

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA –
IDP

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO

MESTRADO INTERINSTITUCIONAL EM DIREITO (MINTER)

EDUARDO JORGE AUSIER BARRETO JUNIOR

COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS:

**O Direito à vida frente ao Direito de Liberdade Religiosa em decorrência da
COVID-19**

TERESINA/PI

2023

EDUARDO JORGE AUSIER BARRETO JUNIOR

**COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS:
O Direito à vida frente ao Direito de Liberdade Religiosa em decorrência da
COVID-19**

Dissertação de Mestrado,
desenvolvida sob a orientação do
professor Dr. Nelson Rosenvald
apresentado para obtenção de
Mestre em Direito Constitucional

TERESINA/PI

2023

EDUARDO JORGE AUSIER BARRETO JUNIOR

**COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS:
O Direito à vida frente ao Direito de Liberdade Religiosa em decorrência da
COVID-19**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado acadêmico em Direito Constitucional, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

30.06.2023

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutor Nelson Rosenvald
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

Prof. Doutor Rafael Silveira e Silva
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

Prof. Doutor Bruno Stigert de Sousa
Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF

Código de catalogação na publicação – CIP

B273c Barreto Junior, Eduardo Jorge Ausier

Colisão entre direitos fundamentais: o direito à vida frente ao direito de liberdade religiosa em decorrência da COVID-19 Eduardo Jorge Ausier Barreto Junior. — Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2023.

161 f.

Dissertação — Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Mestrado acadêmico em Direito Constitucional, 2023.

Orientador: Prof. Dr. Nelson Rosenvald

1. Direitos fundamentais. 2. Regras e princípios. 3. Juízo de ponderação.
I.Título

CDDir 341.27

Inicialmente, à Deus, por me disponibilizar o dom da vida e os caminhos para alcançar na vida.

Aos meus pais, de quem possuo muito orgulho, vindo a me ensinar a obtenção de perseverança nessa longa caminhada, a importância da humildade e principalmente da honestidade para viver como um vencedor.

Aos meus familiares por terem me fornecido o incentivo necessário para chegar até onde estou e aonde posso chegar.

Não podendo esquecer da minha querida avó Mirian “*in memorium*” e meu querido avô Leo “*in memorium*” por terem me ouvido muito e por muitas noites. Também aos meus primos amados Bruno e Guilherme, sem eles, não conseguiria as obras jurídicas necessárias.

E principalmente, ao Prof. Dr. Nelson Rosenvald, com toda sua sapiência, disponibilidade e atenção dispensada para me auxiliar nesse sonho acadêmico.

“A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê”

(Arthur Schopenhauer)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	pág. 11
1. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: BASE DE PROTEÇÃO NORMATIVA	pág. 16
1.1 Direitos Humanos e Fundamentais: são distintos?	pág. 16
1.2 Direitos Fundamentais: seus antecedentes e sua interpretação jurídica	pág. 22
1.2.1 Breve histórico dos Direitos Fundamentais.....	pág. 22
1.2.2 Direitos Fundamentais: conceito e interpretações.....	pág. 31
1.3 Dignidade da Pessoa Humana: norma jurídica aplicada	pág. 35
1.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: distinções entre as ideias de Daniel Sarmento e Luís Roberto Barroso.....	pág. 45
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS: APLICAÇÃO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY	pág. 62
2.1 Teorias Fundamentais: Terminologia aplicada por Robert Alexy	pág. 62
2.2 Regras e Princípios: Síntese Histórica	pág. 70
2.2.1 Regras e Princípios na visão de Robert Alexy e suas distinções com Ronald Dowkin e Cass Sunstein.....	pág. 75
2.3 Suporte Fático: Limitação aos Direitos Fundamentais	pág. 90
2.3.1 Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva: suas distinções ao Suporte Fático.....	pág. 94
3. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS EM DECORRÊNCIA DO PERÍODO PANDÊMICO	pág. 104
3.1 Colisão entre Direitos Fundamentais	pág. 104
3.1.1 Técnicas de Colisão: Harmonização e Ponderação.....	pág. 115
3.1.2 Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade.....	pág. 123
3.2 Direito à vida e Direito à Liberdade Religiosa	pág. 131
3.3 Arguição de Descumprimento de Direitos Fundamentais: Aplicação da Liberdade Religiosa no período pandêmico	pág. 141
3.3.1 ADPF nº 701/MG – ANAJURE x Prefeitura municipal de João Monlevade.....	pág. 142

3.3.2 ADPF nº 811/SP – PSD Nacional x Governo do Estado de São Paulo.....	pág. 146
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	pág. 152
REFERÊNCIAS.....	pág. 155

