraes<sup>30</sup> sobre as características destes direitos, que são: imprescritibilidade, a inalienabilidade, a irrenunciabilidade, a inviolabilidade, a universalidade, a efetividade, a interdependência e a complementaridade. Ou seja, são direitos, respectivamente, que não se perdem pelo decurso do prazo; que não se pode transferir, seja gratuita ou onerosamente; que não se pode renunciar; que não se pode violar, sob pena de

<sup>28</sup>ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Editora Malheiros. 1ª edição. São Paulo. 2006. Pg. 87 a 91 e 153.

<sup>29</sup>CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. **DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO**. 7ª Edição. Editora Alamedina. Coimbra. 2003. Pg. 393

<sup>30</sup>MORAES, Alexandre De. **DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS**. 11ª Edição. Editora Atlas. São Paulo. 2017. Pgs. 21 e 22.

responsabilização civil, administrativa e penal; que contemplam todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica; que vinculam a atuação do Poder Público ao seu sentido; e, por fim, cujas finalidades, por vezes, dependem umas das outras e complementam umas às outras, não se reduzindo à interpretações isoladas.

E aqui somos lançados a mais um impasse, decorrente da vinculação universal dos direitos humanos e, muito além da questão da soberania, quem, como e quando fazer valer estes direitos? De um lado, a jurista brasileira Flavia Piovesan<sup>31</sup>, nos relembra que a Declaração Universal de Direitos Humanos, lavrada na Organização das Nações Unidas (ONU), foi adotada em 10 de dezembro de 1948, em prol da afirmação de uma ética universal que monumentaliza o absoluto rompimento com a tragédia nazista. De outro lado, como fazer valer, ou pior, impor esta ética universal aos Estados que não a cumprem?

Vale informar que a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948<sup>32</sup> prevê a liberdade de culto e de reunião pacífica, respectivamente, nos artigos XVIII e XX, bem como o direito à vida e à saúde nos artigos III e XXV, cujos textos valem a revisita:

**III** – Toda pessoa tem o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

**XVIII** – Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

**XX** – Toda pessoa tem o direito à liberdade de reunião e associação pacífica.

**XXV** – Toda pessoa tem o direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar...

Os mesmos direitos à liberdade de religião e de reunião também podem ser encontrados no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>33</sup>, aprovado em 1966 também na ONU, respectivamente, nos artigos 18 e 21, mas, no caso do referido pacto, há expressa proteção ao direito à vida no artigo 6º, mas, não há expressa menção ao direito à saúde. Mas, aqui temos uma inovação. A citada legislação internacional, no artigo 18-3, e no próprio artigo 21 introduz restrições à liberdade de

<sup>31</sup>PIOVESAN, Flávia. **DIREITOS HUMANOS E O DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL**. Editora Saraivajur. 18ª Edição. São Paulo. 2018. Pgs. 229 a 231.

<sup>32</sup>PIOVESAN, Flávia. **DIREITOS HUMANOS E O DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL**. Editora Saraivajur. 18ª Edição. São Paulo. 2018. APENDICE. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Pgs. 229, 231, 526 a 530.

<sup>33</sup>PIOVESAN, Flávia. **DIREITOS HUMANOS E O DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL**. Editora Saraivajur. 18ª Edição. São Paulo. 2018. APENDICE. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Pgs. 254, 531 a 547.

manifestar a crença ou religião bem como às reuniões, desde que previstas na lei e que se façam necessárias para a manutenção da segurança, da ordem, da saúde ou da moral públicas ou dos direitos e das liberdades das demais pessoas.

No mesmo sentido, versa o Pacto de San Jose da Costa Rica<sup>34</sup>, celebrado pela Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1969, embora com palavras diferentes, respectivamente, nos artigos 4º, 5º, 12 e 15. E praticamente repetindo o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto de San José da Costa Rica, nos artigos 12-3 e no próprio artigo 15, impõe restrições à liberdade de manifestar a crença ou religião bem como às reuniões, desde que previstas na lei e que se façam necessárias para a manutenção da segurança, da ordem, da saúde ou da moral públicas ou dos direitos e das liberdades das demais pessoas.

E, ainda, vale a citação da *37ª World Health Assembly*<sup>35</sup>, realizada em 1984, na sede da OMS, em Genebra, Suíça, em que OMS reconhece a dimensão espiritual como um componente da saúde que deve ser considerado por todos os seus Estados-membros e efetivado mediante políticas públicas:

A OMS afirma, em consequência, que ideias enobrecedoras não apenas estimularam ações mundiais para a saúde, mas também deram à saúde, conforme definida na constituição da OMS, uma dimensão espiritual adicional. E convida a todos os Estados-membros a incluir nas suas estratégias sanitárias em prol da saúde de todos, a dimensão espiritual como definida nesta resolução, de acordo com os aspectos sociais e culturais.

Este é o arcabouço normativo internacional sobre os direitos protagonistas da colisão para a qual a pandemia de Covid-19 se impôs como um grande palco. Portanto, prosseguiremos por trazer o arcabouço normativo da Constituição Federal Brasileira de 1988. O referido Texto Constitucional<sup>36</sup> preconiza um sistema em que apenas uma parte dos direitos fundamentais nele reconhecidos estão previstos no Título II que abrange, os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos. Mas no artigo 5º, § 2º, a Constituição diz que este rol não exclui outros direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte.

<sup>34</sup>PIOVESAN, Flávia. **DIREITOS HUMANOS E O DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL**. Editora Saraivajur. 18ª Edição. São Paulo. 2018. APENDICE. **Pacto de San José da Costa Rica**. Pgs. 355, 356, 681 a 702.

<sup>35</sup>WORLD HEALTH ASSEMBLY, 37. (1984). **The spiritual dimension in the global strategy for health for all by the year 2000**. World Health Organization. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/160950>. Acesso em: 22/05/2023.

<sup>36</sup>BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.



José Afonso da Silva<sup>37</sup> conceitua estas classificações dos direitos fundamentais adotada pela Constituição Federal Brasileira de 1988. Para ele:

Os direitos individuais como aqueles que reconhecem a autonomia dos indivíduos, principalmente, em face do Estado. Já os direitos coletivos, sobrevivem ao longo do texto constitucional, na maior parte, como direitos sociais. Isso porque os direitos sociais são dimensões dos direitos fundamentais, como prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, que possibilitam melhores condições de vida, direitos que tendem realizar a igualização de situações desiguais. Por sua vez, o direito de nacionalidade, é o elemento humano da noção de Estado, é o vínculo jurídico-político que faz de uma pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado. E por fim, o direito democrático de participação do povo no governo acabou por exigir um conjunto de normas legais permanentes, que recebeu o nome de direitos políticos. Eles consistem na disciplina dos meios necessários ao exercício da soberania popular.

Explicada a classificação adotada pela Constituição Federal Brasileira de 1988, podemos identificar como ela prevê, explicitamente, no artigo 5º, caput, incisos VI, XV e XVI, no artigo 19, I e no artigo 196, respectivamente, o direito à vida, a liberdade de culto, a liberdade de locomoção, a liberdade de reunião, o princípio da laicidade estatal e a saúde como direito de todos e dever do estado. Vejamos os artigos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:  
I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O Coliseu da colisão está montado. De um lado, a inviolabilidade do culto e a independência das reuniões, mas de outro lado, a vida como o direito do qual decorrem todos os outros e a saúde como direito de todos e dever do Estado,

---

<sup>37</sup>DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40ª. Edição. Editora Malheiros Ltda. São Paulo, 2017. Pgs. 193, 197, 288, 289, 322, 323, 348 e 349.

garantido mediante políticas públicas e econômicas. E é aqui que concluímos este tópico e começaremos o próximo, que versará exatamente sobre as políticas públicas adotadas pelo Estado Brasileiro bem como por outros Estados do mundo, no contexto pandêmico, também chamadas de protocolos sanitários de combate à pandemia de Covid-19.

### 1.3 OS PROTOCOLOS SANITÁRIOS DE COMBATE À PANDEMIA DE COVID-19

Considerando que o primeiro caso confirmado de pessoa com Covid-19 no Brasil, segundo os portais do Senado Federal<sup>38</sup> e do SUS<sup>39</sup>, ocorreu em 26 de fevereiro de 2020, medidas de urgência fizeram-se vitais. Em 15 de Março de 2020, no portal da Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia<sup>40</sup> foram publicados os Protocolos Sanitários Contra A Covid-19 determinados pela Organização Mundial de Saúde<sup>41</sup>, os quais serão aqui mencionados *ipsis litteris*:

- Lave as mãos com água e sabão ou higienizador à base de álcool para matar vírus que podem estar nas suas mãos;
- Mantenha pelo menos 1 metro de distância entre você e qualquer pessoa que esteja tossindo ou espirrando. Quando alguém tosse ou espirra, pulveriza pequenas gotas líquidas do nariz ou da boca, que podem conter vírus. Se você estiver muito próximo, poderá inspirar as gotículas – inclusive do vírus da COVID-19 se a pessoa que tossir tiver a doença;
- Evite tocar nos olhos, nariz e boca. As mãos tocam muitas superfícies e podem ser infectadas por vírus. Uma vez contaminadas, as mãos podem transferir o vírus para os olhos,

---

<sup>38</sup>**DOIS ANOS DO PRIMEIRO CASO DE CORONA VÍRUS NO BRASIL.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/02/23/dois-anos-do-primeiro-caso-de-coronavirus-no-brasil>. Acesso em: 05/10/2022.

<sup>39</sup>**CORONAVIRUS: BRASIL CONFIRMA PRIMEIRO CASO DA DOENÇA.** Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/coronavirus-brasil-confirma-primeiro-caso-da-doenca><https://www.unasus.gov.br/noticia/coronavirus-brasil-confirma-primeiro-caso-da-doenca>. Acesso em: 08/11/2022.

<sup>40</sup>**ORIENTAÇÕES DA OMS PARA PREVENÇÃO À COVID-19.** Disponível em: <https://sbpt.org.br/porta/covid-19-oms/> Acesso em: 07/10/2022

<sup>41</sup>WORLD HEALTH ORGANIZATION. **QUANDO E COMO USAR MÁSCARAS?** [https://www.who.int/pt/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/when-and-how-to-use-masks?gclid=Cj0KCQiAz9ieBhCIARIsACB0oGJmlspq82Sd5K0rGqaWrcchqze5pq8R3H-vgrPoopMIndhphibdZPgaAolsEALw\\_wcB](https://www.who.int/pt/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/when-and-how-to-use-masks?gclid=Cj0KCQiAz9ieBhCIARIsACB0oGJmlspq82Sd5K0rGqaWrcchqze5pq8R3H-vgrPoopMIndhphibdZPgaAolsEALw_wcB). Acesso em: 29/01/2023.

nariz ou boca. A partir daí o vírus pode entrar no corpo da pessoa e deixá-la doente;

- Certifique-se de que você e as pessoas ao seu redor seguem uma boa higiene respiratória. Isso significa cobrir a boca e o nariz com a parte interna do cotovelo ou lenço quando tossir ou espirrar (em seguida, descarte o lenço usado imediatamente). Gotículas espalham vírus. Ao seguir uma boa higiene respiratória, você protege as pessoas ao seu redor contra vírus responsáveis por resfriado, gripe e COVID-19;
- Fique em casa se não se sentir bem. Se você tiver febre, tosse e dificuldade em respirar, procure atendimento médico. Siga as instruções da sua autoridade sanitária nacional ou local, porque elas sempre terão as informações mais atualizadas sobre a situação em sua área;
- Pessoas doentes devem adiar ou evitar viajar para as áreas afetadas por coronavírus. Áreas afetadas são países, áreas, províncias ou cidades onde há transmissão contínua – não áreas com apenas casos importados;
- Os viajantes que retornam das áreas afetadas devem monitorar seus sintomas por 14 dias e seguir os protocolos nacionais dos países receptores; e se ocorrerem sintomas, devem entrar em contato com um médico e informar sobre o histórico de viagem e os sintomas;
- Lave as mãos antes de colocar a máscara, assim como antes e depois de a retirar e sempre que tocar nela;
- Certifique-se de que a máscara cubra o seu nariz, boca e queixo;
- Quando retirar uma máscara, guarde-a num saco de plástico limpo e lave-a todos os dias, se for uma máscara de tecido, ou coloque-a num caixote de lixo, se for uma máscara cirúrgica;
- Não use máscaras com válvulas.

Entende-se dos termos dos artigos 10 ao 29 da Constituição da OMS<sup>42</sup>, que estes protocolos foram elaborados por pessoas dentre as mais qualificadas na técnica sanitária. O que já fundamenta a sua importância e legitimidade. Apesar disso, a pandemia de Covid-19, bem como as respostas a ela, travaram uma batalha entre elementos que são metades que se completam, a vida e os direitos, ou ainda, a dignidade da pessoa humana e os direitos.

Haja vista o *lockdown*, uma das medidas do protocolo sanitário de combate à pandemia que atinge frontalmente o direito constitucional de ir e vir, o direito constitucional de reunião e que representa o âmago da colisão de direitos fundamentais que nos propomos a estudar neste trabalho. Ainda, vale dizer que a medida pode ser economicamente nociva tanto para o empresariado quanto para o proletariado. E, também, um protocolo que não consta do rol anteriormente mostrado. Isso porque a própria OMS, como consta no seu parecer<sup>43</sup>, recomendou que cada país implemente o *lockdown* de acordo com suas condições e necessidades locais, pois reconheceu que eventos que aglomeram pessoas, como cultos religiosos e eventos esportivos, afetam o bem-estar psicológico das pessoas e estimulam comportamentos saudáveis.

Sarah Arif Daudali<sup>44</sup>, em sua dissertação de mestrado apresentada na Universidade de Coimbra, nos trouxe que, nos adolescentes, a pandemia Covid-19 resultou num aumento das taxas de perturbação do sono (22%), ansiedade (37%), depressão (44%), luto prolongado (55%) e de stress pós-traumático (55%). Já em matéria dos suicídios associados ao confinamento, a autora aponta a divergência entre os especialistas, concluindo pelo carácter especulativo desta associação.

Deborah Carvalho Malta<sup>45</sup> em artigo publicado na *Revista de Epidemiologia e Serviços de Saúde do SUS*, alerta que:

---

<sup>42</sup>**Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946.** USP. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho>. Acesso em: 27/01/2023.

<sup>43</sup>**Recomendações para Eventos com Aglomeração de Pessoas no contexto da COVID-19. Orientação Provisória. 29 de maio de 2020.** Disponível em: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/53088>. Acesso em: 09/03/2023.

<sup>44</sup>DAUDALI, Sarah, Arif. **Impacto da Pandemia Covid-19 nos Comportamentos Autolesivos e Suicídios na Adolescência.** Dissertação de Mestrado Integrado em Medicina. Universidade de Coimbra. Coimbra. Pgs. 1 a 65. 2022.

<sup>45</sup>MALTA, Deborah Carvalho. **A Pandemia da Covid-19 e As Mudanças no Estilo de Vida dos Brasileiros Adultos: Um Estudo Transversal.** Publicado na Revista de Epidemiologia e Serviços de Saúde, Vol. 29. Brasília, 2020. Disponível em: [http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1679-49742020000400025#aff1](http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742020000400025#aff1). Acesso em: 22/05/2023.

Os achados do presente estudo apontam para o aumento de comportamentos de risco à saúde. Os brasileiros passaram a praticar menos atividade física, aumentaram o tempo dedicado às telas (TV, *tablet* e/ou computador), reduziram o consumo de alimentos saudáveis e aumentaram o de ultraprocessados, como também o consumo de cigarros e de álcool, em decorrência das restrições sociais impostas pela pandemia.

Ainda, o médico José Hiran da Silva Gallo<sup>46</sup>, atual Presidente do Conselho Federal de Medicina, e Pós-Doutor em Bioética Pela Universidade do Porto, em seu artigo *Lockdown: Ser Contra Ou A Favor?* Explica que, por mais intuitivo que possa parecer evitar aglomerações numa Pandemia, houve países que adotaram o *lockdown* e outros que não adotaram ou adotaram parcialmente. Entre países os países que adotaram o *lockdown*, encontram-se África do Sul, Alemanha, Argentina, Austrália, Canadá, China, Colômbia, Espanha, Estados Unidos, França, Índia, Irã, Israel, Itália, Líbano, México, Nova Zelândia, Reino Unido, Rússia e Cingapura. Já entre os países que não adotaram o *lockdown* como imposição legal, encontra-se o Japão. E, por fim, entre os países que adotaram restrições leves, mas, não *lockdown* propriamente dito, encontram-se os países nórdicos, Dinamarca, Finlândia e Noruega.

Nesse sentido, Niall Ferguson<sup>47</sup> nos traz uma classificação dos países que melhor responderam à pandemia: Israel, Cingapura, Nova Zelândia, Hong Kong, e Taiwan no topo, seguidos de perto Japão, Hungria, Áustria, Alemanha e Coreia do Sul. O autor ainda fortalece a demonstração do dissenso do mundo quanto aos protocolos sanitários de combate à pandemia de Covid-19. Isso porque nesta classificação constam países que, como já foi dito, adotaram o *lockdown* e o outros que não adotaram ou adotaram parcialmente. Ferguson, evidencia ainda que a América do Norte e a Europa, de um modo geral, reagiram com maus indicadores sanitários se comparadas com o Oriente Médio e a Ásia.

Embora os protocolos contra a Covid-19 causaram as mais variadas reações nos diferentes países, vale a informação transmitida pela BBC<sup>48</sup> de que os japoneses, culturalmente, já usavam máscaras, mesmo antes da pandemia:

"É uma questão cultural. Eles adotaram o uso de máscaras por vários motivos: para proteger os outros ou a si mesmos, esconder sua falta de

<sup>46</sup>DA SILVA GALLO, José Hiran. **LOCKDOWN: SER CONTRA OU A FAVOR?** Disponível em: <https://cremero.org.br/artigos/lockdown-ser-contra-ou-a-favor>. Acesso em: 05/10/2022.

<sup>47</sup>FERGUSON, Niall. **Catástrofe – Uma História dos Desastres – das Guerras às Pandemias e O Nosso Fracasso em Aprender como Lidar com Eles**. 1ª edição. Editora Planeta. São Paulo. 2021. Pg. 293 e 299.

<sup>48</sup>MILLÁN VALENCIA, Alejandro. **Coronavírus: por que os japoneses já usavam máscaras muito antes da covid-19**. BBC NEWS BRASIL. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-53452695>. Acesso em 29/01/2023.

maquiagem, preservar sua privacidade ou simplesmente porque pensavam que as máscaras pareciam boas, mas nunca por imposição do governo"

Parafraseando Silvio de Salvo Venosa<sup>49</sup> e Maria Helena Diniz<sup>50</sup>, é o típico exemplo da chamada boa-fé objetiva. Princípio geral do Direito assim chamado por designar o comportamento comum, médio e esperado. Isto é, a boa-fé que não se confunde com a prática de virtudes elevadas, ao contrário, que se caracteriza por cada qual fazendo minimamente a sua parte exigida pela circunstância.

Mas, estão trocando o célebre “hora e lugar para tudo” pelo “tudo, à toda hora, em todo lugar.” Ou seja, pandemia, milhares de pessoas morrendo a cada dia, mas, parece que importa mais o microcosmo individual do que o macrocosmo global. E buscaremos demonstrar ainda mais isso no tópico a seguir que tratará da vacinação enquanto uma das medidas dos protocolos sanitários de combate à pandemia de Covid-19 e que serve de modelo para o mundo, mas, que parte da população desperdiça, não fazendo o devido uso.

#### 1.4 O PROGRAMA NACIONAL DE IMUNIZAÇÕES (PNI)

Começaremos este tópico por contar a história do PNI, um dos protocolos de combate a doenças em geral, mas, que ganhou protagonismo durante a pandemia de Covid-19, conforme nos narra o livro intitulado PNI, Uma Vitória do Brasil<sup>51</sup>, organizado e publicado pelo Ministério da Saúde:

Em 2004 completou um século a primeira campanha de vacinação em massa feita no Brasil. Idealizada por Oswaldo Cruz, o fundador da saúde pública no País tinha por objetivo controlar a varíola, que então dizimava boa parte da população do Rio de Janeiro. Cem anos após a introdução da vacina, esse nos parece um objetivo exequível.

No entanto, a iniciativa de Oswaldo Cruz resultou em fracasso e em grave conflito: os protestos contra a vacinação obrigatória foram num crescendo até eclodirem na chamada Revolta da Vacina. Esse episódio ilustra um dos problemas enfrentados por aqueles que se preocupam em levar a vacina, clássico instrumento

---

<sup>49</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **DIREITO CIVIL**. 14ª edição. Editora Atlas. São Paulo. 2014. Pgs. 411 a 413.

<sup>50</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Vol. 03, Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 35ª Edição. Saraiva Educação. 2019. Pgs. 51 a 55.

<sup>51</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE, **PNI: Uma Vitória para O Brasil**. Editora MS. Brasília, Prefácio. 2003. Pgs. 5 a 7.

da saúde pública, à população. Outros existem: a falta de recursos, a dificuldade logística.