RESUMO

Tendo em vista que os Direitos Humanos vão muito além das normas positivadas (respeitando a Lei natural) e os direitos fundamentais estão inseridos na Constituição Federal de 1988. A presente pesquisa possui, como tema central, a análise da colisão entre os direitos fundamentais à vida e da liberdade religiosa aplicadas nas decisões ministeriais expressas nas ADPFs nº 701/MG e nº 811/SP, referente ao conteúdo essencial da liberdade religiosa. Utilizou-se o método de abordagem dedutivo por meio de modo bibliográfico. Será abordado, inicialmente, a distinção entre os direitos humanos e fundamentais e posteriormente os antecedentes dos direitos fundamentais com ênfase as normas aplicadoras, tendo como parâmetro, à dignidade da pessoa humana. Além do mais, esses direitos serão apreciados por meio da Teoria de Robert Alexy, buscando o chamado juízo de ponderação, bem como, sua aplicação com o auxílio das regras e princípios, também, será feito um estudo argumentativo, no intuito de chegar a uma compreensão referente aos direitos de liberdade religiosa em face de antagônicas decisões ministeriais proferidas a partir de casos concretos que deveriam possuir o mesmo entendimento. Concluiu-se que há uma clara necessidade de interpretação harmoniosa por parte dos órgãos julgadores, iniciando pela alta cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, pois tanto as medidas autoritárias quanto as medidas mais consensuais podem acabar se acomodando às exigências de um Estado de Direito.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais. Colisão entre princípios. Princípios e Regras. Juízo de Ponderação.

ABSTRACT

Bearing in mind that human rights go far beyond positive norms (respecting natural law) and fundamental rights are included in the 1988 Federal Constitution. This research has, as its central theme, the analysis of the collision between the fundamental rights to life and religious freedom applied in ministerial decisions expressed in ADPFs n° 701/MG and n° 811/SP, referring to the essential content of religious freedom. The deductive method of approach was used through bibliographic mode. Initially, the distinction between human and fundamental rights will be approached, and later, the antecedents of fundamental rights, with emphasis on the applicable norms, having as a parameter, the dignity of the human person. In addition these rights will be appreciated through the Theory of Robert Alexy, seeking the so-called weighting judgment, as well as its application with the help of rules and principles, also, an argumentative study will be made, in order to arrive at a understanding regarding the rights of religious freedom in the face of antagonistic ministerial decisions handed down from concrete cases that should have the same understanding. It was concluded that there is a clear need for a harmonious interpretation by the judging bodies, starting with the highest levels of the Brazilian Judiciary, since both authoritarian measures and more consensual measures can end up accommodating the requirements of a rule of law.

Keywords: Fundamental Rights. Collision between principles. Principles and Rules. Weighting Judgment.

INTRODUÇÃO

Os Direitos fundamentais são instrumentos inseridos no arcabouço jurídico, principalmente por estarem de forma expressa na Constituição Federal de 1988, considerando-se como um conjunto de direitos, garantias e até mesmo prerrogativas adquiridas pelos indivíduos ao longo da história, com o intuito central de limitar o poder arbitrário (poder estatal). Sua importância é tamanha, tanto que não estão confeccionadas somente nas normas brasileiras, mas, sim, por diversas soberania mundo a fora.

Em obediência a Carta Magna Brasileira, esses direitos são a base de sustentação da sociedade, logo, sua repartição será em diversas questões que assolam a soberania, tais como: a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade (previstos no artigo 5º da CF/88). Contudo, é sabido que não há direito absoluto que possa se sobrepor a outro, sendo necessário haver um equilíbrio, respeitando-se a individualidade, bem como, o interesse comum de todos.

Diante das prerrogativas existentes a condição humana, principalmente das normas positivadas, entende-se ser possível a ocorrência da chamada colisão (choque) entre determinados direitos fundamentais, onde será necessário chegar ao conhecimento do poder judiciário, órgão competente para tomar a melhor decisão para esse imbróglio jurídico, porém, quando envolve essas garantias, muitas vezes, admite-se alcançar a corte máxima, o Supremo Tribunal Federal (STF), com o intuito de pacificar essa mixórdia judicial.

Contudo, entende-se como essencial, o uso correto das formalidades e fundamentos em uma sentença, porém, ocorrerá casos em que o julgador ficará a mercê de uma subjetividade (devendo ter sua discricionariedade limitada a partir de um caso concreto), de modo a conseguir prestar uma divisão tanto para si quanto para os demais, proporcionando direitos igualitários as pessoas envolvidas. Esses entendimentos precisam ser aplicados para manter um discernimento, bem como, uma segurança jurídica para “regular” a sociedade.

As ações, em caso concreto, não podem ser analisadas de modo simplificado (principalmente aquelas relacionadas aos direitos fundamentais), como se formulasse uma norma hierárquica, logo, não há e nem seria pertinente criar um modelo pré-existente.

A Suprema Corte Brasileira, guardiã do texto constitucional, para uma melhor equidade dos direitos (princípios) aplica determinadas técnicas para conseguir exercer

esse equilíbrio jurídico, na qual, o STF já protagonizou decisões que foram atribuídas por meio dessas técnicas, diante de casos concretos de alta complexidade (*hard cases*)¹ e que precisavam de uma justa manifestação para a sociedade.

De acordo com o sítio eletrônico do STF², durante o ano 2020, o tribunal proferiu um pouco “mais de 99 mil decisões, sendo 81.161 decisões monocráticas e 18.208 colegiadas, distribuídas entre as Turmas e o Plenário”, lembrando ainda que, até o dia 23 de dezembro de 2020, consta-se “o julgamento prioritário dos casos relacionados à Covid-19 que chegaram ao STF desde o início da pandemia, totalizando 6.668 processos”.

Entretanto, para o desenvolvimento desse trabalho, abordará sucintamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) de nº 6.341 MC-REF/DF, bem como, analisar os dois casos concretos apresentados nas Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPFs) de nº 701/MG e nº 811/SP, cujo objeto refere-se a permissão para celebração de cultos religiosos na modalidade presencial, entretanto, ambos conversam com o choque entre os direitos à vida e a liberdade religiosa, contudo, as manifestações ministeriais foram aplicadas distintamente, trazendo um embate entre os membros do STF.

Nesse sentido, o estudo será baseado nos seguintes questionamentos: Como interpretar as decisões ministeriais, que trazem violação a liberdade religiosa, restringindo seu núcleo essencial e quais discernimentos foram atribuídos para a decisão em cada ação, bem como, qual posicionamento ministerial adotado frente a esta (in)coerência jurídica?

O choque entre o direito à vida com o direito à liberdade religiosa traz uma conotação importante, referente aos valores fundamentais para a ordem jurídica, ou seja, não há como tomar uma decisão de modo simplificado ou até mesmo, decidir como norma central, haja vista que cada instituto possui própria característica.

Logo, entende-se prudente a realização do juízo de ponderação, onde será aplicado o princípio da adequação aos casos concretos, pois, a cada decisão precipitada ou considerada controversa, poderá acarretar enormes prejuízos para a sociedade.

¹HC n. 82.424/RS – Caso Ellwanger (Conflito entre o direito à liberdade de expressão e direito a dignidade humana), MS n. 24.832/DF – Caso Law Kin Chong (Conflito entre o direito à imagem e honra e o direito de liberdade de informação e imprensa), STA 389-AgR (Conflito entre o direito de igualdade e do direito à liberdade religiosa), Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 1249095 (princípio da laicidade e direito à liberdade religiosa), entre outros;

² Dados extraídos do sítio do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457782&ori=1>. Acesso em: 10 ago. 2022;

Por se tratar de um tema inserido no ordenamento jurídico brasileiro vigente, as diretrizes metodológicas deste estudo serão orientadas por técnicas adequadas ao caráter científico, a fim de fornecer os elementos essenciais ao desenvolvimento, assim, a pesquisa será feita por meio de uma abordagem dedutiva para formulação das ideias e dos argumentos a serem desenvolvidos.

A metodologia empregada será desenvolvida de modo bibliográfico, ou seja, será instituída pelo método dedutivo, correspondendo à discursiva do conhecimento a partir dos casos concretos. Aplicando-se o método argumentativo-dialético, utilizando-se uma linguagem persuasiva.

Será construída por meio da Teoria Fundamental de Robert Alexy, a partir de suas diretrizes, logo, essa interpretação hermenêutica do direito será usada como referencial teórico nesta dissertação, com o intuito de auxiliar na solução mais plausível, diante da situação a ser demonstrada nos casos concretos, onde ambos foram decididos de forma distinta por membros da mesma Suprema Corte.

O objetivo geral deste trabalho versa analisar a colisão dos direitos fundamentais à vida e da liberdade religiosa aplicadas nas decisões ministeriais expressas nas ADPFs nº 701/MG e nº 811/SP, referente ao conteúdo essencial da liberdade religiosa, bem como, interpretar os argumentos utilizados para a confecção das respectivas deliberações em cada caso concreto, atribuídos em decorrência desse período pandêmico.

Com relação aos objetivos específicos, sua distribuição será da seguinte maneira: Apresentar uma rápida distinção entre os direitos humanos e fundamentais e seus respectivos campo de atuação; Sintetizar, brevemente, a evolução dos direitos fundamentais, bem como, apresentar seu respectivo conceito e suas significativas interpretações; Abordar a tese sustentada do juízo de ponderação de Alexy; Distinguir das regras e princípios relativas as teorias de Ronald Dworkin e Cass Sunstein; Argumentar as ADPFs referente a liberdade religiosa em face das antagônicas decisões ministeriais proferidas.

Assim, de modo esmiuçado para o legente, esta dissertação será dividida em 03 (três) tópicos. No primeiro capítulo, far-se-á uma abordagem referente a base normativa dos Direitos Humanos e Fundamentais e também, sua construção, de modo sintético, a partir de um breve histórico e também pelas conjunturas conceituais e suas respectivas interpretação.