Obstáculos que no Brasil, traumatizado pela lembrança da Revolta da Vacina, pareciam insuperáveis. Por tudo isso, é gratificante lembrar que em 2003 completa três décadas um dos programas de vacinação mais bem-sucedidos do mundo, o PNI. Desde que foi criado, em 18 de setembro de 1973, o PNI procura não apenas cumprir sua missão.

Nessas três décadas, tornou-se ação de governo caracterizada pela inclusão social, na medida em que assiste todas as pessoas, em todos os recantos do País, sem distinção de qualquer natureza. Seja rico ou pobre, more no litoral ou nos sertões, seja velho ou jovem, o brasileiro sabe que pode contar com vacina de boa qualidade em todos os momentos de sua vida.

Não existem excluídos para o PNI. As vacinas do programa estão à disposição de todos nos postos ou com as equipes de vacinação, cujo empenho permite levar a imunização mesmo a locais de difícil acesso — às matas, aos morros, aos becos das favelas, às palafitas. Eles vão aonde é preciso ir para imunizar a população.

Trata-se, enfim, de um programa que honra a memória e respeita as lições de profissionais de saúde notáveis de ontem e de hoje. Garantir saúde, sim, mas com o comportamento ético e a consciência de que é preciso lutar sem descanso para reduzir as desigualdades sociais do Brasil. O PNI tem papel preponderante nessa luta, que registra os seus 30 anos de dedicação à brava gente brasileira.

Na Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), braço da OMS, o PNI brasileiro é citado como referência mundial. Por sua excelência comprovada, o nosso PNI organizou duas campanhas de vacinação no Timor Leste, ajudou nos programas de imunizações na Palestina, na Cisjordânia e na Faixa de Gaza. Nós, os brasileiros do PNI, fomos solicitados a dar cursos no Suriname, recebemos técnicos de Angola para serem capacitados aqui. Estabelecemos cooperação técnica com Estados Unidos, México, Guiana Francesa, Argentina, Paraguai, Uruguai, Venezuela, Bolívia, Colômbia, Peru, Israel, Angola, Filipinas. Fizemos doações para Uruguai, Paraguai, República Dominicana, Bolívia e Argentina

Ainda, do portal do Ministério da Saúde<sup>52</sup>, podemos constatar que o PNI é, hoje, parte integrante do Programa da OMS, com o apoio técnico, operacional e financeiro da UNICEF e contribuições do Rotary Internacional e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

A reflexão que se tenta trazer aqui é, apesar do PNI, o portal do Ministério da Saúde<sup>53</sup>, revela que mesmo no fim de novembro de 2022, 69 milhões de brasileiros ainda tomaram sequer a primeira dose da vacina contra a Covid-19. Apenas para um cálculo hipotético, nos informa o IBGE<sup>54</sup> que em 2022 a população brasileira foi estimada em 207.750.291 habitantes, portanto, aproximadamente 34% da população até novembro de 2022 não estava vacinada. E não por eventual má-qualidade do PNI, mas por força de que não aderiram ao programa, não fruíram do programa, acreditando piamente que quem salva é Deus e não a vacina. Aqui se apresenta mais um conflito de direitos, a necessidade da vacinação em massa para o bem geral conflitando com direito individual de ser vacinado ou não, também conceituado como o princípio do consentimento informado. Por este conflito não ser objeto central da nossa pesquisa, não nos estenderemos sobre o tema.

É interessante o fato de que muitas políticas públicas ineficientes demonstram um descaso com cidadão e com o contribuinte. Mas, quando o Brasil dá exemplo para o mundo, boa parte dos brasileiros não reconhecem, por toda sorte de motivos subjetivos.

Com tudo o quanto exposto, concluímos o tópico para prosseguirmos por especificar, no próximo, a colisão da liberdade fundamental de culto e reunião presenciais com a vida e a saúde pública, bem como o conflito entre os Poderes.

---

<sup>52</sup>**Programa Nacional de Imunizações – Vacinação.** Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/programa-nacional-de-imunizacoes-vacinacao>. Acesso em: 23/05/2023.

<sup>53</sup>**Mais de 69 milhões de brasileiros não tomaram a primeira dose de reforço contra a Covid-19.** Disponível em:

<https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/novembro/mais-de-69-milhoes-de-brasileiros-nao-tomaram-a-primeira-dose-de-reforco-contr-a-covid-19#:~:text=Mais%20de%2069%20milh%C3%B5es%20de%20brasileiros%20ainda%20n%C3%A3o%20voltaram%20aos,m%C3%A3o%20se%20vacinaram>. Acesso em: 23/05/2023.

<sup>54</sup>**BRASIL TEM 207.750.291 HABITANTES, MOSTRA PRÉVIA DO IBGE.** Disponível em: [https://censo2022.ibge.gov.br/pt/component/content/article/2012-agencia-de-noticias/noticias/35954-brasil-tem-207-8-milhoes-de-habitantes-mostra-previa-do-censo-2022.html#:~:text=O%20IBGE%20divulga%20hoje%20\(28,Veja%20a%20lista%20completa%20aqui](https://censo2022.ibge.gov.br/pt/component/content/article/2012-agencia-de-noticias/noticias/35954-brasil-tem-207-8-milhoes-de-habitantes-mostra-previa-do-censo-2022.html#:~:text=O%20IBGE%20divulga%20hoje%20(28,Veja%20a%20lista%20completa%20aqui). Acesso em: 23/05/2023.



## 1.5 A COLISÃO DOS DIREITOS E O CONFLITO ENTRE OS PODERES

Frente à publicação dos protocolos sanitários contra a pandemia de Covid-19 feita pela Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia e pela OMS, a Presidência da República respondeu com o Decreto Federal Nº 10.282/2020<sup>55</sup> em que os cultos presenciais bem como as reuniões pacíficas foram consideradas essenciais. Por outro lado, o STF, decidiu, na ADI 6341<sup>56</sup>, por unanimidade, que os entes federados, União, Estados e Municípios têm competência concorrente para as crises sanitárias, nos termos do artigo 23, II da Constituição Federal Brasileira de 1988, mormente, sendo a federação cláusula pétrea. Isso possibilitou que o Estado de São Paulo emitisse o Decreto 65.563/2021<sup>57</sup> que vedou os cultos e as reuniões presenciais. O referido decreto foi contestado no STF, na ADPF 811<sup>58</sup>, movida pelo PSD. E nela, por maioria de 9 votos a 2, os quais serão analisados no terceiro capítulo, o STF a julgou improcedente, gerando o precedente que permitiu Estados e Municípios, em caráter emergencial, proibirem os cultos e eventos presenciais na sua jurisdição.

Apesar da maioria significativa de 9 votos a 2, no julgamento supramencionado, não há como negar que o tema não é pacificado, afinal, dois ministros divergiram do colegiado, e não apenas eles, como a literatura também se divide neste sintoma dos ordenamentos jurídicos complexos.

Da obra *Liberdade Religiosa e Liberdade de Expressão*, coordenada por Ives Gandra Martins, Paulo de Barros Carvalho, Luiz Gonzaga Bertelli e João Carlos Biagini<sup>59</sup>, vem-nos o contato com a Mensagem Papal *Liberdade Religiosa, Caminho Para a Paz* de autoria do Pontífice Bento XVI (2005 – 2013) que, dentre tanto, prega que negar ou limitar a liberdade religiosa é reduzir a pessoa humana, e promover uma sociedade injusta.

<sup>55</sup>BRASIL. **DECRETO FEDERAL Nº 10.282**, DE 20 DE MARÇO DE 2020, DEFINE OS SERVIÇOS PÚBLICOS E ATIVIDADES ESSENCIAIS. BRASÍLIA, DF, [2020], [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.html). São Paulo. Acesso em 20/05/2022.

<sup>56</sup>BRASIL. ADI 6341 BRASÍLIA 0088693-70.2020.1.00.0000 <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765> São Paulo. Acesso em 26/09/2022.

<sup>57</sup>BRASIL. Decreto 65.563/2021 **Institui medidas emergenciais, de caráter temporário e excepcional, destinadas ao enfrentamento da pandemia de COVID-19, e dá providências correlatas.** São Paulo, SP. Assembleia Legislativa de São Paulo. <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2021/decreto-65563-11.03.2021.html>. Acesso em 13/09/2022.

<sup>58</sup>BRASIL. STF. **ADPF 811 SP 0050295-20.2021.1.00.0000.** Brasília-DF. 2021 <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1237522884> Acesso em: 13/09/2022.

<sup>59</sup> DA SILVA MARTINS, Ives Gandra; DE BARROS CARVALHO, Paulo, BERTELLI, Luiz Gonzaga; BIAGINI, João Carlos (Coords.) **Liberdade Religiosa e Liberdade de Expressão.** Editora Noeses. 1ª Edição. São Paulo. 2020. Pg.180.

José Afonso da Silva<sup>60</sup>, diz que a liberdade de exercício dos cultos religiosos não se sujeita a condicionamentos, como observância dos bons costumes e da ordem pública. A seu ver, é impensável que uma religião pratique um culto contrário a estes.

Mas, aos autores citados opõem-se outros, como Uadi Lammego Bulos<sup>61</sup>, para quem a liberdade de culto não é ilimitada, sendo seu exercício legítimo, desde que não perturbe a ordem, a paz, a tranquilidade e o sossego públicos, devendo respeitar as leis e os bons costumes.

Também Paulo Gustavo Gonet Branco em coautoria com o ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes<sup>62</sup> vaticinam que a lei deve proteger os templos e não deve interferir nas liturgias, a não ser que assim o imponha algum valor constitucional concorrente de maior peso na hipótese considerada.

Ainda, o ministro do STF Alexandre de Moraes<sup>63</sup> elucida que a liberdade religiosa, como todas as liberdades públicas, não alcança grau absoluto. Não sendo, pois, permitido a qualquer religião ou culto atos atentatórios à dignidade da pessoa humana, sob pena de responsabilização civil e criminal.

Por fim, os professores Celso Gabatz, Jefferson Zeferino, Rogério de Carvalho Veras<sup>64</sup>, observam, no seu artigo intitulado *Liberdade Religiosa, Fundamentalismos e Controvérsias acerca da Abertura de Templos em meio a Pandemia do Covid-19 no Brasil*:

A falsa escolha entre a vida e a economia teve seus reflexos também no âmbito religioso. Enquanto lideranças eclesiais, como veremos adiante, sustentam a argumentação de que igrejas seriam como hospitais e, por isso mesmo, não poderiam ficar de portas fechadas, o que se percebe é um comportamento que, diante de uma lógica de mercado, vê-se prejudicado financeiramente quando da não oferta de seus serviços.

Podemos identificar que consegue ser relativamente majoritário o entendimento de que as liberdades fundamentais de culto e reunião presenciais, no contexto da pandemia de Covid-19, devem ser restritas. Mas, temos que considerar que José Afonso da Silva, Ives Gandra Martins, Paulo de Barros Carvalho, Nelson

<sup>60</sup> DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40ª. Edição. Editora Malheiros Ltda. São Paulo, 2017, pg. 252.

<sup>61</sup>BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva. 11ª. Edição. São Paulo, 2018. pg. 578.

<sup>62</sup>MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Editora SaraivaJur. 16ª edição. 2021. Pg. 327.

<sup>63</sup>DE MORAES, de Alexandre. **Direito Constitucional**. Ed. Atlas, São Paulo, 2018. pg. 51.

<sup>64</sup>GABATZ, Celso, ZEFERINO, Jefferson, e VERAS, Rogério de Carvalho. **Liberdade Religiosa, Fundamentalismos e Controvérsias acerca da Abertura de Templos em meio a Pandemia do Covid-19 no Brasil**: Revista Estudos de Religião, v. 35, n. 3 • 153-187 • set.-dez. 2021. Pg. 155

Nery Junior, Lenio Streck, e George Salomão Leite, são nomes que vão além das titulações para o que a Ciência Jurídica produziu de melhor. E se estes autores, ainda que minoritários defenderam o contrário, ao menos, é de se pensar.

Sobre confronto entre os Poderes, sabido é que os freios e contrapesos já foram bem vislumbrados por Montesquieu<sup>65</sup> quando ele ensinava que para que não haja abuso de poder é preciso que o próprio poder detenha o poder, e acrescentava:

*“Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.*

*Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.*

*Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.”*

Isto é, não só os Poderes devem ser separados em Executivo, Legislativo, e Judiciário, como também para que eles não abusem cada qual do seu poder, os outros Poderes podem, devem deter-se mutuamente, ao que se chama freios e contrapesos.

Ainda, os mesmos freios e contrapesos supracitados também são evocados pelo Federalista James Madison<sup>66</sup> no sentido de que devido ao fato de os homens não serem anjos, um governo que seja exercido por homens sobre os homens deve, além de ser capacitado a controlar os governados, ser obrigado a controlar-se a si próprio.

Por outro lado, Madison também adverte mais de uma vez sobre a devida diferença entre contraposição e usurpação, como podemos ver:

*Se o Executivo ou o Judiciário não forem independentes no Legislativo, a independência dos Poderes como um todo será meramente nominal. Porém, a grande garantia contra uma concentração gradual de poderes no mesmo braço consiste em dar a cada poder os meios constitucionais necessários e os motivos pessoais para resistir aos abusos dos outros. [...] A usurpação é evitada pela divisão do governo em poderes separados e independentes.”*

Mas, George Salomão Leite, Lenio Streck e Nelson Nery Junior<sup>67</sup> arguem: a ossatura do Estado aguenta as sístoles e diástoles da Política? O Direito consegue resistir às constantes tentativas de invasão dos seus tradicionais “rivais” – a política,

<sup>65</sup>MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Editora Martin Claret. São Paulo. 2010.Pgs. 168 e 169.

<sup>66</sup>HAMILTON, JAY E MADISON. **Os Artigos Federalistas**. Ed. Faro Editorial. São Paulo. Pg. 275.

<sup>67</sup>JUNIOR, Nelson Nery, LEITE, George Salomão e STRECK, Lenio. **Crise dos Poderes da República**. 1ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2017. Pg. 13.

a moral e a economia? E, principalmente, no artigo 2º da Constituição Federal Brasileira de 1988<sup>68</sup>, está prevista a tripartição dos Poderes independentes, mas, harmônicos entre si.

Todavia, não é o que se tem observado, especificamente, no caso da pandemia de Covid-19 no Brasil. No caso pesquisado, os referidos atritos e/ou as incoerências se dão no fato do referido Decreto presidencial manter como essenciais as reuniões pacíficas e os cultos presenciais mesmo depois do Judiciário Federal ter decidido exatamente o contrário, determinando restrições aos referidos direitos em prol do direito à vida e do direito à saúde, em nível público.

E ousamos entender que os Poderes Executivo e Judiciário configuraram uma circunstância bem diferente dos freios e contrapesos, mas, uma situação de contrariedade mútua. Neste sentido, não há como não lembrar o artigo de Rafael Silveira e Silva<sup>69</sup>, escrito em coautoria com Celina Pereira e Denilson Bandeira Coelho. Os autores traçam a comparação metafórica entre o presidencialismo de coalizão e o automobilismo, de modo a demonstrar que o Poder Executivo, durante a pandemia, pilotou como se não houvesse toda uma equipe e todo um contexto, transformando o que deveria ser uma coalizão no risco de uma grave colisão.

De modo que o Executivo mantém os cultos e reuniões como essenciais, o Judiciário os restringe, e as pessoas, na condição de administradas e jurisdicionadas, que sigam cada qual sua consciência. Afinal, quem quiser se aglomerar terá fundamento do decreto presidencial, quem quiser se preservar terá fundamento na decisão judicial.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS AO CAPÍTULO**

Concluindo este capítulo, fomos acometidos de uma pandemia, em que não foram apenas quebradas regras, nem mesmo apenas feridos os direitos fundamentais, mas, violados os direitos humanos. Os protocolos sanitários de combate a ela foram elaborados por pessoas das mais qualificadas na técnica sanitária, e mesmo assim, o conflito perdura, o impasse persiste.

---

<sup>68</sup>BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

<sup>69</sup>SILVEIRA E SILVA, Rafael; PEREIRA, Celina; COELHO, Denilson Bandeira: **COALIZÃO OU COLISÃO: O PAPEL DO PERFIL PRESIDENCIAL PARA A SÍNTESE TEÓRICA DO PRESIDENCIALISMO BRASILEIRO**. Publicado em Revista Teoria & Pesquisa, v. 31, n. 1, 2022, p. 80-103.

Conflito e impasse estes não apenas entre os direitos fundamentais, mas, inclusive, entre os Poderes Executivo e Judiciário. Os quais não se definem pela escolha óbvia do bem e do mal, do legal e do ilegal, mas, pelo sacrifício cruel entre o que é legítimo e o que também é legítimo, entre liberdades e garantias fundamentais e entre Poderes cuja tripartição harmônica é instituto de todas as constituições democráticas do mundo como nos informa o prefácio de *O Espírito das Leis*, escrito por Barão de Montesquieu<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup>MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Editora Martin Claret. São Paulo. 2010. Prefácio.

## CAPÍTULO 2 A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE DE ROBERT ALEXY COMO SOLUÇÃO PARA A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pretende-se tratar no capítulo em questão do conceito alexyano de colisão de direitos fundamentais e esmiuçar a máxima da proporcionalidade alexyana, detalhando suas origens, sua natureza jurídica, sua previsão no Direito Brasileiro, e seus três critérios da sua aplicação, que são a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito bem como recordar e responder às críticas a ela.

O que fazer? O que escolher? Direitos cujo exercício ameacem a vida? Uma vida privada do exercício dos direitos? A intuição exige que todos os outros direitos sejam mera consequência do direito à vida e do direito à saúde, como manutenção e conservação dela. Mas, uma vida sem direitos, já se provou, não só nada saudável, como até mortal. Basta recordar a escravidão, a inquisição, o nazifascismo, o AI-5, todos crimes contra a Humanidade, nos termos do artigo 7º, parágrafos 1 e 2 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional<sup>71</sup>. Ainda, basta recordar que os direitos não foram dados, foram conquistados, vale dizer, nas palavras de Winston Churchill<sup>72</sup>, ex-premiê do Reino Unido, Doutor *Honoris Causa* pela Universidade de Leiden e Prêmio Nobel de Literatura, “com muito sangue, trabalho, suor e lágrimas.” O conflito que se configura pelo exercício dos direitos fundamentais colidindo com a dignidade da pessoa humana ou, ainda, com a vida e a saúde, é desafiador, uma vez que todos eles são quase que simbióticos entre si.

Pelo exposto, ressalta-se a importância do Robert Alexy, professor da Universidade de Kiel, cujas reflexões, reiteramos, norteiam o referencial teórico da presente dissertação. O referido jurista alemão habilitou-se para o magistério superior no seu país com a *Teoria dos Direitos Fundamentais*, em 1984<sup>73</sup>. E sem ter tido o poder de prever que a aplicação ou não da sua obra na colisão de direitos fundamentais decorrente da pandemia de Covid-19, acabaria por decidir não só os direitos, mas, as próprias vidas.

<sup>71</sup>BRASIL. **DECRETO FEDERAL N° 4.388**, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002, PROMULGA O ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. BRASÍLIA, [DF], 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm). Acesso em: 26/01/2023

<sup>72</sup>CHURCHILL, Winston. **Memórias da Segunda Guerra Mundial**. HarperColins. 1ª edição. Rio de Janeiro. 2017. Pg. 285.

<sup>73</sup>**Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Robert Alexy**, disponível em: [https://www.alexyn.jura.uni-kiel.de/de?set\\_language=de](https://www.alexyn.jura.uni-kiel.de/de?set_language=de). Acesso em: 27/12/2022.

Na obra supracitada<sup>74</sup> traz a máxima da proporcionalidade, cuja aplicação exige que o caso controverso passe pelo crivo de três critérios. Os quais são também chamados subprincípios ou ainda, princípios parciais ou máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade, este último, para evitar ambiguidade com a máxima da proporcionalidade, é designado proporcionalidade em sentido estrito (cada um destes princípios parciais serão melhor explicados parágrafos à frente). Segundo ele, a máxima da proporcionalidade decorre da natureza jurídica dos princípios bem como os princípios decorrem da natureza jurídica da máxima da proporcionalidade. Isto é, seus conceitos se conectam, em virtude de que princípios são mandamentos de otimização e, como tais podem colidir, o remédio para a colisão é a máxima da proporcionalidade. E vice-versa, a máxima da proporcionalidade decorre da função precípua de ponderar os princípios em conflito.

Com essa técnica doutrinária, propõe solucionar as colisões entre os direitos fundamentais. A qual, vale lembrar que, segundo ele<sup>75</sup>:

Colisões de direitos fundamentais em sentido estrito nascem sempre então, quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem consequências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais. [...]Não menos significativas são as colisões de direitos fundamentais em sentido amplo, portanto, as colisões de direitos fundamentais com bens coletivos.

Vale reiterar que, o impasse entre a liberdade de culto presencial e de reunião pacífica com o direito à vida e à saúde, trazido pela pandemia de Covid-19 (que exigiu medidas de urgência), se enquadra esculturalmente na definição de Robert Alexy. E quando falamos que a dificuldade maior é não se tratar de uma escolha, mas, de um sacrifício, novamente, o próprio Robert Alexy<sup>76</sup> assim designa: “todas as colisões podem somente então ser solucionadas se ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos. A questão é como isso deve ocorrer.”