A dignidade da pessoa humana advém desde o Cristianismo, passando pelo período Kantiano até o surgimento das teorias contratualistas, onde teve sua influência

com os filósofos John Locke e Jean-Jacques Rousseau (Teori dos três poderes). Além do mais, será abordada normas consideradas marcantes para os direitos humanos, tais como: Magna Charta Libertatum, Habeas Corpus Act, a Bill of Rights, até a chegada da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Além disso, será confeccionada a distinção do princípio da dignidade da pessoa humana sob a interpretação jurídica de 02 (dois) doutrinadores brasileiros, ou seja, pelo professor titular da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) Daniel Sarmiento e pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal e também, professor titular da UERJ Luís Roberto Barroso.

O segundo capítulo, responderá pela teoria dos direitos fundamentais sob a ótica construtiva de Robert Alexy, iniciando sua estruturação por meio de uma síntese histórica das regras e princípios e posteriormente, demonstrar sua aplicabilidade.

Em seguida, abordará a tese sustentada do juízo de ponderação de Robert Alexy (referencial teórico desta dissertação), onde será estudado os direitos fundamentais por meio de sua interpretação, na qual o define por meio de dogmas, com seu desenvolvimento mediante as ciências jurídicas.

Além do mais, irá desenvolver os famigerados princípios e regras de Alexy, bem como, realizar uma doutrinária comparação e também distinção, com as teorias aplicadas pelos juristas Ronald Dworkin e Cass Sunstein.

Também, será apresentado o suporte fático por meio das limitações dos direitos fundamentais, bem como, uma análise por parte de 02 (dois) doutrinadores, Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva onde apresentam suas interpretações e distinções.

O último capítulo chega ao cerne do tema desta dissertação, a ponderação dos direitos frente aos casos decididos pela Suprema Corte brasileira. Iniciando-se com o conflito entre as normas fundamentais, em outras palavras, tratar-se-á do choque entre dois ou mais direitos fundamentais, ou seja, quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro possuidor.

Contudo, não será uma tarefa das mais simples, haja vista que não há hierarquia entre os direitos fundamentais, além do mais, são considerados como normas gerais. Logo, deverá ser analisado a cada caso.

Além de examinar, teoricamente, a técnica de ponderação de direitos, entende-se necessário, uma exposição da teoria de Alexy, na prática, a partir dos seguintes casos

concretos: ADPFs nº 701/MG e nº 811/SP, com o intuito de tentar desmistificar esse tema que traz uma certa arrepsia aos olhos dos exercitores jurídicos.

Entretanto, para desenvolver de forma mais clara os casos supramencionados, precisa-se antes, compreender a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341 MC-REF/DF, sendo de Relatoria, à época, do Ministro Marco Aurélio, na qual, refere-se a uma medida acauteladora, com o intuito de tornar explícita a competência concorrente, em termos de saúde pública, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Em seguida, adentrar-se-á nos casos concretos (ponto central da dissertação), cujo o tema corresponde a proibição da celebração de cultos religiosos na modalidade presencial por meio das ações supramencionadas.

É comum o STF proferir diversas decisões dos mais relevantes assuntos, porém, deve-se lembrar que os membros da Suprema Corte são compostos por Seres Humanos, ou seja, pode ocorrer certos equívocos, onde uma decisão monocrática seja contrária a uma manifestação feita em plenário do STF, assim, ocasionando um enorme dessabor entre os membros da Suprema Corte e até mesmo uma questão de insegurança jurídica que precisa ser respondido de modo desassombrado, o quanto antes, pelo Supremo Tribunal Federal.

Este trabalho possui relevância jurídica e social, uma vez que objetiva analisar um assunto questionado por diversos setores da sociedade brasileira, bem como, pelos próprios membros da corte máxima do Poder Judiciário Brasileiro.

Além do mais, pelo fato de ser um tema constante em decisões judiciais, acredita-se que servirá para estudos acadêmicos nas Instituições de Ensino Superior e também para os profissionais da área jurídica.

1. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: BASE DE PROTEÇÃO NORMATIVA

No intuito de desmistificar a correlação dos direitos humanos fundamentais, abordar-se-á, inicialmente, uma sucinta questão terminológica entre os direitos humanos e fundamentais.

Na sequência, desenvolverá as características dos direitos fundamentais, começando pelos seus antecedentes na busca de trazer um breve histórico, bem como tratar sobre os conceitos e suas respectivas interpretações.

E por último tópico, analisar-se-á o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como argumentar sobre suas distinções e pensamentos apresentados pelos professores titulares da Universidade Estadual do Rio de Janeiro Daniel Sarmiento e Luís Roberto Barroso.