Quando Robert Alexy conclui dizendo “a questão é como isso deve ocorrer”, já revela sua preocupação com o fato de que as colisões entre os direitos fundamentais

<sup>74</sup>ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Editora Malheiros. 1ª edição. São Paulo. 2006. Pg. 116 e 117.

<sup>75</sup>ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 1999. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>. Acesso em: 10/05/2023.

<sup>76</sup>ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 1999. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>. Acesso em: 10/05/2023.

e/ou princípios não podem ser solucionadas aleatoriamente ou arbitrariamente. Já deixa subentendidos os critérios e a técnica que, veremos logo mais, define a aplicação da máxima da proporcionalidade.

## 2.1 PROPORCIONALIDADE COMO EXERCÍCIO DE PONDERAÇÃO, REGRA DE ALEXY OU PRINCÍPIO DA CONSTITUIÇÃO?

Henrique Ribeiro Cardoso, Professor de Filosofia do Direito da Universidade Federal do Sergipe, em sua obra *Proporcionalidade e Argumentação: A Teoria de Robert Alexy e Seus Pressupostos Filosóficos*<sup>77</sup>, nos elucida que a proporcionalidade, como exercício de ponderação, não é criação de Robert Alexy, na verdade, foi desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Mas, que Robert Alexy, sim, inovou com a concepção e a vinculação que deu a ela. Portanto, nosso trabalho se sustenta como à luz da proporcionalidade alexyana. Ao que nós ousamos complementar no sentido de que a proporcionalidade como ponderação, talvez, até anteceda a própria história constitucional alemã, pois este elevado exercício nos remete aos mais longínquos tempos.

Pode ser possível recorrer à Bíblia<sup>78</sup>, no livro de Reis, em que o Rei Salomão pondera sobre duas mulheres alegando ser a mãe de uma criança. Ainda, exemplificando, Sócrates, não foi condenado diretamente à morte, ele foi primeiramente condenado a uma multa, se não pudesse pagá-la, ao exílio, e se não aceitasse, então, sim, à pena de morte por Cicuta. E após a ponderação registrada no livro de Platão, chamado *Apologia de Sócrates*<sup>79</sup>, entre qual das três penas preferia cumprir, decide morrer em nome da sua filosofia, como podemos constatar:

O cárcere? E por que devo viver no cárcere, escravo do magistrado que o preside, escravo dos Onze. Ou uma multa, ficando amarrado, enquanto não acabe de pagá-la? Seria, pois, o exílio que deveria propor como pena para mim? É possível que vós me indiqueis essa pena. Ah, eu teria verdadeiramente um amor excessivo à vida se fosse irrefletido ao ponto de não ser capaz de refletir nisto: Vós que sois meus concidadãos acabastes de não achar meios de suportar meus sermões; estes se tornaram para vós um fardo bastante pesado e detestável, para que procureis hoje livrar-vos deles; serão os meus sermões mais fáceis de suportar para os outros? Muito longe disso, atenienses!

<sup>77</sup>CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e Adequação: A Teoria de Robert Alexy e Seus Pressupostos Filosóficos**. Editora Juruá. 1ª edição. 2ª reimpressão. Curitiba. 2013. Pgs. 205 a 209.

<sup>78</sup>BÍBLIA. A.T. REIS. *In*: BÍBLIA. BÍBLIA SAGRADA. Antigo e Novo Testamentos, Tradução: João Ferreira de Almeida Revista e Corrigida. Editora Casa Publicadora Paulista. São Paulo. 2021.

<sup>79</sup>PLATÃO. **Apologia de Sócrates**. Editora Ediouro. 19ª edição. Rio de Janeiro. 2002. Pg. 92.



Ainda, acrescentamos o nosso entendimento de que Robert Alexy inovou por ter tirado a proporcionalidade dos fortuitos valores do tomador de decisão, de modo a elevá-la à técnica jurídica que o vincula e o obriga à sua aplicação. Robert Alexy<sup>80</sup> sustenta que a máxima da proporcionalidade é uma regra, a só pode ser satisfeita ou insatisfeita, e se insatisfeita, significa uma ilegalidade, como podemos ver:

A máxima da proporcionalidade é com frequência denominada princípio da proporcionalidade. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. Pois a máxima da proporcionalidade com suas máximas parciais de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, não são sopesadas contra algo. O que se indaga, na verdade, é se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. A máxima da proporcionalidade com suas três máximas parciais são, portanto, regras.

Apesar do próprio Robert Alexy sustentar a máxima da proporcionalidade como uma regra, Paulo Bonavides<sup>81</sup> a defendia como um princípio constitucional sem o qual não há que se falar sequer em Estado de Direito, indispensável a recordação de suas lições:

Em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e das liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extrai-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor no uso jurisprudencial. [...] A lesão ao princípio da proporcionalidade, é indubitavelmente, a mais grave das inconstitucionalidades, porque sem princípio não há ordem constitucional, e sem ordem constitucional, não há garantia para as liberdades, cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos. [...] Poder-se-á, enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da Constituição e cânone do Estado de Direito.

Por isso, ousamos discordar de Robert Alexy que julga tratar-se da regra da proporcionalidade enquanto outros autores (com os quais concordamos) julgam tratar-se do princípio da proporcionalidade; ele não é um mero placar de sim ou não, de fica ou sai, de ganha ou perde. A inovação de Robert Alexy é justamente esta. Sustentar que direitos fundamentais bem como a sua ponderação são normas principiológicas, isto é, princípios, mas, que no lugar de facultarem ao tomador de decisão a sua aplicação, impõem-na a ele.

---

<sup>80</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Editora Malheiros. 1ª edição. São Paulo. 2006. Pg. 117.

<sup>81</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Malheiros. 34ª edição. São Paulo. 2019. Pgs. 444 a 446.

O referido princípio, conforme a própria definição alexyana, de que princípios são mandamentos de otimização, otimiza a tomada de decisão, tirando-a do arbítrio e elevando-a à ciência. Mas, para não criar celeumas entre regras e princípios, adotamos a terminologia da tradução de Virgílio Afonso da Silva da obra de Alexy que designa o instituto como a máxima da proporcionalidade.

## **2.2 OS CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

Agora, após ampla discussão sobre a história e natureza jurídica da máxima da proporcionalidade, buscaremos nos próximos tópicos detalhar as três etapas que configuram a aplicação da máxima da proporcionalidade, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Robert Alexy<sup>82</sup> exemplifica os critérios da adequação e da necessidade para a aplicação da máxima da proporcionalidade, respectivamente, com dois casos concretos. O primeiro deles, relativo ao critério da adequação, foi um caso que foi julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, envolvendo um conflito entre a liberdade profissional e a proteção ao consumidor. Um cabeleireiro colocou em seu estabelecimento uma máquina automática de venda de cigarros, foi punido com multa pelas autoridades administrativas pois a lei sobre comércio no varejo exigia a necessária expertise para o manuseio da máquina que só poderia ser obtida por um curso profissionalizante.

O cabeleireiro procurou os tribunais. Até que o Tribunal Superior de Saarbrücken, chegou à conclusão de que a referida exigência de expertise para o comércio de qualquer mercadoria violava a liberdade profissional e suscitou uma prejudicial de inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional Alemão. O qual decidiu pela inconstitucionalidade da exigência feita pela lei do comércio, fundamentando sua decisão na liberdade profissional garantida pelo artigo 12, § 1º da Constituição Alemã. Alexy comenta que a decisão da Corte Constitucional Alemã se fundou no fato de que a exigência da lei de uma prova de competência comercial no caso da exploração de uma máquina para vender cigarros não era adequada para proteger o consumidor contra prejuízos econômicos ou até mesmo prejuízos à sua saúde.

---

<sup>82</sup>ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Editora Malheiros. 1ª edição. São Paulo. 2006. Pgs. 588 a 611.

Segue Alexy por ilustrar o critério da necessidade, com um outro caso envolvendo liberdade profissional e proteção ao consumidor. Uma portaria do Ministério para a Juventude, Família e Saúde, continha a proibição de comercialização de doces que, embora contivessem chocolate em pó, eram, sobretudo, feitos de flocos de arroz e não de produtos genuinamente feitos de chocolate. O objetivo desta portaria era proteger o consumidor contra compras equivocadas. O Tribunal Constitucional entendeu que a medida ministerial era inteiramente adequada, porém, desnecessária, por haver a possibilidade de uma medida igualmente adequada, entretanto, menos invasiva, um dever de identificação e esclarecimento no rótulo.

Encaminhando-se para o desfecho de sua teoria, Alexy explica a proporcionalidade em sentido estrito, ela é o sopesamento que expressa a otimização em relação aos princípios colidentes. E este sopesamento também se dá por três critérios, o primeiro consiste em avaliar a importância da não-satisfação de um dos princípios colidentes, o segundo, avaliar a importância da satisfação do outro princípio em conflito, e por último, avaliar se a satisfação de um dos princípios colidentes, justifica a não-satisfação do outro princípio colidente. E conclui Alexy, que entre os critérios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito deve haver uma relação do tipo meio-fim.

O já citado Henrique Ribeiro Cardoso<sup>83</sup> pode nos explicar melhor esta relação. Quanto ao critério da adequação (o meio promove o fim?), quanto ao critério da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outros meios menos restritivos dos direitos fundamentais e/ou princípios afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)

Ou seja, o critério da adequação só será satisfeito quando a restrição ao direito fundamental e/ou princípio colidente, como meio, for a mais adequada para promover o fim, a solução do conflito. Já o critério da necessidade só será cumprido quando a restrição ao direito fundamental e/ou princípio colidente, como meio, for tão necessária que não deixe restar outra alternativa igualmente adequada para a promoção do fim, a solução do conflito. E, por fim, o critério da proporcionalidade em sentido estrito só será preenchido quando as vantagens trazidas pela solução do conflito, como fim,

---

<sup>83</sup>CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e Adequação: A Teoria de Robert Alexy e Seus Pressupostos Filosóficos**. Editora Juruá. 1ª edição. 2ª reimpressão. Curitiba. 2013. Pgs. 222 e 223.

superarem as desvantagens da restrição ao direito fundamental e/ou princípio colidente.

Enfim, eis aqui as reflexões, as contribuições e as ponderações de Alexy que constituem o referencial teórico do presente trabalho, estando a máxima da proporcionalidade alexyana esmiuçada, desde suas origens, sua natureza jurídica, aos critérios para sua aplicação.

Ainda, Gilmar Ferreira Mendes, em coautoria com Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>84</sup>, integrantes da doutrina que entende a proporcionalidade como um princípio, nos surpreendem por ensinarem que o mesmo, além de contemplar, na sua aplicabilidade, conflitos entre cidadão e Estado e conflitos entre entes privados, contempla também conflitos entre os Poderes. E unindo as peças do quebra-cabeça, se a proporcionalidade pode solucionar conflitos entre os Poderes, e a violação à proporcionalidade configura inconstitucionalidade de tal dimensão que descaracteriza o Estado de Direito, então, ousamos arguir: o “desgoverno” do Governo ignorando as ponderações do Judiciário, fundadas em legislações e protocolos internacionais, rompeu nosso Estado de Direito?

Embora a investigação de como seria possível compreender as decisões de restrição de liberdade de culto e de reunião por parte do STF, durante a pandemia, à luz da teoria de Alexy, será o nosso terceiro e último capítulo, apenas faremos ainda neste capítulo um exercício mental, uma ponderação.

Restringir as liberdades de culto e de reunião, como meios, promovem o fim de evitar mortes? Sim! (adequação). Dentre outras medidas possíveis e igualmente adequadas para promover este fim, existem outras menos invasivas ou restritivas? Sim! (necessidade). As vídeo chamadas que permitem que todo tipo de evento que implicaria numa aglomeração física ocorra *online*. Além disso, a ocorrência dos cultos e reuniões desde que mantidas as recomendações sanitárias de distanciamento de um metro entre as pessoas e o uso de máscaras, representaria uma medida igualmente adequada e menos restritiva. Ocorre que os religiosos pleiteiam o culto presencial e irrestrito! As vantagens trazidas pela redução de mortes superam as desvantagens trazidas pela restrição das liberdades de culto e de reunião presenciais? (proporcionalidade em sentido estrito). Se respondêssemos que sim, então, à luz da proporcionalidade ou da ponderação alexyana, as restrições estariam

---

<sup>84</sup>MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Editora SaraivaJur. 16ª edição. 2021. Pg. 223.

fundamentadas e justificadas. O problema, é que nós, por todos os fundamentos aqui já trazidos, somos impelidos à dúvida sobre esta questão. Sim, porque o caso é difícil, controverso, polêmico, e a respeito do que Luiz Roberto Barroso<sup>85</sup> chama *hard cases*, ele adverte:

Constituições são documentos dialéticos e compromissórios, que consagram interesses diversos, que, eventualmente, entram em rota de colisão [...] Ocorre que não há hierarquia entre as normas constitucionais. De modo que precisar-se-á à luz dos elementos do caso concreto, mediante o uso da ponderação e da proporcionalidade que determinada situação realiza mais adequadamente a vontade da Constituição.

Já deve ter ficado claro que máxima da proporcionalidade é de uma tal importância para o Direito que cada doutrinador aqui citado, não apenas a entende de um modo singular, como lhe atribui uma grandeza não considerada antes. Neste sentido, Uadi Lammego Bulos<sup>86</sup>, eleva máxima da proporcionalidade à condição de técnica de interpretação constitucional, chamando-a de *dever de proporcionalidade*. E traz exemplos de sua aplicação no Direito Brasileiro:

“Quebra do sigilo bancário x privacidade de dados  
Rodízio de automóveis x liberdade de locomoção  
Direitos da personalidade x liberdade de expressão  
Ferra do boi x proteção aos animais  
Direito social à moradia x penhorabilidade do bem de família.”

Falando na aplicação máxima da proporcionalidade no Direito Brasileiro, imprescindível citar que esta é também tratada por processualistas como princípio do direito processual, tanto do processo civil, quanto do processo trabalhista e do processo penal.

Elpídio Donizetti<sup>87</sup>, no seu *Curso de Direito Processual Civil*, nos explica: “o princípio da proporcionalidade está expressamente consagrado no artigo 8º do Código de Processo Civil e no artigo 156, I do Código de Processo Penal.”

Na mesma toada, Carlos Henrique Bezerra Leite<sup>88</sup>, no seu *Curso de Direito Processual do Trabalho*, preconiza que embora o princípio da proporcionalidade não esteja previsto expressamente na Consolidação das Leis do Trabalho, a sua aplicação

<sup>85</sup>BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Editora Saraiva. 5ª Edição. São Paulo. 2015. Pgs. 456 e 457.

<sup>86</sup>BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva. 11ª. Edição. São Paulo. 2018. pg. 463 a 467.

<sup>87</sup>DONIZETTI, Elpídio. **Curso de Direito Processual Civil**. Editora Atlas. 24ª Edição. São Paulo. 2021. Pg. 43.

<sup>88</sup>LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. Editora SaraivaJur. 19ª Edição. São Paulo, 2021. Pg. 82.

no processo trabalhista decorre não apenas da subsidiariedade que tem com o processo civil, mas, principalmente, pela força normativa da constituição.

E complementa Guilherme de Souza Nucci<sup>89</sup>, no seu *Curso de Direito Processual Penal*, sobre a importância processual da proporcionalidade enquanto ponderação das restrições de liberdades individuais, cabendo à autoridade atentar-se à real necessidade de alguma medida cerceadora, além de buscar a proporcionalidade entre o crime cometido e a pena cominada.

Com a citação que faremos agora sobre a máxima da proporcionalidade aplicada ao Direito Ambiental, pretendemos demonstrar a importância do instituto, capaz de ponderar desde um conflito entre duas pessoas até um conflito de questões ecológicas, como Regina Vera Villas Bôas<sup>90</sup> nos mostra em seu artigo:

A preservação dos bens ambientais, entre os quais o meio ambiente ecologicamente equilibrado - imprescindível à vida - , deve se dar de maneira equânime, o que impõe a aplicação constante da justiça social, compreendida a partir de critérios selecionados pela doutrina, entre outros, os sócio-jurídicos e/ou os econômico-filosóficos, citando-se como exemplos o das capacidades das pessoas, o da distribuição dos bens e o do reconhecimento social e individual, que deve ser equânimo, justo, imparcial, moderado, ponderado. Reforça, por derradeiro, que na esfera do direito ambiental, o princípio da proporcionalidade tem fundamentado julgamentos e justificado doutrinas, que invocam o respeito, garantia e proteção ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, observada a proporcionalidade das medidas de restrição de outros direitos fundamentais, necessárias à concretização pretendida

A professora Mônia Leal<sup>91</sup>, ainda, em obra comemorativa dos setenta anos de Robert Alexy, nos traz um artigo em que sustenta que as políticas públicas podem ser compreendidas como um *locus* privilegiado de aplicação da máxima da proporcionalidade. Pois, enquanto instrumentos de atuação voltados à realização dos direitos fundamentais, tem se configuradas nelas uma hipótese em que a realização do Direito se dá por meio de ponderações políticas.

Apenas gostaríamos de complementar no sentido de que a ponderação alexyana, determina a prevalência de “um ou outro”, e a este respeito, reflete Heloísa

<sup>89</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. Editora Forense. 18ª Edição. Rio de Janeiro. 2021. Pgs. 63 e 63.

<sup>90</sup>BÔAS, Regina Vera Villas. **A RELEVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE À EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO**. Publicado na Revista Jurídica Direito & Paz em 2018. São Paulo. N. 38. Pg. 39.

<sup>91</sup>ALEXY, Robert, **Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-Positivismo Inclusivo: Comemoração dos 70º Aniversário de Robert Alexy**. Editora Qualis. 1ª Edição. Florianópolis. 2015. Pg. 159.

Sanches Querino Chehoud<sup>92</sup> sobre a liberdade religiosa em conflito com outros direitos:

“A cedência recíproca entre os direitos fundamentais é o que se deve buscar nos fatos em que a liberdade religiosa entre em conflito com qualquer outro direito fundamental. A fim de que os direitos envolvidos restem devidamente acomodados.”

Ou seja, a autora ao falar em cedência recíproca, e acomodação dos direitos, deixa clara a preocupação com estas escolhas dilemáticas, dualistas e binárias, que, embora muito ponderadas, ainda fazem restar preteridos. Uma vez esmiuçada máxima da proporcionalidade alexyana, no próximo tópico estudaremos as críticas a ela.

### 2.3 CRÍTICAS À MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE ALEXYANA E RESPOSTAS

Habermas<sup>93</sup>, em sua obra intitulada, *Facticidade e Validade*, opõe crítica veemente à máxima da proporcionalidade ou ponderação alexyana:

Por faltarem critérios racionais para tanto, a ponderação se cumpre ou de forma discricionária ou de forma irrefletida, segundo standards ou hierarquias consuetudinárias. Como faltam unidades de medida univocamente aplicáveis aos chamados bens jurídicos, o tipo de ponderação que segue o modelo economicista de fundamentação proposto por Alexy pouco nos ajuda.

Ao que Robert Alexy<sup>94</sup> responde:

A objeção de Habermas à Teoria dos Princípios seria em seu cerne justificada se não fosse possível elaborar juízos racionais sobre intensidades de intervenções, sobre graus de importância e sobre o relacionamento entre ambos. Afora as eliminações levadas a cabo por meio das máximas de adequação e de necessidade, os direitos fundamentais compreendidos como princípios, permitiriam qualquer solução, não haveria nenhuma moldura nem nenhum limite[...] Se se toma literalmente sua tese de que faltam parâmetros racionais, para o sopesamento, então essa tese sustenta que por meio de um sopesamento não é possível chegar a uma conclusão racional em nenhum caso. Há duas teses contrárias a essa tese, uma radical e outra moderada. A radical sustenta que o sopesamento possibilita uma solução racional em todos os casos. A nossa teoria nunca sustentou essa tese e sempre salientou que o sopesamento não é um procedimento que conduza a um resultado único e inequívoco. Diante disso, voltemos as atenções para a versão moderada. Ela sustenta que, embora o sopesamento nem sempre determine um resultado de forma racional e isso é e alguns casos possível, o conjunto destes casos é interessante o suficiente para justificar o sopesamento como método.

<sup>92</sup>CHEHOUD, Heloisa Sanches Querino. **A Liberdade Religiosa nos Estados Modernos**. Editora ALMEDINA. 2ª Edição. São Paulo. 2017. Pg. 138.

<sup>93</sup>HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade**. [Recurso Eletrônico]: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Editora Unesp Digital. 2ª Edição. São Paulo. 2021. Pgs. 430.

<sup>94</sup>ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Editora Malheiros. 1ª edição. São Paulo. 2006. Pgs. 594.

Não concordamos com a tese habermasiana de que a ponderação alexyana ocorra de maneira irrefletida, discricionária ou consuetudinária, carecendo de elementos racionais e unívocos. Na verdade, chega a ser anticientífico reputar irracional, irrefletida, discricionária e consuetudinária uma teoria como a de Robert Alexy. Aliás, divergimos da tese habermasiana até semanticamente, pois ponderar já designa, por si, refletir, meditar, sopesar minuciosamente, atenciosamente, todos os ângulos e perspectivas, *data maxima venia*, são antagônicos de delirar, desvairar, alucinar, enfim, da irracionalidade.