1.1 Direitos Humanos e Fundamentais: são distintos?

O termo epistemológico Direitos Humanos Fundamentais retrata a defesa de modo institucionalizado da dignidade da pessoa humana, da liberdade e também da igualdade, principalmente na busca da personalidade do ser humano.

O jurista José Afonso da SILVA³ (2016, p. 177) afirma que os direitos humanos fundamentais são:

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evoluir histórico dificulta definir um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem. (SILVA, 2016, p. 177)

O professor André Carvalho RAMOS⁴ (2020, p. 51) aborda a terminologia dos direitos humanos como:

Os direitos essenciais do indivíduo contam com ampla diversidade de termos e designações: direitos humanos, direitos fundamentais, direitos naturais,

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 177;

⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 51;

liberdades públicas, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais. A terminologia varia tanto na doutrina quanto nos diplomas nacionais e internacionais. (RAMOS, 2020, p. 51)

No entanto, quando se aborda sobre direitos humanos (direitos do homem) e direitos fundamentais, é comum o seguinte questionamento: Esses Direitos possuem o mesmo significado? E porque precisa ter duas concepções sobre uma mesma temática?

Para sanar estes questionamentos, entende-se necessário expor essas 02 (duas) expressões, pois, mesmo com o entendimento doutrinário sobre tema, ainda é possível presenciar uma certa confusão entre as normas.

Para o jurista português J.J. Gomes CANOTILHO⁵ (2003, p. 393) os direitos humanos não são sinônimos, quando afirma que:

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intertemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (CANOTILHO, 2003, p. 393).

Acompanhando este raciocínio, o também jurista Ricardo CASTILHO⁶ (2018, p. 43), contribui com essa máxima, abordando da seguinte forma:

Assim como a expressão “pessoa humana”, a expressão “direitos humanos” também tem sido tema de grande debate, ao longo do tempo. Há autores que entendem que direitos humanos e direitos fundamentais são nomenclaturas sinônimas, mas a maioria concorda que exista diferenças conceituais. Falar em direitos fundamentais, simplesmente, elimina da expressão a importância das lutas que ocorreram para situar os direitos humanos em sua perspectiva histórica, social, política e econômica, no processo de transformação da civilização. Além disso, direitos humanos traz, no seu bojo, a ideia de reconhecimento e de proteção, que direitos fundamentais não contêm, uma vez que são apenas as inscrições legais dos direitos inerentes à pessoa humana. Os direitos humanos não foram dados, ou revelados, mas conquistados, e muitas vezes à custa de sacrifícios de vidas. (CASTILHO, 2018, p. 43)

Ao tocante as expressões empregadas, CASTILHO⁷ (2018, p. 205) traduz, de modo cristalino, o direito do homem, informando que passa “a ser empregado sempre que

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 393;

⁶ CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 43;

⁷ CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 205;

se pretende designar aquele conjunto de direitos que se reconhecem pertencentes ao ser humano por sua própria natureza”.

Neste sentido, os Direitos Humanos são normas inerentes a dignidade de todos os seres humanos, independentes de reconhecimento estatal, logo, são aqueles construído de forma internacionalizada, ou seja, a proteção será, precipuamente, no âmbito internacional por meio de tratados internacionais.

Tanto que, Dimitri DIMOULIS e Leonardo MARTINS⁸ (2014, p. 28) apresentam as dimensões internacionais dos Direitos humanos, quando afirma que:

As principais dimensões da internacionalização podem ser resumidas da seguinte forma: (a) riquíssima produção normativa internacional em prol dos direitos humanos (declarações, convenções, pactos, tratados etc.); (b) crescente interesse das organizações internacionais pelos direitos humanos e criação de organizações cuja principal finalidade é promovê-los e tutelá-los; (c) criação de mecanismos internacionais de fiscalização de possíveis violações e de responsabilização de Estados ou indivíduos que cometem tais violações (organização e procedimento); (d) intensa produção doutrinária em âmbito internacional, incluindo debates de cunho político e filosófico, assim como análises estritamente jurídicas de dogmática geral e especial. (DIMOULIS e MARTINS, 2014, p. 28)

Logo, com essas dimensões internacionais, demonstra-se a evolução dos direitos humanos por meios de algumas mudanças, iniciando com a ampliação dos titulares de direitos (permitindo uma titularidade universal, independentemente da nacionalidade e do lugar de residência, princípio esse que conhece uma série de exceções e não exclui o reconhecimento de direitos “particularistas”, em benefício de determinadas categorias de pessoas), possibilidade de responsabilizar o Estado de forma externa e fonte politização da matéria devida à necessidade de se realizar contínuos compromissos entre os Estados e os atores internacionais, no intuito de oferecer efetividade aos direitos humanos em âmbito internacional. (DIMOULIS e MARTINS, 2014, p. 28)

Estes direitos do homem serão caracterizados em 02 (duas) vertentes: Jusnaturalista, acredita-se que independentemente de estarem positivados, haverá direitos de caráter humano pré-concebidos oriundos de uma ordem universal.

Já a segunda vertente, Juspositivista, estrutura-se pela necessidade da própria positivação, ou seja, da presença expressa desses direitos dentro do ordenamento jurídico. Buscando-se, a partir de Tratados e convenções, como o caso da Convenção Americana

⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 28;

de Direitos Humanos (1969), popularmente conhecido como Pacto de San José da Costa Rica.

A dignidade humana é proclamada como valor fundamental, estando expressamente na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) no art. 2º, *in verbis*:

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948)

Como dito, os Direitos Humanos representam o indivíduo em âmbito internacional, logo, há um outro ponto pertinente a ser mencionado para mensurar essa distinção, o chamado critério espacial, termo ensinado pelo jurista Ingo SARLET⁹ (2018, p. 29):

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2018, p. 29).

Diante deste ensinamento, uma parte da doutrina, questiona a possibilidade dos direitos humanos e direitos fundamentais serem incompatíveis, e o próprio doutrinador Ingo SARLET¹⁰ (2018, p. 35) responde:

Importa, por outro lado, deixar devidamente consignado e esclarecido o sentido que atribuímos às expressões "direitos humanos" (ou direitos humanos fundamentais) e "direitos fundamentais", reconhecendo, ainda uma vez, que não se cuida de expressões reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de posituação, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas. (SARLET, 2018, p. 35)

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 29;

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 35;

Outro ponto a ser apresentado, destina-se ao chamado fenômeno da duplicação, onde DIMOULIS e MARTINS¹¹ (2014, p. 30) abordam de modo claro:

Praticamente todos os direitos humanos garantidos em âmbito internacional são reconhecidos pelo direito interno de forma mais completa, com menos reservas legais e dotados de maiores garantias. Basta comparar as normas internacionais e o direito brasileiro para perceber que esse último é muito completo, sendo a incidência do direito internacional limitada em pouquíssimos casos, em franca desproporção ao interesse que o tema encontra na recente doutrina brasileira. (DIMOULIS e MARTINS, 2014, p. 30)

Nesse diapasão, o jurista português Jorge MIRANDA¹² (1998, p. 7) conceitua os direitos fundamentais como:

Os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material. (MIRANDA, 1998, p. 7)

Essas normas podem ser interpretadas como uma construção cultural ao longa da história, haja vista que, esses direitos são conquistas realizadas em determinados contextos históricos, tanto que, poderá ser classificado como cláusulas pétreas, podendo citar como exemplo, o art. 60, §4º da Carta Magna de 1988. Logo, esses direitos fundamentais possuem a característica de fazer parte do próprio sistema jurídico enquanto direitos subjetivos como atributo de coercibilidade.

Assim, o professor Flávio MARTINS¹³ afirma que:

A primeira expressão (direitos humanos) é largamente utilizada por estudiosos do Direito Internacional, bem como por filósofos, sociólogos etc.

(...)

Podemos afirmar que direitos humanos são os direitos previstos em tratados e demais documentos internacionais, que resguardam a pessoa humana de uma série de ingerências que podem ser praticadas pelo Estado ou por outras pessoas, bem como obrigam o Estado a realizar prestações mínimas que assegurem a todos existência digna (direitos sociais, econômicos, culturais). (MARTINS, 2022, p. 991)

O próprio doutrinador também transcreve seu entendimento sobre os direitos fundamentais, na qual, deixa claro que o cerne desse direito é a pessoa humana, sendo

¹¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 30;

¹² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 07;

¹³ MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 991;

incorporado pelo ordenamento jurídico, em respeito a norma brasileira, ou seja, para Martins é essa “a razão pela qual, na maioria das vezes, quando o estudioso se refere aos direitos previstos em tratados internacionais, fala direitos humanos e, quando estuda a Constituição de um país, refere-se a direitos fundamentais”. (MARTINS, 2022, p. 992)

Entretanto, entende-se pertinente comentar o entendimento do jurista Valerio de Oliveira MAZZUOLI¹⁴, onde afirma que os direitos do homem:

Trata-se de expressão de cunho jusnaturalista que conota a série de direitos naturais (ou seja, ainda não positivados) aptos à proteção global do homem e válidos em todos os tempos. São direitos que, em tese, ainda não se encontram nos textos constitucionais ou nos tratados internacionais de proteção.

(...)