A recepção à teoria alexyana pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, também gerou a crítica de Fausto Santos de Moraes e Lenio Luiz Streck, na obra *Ponderação e Arbitrariedade: A Inadequada Recepção de Alexy pelo STF*<sup>95</sup>. Semelhantemente a Habermas, associando a ponderação alexyana à irracionalidade, à arbitrariedade, e ao autoritarismo. Trata-se de obra em que foram analisadas 189 decisões do STF, com a conclusão de que em todas:

O sintoma foi a aplicação indiscriminada do princípio da proporcionalidade para resolver qualquer tipo de colisão, seja ela entre princípios e interesses, direitos fundamentais e interesses, bens, e outras possibilidades. Questão que parece ser indicativa da falta de conceituação rígida sobre a característica dos direitos fundamentais como normas de princípios jurídicos, que são mandamentos de otimização e um dos pressupostos da aplicação da proporcionalidade dentro do marco teórico estabelecido por Robert Alexy[...] Só tem sentido falar em princípio da proporcionalidade se a *Pretensão de Correção* que lhe dá significância é iluminada.

Críticas às quais gostaríamos de responder, reevocando as reflexões de Luis Roberto Barroso<sup>96</sup>:

O princípio da proporcionalidade, não está expressamente previsto na Constituição, mas, tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal e na de justiça. Trata-se de um instrumento valioso de proteção aos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.

<sup>95</sup>MORAIS, Fausto Silva e STRECK, Lenio Luiz. **Ponderação e Arbitrariedade: A Inadequada Recepção de Alexy pelo STF**. Editora Juspodivum. 3ª Edição. Salvador/BA. 2022. Pgs. 183, 184 e 267.

<sup>96</sup>BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Editora Saraiva. 5ª Edição. São Paulo. 2015. Pg. 340.



Também gostaríamos de trazer o ensinamento de Matthias Klatt e Moritz Meister<sup>97</sup> no artigo intitulado: *A Máxima da Proporcionalidade: Um Elemento Estrutural do Constitucionalismo Global*. No artigo mencionado, os autores posicionam a máxima da proporcionalidade como elemento estrutural do constitucionalismo global, como podemos ver:

a máxima da proporcionalidade é um dos “sucessos de exportação” da Ciência Jurídica alemã, além de possuir atrás de si uma trilha, internacional e única, de vitórias. Ela foi recepcionada por várias ordens jurídicas e vale igualmente no Direito da União Europeia e na Convenção Europeia de Direitos Humanos. [...] No discurso sobre um constitucionalismo global – que se encontra atualmente em desenvolvimento – a máxima da proporcionalidade assume uma posição destacada. Ela apresenta-se como elemento nuclear de uma ciência que transcende aos ordenamentos jurídicos individuais, sobretudo em Direito Público. Logo, a proporcionalidade – como apenas poucos objetos do Direito Público alemão – é até mesmo adequada, para preparar atividades profissionais internacionais. A formação jurídica deveria concentrar-se de maneira essencialmente mais robusta do que tem ocorrido até agora sobre tais estruturas nucleares – que são de extrema relevância –, com o simultâneo abandono do conhecimento detalhista e enciclopédico.

Ainda, Maurício Martins Reis em coautoria com Thaise Maria Neves Duarte Pacheco<sup>98</sup>, no artigo intitulado *A Regra da Proporcionalidade e A Democracia: Uma Tentativa de Superação da Crítica Que Atribui Caráter Antidemocrático À Regra* preconizam que:

A proporcionalidade demonstra-se como método importante para a construção de decisões racionais que envolvam o conflito entre princípios, mitigando a discricionariedade e os riscos de decisões arbitrárias do juiz ou das cortes constitucionais e servindo como importante instrumento de segurança jurídica, ao permitir que as decisões realizadas através do rigor da regra possam ser repetidas em casos similares. A função da proporcionalidade e sua repercussão no sistema jurídico, no entanto, exigem o mais alto rigor técnico na aplicação da regra. A aplicação da regra da proporcionalidade não pode ser entendida como uma ameaça à efetivação dos direitos fundamentais e ao Estado Democrático de Direito, como sugerem muitos críticos à teoria, uma vez que a regra se demonstra instrumento hábil a fortalecer os direitos fundamentais.[...] Conclui-se, desta forma, que o alto rigor técnico oferecido pela regra da proporcionalidade de Robert Alexy possui a capacidade de oferecer decisões judiciais dotadas de racionalidade, com controle e fiscalização discursivas infensas à arbitrariedade, passíveis de serem universalizáveis e, assim, de se tornarem afins ao Estado Democrático de Direito.

<sup>97</sup>KLATT, Matthias e MEISTER, Moritz. **A Máxima da Proporcionalidade: Um Elemento Estrutural do Constitucionalismo Global**. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/960/650>. Acesso em: 20/05/2023.

<sup>98</sup>REIS, Maurício Martins e PACHECO, Thaise Maria Neves Duarte. **A Regra da Proporcionalidade e A Democracia: Uma Tentativa de Superação da Crítica Que Atribui Caráter Antidemocrático À Regra**. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/19556/1192612270>. Acesso em: 21/05/2023.

E, por fim, ainda citamos aqui a tese de doutorado de Elda Coelho de Azevedo Bussinguer<sup>99</sup>, onde a autora vislumbra como a teoria da proporcionalidade de Robert Alexy pode dialogar com a bioética:

A aplicação da Teoria da Proporcionalidade com suas máximas parciais realizadas com a intermediação de instâncias bioéticas, compostas por uma pluralidade de membros com capacidade de questionar a partir de valores minimamente consensados e acolhidos, e ponderar acerca da resposta possível ao alcance de um maior grau de justiça certamente poderia modificar o quadro que se encontra instalado no Judiciário e que provoca instabilidade na implementação das políticas públicas e falta de equidade na distribuição de bens e serviços.

No nosso entender, basta um aprofundamento semântico para responder a estas críticas. Por mais veemente que seja a discordância que a tese alexyana possa vir a causar, um doutorado defendido e aprovado na Universidade de Kiel não pode ser irracional. Uma tese que foi democraticamente apresentada, discutida e validada e cujo cor é a ponderação de elementos em conflito que exige três critérios, dos quais o terceiro exige mais três para o seu exercício, não pode ser arbitrária ou autoritária. Ainda, vale dizer que já foi explicado que os direitos fundamentais não são absolutos e que é prevista a colisão entre eles, se a solução não for a técnica de ponderação alexyana, qual seria? Entendemos que não deve ser uma questão de escolha ou de preferência ou, ainda, de predileção por um deles e também não é isso que a teoria alexyana propõe. Robert Alexy, reiteramos, propõe a ponderação como técnica que deve passar pelo crivo de três critérios dos quais o último implica em mais três, não é sinônimo de escolha, de preferência ou de predileção e, conseqüentemente, menos ainda de arbítrio ou autoritarismo. O próprio Robert Alexy responde a Habermas, ponderando a sua própria tese da ponderação, confessando casos em que a máxima da proporcionalidade não foi inequívoca, mas, de tal sorte que a justificam ainda mais como método.

Mas, de todas as críticas feitas à teoria de Robert Alexy, a que mais nos preocupa é a que acusa os aplicadores da máxima da proporcionalidade de falta de critério e os defensores de falta de compreensão. Responderemos a esta crítica com um conceito da teoria econômica que é o de argumentos positivos e argumentos

---

<sup>99</sup>BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. **A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE DE ROBERT ALEXY: UMA CONTRIBUIÇÃO EPISTÊMICA PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA BIOÉTICA LATINO-AMERICANA**. Tese de doutorado em bioética. Universidade de Brasília. Brasília. 2014. Pg. 211.

normativos. Maria Valesca Damásio de Carvalho Silva<sup>100</sup>, professora adjunta da Universidade Federal da Bahia, nos traz a distinção entre eles, para ela argumentos positivos são aqueles que dizem respeito ao que “é, foi ou será”. Melhor explicando, qualquer rejeição sobre as suas validades pode ser apropriadamente confrontada com os fatos da realidade. Já os argumentos normativos são aqueles que dizem respeito ao que “deveria ser”. As rejeições a tais argumentos não podem ser confrontadas com os fatos objetivos da realidade. Eles são apresentados sob forma de juízos de valores que procuram infundir a idéia do que é bom ou do que é ruim, logo, carregados de valores subjetivos.

Assim sendo, a teoria alexyana da máxima da proporcionalidade, como uma teoria sobre o que deve ser, só pode gerar os conceitos de discordância ou concordância, mas não os de verdadeiro ou falso, tampouco no sentido de desqualificar seus aplicadores e defensores. Robert Alexy e seus adeptos não podem ser criticados como verdadeiros ou falsos, racionais ou irracionais, por se encontrarem no aspecto normativo da discussão. Outros pesquisadores e/ou autores podem julgar a teoria como adequada ou inadequada, até mesmo boa ou ruim, mas, mantendo o procedimento acadêmico. O que, no nosso entender, não foi mantido pelos autores brasileiros supracitados.

E por fim, mister sustentar que acusar de desentendidas e descriteriosas quase duzentas decisões de um colegiado de onze ministros do STF, dos quais a Constituição Brasileira de 1988 exige notório saber jurídico como pré-requisito, é, tanto do ponto de vista quantitativo quanto do ponto de vista qualitativo, um excesso. Fundindo o quantitativo com o qualitativo, é pressupor que duzentas decisões tomadas por onze ministros, se tornando duas mil e duzentas decisões individuais, estão todas erradas, e só ele, autor da crítica, está certo.

A nossa dissertação não está sendo desenvolvida à luz da teoria de Alexy por má compreensão de nossa parte. E provando que a ponderação é oposta ao arbítrio, ao autoritarismo e à irracionalidade, respondemos a tais críticas, ponderando que, se de um lado a academia é templo do saber onde todos tem sua vez e sua voz, de outro lado, não é nada acadêmica a presunção de que as visões diferentes da nossa, sejam meros vislumbres.

---

<sup>100</sup>SILVA CARVALHO, Maria Valesca Damásio. **Introdução às Ciências Econômicas**. Disponível em: [https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/174982/4/eBook\\_Introducao\\_as\\_Teorias\\_Economicas-Ci%C3%AAs\\_Ancias\\_Contabeis\\_UFBA.pdf](https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/174982/4/eBook_Introducao_as_Teorias_Economicas-Ci%C3%AAs_Ancias_Contabeis_UFBA.pdf). Acesso em: 20/05/2023.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS AO CAPÍTULO**

Diante de todo o exposto, concluímos este capítulo sobre a máxima da proporcionalidade alexyana, onde buscamos esmiuçá-la e detalhá-la em muitos sentidos. As origens dela, como exercício de ponderação, não só não é criação de Alexy como nos remete aos mais longínquos tempos. Sua natureza jurídica também é discutida no sentido de que o próprio Alexy diz que a máxima da proporcionalidade é uma regra, no sentido de ser ou não cumprida, por outro lado, outros autores com os quais concordamos entendem que se trata de um princípio constitucional. A inovação de Alexy em ter tirado a máxima da proporcionalidade dos fortuitos valores do tomador de decisão, de modo a elevá-la à técnica jurídica que o vincula e o obriga à sua aplicação. Tratamos, ainda, dos critérios alexyanos de aplicação da máxima da proporcionalidade, os quais são adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, demonstramos sua aplicação no Direito Brasileiro, examinamos as principais críticas a ela e às quais tentamos oferecer respostas.

### CAPÍTULO 3 – O CASO DA PANDEMIA DE COVID-19 À LUZ DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE ALEXYANA

Neste capítulo, tentaremos o nosso estudo de caso a fim de responder a seguinte pergunta de pesquisa: como seria possível compreender as decisões de restrição de liberdade de culto e de reunião por parte do STF, durante a pandemia, à luz da teoria de Alexy?

Para tanto, começaremos por recapitular. Os protocolos sanitários de combate à pandemia de Covid-19 foram apresentados pela OMS, mas foram, praticamente, ignorados pelo Executivo Federal que, no Decreto Presidencial Decreto Federal Nº 10.282/2020<sup>101</sup>, alçou cultos e reuniões à condição de essenciais. Neste contexto, o STF julgou a ADI 6341<sup>102</sup>, em que, por unanimidade, decidiu pela competência concorrente dos entes federados para adoção de medidas sanitárias de urgência, com fundamento no artigo 23, II da Constituição Federal Brasileira de 1988. O que possibilitou que o Estado de São Paulo emitisse o Decreto Estadual 65.563/2021 que proibiu os cultos e reuniões presenciais e, por isso, foi questionado pelo PSD, no STF, mediante a também ADPF 811<sup>103</sup> que foi julgada improcedente, abrindo o precedente que reconheceu a competência de todos os Estados e Municípios para adotarem as restrições que acharem cabíveis aos cultos e reuniões presenciais. Diante deste conflito jurídico nasceu a nossa grande inquietação que motivou a presente dissertação.

Aqui já cumpre explicar que o resultado deste julgamento pelo colegiado do STF bem como o de qualquer outro julgamento colegiado chama-se acórdão. Nele contém o relatório, de que consta a exposição geral do assunto julgado, feita pelo relator, que é o primeiro a votar, os votos dos demais ministros e o dispositivo, que consiste no resultado do julgamento.

Estudaremos aqui este acórdão como o resultado do julgamento da ADPF 811, esmiuçando e detalhando cada voto de cada um dos onze ministros do STF no referido caso. Sempre com a pergunta: como é possível compreender esse voto à luz

<sup>101</sup>BRASIL. **DECRETO FEDERAL Nº 10.282**, DE 20 DE MARÇO DE 2020, DEFINE OS SERVIÇOS PÚBLICOS E ATIVIDADES ESSENCIAIS. BRASÍLIA, DF, [2020], [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.html). São Paulo. Acesso em 20/05/2022.

<sup>102</sup>BRASIL. ADI 6341 BRASÍLIA 0088693-70.2020.1.00.0000 <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765> São Paulo. Acesso em 26/09/2022.

<sup>103</sup>BRASIL. STF. **ADPF 811 SP 0050295-20.2021.1.00.0000**. Brasília-DF. 2021 <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1237522884> Acesso em: 13/09/2022.

da teoria de Alexy? Mas, antes, vale dizer que em 2020, um ano antes do julgamento da ADPF 811, observam os professores Alejandro González-Varaz Ibáñez e Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais<sup>104</sup>:

Diante disso, é forçoso coadunar com o princípio da proporcionalidade a restrição a cultos religiosos presenciais durante o período da pandemia. Assim, são preservados a saúde pública e o exercício da religião, que, diante da situação concreta, exposta na pesquisa, deve sofrer limitações em prol da saúde pública, objetivando a manutenção da vida, direito fundamental de primeira grandeza. Não se está impedindo o culto, em verdade, está-se adotando uma nova forma da prática religiosa, diante da situação excepcional.

Notemos que um ano antes do julgamento da ADPF 811, os autores supramencionados já militavam pela aplicação da máxima da proporcionalidade à colisão de direitos fundamentais, respectivamente, liberdade de culto e saúde pública. No entanto, devemos esclarecer que neste artigo não foi ponderado no conjunto o direito fundamental à liberdade de reunião.

### 3.1 A ADPF 811, VOTO DO RELATOR, MINISTRO GILMAR MENDES

O relator do referido julgamento foi o Ministro Gilmar Mendes<sup>105</sup>, portanto, começaremos pelo estudo do seu voto que, por suas quarenta e duas páginas, não pode ser citado aqui na sua íntegra. Mas, nelas tentaremos identificar a aplicação direta ou indireta da máxima da proporcionalidade alexyana. Já vale citar que o voto do ministro começou com uma reverência:

Quis o destino, Senhores Ministros, que o presente julgamento coincidissem com o Dia Mundial da Saúde, que se passa hoje – em homenagem à constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS). Quis o destino que o nosso país recebesse o Dia Mundial da Saúde em um momento milenar de luto.

Ainda, contextualizando, o ministro protestou:

A nobreza da proteção constitucional que os autores da presente ADPF buscam, todavia, não se revela compatível com a capitulação do presente tema a uma agenda política negacionista que se revela, em toda dimensão, contrária à fraternidade tão ínsita ao exercício da religiosidade.

<sup>104</sup>VARAZ IBÁÑEZ, A. G. e NOGUEIRA PEDROSA, M. E. S. M. **A LIBERDADE DE CULTO EM TEMPOS DE PANDEMIA: a necessária limitação da liberdade religiosa em prol da saúde humana**. Revista Jurídica-Unicuitiba. Curitiba. Volume 5. 2020, pg.708.

<sup>105</sup>MENDES, Gilmar, Relator. 08/04/2021 Acórdão. Voto Vencedor. BRASIL. STF. **ADPF 811 SP 0050295-20.2021.1.00.0000**. Brasília-DF. 2021 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1237522884>. Acesso em: 14/05/2023.

Já no exercício de ponderação, o ministro seguiu por recordar outros casos em que a ponderação se fez indispensável:

Essas decisões mostram que a ponderação de interesses e de posições subjetivas em função das restrições impostas tem adquirido contornos muito particulares tributários da excepcional situação de emergência da saúde pública.

Em seguida o ministro tratou de uma questão de ordem que, no nosso entender, não nos leva à aplicação ou não, ainda que indiretamente, da máxima da proporcionalidade. Depois disso, o ministro tratou dos pressupostos para o cabimento da ação ali em julgamento. E por fim, o que nos mais interessa, o ministro chegou ao mérito da questão. O ministro iniciou o exame do mérito da questão julgada com muito do que nós aqui citamos, inclusive do que citamos da sua própria doutrina. Mostrou-nos o arcabouço normativo internacional que já trouxemos no primeiro capítulo, evidentemente, que indo além. Até que, de modo apropriado em tempos de extremismo, o ministro, grifou que a Constituição Federal Brasileira de 1988 não é albergue exclusivo da fé cristã. Então, o ministro seguiu discernindo a dimensão interna da dimensão externa dos direitos fundamentais ao culto e à reunião, citando bibliografia no sentido de que não são os direitos fundamentais em si que estão sendo restritos, mas, a forma do seu exercício. Prosseguiu por citar sua obra de Direito Constitucional em coautoria com Paulo Gustavo Gonet Branco, no mesmo sentido. E então, pressupondo todos estes fundamentos, retoricamente indagou:

Pois bem. Delimitado esse âmbito de proteção da liberdade religiosa, indaga-se: o Decreto do Estado de São Paulo de alguma maneira impede que os cidadãos respondam apenas à própria consciência, em matéria religiosa? A restrição temporária de frequentar eventos religiosos públicos traduz ou promove, dissimuladamente, alguma religião? A interdição de templos e edifícios equiparados acarreta coercitiva conversão dos indivíduos para esta ou aquela visão religiosa? Certamente que não. Por isso, entendo que não há como articular as restrições impostas pelo Decreto com o argumento de violação ao dever de laicidade estatal (art. 19, I, CF/88). Cumpre asseverar também que não comove a tentativa de imputar desproporcionalidade à medida[...]

Na referida passagem, o ministro empregou a frase “não comove imputar desproporcionalidade” no sentido de que não houve, no seu entender, violação à máxima da proporcionalidade. A partir daí, o ministro elucidou, em dez páginas, como o Conselho de Estado francês, o Tribunal Constitucional alemão, e a Suprema Corte dos EUA, também, nos respectivos casos que se lhe foram apresentados, decidiram pela constitucionalidade das restrições ao exercício das liberdades de culto e de

reunião. Seguiu no exame da competência concorrente dos estados e municípios para adotar medidas de urgência e relembra o precedente da ADI 6341, para fundamentar que se trata de caso já decidido.

Até que chegou ao tópico do seu voto intitulado *Teste da Proporcionalidade*, onde já começa por nos explicando: “A propensão dos direitos fundamentais à colisão dá-se em inescapável contexto de multiplicidade normativa.”

Segue, então, com um contundente questionamento:

A principal pergunta que se coloca é, afinal, em que medida o valor normativo atribuído ao direito fundamental à vida e à saúde, cuja proteção historicamente é invocada para justificar restrições desse nível, pode acomodar limitações, por vezes, tão drásticas às liberdades individuais e coletivas. Aqui, temos o claro agravamento de uma problemática ínsita à solução dos conflitos entre direitos fundamentais: a incomensurabilidade das posições em questão. Se, por um lado, essa ordem de ideias obsta que se confira peso máximo ao direito à liberdade religiosa, de modo a justificar a criação de espaços imunes às regras de restrição de circulação de pessoas voltadas ao combate da pandemia; por outro lado, ainda não explica se e até que ponto o poder público pode lançar mão de medidas restritivas à guisa de cumprir o dever inscrito no art. 196 da CF/88, a tutela da saúde.

Por fim, o ministro passou o caso pelos três critérios da máxima da proporcionalidade, como podemos ver:

O ato não será adequado quando não proteger o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

E depois, de expor gráficos e dados sanitários, julgou improcedente a ADPF 811, no sentido de que o Estado de São Paulo, abrindo precedente para os demais Estados, tem competência para adotar medidas emergenciais, ainda que restritivas dos direitos fundamentais em questão.

Este é um resumo do voto do Ministro Gilmar Mendes. Retomando a nossa pergunta, como pode ser este voto compreendido à luz da teoria alexyana? Claramente, o ministro citou, em mais de um momento, a ponderação proposta por Alexy, e mesmo nos seus questionamentos próprios, nota-se um intenso sopesamento.

Como já ponderamos no capítulo 2, aplicando a máxima da proporcionalidade ao caso da pandemia de Covid-19, e passando pelo seu segundo critério de aplicação, que é o critério de necessidade, os cultos e reuniões *online* seriam e o distanciamento entre as pessoas nas reuniões, no nosso entender, meios menos restritivos e



invasivos aos direitos fundamentais em jogo. Mas, mesmo que isso constasse no seu voto, ainda seria necessário o fechamento dos templos e estabelecimentos como meios de evitar a disseminação da Covid-19. Pelo que, concluímos que o voto do ministro Gilmar Mendes aplicou devidamente a máxima da proporcionalidade alexyana. Vale dizer que foi o voto acompanhado pela maioria formada por nove dos onze ministros. Ainda assim, continuaremos nosso estudo individual e esmiuçado do voto de cada ministro.

### 3.2 MINISTROS QUE APLICARAM A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

Neste tópico, estudaremos os votos dos ministros que, direta ou indiretamente, passaram o caso pelo crivo dos três critérios da máxima da proporcionalidade propostos por Robert Alexy. De modo que o próximo voto da sequência foi o do ministro Alexandre de Moares<sup>106</sup>, que se iniciou com um momento de indignação do qual vale a citação:

[...]O mundo ficou chocado quando, nas Torres Gêmeas, morreram 3 mil pessoas. Estamos com 4 mil mortos por dia. E parece que algumas pessoas não conseguem entender o momento gravíssimo dessa pandemia. [...] O que está em jogo é a defesa da vida, da saúde de todos os brasileiros, independentemente da crença, independentemente da religião, independentemente de acreditar ou não acreditar, mas todas as pessoas de boa-fé, religiosos ou não, acreditam na vida, na solidariedade, na empatia que nós temos que ter com próximo. Todas as religiões acreditam na empatia que devemos ter com o próximo, aquele que está morrendo nas filas, aquele que não conseguiu a vacina, aquele que viu seus familiares morrendo. Mais de 340 mil mortos, 4 mil mortos por dia. Onde está a empatia? [...] Em pleno século XXI, com todo o conhecimento histórico, técnico e científico que temos, estamos defendendo retrocesso de medidas restritivas temporárias e justificadas? Não me parece lógico, não me parece coerente, não me parece ser feito isso em defesa dos direitos fundamentais. [...]

O ministro tentou nos chamar a atenção para a incoerência de que, um atentado terrorista gerou menos resistência, menos embate quanto às medidas necessárias do que a pandemia de Covid-19 que gerou mais mortes por dia, do que as geradas pelo atentado. Prosseguindo com o estudo do voto do ministro Alexandre de Moraes, ainda vale a citação da sua concepção de Estado laico:

Essa questão é importantíssima porque, ao mesmo tempo, a plena liberdade religiosa deve assegurar o respeito à diversidade dos dogmas, crenças, sem nenhuma hierarquização de interpretação bíblica ou religiosa - esse grupo é mais importante que aquele, essa interpretação é correta, essa é incorreta. E os locais no mundo que fazem isso vêm acarretando historicamente inúmeros sofrimentos, desde as Cruzadas, guerra santas, até diversos atos de

<sup>106</sup>MORAES, Alexandre. 08/04/2021 Acórdão. BRASIL. STF. **ADPF 811 SP 0050295-20.2021.1.00.0000**. Brasília-DF. 2021 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1237522884>. Acesso em: 14/05/2023.

terrorismo, supostamente cometidos em nome da fé. O respeito à fé alheia ou mesmo à ausência de qualquer crença religiosa é primordial para o Estado laico. Agora, da mesma forma que o Estado deve respeitar, que o Poder Público tem a obrigação constitucional de garantir a plena liberdade religiosa, ele não pode ser subserviente, não pode ser conivente com dogmas ou preceitos religiosos de uma ou várias fés, de uma ou várias religiões, não pode se abaixar para os dogmas, colocando em risco a sua própria laicidade e, conseqüentemente, colocando em risco a efetividade dos demais direitos fundamentais. No caso em questão, entre eles, o direito à vida, o direito à saúde, que precisam ser garantidos a todas as crenças, a todos os seus adeptos, bem como também aos agnósticos e aos ateus. [...] Volto aqui a insistir: onde está a empatia? Onde está a solidariedade de todos neste momento? A dupla função da liberdade religiosa é proteger todas as fés, as crenças e os cultos, mas também afastar o Estado laico de ter que tomar suas decisões, principalmente decisões fundamentais para a sobrevivência dos seus cidadãos, com base em dogmas religiosos. O Estado não se mete na fé, a fé não se mete no Estado!!![...]

O ministro, então, fez menção indireta e subentendida à ADI 6341 onde, reitera-se, foi reconhecida a competência concorrente dos Estados e Municípios para as medidas sanitárias de urgência:

[...] O Supremo Tribunal Federal, como chegou a ser dito em uma das sustentações, não delegou nada aos estados-membros e municípios. Não! O Supremo reconheceu o que a Constituição estabeleceu. Saúde pública, combate a pandemias é competência administrativa comum do art. 23. Não foi o Supremo. O Supremo disse o que a Constituição estabelece em letras garrafais. [...]

Ao que ainda ousamos acrescentar, artigo 23, II, da Constituição Federal de 1988, onde está prevista a competência concorrente da união, estados e municípios, para cuidar da saúde e da assistência pública. Então, o ministro, reconheceu a vasta cultura do ministro Gilmar Mendes, no sentido de concordar com ele quanto aos critérios da máxima da proporcionalidade alexyana:

[...]Os decretos que são temporários, editados com base na ciência - o Ministro Gilmar bem leu as razões e a fundamentação para a edição do decreto paulista -, esses decretos estão dentro dos critérios da proporcionalidade, da prudência e da justiça exigidos para o reconhecimento da razoabilidade. Não vou repetir aqui toda análise doutrinária e jurisprudencial que foi feita sobre a razoabilidade, os critérios da razoabilidade, que foi feita pelo eminente Ministro-Relator, Ministro Gilmar Mendes[...]

Poderíamos parar por aqui, mas, o ministro ainda, fez uma retrospectiva histórica a ilustrar o que líderes, na acepção alta do termo fizeram durante outra pandemia, e o que os atuais não fizeram durante a pandemia de Covid-19:

No séc. XIV, quando a peste bubônica matou, segundo estudos, entre 30% e 60% da população europeia, os padres fecharam suas igrejas para que não houvesse aglomerações e passaram a ir aos fiéis para tentar, como médicos que eram, com o conhecimento maior que tinham, auxiliar os demais; tanto que a mortalidade entre os clérigos foi muito maior do que entre os demais. Eles evitaram aglomeração, mas tentaram auxiliar a população. Isso, parece-

me, é uma grande empatia. O Papa Clemente VI, que foi papa entre 1342 e 1352, autorizou o fechamento de igrejas e declarou que os enfermos não precisariam mais procurar um padre para a remissão dos pecados, não precisariam mais se confessar a um sacerdote, exatamente para evitar contato físico. Excepcionalmente, para evitar exatamente aglomerações, para garantir o isolamento, eles poderiam pedir perdão diretamente a Deus - nós estamos falando do ano em torno de 1300. Ainda, não só fechamento de igrejas, como as igrejas se transformando em hospitais, evitando os cultos, evitando as aglomerações.[...] Numa discussão importantíssima que alguns levavam a Lutero sobre a predestinação, sobre se a peste não seria um castigo de Deus, ele dizia que deveriam evitar lugares e pessoas onde a presença não fosse necessária para não haver contaminação, e que se Deus criou medicamentos e nos deu inteligência para proteger e cuidar bem de nossos corpos para que possamos viver em boa saúde, que as pessoas deveriam tomar todos os cuidados para não prejudicar seus corpos e garantir o isolamento. Vejam, são líderes religiosos que, naquele momento - e estamos falando do momento em que, realmente, a questão religiosa era explosiva, o cerceamento à liberdade religiosa era gigantesco, diferentemente do que ocorre no Brasil hoje -, e, mesmo naquele momento, os grandes líderes religiosos sabiam como cuidar dos fiéis para evitar que morressem. O Papa Alexandre VII, do século XVII, decretou cancelamento de todas as procissões e todas as cerimônias religiosas, além de pedir - e na biblioteca virtual do Vaticano, consta - aos fiéis que rezassem pelos doentes e mortos na privacidade de suas casas. As igrejas e conventos não mais funcionavam como locais de culto coletivo, mas como instalações improvisadas de isolamento. Século XVII! Nós estamos no século XXI.

Após a retrospectiva histórica mostrando a diferença entre o que fizeram estadistas e o que fazem os políticos, acompanhou integralmente o voto do ministro relator Gilmar Mendes. O que, portanto, nos leva a concluir, que também aplicou a máxima da proporcionalidade alexyana.

O próximo voto da sequência foi o do ministro Edson Fachin<sup>107</sup>, que se iniciou pela manifesta solidariedade às vítimas da pandemia e aos entes queridos delas, bem como pela reverência à dedicação, à abnegação e ao desprendimento dos profissionais da saúde. Assim como fizeram os ministros Gilmar Mendes e Alexandre de Moraes, o ministro Fachin expôs seu conceito sobre o princípio da Laicidade do Estado:

O Estado deve abster-se de invocar razões religiosas para justificar as decisões públicas, o que impõe um ônus a todos: os crentes devem justificar suas posições públicas sem recorrer às convicções religiosas; e os não crentes devem se empenhar para respeitar e entender as razões dos que observam preceitos religiosos.

Fachin seguiu por esclarecer que não apenas a liberdade de culto está sendo restrita, mas, também todo tipo de reunião presencial, no sentido de evitar as

---

<sup>107</sup>FACHIN, Luiz Edson. 08/04/2021 Acórdão. BRASIL. STF. **ADPF 811 SP 0050295-20.2021.1.00.0000**. Brasília-DF. 2021 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1237522884>. Acesso em: 14/05/2023.

aglomerações, bem como esclareceu o caráter provisório e não absoluto da restrição que pode ser atenuada com o poder da internet:

Sustenta-se que a proibição de presença física e excepcional em pauta se destina a enfrentar a alarmante da pandemia do coronavírus. Demonstra-se que foram afetadas não apenas as atividades religiosas, mas também os eventos esportivos de qualquer espécie, a reunião, a concentração ou permanência de pessoas nos espaços públicos, e o atendimento presencial ao público em bares, restaurantes, shopping centers, galerias e no comércio varejista de materiais de construção. A medida não impede – e nem poderia – a realização de cerimônias religiosas não fisicamente presenciais, especialmente pela rede mundial de computadores. [...] Não se trata, portanto, de uma proibição absoluta e permanente de realização de atividades fisicamente presenciais. Não se trata de estabelecer uma preferência entre as próprias atividades religiosas ou mesmo entre atividades religiosas e seculares. Não se trata, finalmente, de restrição somente à reunião nas igrejas, mas, sim, restrição a todos os locais de aglomeração.

O ministro, então, após relembrar os dados sobre número de mortes até a data do julgamento e sobre novos casos confirmados durante o curso do julgamento, embora não mencione explicitamente a máxima da proporcionalidade alexyana, registrou a sua ponderação:

Por isso, nesse cenário, não parece razoável imaginar que medidas de mitigação, como a restrição do número de presentes, o uso de máscaras e o distanciamento social, ainda que necessários, possam isoladamente impedir o aumento de casos. Essas medidas diminuem o risco, mas não se mostram suficientes. Nos momentos mais marcantes e mais difíceis da vida das pessoas a Constituição assegura o direito à liberdade de religião como forma inclusiva de socorro espiritual. Em uma dimensão plural e democrática do exercício dessa liberdade, a fundamentalidade do direito à religião – é preciso reconhecer – tem a mesma relevância e é tão importante quanto o direito à saúde, em nome do qual o Decreto foi feito. É fácil perceber, nada obstante, que são incomparáveis os impactos causados ao exercício físico do direito à liberdade religiosa e à saúde pública. A restrição temporária e localizada ao exercício fisicamente presencial do direito à liberdade de religião não se alça ao patamar da grave crise da saúde pública que, infelizmente, pode ser duradoura e ao custo de milhares de vidas. A cada instante em que não se mantêm as pessoas em casa, mais a epidemia se espalha. Os hospitais já não mais conseguem atender a todos que buscam ajuda e as equipes de saúde estão no limite de seus esforços. Na iminência do colapso, nenhum risco pode ser tolerado, ainda que com o ônus de impor uma temporária restrição ao essencial serviço de assistência religiosa. Por tudo isso, não há como, no auge da emergência sanitária, reconhecer qualquer vício de inconstitucionalidade na restrição temporária e excepcional do exercício fisicamente presencial de atividades religiosas diante de circunstâncias objetivamente reconhecíveis. Inconstitucional não é o Decreto que, na prática, limita-se a reconhecer a gravidade da situação. Inconstitucional é a omissão que não age de imediato para impedir as mortes evitáveis; inconstitucional é não promover meios para que as pessoas fiquem em suas casas com o respeito ao mínimo existencial. Inconstitucional é recusar as vacinas que teriam evitado o colapso de hoje. Certamente haverá tempo e modo para que o Tribunal, quando (e se) acionado, se pronuncie sobre cada uma delas. Acompanho a conclusão do voto do e. Ministro Relator[...]

Como pode-se constatar, o ministro Fachin, embora sem citar manifestamente a teoria de Robert Alexy, não só acompanhou o voto do ministro relator Gilmar Mendes, como, sim, passou o caso pelo crivo dos três critérios da máxima da proporcionalidade alexyana. Basta perceber como o ministro pondera como não houve uma alternativa igualmente adequada senão a da restrição provisória à liberdade de culto e de reunião presenciais para promover o fim de evitar mortes. Pelo que entendemos que o voto do ministro Fachin também preenche os requisitos da proporcionalidade alexyana.

O próximo voto da sequência foi o voto do ministro Luis Roberto Barroso<sup>108</sup>, que se iniciou, como outros aqui já citados, por cumprimentar “a proficiência e a erudição” do voto do ministro Gilmar Mendes, e por revelar a intenção de não votar longamente, embora tenha considerado ser a questão julgada uma questão muito importante. Depois de tratar das questões de ordem, o ministro denunciou que:

[...]nós nos atrasamos em incentivar o uso de máscaras, em fomentar o distanciamento social, em comprar vacinas, e estamos pagando com vidas por esse atraso. E, em triste ironia, muitos dos negacionistas já deixaram essa vida, vítimas da pandemia. Como sempre procuro enfatizar, não se aplica o Direito em abstrato, fora de uma realidade concreta. É preciso levar em conta a normatividade dos fatos, ou seja, a sua influência sobre o sentido e o alcance das normas jurídicas. À luz dessa realidade fática com a qual nos deparamos, é que eu teço as breves considerações que se seguem.

Prosseguiu o ministro com uma reflexão sobre ciência e salvação:

Trata-se, portanto, de ciência, e não de ideologia; de medicina, e não de metafísica. Ciência e medicina são, nesse caso particular, a salvação. É verdade que é a salvação do corpo, mas o espírito, ao menos nesta dimensão da vida, não existe onde não haja corpo. Portanto, salvar vidas é a nossa prioridade.

Após a reflexão citada, o ministro dedicou duas páginas inteiras à sua gestão do Tribunal Superior Eleitoral em que convocou renomados especialistas e conceituadas instituições para montar um plano de segurança sanitária do tribunal bem como saber se deveriam ou não ser adiadas as eleições. O ministro prosseguiu com mais alarmes:

E eu já disse aqui, em outras situações, que, por muito tempo, se supôs que o Estado Moderno, a Revolução Científica e o Iluminismo empurrariam o sentimento religioso para a margem da história, superado pela tecnologia, pelo racionalismo e pelos diferentes avanços civilizatórios que se obtinha com a ciência. E, de fato, a Revolução Científica, com as transformações que

<sup>108</sup> BARROSO, Luis Roberto. 08/04/2021 Acórdão. BRASIL. STF. **ADPF 811 SP 0050295-20.2021.1.00.0000**. Brasília-DF. 2021 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1237522884>. Acesso em: 14/05/2023.

operou nos fundamentos da Física, da Astronomia e da Biologia, quebrou dogmas religiosos que haviam atravessado os séculos. A transição entre a visão tradicional, pautada pela religião, e o novo paradigma, todavia, não se deu sem paradoxos e contradições. Como observou um historiador, Isaac Newton, um dos símbolos desse período, dedicava muito mais tempo ao estudo da Bíblia do que às Leis da Física. Aliás, a propósito, esta tensão que, em alguma medida, nós verificamos aqui, ela já vem de longe. Quando, da Revolução Científica, se estabeleceu, com Nicolau Copérnico, a Teoria Heliocêntrica de que era a Terra que girava em torno do Sol e, não contrário, um dos seus principais defensores, no episódio emblemático, foi Galileu Galilei que, em 1615, procurou defender e demonstrar essa teoria e foi obrigado pela Inquisição a renunciar as suas próprias ideias e a permanecer em prisão domiciliar. E na sequência histórica de um longo século de guerras religiosas, o Iluminismo surgiu como um vigoroso movimento intelectual, fundado no primado da razão, na liberdade, na tolerância e na separação entre a Igreja e o Estado.

Como vimos, o ministro nos remete ao episódio da retratação da Galileu Galilei, que não nos permite deixar de citá-lo numa discussão como essa, e sobretudo, aos ideais iluministas que preconizam o primado da razão, da liberdade, da tolerância e da separação entre a Igreja e o Estado. O ministro foi adiante por demonstrar que mesmo depois de grandes autores e grandes descobertas, a religião mantém seu poder e importância:

É certo que a modernidade trouxe efetivamente a secularização, a laicidade do Estado e a separação entre ciência e fé, com o deslocamento da religião predominantemente para o espaço da vida privada. A verdade, porém, é que mesmo depois de Copérnico, Galileu e Kepler, de Darwin, com A origem das espécies e a seleção natural, e da revolução na Física moderna trazida pela Teoria da Relatividade, pela Mecânica Quântica e pela confirmação do Bóson de Higgs, o sentimento de religiosidade não arrefeceu.

Depois da retrospectiva, o ministro, como fizeram outros, manifestou o que entende por Estado Laico:

Diante dessa realidade, o Estado deve desempenhar dois papéis decisivos na sua relação com a religião: (1) assegurar a liberdade religiosa; e (2) conservar a neutralidade no tocante às diferentes religiões, sem privilegiar ou desfavorecer qualquer uma delas.

Essa neutralidade sustentada pelo ministro é rara mesmo entre os laicalistas, pois é muito comum ver defensores do Estado laico tentando conciliar a neutralidade laica com a manifestação religiosa. Este, com certeza, é ponto fulcral do caso em discussão. Sobre este ponto, o ministro tratou da diferenciação entre liberdade de culto e liberdade religiosa:

A liberdade de culto é uma das manifestações da liberdade religiosa. Não são conceitos idênticos. É um pouco uma relação de gênero para uma específica manifestação. A liberdade religiosa, como regra geral, não comporta restrições externas, mas a liberdade de culto, naturalmente, parece-me que comporta e deve mesmo comportar. O indivíduo pode atravessar a Avenida Presidente Vargas, no Rio de Janeiro, ou a Avenida Paulista, em São Paulo,

rezando para o seu Deus, seja lá qual for a maneira em que o conceba, mas não pode parar no meio da rua e fazer uma cerimônia religiosa, atrapalhando o trânsito, porque a liberdade de culto precisa ceder às circunstâncias de outras demandas da sociedade.

Após a tal diferenciação, o ministro mencionou explicitamente a máxima da proporcionalidade e todas as suas possíveis designações:

Como bem demonstra o caso presente - e é recorrente em questões que chegam a este Tribunal -, nós temos uma colisão de normas constitucionais, uma colisão de direitos fundamentais, uma tensão entre valores e interesses diversos e, quando isso ocorre - como já repetimos aqui muitas vezes -, a maior parte dos tribunais do mundo recorre à técnica da ponderação, utilizando como medida de determinação dos critérios desta ponderação o mandamento, o postulado, a máxima ou o princípio da proporcionalidade. A ponderação, na verdade, significa a atribuição de pesos aos valores contrapostos à luz dos elementos do caso concreto que esteja sendo julgado. Quando se trate de uma restrição a direito fundamental, a proporcionalidade desempenha um papel decisivo para uma clássica trilogia de aferição, que é verificar se a medida é adequada, se a medida é necessária e se o que se ganha com a medida é mais valioso do que aquilo que se perde, também referido como proporcionalidade em sentido estrito.