Seja como for, a expressão direitos do homem é ainda reservada àqueles direitos que se sabe ter, mas não por que se tem, cuja existência se justifica apenas no plano jusnaturalista. Uma crítica à expressão liga-se à determinação de gênero que faz relativamente ao “homem” (sexo masculino), sugerindo eventual discriminação aos direitos da “mulher”, o que reforça o seu desuso em muitos países (e legislações) nos dias atuais. (MAZZUOLI, 2021, p. 24)

Na sequência, o doutrinador aborda que os direitos fundamentais são expressões de trazem meios de defesa interna, ou seja, o meio garantidor dos cidadãos, vinculadas “aos aspectos ou matrizes constitucionais de proteção”, caracterizadas a partir da positivação presente na norma constitucional, logo, “são direitos garantidos e limitados no tempo e no espaço, objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. Tais direitos devem constar de todos os textos constitucionais” (MAZZUOLI, 2021, p. 24)

Além do mais, o próprio autor afirma que diversos juristas adotam sua interpretação, porém, constroem seu pensamento por meio de outras categorias, tais como: “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, citando como exemplo: Dimitri DIMOULIS, Leonardo MARTINS, George MARMELSTEIN, Inocência Mártires. (BELTRAMELLI NETO, 2015, p. 27)

De modo simplificado, pode-se afirmar que os direitos humanos, trata-se das condições inerentes a todas as pessoas, na qual, não há necessidade de ter o seu reconhecimento por parte de algum órgão de estado. Entretanto, com essa não normatização, percebe-se a ocorrência de práticas que violaram os direitos do homem em diversas soberanias.

¹⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021, p. 24;

Logo, diante dessas barbáries contra o indivíduo, os Estados uniram-se no intuito de promover uma proteção de âmbito internacional, construindo-se por meio de acordos e tratados sobre direitos humanos.

Nessa vertente, os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos pelo Estado, na qual, refere-se ao direito que está previsto de modo expreso, preferencialmente, na norma máxima de um país (Constituição), ou seja, versa-se por condições internas de cada soberania.

Portanto, nota-se claramente que, os direitos humanos serão aqueles vinculados a igualdade, a liberdade a fraternidade e as demais normas, desde que estejam vinculados no âmbito internacional e nacional. Já os direitos fundamentais são aqueles que possuem condições previstas na Constituição Cidadã de 1988. Logo, ambos os direitos serão distintos em seu campo de atuação.

1.2 Direitos Fundamentais: seus antecedentes e sua interpretação jurídica.

Como já informado, os direitos fundamentais são consubstanciados nas normas internas de uma soberania, logo, sua terminologia será aplicada no respaldo jurídico de diversas linhas constitucionais, onde iremos, após abordar os direitos fundamentais, canalizar na dignidade da pessoa humana.

1.2.1 Breve histórico dos Direitos Fundamentais.

O jurista e professor Manuel Gonçalves FERREIRA FILHO¹⁵ (2010, p. 83) constrói sua ideia desde o constitucionalismo:

Na raiz do constitucionalismo estão os direitos naturais. Com efeito, os grandes pensadores que o inspiraram, como Locke e Rousseau, deram atenção preeminente à questão dos direitos naturais. O reconhecimento destes num hipotético estado de natureza foi o ponto de partida de suas mais importantes elucubrações. Central no seu pensamento era a passagem desse estado de natureza para o estado social, que somente visualizavam por meio de um pacto – o pacto social. (FERREIRA FILHO, 2010, p. 83)

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 83;

Esse pacto teria como conteúdo essencial a declaração dos direitos naturais, onde será aplicada a partir da limitação ou dos meios de limitação que servem para definir o estado social. (FERREIRA FILHO, 2010, p. 83)

George MARMELSTEIN¹⁶ (2014, p. 27-28), os direitos fundamentais sempre estiveram presentes desde o surgimento das sociedades humanas, mesmo não existindo normas escritas, onde afirma:

(...) basta lembrar que o famoso Código de Hamurabi, imposto por volta do ano 1800 a. C., na Mesopotâmia, que consagrou a regra do “olho por olho, dente por dente”, já dispunha em seu prólogo, entre outras coisas, que seu objetivo seria “evitar a opressão dos fracos” e “propiciar o bem-estar do povo”, o que está muito próximo da finalidade existencial dos direitos do homem. (MARMELSTEIN, 2014, p. 27-28)

Marmelstein ainda traz, em sua explicação, que os direitos fundamentais, mesmo sem estar de forma expressa, faz sua inserção nos grandes códigos morais da humanidade, na qual são referências para as mais diversas formas religiosas, tanto que, essas correntes pregam o respeito à vida, a paz, a fraternidade, a caridade, a compaixão, entre outras. (MARMELSTEIN, 2014, p. 28)

FERREIRA FILHO¹⁷ (2011, p. 27-28) atribui o período inicial desde a antiguidade, quando aduz que:

Remoto ancestral da doutrina dos direitos fundamentais é, na Antiguidade, a referência a um Direito superior, não estabelecido pelos homens, mas dado a estes pelos deuses. Neste passo cabe a citação habitual à Antígona, de Sófocles, em que isso é, literariamente, exposto, em termos inoxidáveis. A mesma ideia, com tratamento sistemático, acha-se no diálogo *De legibus*, de Cícero.