Como podemos constatar, o ministro exaltou a técnica da proporcionalidade como usada pela maior parte dos tribunais do mundo e relembrou, explicitamente, seus três critérios de aplicação. Então, o ministro, notadamente, passou o caso julgado pelos três crivos da proporcionalidade, adequação, necessidade e sopesamento:

O ato aqui impugnado estabeleceu a vedação da realização de cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo. Como registrei acima, há consenso científico de que o lockdown é uma medida adequada para minimizar a circulação de doença, portanto penso que a restrição passa claramente no teste da adequação. Além disso, nós sabemos que, fora o distanciamento social, a única medida que é capaz de enfrentar suficientemente a doença é a vacinação, mas, como observou o Ministro Alexandre de Moraes no seu voto, nós não chegamos ainda a 10% de pessoas vacinadas. De modo que o distanciamento social continua sim a ser uma medida necessária. No plano da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, saber se o que se ganha com a providência é mais valioso do que aquilo que se perde, parece-me fora de dúvida que a vida deve ter precedência, nesse caso particular, sobre o exercício do culto, notadamente porque nós estamos falando de uma restrição temporária a uma das manifestações do sentimento religioso, que é a louvação coletiva. Eu sei que é uma parte importante de muitas religiões, eu bem entendo que há ritos e sacramentos em todas as religiões que demandam a presença física, mas nós estamos falando de uma restrição temporária a uma das manifestações da liberdade religiosa. Todos podem continuar a ler a sua Bíblia e a fazer suas orações em casa e mesmo por videoconferência.

Embora o voto do ministro tenha seguido por mais duas páginas, não parece restar dúvida de que ele se valeu de todos os três critérios da máxima da

proporcionalidade alexyana no sentido de tê-la aplicado. Apenas registramos que o ministro acompanhou o voto do ministro relator Gilmar Mendes.

O próximo voto da sequência foi o da ministra Rosa Weber<sup>109</sup> que se inicia tratando dos pressupostos de cabimento da ação julgada, no sentido de admiti-la, e feito isso, passou para o julgamento do mérito. E no mérito, a ministra teve a sensibilidade de citar um escritor, Albert Camus, como podemos ver:

O que está em debate aqui não é o indiscutível direito à liberdade religiosa consagrado no texto constitucional, e sim a defesa da vida. Lembro, a propósito, Albert Camus, em sua conhecida obra, A Peste, quando observa: “Mas a religião do tempo da peste não podia ser a religião de todos os dias”

A ministra, então, situou o cenário imposto pela pandemia na data em que editado o Decreto Paulista ali contestado:

Em 11.3.2021, data em que editado o Decreto nº 65.563 do Estado de São Paulo, em que se insere o dispositivo impugnado, o ente federado já havia registrado 2.164.066 casos de infecção pelo vírus causador da COVID-19, com 63.010 mortes. Desse total, 14.505 novos casos haviam sido identificados e 440 mortes comunicadas nas 24 horas antecedentes à data de assinatura do decreto. O Estado de São Paulo, assim como o Brasil, atravessa um dos momentos mais dramáticos desde o início da pandemia. Não comporta margem razoável de dúvida, e por isso é incontestável, a gravidade dessa pandemia de magnitude global, que tem no Brasil o seu novo epicentro.

A ministra condenou ainda o negacionismo:

[...]negar a pandemia ou a sua gravidade não fará com quem ela magicamente desapareça. Inadmissível, por outro lado, o brincar de faz de conta em momento de tamanha gravidade. A nefasta consequência de tal negacionismo é o prolongamento da *via crucis* que a Nação está a trilhar, com o aumento incontido e devastador do número de vítimas e o indesejado adiamento das condições necessárias para a recuperação econômica.

A ministra prosseguiu por reiterar que a medida impugnada, além de temporária, não restringiu apenas os cultos, mas, todo tipo de evento presencial aglomerante. Aliás, continuou a ministra, mesmo adotando as restrições ali questionadas, ainda não seria possível, com conhecimento de causa e de boa-fé, ter convicção de sua eficácia no combate ao vírus. Então, prossegue por citar devidamente:

Que o legislador federal teve o cuidado de, no § 1º do art. 3º da Lei nº 13.979/2020, condicionar a legitimidade da adoção de qualquer uma das medidas nele previstas, aí incluídas o isolamento, (i) ao devido respaldo em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em

<sup>109</sup>WEBER, Rosa. 08/04/2021 Acórdão. BRASIL. STF. **ADPF 811 SP 0050295-20.2021.1.00.0000**. Brasília-DF. 2021 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1237522884>. Acesso em: 14/05/2023.



saúde; e ainda (ii) à limitação no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.

A ministra buscou comprovar sua interpretação não apenas jurídica como teológico-bíblica da questão, evocando o livro bíblico de Provérbios, capítulo 14, versículo 16:

O decreto paulista, lastreado na Lei nº 13.979/2020, não deixa de espelhar, no ponto, um ensinamento contido nas Sagradas Escrituras, segundo as quais “o sábio teme e desvia-se do mal, mas o tolo é arrogante e dá-se por seguro”.

A ministra seguiu por explicar a jus-fundamentalidade, isto é, a natureza jurídica de direito fundamental do direito à saúde, sustentando que deve ser contemplado tanto pelo princípio da dignidade da pessoa humana quanto pelo princípio democrático. E como fez o ministro relator Gilmar Mendes, a ministra continua o seu sensível voto por explicar que quanto mais complexos sejam os sistemas jurídicos, mais propensos às colisões eles se tornam:

Diante dessa profusão de princípios e direitos, muitos dos quais sinalizando em sentidos à primeira vista divergentes, não há dúvida de que a Constituição, tomada como sistema, autoriza o Estado a impor limitações aos direitos fundamentais, em face da necessidade de conformá-los com outros direitos fundamentais igualmente protegidos.

Daf, a ministra prosseguiu por relembrar todo o arcabouço internacional e nacional já em grande parte citado no capítulo 1 desta dissertação, no sentido de que não só a sistemática jurídica brasileira, mas, principalmente, a internacional reconhece a possibilidade legítima das restrições dos direitos fundamentais de acordo com critérios da lei e da equidade.

E, embora sem mencionar Alexy textualmente, entende-se que a ministra também passou o caso pelo filtro da adequação, da necessidade e da ponderação exigidos pela aplicação da máxima da proporcionalidade. E, ainda, fez menção às palavras de Tiago, capítulo 2, versículo 8:

Tais parâmetros estão atendidos no decreto paulista, pois as restrições nele previstas (i) observam a forma prescrita pela Lei federal nº 13.979/2020 e, conseqüentemente, o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF); (ii) mostram-se adequadas e necessárias para conter a transmissão e disseminação da COVID-19 e evitar o colapso do sistema de saúde pública, protegendo, assim, a um só tempo, a segurança, a ordem, a saúde e a moral públicas; e, por fim, (iii) resguardam os direitos e as liberdades das demais pessoas à vida e à saúde. Neste último ponto, não se pode deixar de notar, vão ao encontro da exortação contida na Epístola segundo a qual age corretamente aquele que se conduz segundo o comando da Escritura de Tiago, para amar ao próximo como a si mesmo.

Embora o voto da ministra siga por mais páginas onde relembra inclusive a fé e o sonho de Martin Luther King, o nosso estudo se dá por satisfeito em constatar que, ao que parece, a ministra também passou o caso julgado pelos três critérios da máxima da proporcionalidade, aplicando-a ao caso, e acompanhando o ministro relator Gilmar Mendes.

O próximo voto da sequência foi o voto da ministra Cármen Lúcia<sup>110</sup>, o qual, consistente em treze páginas que o ministro Gilmar Mendes, definiu, como “belíssimas e articuladas”, merece um estudo diferenciado, por ser, até o momento, apenas o segundo voto, após o do ministro Gilmar Mendes, a citar expressamente Robert Alexy. A ministra, citou o que alexy tem como uma das suas definições para a máxima da proporcionalidade:

Robert Alexy, sobre a teoria dos direitos fundamentais, ensina que, quando dois princípios colidem, um deles terá que ceder, sem que nenhum deles seja declarado inválido. Enfatiza que “um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições”, pois, “nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e (...) os princípios com o maior peso têm precedência”. que conflitos entre princípios “ocorrem (...) na dimensão do peso Robert Alexy, sobre a teoria dos direitos fundamentais, ensina que, quando dois princípios colidem, um deles terá que ceder, sem que nenhum deles seja declarado inválido. Enfatiza que “um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições”, pois, “nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e (...) os princípios com o maior peso têm precedência”. que conflitos entre princípios “ocorrem (...) na dimensão do peso.

Seguindo, a ministra observou que:

A fé não se mede pela presença, não se confunde com o banco de igreja, não se mede pelo valor da espórtula, não se materializa na presença em determinado local de culto. A fé está em manifestação muito mais extensa e profunda. Não estão em discussão os valores maiores que se tornaram direitos fundamentais, como a inviolabilidade da liberdade de crença e de consciência. As religiões, e a cristandade de forma específica, são uma forma de vida, não se empenham na morte. O ordenamento constitucional zela pelo direito à vida e à vida digna, garantindo, como direito fundamental, a saúde. A pandemia compromete a coletividade, pelo que a aglomeração é ato até de descrença, de falta de fé na ciência, no Deus da vida e no outro.

E com os três critérios de adequação, necessidade e ponderação, a ministra também aplicou a máxima da proporcionalidade e acompanhou o relator Ministro Gilmar Mendes:

Portanto, na minha compreensão, aqui se tem medida temporária, necessária, ponderada, razoável, para que se tenha então o atingimento da

---

<sup>110</sup>LÚCIA, Cármen. 08/04/2021 Acórdão. BRASIL. STF. **ADPF 811 SP 0050295-20.2021.1.00.0000**. Brasília-DF. 2021 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1237522884>. Acesso em: 14/05/2023

finalidade, que é a garantia do direito à saúde para todos os brasileiros, para todas as pessoas.

Concluiremos este tópico com o voto de ministro Luíz Fux<sup>111</sup>, um voto também sucinto, de três páginas, que não fez menção explícita a proporcionalidade alexyana, mas, que indiretamente, acaba por aplicar a máxima da proporcionalidade, no nosso entender, como podemos ver do seguinte trecho:

É muito importante que tenhamos a visão da realidade, porque, como bem se destacou aqui, fazendo referência às minhas reiteradas intervenções, Ministro Luís Roberto Barroso, nós não temos expertise para decidir causa relativa à saúde pública e à pandemia porque não temos formação para **isso**. Mas, evidentemente, sob o aspecto jurídico, verificamos que, malgrado estejamos em um Estado Democrático de Direito, **vivemos um momento de** calamidade pública em que são admitidas exceções dentro do Estado Democrático de Direito. Muito embora a Constituição consagre a liberdade de cultos, de crença e de consciência, em determinadas circunstâncias excepcionais, como sói ser esta circunstância, admite medidas excepcionais. Essas medidas devem ser, acima de tudo, proporcionais, para que possamos, à luz do princípio constitucional da razoabilidade, verificar, à míngua de ciência sobre questões de saúde, se este decreto é razoável, se ele foi fundamentado, se tem bases científicas para tal. [...] Por outro lado, também não desconheço - até porque sou um homem de fé - que a fé é muito importante nesses momentos de sofreguidão, principalmente, por que passa o povo brasileiro. Recordo-me que o professor Jerome Groopman recebeu o Nobel de Medicina lavrando uma obra denominada A anatomia da esperança, em que esclarece que a fé é o coração da cura. [...] A fé abstrata levou a inúmeros óbitos aqueles que tinham esperança contra o câncer em uma pílula cuja eficiência não havia nenhuma comprovação científica. É um momento de deferência à ciência. Sob o prisma jurídico, é ocasião de analisarmos o decreto do Estado de São Paulo. Quando o Supremo Tribunal Federal estabeleceu a competência comum, não disse que qualquer ato do prefeito, qualquer ato do Estado, qualquer ato da coordenação nacional seriam atos que não poderiam se submeter ao escrutínio judicial. Às vezes, um decreto incorre em gravíssimo erro à luz da ciência, mas, no caso concreto, o decreto é fundamentado e passa em todos os testes de razoabilidade. Por essas razões, por mais que conste dos autos o voto do eminente Relator e o voto do eminente Ministro Nunes Marques, que também trouxe, digamos assim, inúmeros aspectos a ponderar, eu, nesta escolha trágica, faço eleição pela tese preconizada pelo Ministro-Relator, Gilmar Mendes, sem deixar de lavrar elogios a Sua Excelência e ao Ministro Nunes Marques.

Mas, antes da conclusão deste tópico propriamente dita, apenas registrar um momento muito importante desta pesquisa. O momento de comprovar que nosso critério para reconhecer a aplicação da máxima da proporcionalidade não se limitou a reconhecer quem votou a favor das restrições aos direitos fundamentais, acompanhando o relator. Pois o próximo tópico trará os votos de dois ministros que não acompanharam o relator, mas de dois outros ministros que acompanharam, mas,

---

<sup>111</sup>FUX, Luiz. 08/04/2021 Acórdão. BRASIL. STF. **ADPF 811 SP 0050295-20.2021.1.00.0000**. Brasília-DF. 2021 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1237522884>. Acesso em: 14/05/2023.

sem passar o caso pelo crivo dos três critérios da máxima da proporcionalidade propostos por Robert Alexy, logo, no nosso entender, não a aplicaram.

### 3.3 MINISTROS QUE NÃO APLICARAM A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

Neste tópico, estudaremos os votos dos ministros que, no nosso entender, não passaram o caso pelo crivo dos três critérios da máxima da proporcionalidade propostos por Robert Alexy, bem como evocaremos o princípio constitucional da decisão judicial fundamentada que, veremos, tem pertinência ao debate. De modo que o próximo voto da sequência foi o do ministro Nunes Marques<sup>112</sup>. Com a *data maxima venia*, Marques proferiu algo que está mais para um discurso em que exprimiu sua opinião pessoal do que para um voto juridicamente fundamentado. Já começamos por analisar que ele sequer menciona a proporcionalidade no sentido alexyano em seu voto, embora isso não o tenha impedido de exercitar suas ponderações, das quais, vale citar:

O espírito humano não se resume à ciência. A poesia, a música, o teatro, as artes e a religião são formas apreciáveis de resposta do espírito humano às perplexidades da vida e da morte, da ordem e do caos. E isso não pode ser subtraído às pessoas, sem retirar-lhes a humanidade. Enquanto não houver explicação científica para tudo que há — e creio que nunca haverá — essas expressões humanas deverão permanecer como refúgios de contemplação, paz e harmonia entre os seres humanos e entre o gênero humano e as misteriosas forças naturais que o rodeiam. [...] Festas, baladas e bares estão frequentemente lotados. As imagens estão aí para todos verem. Sem distanciamento e sem nenhuma máscara; não são nos cultos e nas missas em que a pandemia ganhou força.

Ousamos sustentar que o ministro não se ateu às fontes do Direito, as quais, segundo os já citados juristas Maria Helena Diniz<sup>113</sup> e Silvio de Salvo Venosa<sup>114</sup>, são a lei, a jurisprudência, a doutrina, os princípios gerais do Direito e o costume/consuetudinário. E assim, nem chegou a examinar os três critérios da máxima da proporcionalidade alexyana. Indispensável registrar que não estamos a desconsiderar o voto do ministro, mas, ele o proferiu de tal maneira que o incompatibiliza com nosso estudo.

<sup>112</sup>MARQUES, Nunes. 08/04/2021 Acórdão. BRASIL. STF. **ADPF 811 SP 0050295-20.2021.1.00.0000**. Brasília-DF. 2021 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1237522884>. Acesso em: 14/05/2023.

<sup>113</sup>DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. Editora Saraiva. 20ª Edição. São Paulo. 2009. Pgs. 283 a 325.

<sup>114</sup>VENOSA, Silvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Editora Atlas. 2ª Edição. São Paulo. 2006. Pgs. 119 a 149.

O próximo voto da sequência foi o do ministro Dias Toffoli<sup>115</sup> que, por ter acompanhado o voto do ministro Nunes Marques, também se enquadra num espectro muito mais semântico e discursivo do que jurídico. Após uma descrição do caso, fez uma interpretação, ao nosso sentir, totalmente literal da Constituição Federal Brasileira de 1988 quando esta se refere à proteção dos locais de culto e suas liturgias:

[...] a Constituição protege a liberdade de culto, consistente na possibilidade de exteriorização de ritos, cerimônias e manifestações religiosas, bem como na proteção dos locais de culto e respectivas liturgias, livres de embaraços por parte do Estado.

O ministro, após mais discursos, traçou a diferença entre laicidade e laicismo:

Observei, porém, que laicidade não se confunde com laicismo e que o Estado brasileiro não é inimigo da fé, tampouco rejeita o sentimento religioso presente na sociedade brasileira. Prova disso são as inúmeras previsões constantes da Constituição Federal que têm por escopo garantir a liberdade de crença e de religião.

Discordamos não das definições em si, por suas vezes, dicionarizadas conforme consulta no portal michaelis.uol.com.br<sup>116</sup>, mas, por ter pressuposto que os votos contrários foram laicistas e inimigos da fé, quando foram exaustivos no sentido contrário, no sentido da tolerância e do respeito à mesma.

O ministro, então, mencionou a máxima da proporcionalidade, mas, não no sentido alexyano, e sim em sentido que lhe atribuiu outro doutrinador do qual vale a citação:

Considerando a ausência de hierarquia abstrata de normas constitucionais, em caso de colisão aparente de direitos fundamentais, o aplicador do direito deve harmonizar ao máximo os bens em atrito, a fim de evitar o esvaziamento de qualquer deles, preservando-se o núcleo essencial de cada princípio ou bem ponderado, sem sacrificá-lo além do estritamente necessário, para alcançar a solução justa do caso concreto. Assim, na busca da harmonização dos bens em colisão, sugere-se a ponderação de bens, “consistente num método que adota uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito” e “determina qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão”, exigindo-se do aplicador do direito a consideração das circunstâncias do caso concreto para justificar a preferência de determinado direito[...]

Novamente, de modo discursivo, o ministro tenta diferenciar a restrição provisória do direito fundamental da supressão ainda que temporária do mesmo. O

<sup>115</sup>TOFFOLI, Dias. 08/04/2021 Acórdão. BRASIL. STF. **ADPF 811 SP 0050295-20.2021.1.00.0000**. Brasília-DF. 2021 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1237522884>. Acesso em: 14/05/2023.

<sup>116</sup>LACISMO. **Dicionário mordeno Michaelis**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/laicismo/>. Acesso em: 14/05/2023.

que, no nosso entender, não ocorreu, por força de que a decisão em estudo não suprimiu temporariamente os referidos direitos, eles continuam vigentes por previsão expressa, que vale dizer, é *clausula pétrea*, de uma Carta Constitucional vigente.

O ministro, então, tentou justificar, sob a luz da máxima da proporcionalidade, que a medida não passa nos três critérios de sua aplicação:

A vedação à realização de atividades religiosas de caráter coletivo é a medida mais restritiva ao alcance do governo estadual, pois suprime temporariamente a possibilidade de exercício da liberdade de culto, o que só estaria justificado, em nome da saúde pública, caso não existissem outras providências aptas a atingir o objetivo almejado e que tivessem menos impacto no direito fundamental em questão.

Enfim, ainda que o voto do ministro tenha discursado mais algumas páginas, já temos o objeto do nosso estudo. O ministro chegou a mencionar a máxima da proporcionalidade, textualmente, mas, o problema é que não o fez conforme proposto por Alexy, Toffoli se vale de outro doutrinador para ressignificar o instituto. Que seu voto seja a evidência de que nosso estudo aqui não se contenta apenas com acompanhar ou desacompanhar o relator, ministro Gilmar Mendes, tampouco com citar ou não citar a máxima da proporcionalidade, mas, sim com a passagem do caso pelo crivo dos três critérios exigidos para sua aplicação.

O próximo voto da sequência foi o do ministro Ricardo Lewandowski<sup>117</sup> que se iniciou com uma reflexão sobre a concepção de Estado laico:

De saída, considero importante sublinhar que, a meu sentir, não existe nenhum tipo de incompatibilidade entre democracia e religião no Estado laico: ao contrário, ambas podem e devem ser parceiras na busca do bem comum, especialmente no desenvolvimento de uma sociedade plural e compreensiva para com as naturais diferenças entre os seus integrantes. O conceito de laicidade no Brasil, cumpre ressaltar, assim como em outros países, está embasado no tripé tolerância, igualdade e liberdade religiosa. Trata-se, acima de tudo, de um princípio constitucional voltado à proteção das minorias que, graças à separação entre o Estado e a Igreja, não podem ser obrigadas a submeter-se aos preceitos da religião majoritária.

Dáí, o ministro relembra o arcabouço jurídico-normativo nacional que, reiteramos já bastante citado e cita autores como José Afonso da Silva e Pontes de Miranda, no sentido de sustentar doutrinariamente as liberdades que a liberdade religiosa abrange:

---

<sup>117</sup>LEWANDOWSKI, Ricardo. 08/04/2021 Acórdão. BRASIL. STF. **ADPF 811 SP 0050295-20.2021.1.00.0000**. Brasília-DF. 2021 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1237522884>. Acesso em: 14/05/2023.

Na síntese de Pontes de Miranda: 'Compreendem-se na liberdade de culto a de orar e a de praticar os atos próprios das suas manifestações exteriores em casa ou em público, bem como a de recebimento de contribuições para isso.'

De onde o ministro prosseguiu com o arcabouço jurídico-normativo internacional, também já bastante citado, mas, com ênfase na possibilidade legítima das restrições aos direitos fundamentais. O ministro recordou outros julgamentos envolvendo a laicidade do Estado e a liberdade de culto, mas, que não são objeto do nosso estudo. Ainda, citou a doutrina do colega ministro Alexandre de Moraes que também é muito enfática quanto às restrições possíveis à liberdade de culto e de reunião. E, então, o ministro fez um apelo em nome da vida e da existência digna:

Ora, a questão posta nos autos merece ser analisada sob um contexto em que, diante da escalada do número de vítimas fatais decorrentes do odioso vírus da Sars-CoV-2, deve ser dada cada vez mais ênfase ao direito à vida, entendido como o direito de viver e permanecer vivo, livre de quaisquer agravos, materiais ou morais, significando, especialmente, sob pena de ficar esvaziado de seu conteúdo essencial, o direito a uma "existência digna", conceito mencionado no art. 170 de nossa Lei Maior.

O ministro prosseguiu por lamentar o contexto pandêmico, com ênfase no vultoso número de mortes, na falta de recursos em todos os sentidos, desde leitos a oxigênio. E, sendo mais um ministro a provar o que sustentamos neste trabalho, cita também a já citada ADI 6341, reiterando os fundamentos com que a decidiu:

Por isso, ao analisar a ADI 6.341-MC-Ref/DF, redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin, esta Suprema Corte assentou que os entes federados possuem competência concorrente para adotar as providências normativas e administrativas necessárias ao combate da pandemia do novo coronavírus. [...] Digo isso porque a Constituição outorgou a todos os entes federados a competência comum de cuidar da saúde, compreendida nela a adoção de quaisquer medidas que se mostrem necessárias para salvar vidas e garantir a higidez física das pessoas ameaçadas ou acometidas pela nova moléstia.

O ministro, ainda, sustentou que, no seu entender, a questão não é jurídica, mas, técnico-política, fugindo à competência do Poder Judiciário:

A implementação das medidas restritivas é, portanto, uma decisão de caráter técnico-política a ser tomada pelos representantes eleitos e pelas autoridades sanitárias por eles nomeadas, fugindo à competência do Poder Judiciário, ao qual só é dado pronunciar-se sobre aspectos constitucionais e legais dos atos administrativos.

O apelo do ministro, então, partiu para o dever do Estado pautar suas ações de modo técnico, científico e estratégico:

Por isso, entendo que estando em jogo a saúde e a vida de toda a população brasileira, em tempos de grande angústia e perplexidade, avulta mais do que nunca o dever que incumbe ao Estado de pautar as respectivas ações em

conformidade com evidências técnicas, científicas e estratégicas, baseando-as, sobretudo, nos princípios da prevenção e da precaução.

Por fim, é se renova o momento de comprovar que nosso critério para reconhecer a aplicação da máxima da proporcionalidade não se limitou a reconhecer quem votou a favor das restrições aos direitos fundamentais, acompanhando o relator. Pois o ministro Lewandowski acompanhou o relator, mas, no nosso entender, ao mencionar meios igualmente adequados e menos restritivos para a solução do impasse, mas, sem mencionar o critério da adequação e principalmente o da proporcionalidade em sentido estrito, não passou o caso pelo triplo crivo da máxima da proporcionalidade, vejamos:

Nesse sentido, enquanto perdurarem as restrições, amparadas por critérios técnicos e científicos anteriormente definidos, os fiéis poderão lançar mão das transmissões de rádio e TV, ou mesmo de recursos tecnológicos mais avançados, como é o caso da internet, para exercerem, ainda que não plenamente, os direitos fundamentais de liberdade religiosa e de culto dos seus lares para aquelas celebrações coletivas.

Como já dissemos, no nosso entender, passou indiretamente pelo critério da necessidade, mas, não passou pelo critério da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito. Não foi possível identificar no voto do ministro Lewandowski a máxima da proporcionalidade alexyana.

O próximo voto da sequência foi o do ministro Marco Aurélio Mello<sup>118</sup>, que, com a *data maxima venia*, não só não fez qualquer sustentação jus-científica, como ainda, no fim de sua página e meia de discurso, ironiza: querem rezar? Rezem em casa!

Novamente, com a *data maxima venia*, outro que está mais para um discurso pessoal do que para uma decisão judicial, o que, de novo, comprova nossa seriedade acadêmica quanto ao propósito de identificar a aplicação da máxima da proporcionalidade alexyana ao caso discutido.

Como pudemos perceber deste estudo detalhado e esmiuçado, apenas sete dos onze ministros, segundo o nosso entendimento do marco teórico alexyano que adotamos, aplicaram a máxima da proporcionalidade ao caso estudado. São eles, o relator, ministro Gilmar Mendes, o ministro Alexandre de Moraes, o ministro Edson Fachin, o ministro Luis Roberto Barroso, a ministra Rosa Weber e a ministra Cármen Lúcia e o Ministro Luiz Fux. Seriam oito, a contar com o ministro Dias Toffoli, mas,

---

<sup>118</sup>MELLO, Marco Aurélio. 08/04/2021 Acórdão. BRASIL. STF. **ADPF 811 SP 0050295-20.2021.1.00.0000**. Brasília-DF. 2021 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1237522884>. Acesso em: 14/05/2023.



ocorreu que o ministro ressignificou o instituto doutrinária e pessoalmente, pelo que não pode ser elencado entre os que aplicaram segundo os critérios alexyanos. Os outros três ministros, Nunes Marques, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio Mello discursaram, tergiversaram, no caso de Lewandowski, ainda foi possível notar discussão jus-científica, mas, sem aplicação direta ou indireta da máxima da proporcionalidade nos critérios propostos por Robert Alexy.

### 3.4 O PRINCÍPIO DA DECISÃO JUDICIAL FUNDAMENTADA OU DA MOTIVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

Apenas vale lembrar o artigo 93, IX da Constituição Federal Brasileira de 1988<sup>119</sup> que preceitua o chamado princípio da decisão judicial fundamentada, ou ainda, princípio da motivação da decisão judicial, vejamos:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:  
IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Em âmbito infraconstitucional, o Código de Processo Civil<sup>120</sup> elenca os critérios segundo os quais uma decisão não se considera fundamentada, dos quais vale a citação:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:  
I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;  
II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;  
III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.  
§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:  
I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;  
II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;  
III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;  
IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;  
V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

<sup>119</sup>BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

<sup>120</sup>BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o **Novo Código de Processo Civil**.

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Notemos que a lei é clara quanto aos critérios segundo os quais a decisão judicial não se considera fundamentada, e no último item menciona justamente a colisão entre normas em que o juiz deve justificar o objeto e os critérios da ponderação efetuada. Com a *data maxima venia*, nos três votos dos ministros Nunes Marques, Marco Aurélio Mello e Ricardo Lewandowski não foi isso que aconteceu, seus votos não foram fundamentados, foram meramente opinativos.

Sobre este princípio, ensina Uadi Lammego Bulos<sup>121</sup> que:

As autoridades judiciais e administrativas têm o dever de explicar as razões de fato e de direito pelas quais o pedido foi considerado procedente ou improcedente. Trata-se de uma garantia contra possíveis excessos do Estado-juiz. O ministro, o desembargador, o juiz têm necessariamente de explicar o porquê de seu posicionamento. Não basta que a autoridade jurisdicional escreva “denego ou revogo a liminar.”

Também, Gilmar Ferreira Mendes, em coautoria com Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>122</sup>, explicam sobre a:

“necessidade de que as decisões judiciais sejam devidamente fundamentadas e fundamentá-las significa dar as razões pelas quais determinada decisão há de ser adotada, expor suas justificações e motivos fáticos-jurídicos determinantes.”

Ainda, Rodrigo Ramina de Lucca<sup>123</sup>, em sua dissertação de mestrado, nos elucida:

A motivação das decisões judiciais tem íntima relação com o Estado de Direito, com a segurança jurídica e com o devido processo legal. E não poderia ser diferente. O dever de motivar é uma construção histórica que acompanhou as mais diversas formas de Estado e de concepção de poder. Tradicionalmente negligenciada, justamente por impor limites e exigir racionalidade do exercício do poder jurisdicional, apenas no terreno fértil da Revolução Francesa pôde começar a se desenvolver plenamente. [...] É uma garantia de liberdade e previsibilidade conferida ao indivíduo contra a atuação potencialmente arbitrária do Estado-juiz. [...] Sendo assim, a motivação é indissociável do Estado de Direito. Pois não há Estado de Direito onde não se controla o exercício do poder, onde não se prestação de contas do exercício do poder ao seu verdadeiro titular, que é o povo. Não por acaso, o

<sup>121</sup>BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva. 11ª. Edição. São Paulo, 2018. pg. 722

<sup>122</sup>MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Editora SaraivaJur. 16ª edição. 2021. Pg. 450.

<sup>123</sup>LUCCA, Rodrigo Ramina de. **A Motivação Judicial das Decisões Judiciais Cíveis em Um Estado de Direito: Necessária Proteção da Segurança Jurídica**. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de São Paulo. São Paulo. 2013. Pg. 340.

dever de motivação é reiteradamente afirmado em Constituições promulgadas logo após a queda de regimes ditatoriais.

Não podemos deixar de citar Lucas Trompieri Rodrigues<sup>124</sup>, mestre pelo IDP, que nos adverte em seu artigo:

Não há espaço para “decisionismos”, discricionariedade ou arbítrio na ordem constitucional. Aos juízes não se permite a utilização de crenças pessoais no momento decisório, do contrário não haveria como se vislumbrar segurança jurídica, estar-se-ia tutelando um processo inventivo, com toda a carga negativa que a palavra possa ter, onde o Direito posto não possui relevância, acaba por ser deixado de lado, sendo substituído por opiniões subjetivas. [...] Caso a decisão judicial deixe de ter parâmetros amparados pelo Direito, passando a representar apenas convicções daquele que julga, observar-se-á uma derrocada constitucional.

Clamamos por estes argumentos doutrinários e acadêmicos no sentido de sustentar que, os quatro votos aqui estudados, se não fossem minoritários, poderiam ter ensejado a nulidade da decisão tomada pelo STF, por carência de fundamentos. E considerando a controvérsia e a sensibilidade que definem a questão julgada, além de esquecer a vinculação que a máxima da proporcionalidade, tal como proposta por Robert Alexy, impõe ao caso, ainda confundir fundamentação com opinião, fere diretamente o princípio da decisão judicial fundamentada.

Ousando nossas próprias reflexões, sustentamos que a ideia do devido processo legal nos remete, num primeiro momento, ao advogado, de um lado, ao promotor, do outro, e ao juiz no meio. No caso de inconformismo, nos remete ao colegiado, integrado por um número ímpar de juízes para não haver empate, ouvindo às sustentações orais dos recursos interpostos. Isso não é modismo. Trata-se de uma conquista civilizatória e que se resume aos fatos de que, antes de qualquer medida, seja condenatória, absolviatória, declatarória, as partes devem ser ouvidas e ouvidas por um terceiro ou por alguns terceiros não envolvidos no caso em prol de uma decisão que tenda à maior isenção possível. Mas, de nada adianta a decisão ser isenta mas não ser motivada ou fundamentada. Decisão judicial não é opinião pessoal. Existem casos interpretativos, controversos e limítrofes onde a isenção plena não se faz possível, mas, mesmo nestes casos, há o dever de motivação ou de fundamentação. E o que tentamos denunciar aqui é que o caso aqui estudado é um

---

<sup>124</sup> RODRIGUES, Luas Trompieri. **O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS EM FACE DO LIVRE CONVENCIMENTO: ANÁLISE EM UM UNIVERSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL - O SUJEITO SOLIPSISTA QUE NÃO SE ADMITE**. Publicado no Caderno Virtual do IDP. Vol. 3. N. 45. 2019. Pgs. 4 e 17.

caso interpretativo, controverso e limítrofe, todavia, com três votos não motivados nem fundamentados.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS AO CAPÍTULO**

Neste terceiro e último capítulo, primeiramente, relembramos os precedentes legislativos e judiciais que culminaram no julgamento da ADPF 811 onde o STF decidiu pela possibilidade da restrição à liberdade de culto e de reunião presenciais em nome da vida e da saúde pública. Então, empreendemos todos os esforços para analisar o voto de cada um dos onze ministros com o critério principal de verificar neles a aplicação da máxima da proporcionalidade dentro do marco teórico representado por Robert Alexy. Onde pudemos verificar que apenas sete dos onze ministros passaram pelos três critérios de aplicação da teoria alexyana, quais, reiteramos, são a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Dos quatro ministros restantes, um chegou a mencionar o instituto, mas, o ressignificou, logo não o aplicou conforme Robert Alexy, e os outros três emitiram a sua opinião pessoal. O artigo 93, IX da Constituição Federal Brasileira de 1988, estabelece o princípio da decisão judicial fundamentada, segundo o qual, a decisão judicial não fundamentada juridicamente incorre em nulidade. Nulidade esta em que só não incorre o acórdão estudado pois o vício não se fez presente no voto de todos os ministros, mas, de uma minoria. Por não ter sido esta nossa pergunta de pesquisa, apenas fazemos uma provocação agora nas considerações finais deste capítulo derradeiro da presente dissertação: quando 3 de 11 ministros da Suprema Corte Brasileira, não fundamentam juridicamente suas decisões, sabendo, evidentemente, como juristas que são, da nulidade que isso pode vir a implicar, e, pior, num caso de colisão de direitos fundamentais, somos impelidos a ponderar sobre que tipo de pretensão de racionalidade ou superioridade podemos ter nós, seres humanos.

Por outro lado, quando, vemos que alguém nascido em Oldenburg, na Alemanha, na data de sua rendição, 1945, após o holocausto nazista, propõe uma *Teoria dos Direitos Fundamentais* e uma técnica de sopesamento para o eventual conflito entre eles, nossa esperança se renova.

## CONCLUSÃO

Respondendo à pergunta de pesquisa que foi enunciada: como seria possível compreender as decisões de restrição de liberdade de culto e de reunião por parte do STF, durante a pandemia de Covid-19, à luz da teoria de Alexy?

Inicialmente, tínhamos a impressão de que pela exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais, a decisão do STF, ainda que colegiada, exige fundamentação de fato e de direito por parte de cada um dos onze ministros, sem que bastasse dizer, acompanho ou desacompanho o relator. Mas, o estudo de caso que tentamos conduzir nos impressionou no sentido de que apenas sete dos onze ministros do STF julgaram a ADPF 811 passando-a pelo crivo dos três critérios de aplicação da máxima da proporcionalidade, tal como proposta por Robert Alexy. São eles, o relator, ministro Gilmar Mendes, o ministro Alexandre de Moraes, o ministro Edson Fachin, o ministro Luis Roberto Barroso, a ministra Rosa Weber e a ministra Cármen Lúcia e o Ministro Luiz Fux. O ministro Dias Toffoli, embora tenha mencionado explicitamente a máxima da proporcionalidade, a ressignificou doutrinária e pessoalmente, de modo que, no nosso entender, ele não a aplicou como propôs Robert Alexy. Os outros três ministros, Nunes Marques, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio Mello se limitaram a opiniões pessoais, no caso de Lewandowski, ainda foi possível notar discussão jus-científica, mas, sem aplicação direta ou indireta da máxima da proporcionalidade nos critérios propostos por Robert Alexy.

Mas, quanto ao critério da necessidade, isto é, o critério de haver ou não alternativas igualmente adequadas, mas menos restritivas, para evitar a transmissão da Covid-19 e, conseqüentemente, as mortes, concluímos que, mantidos os protocolos recomendados pela OMS, alternativas seriam possíveis à luz da teoria alexyana. Tanto os cultos e reuniões *online* quanto presenciais, desde que mantido distanciamento de um metro entre cada pessoa, obrigatório uso de máscaras e impedidos os sintomáticos de participar, atenderiam melhor ao critério da necessidade da máxima da proporcionalidade alexyana. Muito embora, no caso dos cultos e reuniões presenciais, talvez, houvesse uma dificuldade de fiscalização. Outra conclusão a que chegamos é a de que por mais intuitivo que possa parecer evitar aglomerações numa pandemia, isto é, restringir direitos cujo exercício ameacem a vida, uma vida privada do exercício dos direitos já se provou indigna de ser vivida. Como já foi citado, em matéria de colisões de direitos fundamentais se deve buscar a

cedência recíproca entre eles para que não haja um mero placar de quem prevaleceu ou cedeu, mas para que eles restem devidamente acomodados.

Considerando a sensibilidade e a controvérsia que definem um caso como este, também concluímos que três ministros, proferiram votos nulos, por ausência de fundamentação, conforme conceitua o princípio da decisão judicial fundamentada, previsto no artigo 93, IX da Constituição Federal Brasileira de 1988. Concluímos, também, que o vício de nulidade só não se estende pelo acórdão inteiro, pois, acomete apenas três dos onze votos, logo, não atinge a maioria necessária para formalizar a decisão do STF como nula.

Nesta toada, indispensável dizer que nossa pesquisa não se deu por satisfeita com meros “acompanho o relator” ou “desacompanho o relator.” O estudo que tentamos conduzir se ateve rigorosamente a identificar ou não no voto de cada ministro, no julgamento da ADPF 811, a passagem do caso pelo crivo dos três critérios da máxima da proporcionalidade, propostos por Robert Alexy.

O que também nos ajuda a concluir por um momento não apenas de crise sanitária, mas de crise institucional, pois, em nossa revisão da literatura, pudemos concluir por uma certa fragilidade das instituições. Por exemplo, as organizações internacionais como a ONU ou a OEA não tem como impor aos Estados que não cumprem seus tratados internacionais sobre direitos humanos, que eles sejam cumpridos, mesmo que a questão seja internacionalmente judicializada e que o Estado descumpridor seja condenado. Quem vai lhe impor os efeitos da sentença? Ainda, a OMS, referência maior do contexto pandêmico, na pessoa do seu Diretor-Geral, teria atrasado em alertar sobre a Covid-19 enquanto pandemia já em curso, como foi sustentado por Ferguson. E, por fim, no tocante aos Poderes do Estado Brasileiro, foi possível sustentar uma contrariedade mútua que não se coaduna nem com o conceito de freios e contrapesos, e ainda menos com a independência harmônica e constitucional que deve ser mantida entre eles.

Mas, também concluímos no sentido de que não tivemos a pretensão de esgotar o tema e que outros estudos podem ser conduzidos para que a máxima da proporcionalidade alexyana gere mais entusiastas da solução que ela representa para os conflitos, não só entre direitos fundamentais, não só entre os Poderes, mas como pudemos constatar da literatura visitada, entre questões bioéticas e ecológicas. E assim, que a máxima da proporcionalidade gere mais entusiastas inclusive de outros campos do saber com o intuito de trazer a estes campos uma teoria criteriosa de

ponderação. Como pudemos ver, trata-se de uma teoria da qual até as críticas comprovam a extensão de sua influência. Considerando que os programas de pós-graduação *stricto sensu* exigem do pesquisador um marco teórico à luz do qual sua pesquisa seja conduzida, Robert Alexy, neste sentido, se coloca, diante de pesquisas que investigarão elementos em conflito, além de um marco teórico, uma leitura indispensável.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert, **Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-Positivismo Inclusivo: Comemoração dos 70º Aniversário de Robert Alexy**. Editora Qualis. 1ª Edição. Florianópolis. 2015. Pg. 159

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Editora Malheiros. 1ª edição. São Paulo. 2006. Pgs. 594.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Editora Malheiros. 1ª edição. São Paulo. 2006. Pgs. 588 a 611.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Editora Malheiros. 1ª edição. São Paulo. 2006. Pg. 116 e 117.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Editora Malheiros. 1ª edição. São Paulo. 2006. Pg. 117.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Editora Malheiros. 1ª edição. São Paulo. 2006. Pg. 87 a 91 e 153.

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 1999. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>. Acesso em: 10/05/2023.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Editora Saraiva. 5ª Edição. São Paulo. 2015. Pg. 340.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Editora Saraiva. 5ª Edição. São Paulo. 2015. Pgs. 456 e 457.



BARROSO, Luis Roberto. 08/04/2021 Acórdão. BRASIL. STF. **ADPF 811 SP 0050295-20.2021.1.00.0000**. Brasília-DF. 2021 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1237522884>. Acesso em: 14/05/2023.

BÍBLIA. A.T. REIS. In: BÍBLIA. **BÍBLIA SAGRADA. Antigo e Novo Testamentos, Tradução: João Ferreira de Almeida Revista e Corrigida**. Editora Casa Publicadora Paulista. São Paulo. 2021.

BÔAS, Regina Vera Villas. **A RELEVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE À EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO**. Publicado na Revista Jurídica Direito & Paz em 2018. São Paulo. N. 38. Pg. 39.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Malheiros. 34ª edição. São Paulo. 2019. Pgs. 444 a 446.

BRASIL. **ADI 6341 BRASÍLIA 0088693-70.2020.1.00.0000** <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765> São Paulo. Acesso em 26/09/2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **DECRETO FEDERAL Nº 10.282, DE 20 DE MARÇO DE 2020, DEFINE OS SERVIÇOS PÚBLICOS E ATIVIDADES ESSENCIAIS**. BRASÍLIA, DF, [2020], [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.html). São Paulo. Acesso em 20/05/2022

BRASIL. **Decreto 65.563/2021 Institui medidas emergenciais, de caráter temporário e excepcional, destinadas ao enfrentamento da pandemia de COVID-19, e dá providências correlatas**. São Paulo, SP. Assembleia Legislativa de São Paulo. <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2021/decreto-65563-11.03.2021.html>. Acesso em 13/09/2022.

BRASIL. **DECRETO FEDERAL Nº 4.388, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002, PROMULGA O ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.** BRASÍLIA, [DF], 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm). Acesso em: 26/01/2023.

BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o **Novo Código de Processo Civil.**

BRASIL. STF. **ADPF 811 SP 0050295-20.2021.1.00.0000.** Brasília-DF. 2021 <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1237522884> Acesso em: 13/09/2022.

**BRASIL TEM 207.750.291 HABITANTES, MOSTRA PRÉVIA DO IBGE.** Disponível em: [https://censo2022.ibge.gov.br/pt/component/content/article/2012-agencia-de-noticias/noticias/35954-brasil-tem-207-8-milhoes-de-habitantes-mostra-previa-do-censo-2022.html#:~:text=O%20IBGE%20divulga%20hoje%20\(28,Veja%20a%20lista%20completa%20aqui](https://censo2022.ibge.gov.br/pt/component/content/article/2012-agencia-de-noticias/noticias/35954-brasil-tem-207-8-milhoes-de-habitantes-mostra-previa-do-censo-2022.html#:~:text=O%20IBGE%20divulga%20hoje%20(28,Veja%20a%20lista%20completa%20aqui). Acesso em: 23/05/2023

BREMMER, Ian. **The Power of Crisis: How Three Threats and Our Response Will Change the World.** Simon & Schuster. Nova Iorque. 2020. Pgs. 5, 11 e 69

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional.** Editora Saraiva. 11<sup>a</sup>. Edição. São Paulo. 2018. pg. 463 a 467.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional.** Editora Saraiva. 11<sup>a</sup>. Edição. São Paulo, 2018. pg. 578.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional.** Editora Saraiva. 11<sup>a</sup>. Edição. São Paulo, 2018. pg. 722

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. **A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE DE ROBERT ALEXYS: UMA CONTRIBUIÇÃO EPISTÊMICA PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA BIOÉTICA LATINO-AMERICANA.** Tese de doutorado em bioética. Universidade de Brasília. Brasília. 2014. Pg. 211

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO**. 7ª Edição. Editora Alamedina. Coimbra. 2003. Pg. 393.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e Adequação: A Teoria de Robert Alexy e Seus Pressupostos Filosóficos**. Editora Juruá. 1ª edição. 2ª reimpressão. Curitiba. 2013. Pgs. 222 e 223.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e Adequação: A Teoria de Robert Alexy e Seus Pressupostos Filosóficos**. Editora Juruá. 1ª edição. 2ª reimpressão. Curitiba. 2013. Pgs. 205 a 209.

CHEHOUD, Heloisa Sanches Querino. **A Liberdade Religiosa nos Estados Modernos**. Editora ALMEDINA. 2ª Edição. São Paulo. 2017. Pg. 138.

CHURCHILL, Winston. **Memórias da Segunda Guerra Mundial**. HarperColins. 1ª edição. Rio de Janeiro. 2017. Pg. 285.

**COMO É TRANSMITIDO?** Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/como-e-transmitido>. Acesso em: 22/05/2023

**CORONAVIRUS: BRASIL CONFIRMA PRIMEIRO CASO DA DOENÇA**. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/coronavirus-brasil-confirma-primeiro-caso-da-doenca><https://www.unasus.gov.br/noticia/coronavirus-brasil-confirma-primeiro-caso-da-doenca>. Acesso em: 08/11/2022.

**CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS/WHO) – 1946**. USP. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho>. Acesso em: 27/01/2023.

**COVID-19 and the Geopolitical Recession - by Ian Bremmer**. Fundação Fernando Henrique Cardoso. São Paulo. 2020. <https://fundacaofhc.org.br/en/initiatives/covid-19-and-the-geopolitical-recession-by-ian-bremmer> Acesso em 2/3/23.

DA SILVA MARTINS, Ives Gandra; DE BARROS CARVALHO, Paulo, BERTELLI, Luiz Gonzaga; BIAGINI, João Carlos (Coords.) **Liberdade Religiosa e Liberdade de Expressão**. Editora Noeses. 1ª Edição. São Paulo. 2020. Pg.180.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. Positivo. 40ª. Edição. Editora Malheiros Ltda. São Paulo, 2017, pg. 252.

DAUDALI, Sarah, Arif. **Impacto da Pandemia Covid-19 nos Comportamentos Autolesivos e Suicidários na Adolescência**. Dissertação de Mestrado Integrado em Medicina. Universidade de Coimbra. Coimbra. Pgs. 1 a 65. 2022.

DA SILVA GALLO, José Hiran. **LOCKDOWN: SER CONTRA OU A FAVOR?** Disponível em: <https://cremero.org.br/artigos/lockdown-ser-contrario-ou-a-favor>. Acesso em: 05/10/2022.

**DOIS ANOS DO PRIMEIRO CASO DE CORONA VÍRUS NO BRASIL**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/02/23/dois-anos-do-primeiro-caso-de-coronavirus-no-brasil>. Acesso em: 05/10/2022.

**ENTENDA O QUE É UMA PANDEMIA E AS DIFERENÇAS ENTRE SURTO, EPIDEMIA E ENDEMIA**. <https://butantan.gov.br/covid/butantan-tira-duvida/tira-duvida-noticias/entenda-o-que-e-umapandemia-e-as-diferencas-entre-surto-epidemia-e-endemia>. Acesso em: 24/04/2023.

DE MORAES, de Alexandre. **Direito Constitucional**. Ed. Atlas, São Paulo, 2018. pg. 51.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 03, Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 35ª Edição. Saraiva Educação. 2019. Pgs. 51 a 55.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. Editora Saraiva. 20ª Edição. São Paulo. 2009. Pgs. 283 a 325.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de Direito Processual Civil**. Editora Atlas. 24ª Edição. São Paulo. 2021. Pg. 43.

FACHIN, Luiz Edson. 08/04/2021 Acórdão. BRASIL. STF. **ADPF 811 SP 0050295-20.2021.1.00.0000**. Brasília-DF. 2021 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1237522884>. Acesso em: 14/05/2023.

FERGUSON, Niall. **Catastrofe – Uma História dos Desastres – das Guerras às Pandemias e O Nosso Fracasso em Aprender como Lidar com Eles**. 1ª edição. Editora Planeta. São Paulo. 2021. Pgs. 293 a 321.

FERGUSON, Niall. **Catastrofe – Uma História dos Desastres – das Guerras às Pandemias e O Nosso Fracasso em Aprender como Lidar com Eles**. 1ª edição. Editora Planeta. São Paulo. 2021. Pg. 293 e 299.

FERNANDEZ, Michelle, MAIA, Barbara e DUARTE, Ana Tereza. **A Ciência Política e A Pandemia da Covid-19: Um Balanço Bibliográfico da Produção no Brasil**. Publicado na Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais em 2022. Vol. 1. N.98. Pgs. 06 e 16.

FUX, Luiz. 08/04/2021 Acórdão. BRASIL. STF. **ADPF 811 SP 0050295-20.2021.1.00.0000**. Brasília-DF. 2021 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1237522884>. Acesso em: 14/05/2023.

GABATZ, Celso, ZEFERINO, Jefferson, e VERAS, Rogério de Carvalho. **Liberdade Religiosa, Fundamentalismos e Controvérsias acerca da Abertura de Templos em meio a Pandemia do Covid-19 no Brasil**. Revista Estudos de Religião, v. 35, n. 3 • 153-187 • set.-dez. 2021. Pg. 155.

GARAY, Cristina Crespo. **CONHEÇA AS CINCO PANDEMIAS MAIS MORTAIS DA HISTÓRIA DA HUMANIDADE**. Publicado em: 07/09/2022. Disponível em: <https://www.nationalgeographicbrasil.com/historia/2022/09/conheca-as-cinco-pandemias-maismortais-da-historiadahumanidade#:~:text=Da%20Peste%20Negra%20ao%20coronav%C3%ADr>

us,primeiros%20registros%20datados%20da%20antiguidade.&text=Durante%20a%20epidemia%20de%20gripe,foi%20usado%20como%20hospital%20tempor%C3%A1rio.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade. [Recurso Eletrônico]: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia.** Editora Unesp Digital. 2ª Edição. São Paulo. 2021. Pgs. 430

HAMILTON, JAY E MADISON. **Os Artigos Federalistas.** Ed. Faro Editorial. São Paulo. Pg. 275.

HARARI, Yuval Noah. **Notas Sobre A Pandemia.** Editora Companhia das Letras. São Paulo, 2020. Pgs. 11 a 97.

JUNIOR, Nelson Nery, LEITE, George Salomão e STRECK, Lenio. **Crise dos Poderes da República.** 1ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2017. Pg. 13

KLATT, Matthias e MEISTER, Moritz. **A Máxima da Proporcionalidade: Um Elemento Estrutural do Constitucionalismo Global.** Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/960/650>. Acesso em: 20/05/2023

LAKATOS, Eva Maria e MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do Trabalho Científico.** 9ª Edição. Editora Atlas. São Paulo. 2021. Pg.108.

LAKATOS, Eva Maria e MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do Trabalho Científico.** 9ª Edição. Editora Atlas. São Paulo. 2021. Pg.183.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** Editora SaraivaJur. 19ª Edição. São Paulo, 2021. Pg. 82.

LEWANDOWSKI, Ricardo. 08/04/2021 Acórdão. BRASIL. STF. **ADPF 811 SP 0050295-20.2021.1.00.0000**. Brasília-DF. 2021 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1237522884>. Acesso em: 14/05/2023.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **A Motivação Judicial das Decisões Judiciais Cíveis em Um Estado de Direito: Necessária Proteção da Segurança Jurídica**. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de São Paulo. São Paulo. 2013. Pg. 340.

LÚCIA, Cármen. 08/04/2021 Acórdão. BRASIL. STF. **ADPF 811 SP 0050295-20.2021.1.00.0000**. Brasília-DF. 2021 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1237522884>. Acesso em: 14/05/2023.

**Mais de 69 milhões de brasileiros não tomaram a primeira dose de reforço contra a Covid-19.** Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/novembro/mais-de-69-milhoes-de-brasileiros-naotomaram-a-primeira-dose-de-reforco-contra-a-covid19#:~:text=Mais%20de%2069%20milh%C3%B5es%20de%20brasileiros%20ainda%20n%C3%A3o%20voltaram%20aos,mas%20ainda%20n%C3%A3o%20se%20vacinaram>. Acesso em: 23/05/2023

MALTA, Deborah Carvalho. **A Pandemia da Covid-19 e As Mudanças no Estilo de Vida dos Brasileiros Adultos: Um Estudo Transversal**. Publicado na Revista de Epidemiologia e Serviços de Saúde, Vol. 29. Brasília, 2020. Disponível em: [http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S167949742020000400025#aff1](http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S167949742020000400025#aff1). Acesso em: 22/05/2023

MARQUES, Nunes. 08/04/2021 Acórdão. BRASIL. STF. **ADPF 811 SP 0050295-20.2021.1.00.0000**. Brasília-DF. 2021 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1237522884>. Acesso em: 14/05/2023

MELLO, Marco Aurélio. 08/04/2021 Acórdão. BRASIL. STF. **ADPF 811 SP 0050295-20.2021.1.00.0000**. Brasília-DF. 2021 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1237522884>. Acesso em: 14/05/2023.

MENDES, Gilmar, Relator. 08/04/2021 Acórdão. Voto Vencedor. BRASIL. STF. **ADPF 811 SP 0050295-20.2021.1.00.0000**. Brasília-DF. 2021 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1237522884>. Acesso em: 14/05/2023.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Editora SaraivaJur. 16ª edição. 2021. Pg. 223.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Editora SaraivaJur. 16ª edição. 2021. Pg. 327.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Editora SaraivaJur. 16ª edição. 2021. Pg. 450

MICHAELIS. **Laicismo**. <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/laicismo/>. Acesso em: 14/05/2023.

MILLÁN VALENCIA, Alejandro. **Coronavírus: por que os japoneses já usavam máscaras muito antes da covid-19**. BBC NEWS BRASIL. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-53452695>. Acesso em 29/01/2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, **PNI: Uma Vitória para O Brasil**. Editora MS. Brasília, Prefácio. 2003. Pgs. 5 a 7.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Editora Martin Claret. São Paulo. 2010. Prefácio.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Editora Martin Claret. São Paulo. 2010.Pgs. 168 e 169.

MORAES, Alexandre. 08/04/2021 Acórdão. BRASIL. STF. **ADPF 811 SP 0050295-20.2021.1.00.0000**. Brasília-DF. 2021 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1237522884>. Acesso em: 14/05/2023.



MORAES, Alexandre De. **DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS**. 11ª Edição. Editora Atlas. São Paulo. 2017. Pgs. 21 e 22.

MORAIS, Fausto Silva e STRECK, Lenio Luiz. **Ponderação e Arbitrariedade: A Inadequada Recepção de Alexy pelo STF**. Editora Juspodivum. 3ª Edição. Salvador/BA. 2022. Pgs. 183, 184 e 267.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. Editora Forense. 18ª Edição. Rio de Janeiro. 2021. Pgs. 63 e 63.

**O QUE É UMA PANDEMIA?** Disponível em:  
[https://www.bio.fiocruz.br/index.php/br/noticias/1763-o-que-e-uma-pandemia#:~:text=Segundo%20a%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%2C%20pandemia%20%C3%A9,sustentada%20de%20pessoa%20para%20pessoa](https://www.bio.fiocruz.br/index.php/br/noticias/1763-o-que-e-uma-pandemia#:~:text=Segundo%20a%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%2C%20pandemia%20%C3%A9,sustentada%20de%20pessoa%20para%20pessoa.). Acesso em: 24/04/2023.

**ORIENTAÇÕES DA OMS PARA PREVENÇÃO À COVID-19**. Disponível em:  
<https://sbpt.org.br/portal/covid-19-oms/> Acesso em: 07/10/2022.

**PAINEL DO CORONAVÍRUS DA OMS (COVID-19)**.  
<https://covid19.who.int/?mapFilter=deaths>. Acesso em: 27/04/2023.

**PERSPECTIVAS DA CIÊNCIA POLÍTICA NA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS: UMA ENTREVISTA COM O CIENTISTA POLÍTICO TIAGO BORGES NA SEÇÃO ESPECIAL CORONAVÍRUS**. Disponível em:  
<https://periodicos.ufsc.br/index.php/emtese/article/view/18065023.2020v17n2p54/44233>. Acesso em: 27/04/2023.

PIOVESAN, Flávia. **DIREITOS HUMANOS E O DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL**. Editora Saraivajur. 18ª Edição. São Paulo. 2018. Pgs. 229 a 231.

PIOVESAN, Flávia. **DIREITOS HUMANOS E O DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL**. Editora Saraivajur. 18ª Edição. São Paulo. 2018. APENDICE. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Pgs. 229, 231, 526 a 530.

PIOVESAN, Flávia. **DIREITOS HUMANOS E O DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL**. Editora Saraivajur. 18ª Edição. São Paulo. 2018. APENDICE. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Pgs. 254, 531 a 547.

PIOVESAN, Flávia. **DIREITOS HUMANOS E O DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL**. Editora Saraivajur. 18ª Edição. São Paulo. 2018. APENDICE. **Pacto de San José da Costa Rica**. Pgs. 355, 356, 681 a 702.

PLATÃO. **Apologia de Sócrates**. Editora Ediouro. 19ª edição. Rio de Janeiro. 2002. Pgs. 31 a 92.

**POR QUE ACONTECEM MUTAÇÕES NO SARS-COV-2 E QUAIS AS DIFERENÇAS ENTRE CADA UMA DAS VARIANTES?** Disponível em: <https://butantan.gov.br/noticias/por-que-acontecem-mutacoes-do-sars-cov-2-e-quaais-diferencas-entre-cada-uma-das-variantes>. Acesso em: 22/05/2023.

**Prof. Dr. Dr. h.c. mult.** Robert Alexy, disponível em: <https://www.alexynote.com/>. Acesso em: 27/12/2022.

**Programa Nacional de Imunizações – Vacinação**. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/acao-a-informacao/acoes-e-programas/programa-nacional-de-imunizacoes-vacinacao>. Acesso em: 23/05/2023.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (Coords.). **Metodologia da Pesquisa em Direito: Técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. Pg. 65.

ROUSSEAU, JEAN-JACQUES. **Do Contrato Social**. Editora Martin Claret. São Paulo. 2012. Pgs. 17, 33, 34, 36.

**RECOMENDAÇÕES PARA EVENTOS COM AGLOMERAÇÃO DE PESSOAS NO CONTEXTO DA COVID-19**. Orientação Provisória. 29 de maio de 2020. Disponível em: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/53088>. Acesso em: 09/03/2023

REIS, Maurício Martins e PACHECO, Thaise Maria Neves Duarte. **A Regra da Proporcionalidade e A Democracia: Uma Tentativa de Superação da Crítica Que Atribui Caráter Antidemocrático À Regra.** Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/19556/1192612270>. Acesso em: 21/05/2023

RODRIGUES, Luas Trompieri. **O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS EM FACE DO LIVRE CONVENCIMENTO: ANÁLISE EM UM UNIVERSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL - O SUJEITO SOLIPSISTA QUE NÃO SE ADMITE.** Publicado no Caderno Virtual do IDP. Vol. 3. N. 45. 2019. Pgs. 4 e 17.

SACCONI, Luiz Antonio. **Grande Dicionário Sacconi: da língua portuguesa: comentado, crítico enciclopédico.** Editora Nova Geração. São Paulo. 2010. Pg. 564.

SILVEIRA E SILVA, Rafael; PEREIRA, Celina; COELHO, Denilson Bandeira: **COALIZÃO OU COLISÃO: O PAPEL DO PERFIL PRESIDENCIAL PARA A SÍNTESE TEÓRICA DO PRESIDENCIALISMO BRASILEIRO.** Publicado em Revista Teoria & Pesquisa, v. 31, n. 1, 2022, p. 80-103.

SILVA CARVALHO, Maria Valesca Damásio. **Introdução às Ciências Econômicas.** Disponível em: [https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/174982/4/eBook\\_Introducao\\_as\\_Teorias\\_Economicas-Ci%C3%A7ncias\\_Contabeis\\_UFBA.pdf](https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/174982/4/eBook_Introducao_as_Teorias_Economicas-Ci%C3%A7ncias_Contabeis_UFBA.pdf). Acesso em: 20/05/2023

VALENCA, M. M. ; SOCHACZEWSKI, Monique. **Política Externa Brasileira, Multilateralismo e Saúde: algumas reflexões.** In: Jamile Bermaschine Mata Diz; Jorge Lasmar; Liziane Paixão Silva Oliveira.. (Org.). Desenvolvimento Sustentável, Democracia e Política Externa num Mundo em Transformação. 1ed. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2021, v. 1, p. 185-202.

TOFFOLI, Dias. 08/04/2021 Acórdão. BRASIL. STF. ADPF 811 SP 0050295-20.2021.1.00.0000. Brasília-DF. 2021 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1237522884>. Acesso em: 14/05/2023.

VARAZ IBÃNEZ, A. G. e NOGUEIRA PEDROSA, M. E. S. M. **A LIBERDADE DE CULTO EM TEMPOS DE PANDEMIA: a necessária limitação da liberdade religiosa em prol da saúde-humana**. Revista Jurídica-Unicuitiba. Curitiba. Volume 5. 2020, pg.708.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Editora Atlas. 2ª Edição. São Paulo. 2006. Pgs. 119 a 149.

VENOSA, Silvio de Salvo. **DIREITO CIVIL**. 14ª edição. Editora Atlas. São Paulo. 2014. Pgs. 411 a 413.

**VULNERÁVEIS E ACESSO A JUSTIÇA EM TEMPOS DE CRISE**. DELL'ISOLA, Carmela.(Coord.) Indaiatuba-SP. Editora Foco. 2020. Pg. 40.

WEBER, Rosa. 08/04/2021 Acórdão. BRASIL. STF. ADPF 811 SP 0050295-20.2021.1.00.0000. Brasília-DF. 2021 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1237522884>. Acesso em: 14/05/2023.

**WORLD HEALTH ORGANIZATION. QUANDO E COMO USAR MÁSCARAS?**  
[https://www.who.int/pt/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/when-and-how-to-use-masks?gclid=Cj0KCQiAz9ieBhCIARIsACB0oGJmlspq82Sd5K0rGqaWrcchqze5pq8R3H-vgrPoopMlndhphibdZPgaAolsEALw\\_wcB](https://www.who.int/pt/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/when-and-how-to-use-masks?gclid=Cj0KCQiAz9ieBhCIARIsACB0oGJmlspq82Sd5K0rGqaWrcchqze5pq8R3H-vgrPoopMlndhphibdZPgaAolsEALw_wcB). Acesso em: 29/01/2023.