(...)

Na *Suma teológica* existe, inclusive, uma hierarquia. Suprema é a *lei eterna* (que só o próprio Deus conhece na plenitude), abaixo da qual estão, por um lado, a *lei divina* (parte da lei eterna revelada por Deus ou declarada pela Igreja), por outro, a *lei natural* (gravada na natureza humana que o homem descobre por meio da razão), e, mais abaixo, a *lei humana* (a lei positiva editada pelo legislador)

¹⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5 ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 27-28;

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27-28;

Porém, para Virgílio Afonso da SILVA¹⁸ (2005, p. 543-544), o início dos direitos fundamentais será retratado na Inglaterra, entretanto, não havia uma declaração formada, até 1998. Logo, o doutrinador afirma:

Duas são as razões principais: (1) documentos como a Magna Carta, de 1215, o *Petition of Rights*, de 1629 e, especialmente, o *Bill of Rights*, de 1689, eram ou são declarações destinadas a garantir privilégios e prerrogativas a uma classe - a nobreza, como mostra o exemplo da Magna Carta - ou, no caso do *Bill of Rights* de 1689, de um órgão, o Parlamento. A eventual presença, nessas declarações, de alguns direitos mais amplos - como o direito de petição - não altera essa característica principal: elas não eram declarações de direito no sentido atual do termo; (2) as declarações de direitos, em seu sentido atual, pressupõem a vinculação de todos os poderes estatais - incluindo o poder legislativo - a suas disposições, o que não ocorria na Inglaterra até o advento do *Human Rights Act* de 1998. (SILVA, 2005, p. 543-544)

Entretanto, o próprio Virgílio da Silva, deixa claro que, nesse período na Inglaterra, havia consagrações dos “direitos naturais, inalienáveis e imprescindíveis” dos seres humanos, tanto que cita o exemplo de Locke. Contudo, afirma que essa consagração não culminou “na promulgação de uma verdadeira declaração de direitos, o que ocorreria somente em 1776, nos Estados Unidos da América, e em 1789, na França”. (SILVA, 2005, p. 544)

Nesse mesmo diapasão, os juristas Gilmar MENDES e Paulo BRANCO¹⁹ (2021, p. 272-273) afirmam que:

Essas ideias tiveram decisiva influência sobre a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, e sobre a Declaração francesa, de 1789. Talvez, por isso, com maior frequência, situa-se o ponto fulcral do desenvolvimento dos direitos fundamentais na segunda metade do século XVIII, sobretudo com o *Bill of Rights* de Virgínia (1776), quando se dá a positivação dos direitos tidos como inerentes ao homem, até ali mais afeiçoados a reivindicações políticas e filosóficas do que a normas jurídicas obrigatórias, exigíveis judicialmente. (MENDES e BRANCO, 2021, p. 272-273)

O Doutor Ingo Wolfgang SARLET²⁰ (2018, p. 37-38) alega que algumas ideias-chaves que possam ter contribuído para sua formação:

Ainda que consagrada a concepção de que não foi na antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeira é a constatação de

¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da Silva. A evolução dos Direitos fundamentais. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 6, p. 541-558, 2005. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023;

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 272-273;

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 37-38;

que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, legou-nos algumas das ideias-chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que essa fase costuma também ser denominada, consoante já ressaltado, de “pré-história” dos direitos fundamentais. (SARLET, 2018, p. 37-38)

Assim, com o objetivo de facilitar a narrativa histórica, entende-se pertinente a tentativa de demonstrar uma cronologia com os períodos norteadores dos direitos fundamentais, sendo esses: a Magna Carta Inglesa (*Magna Charta Libertatum*) de 1215, Direito de Petição (*Petition of Rights*) de 1628, Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) de 1689, a Declaração de Virgínia de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

A Carta Inglesa de 1215 é vista, por parte da doutrina, como o início dos direitos fundamentais, remetendo-se ao século XIII, na Inglaterra, onde o Rei João, também conhecido como João Sem Terra, agia como seu gosto pessoal, fazendo tudo que tinha vontade, alegando sempre uma outorga concedida por “Deus”, logo, não estava sujeito as “normas humanas”.

Entretanto, o jurista Ingo SARLET²¹ (2018, p. 327), defende que a Carta Inglesa não foi a inicial, pois, existiram outros instrumentos usados para balizar esses direitos, quando afirma:

“Todavia, em que pese possa ser considerado o mais importante documento da época, a Magna Charta não foi nem o único, nem o primeiro, destacando-se, já nos séculos XII e XIII, as assim chamadas cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis. (SARLET, 2018, p. 327)

Ferreira Filho deixa claro que a Carta Inglesa “não se preocupa com os direitos do homem, mas sim com os direitos dos ingleses”, logo, percebe-se uma limitação do poder. Contudo, esse documento traz a judicialidade como um dos princípios do Estado de Direito, na qual um respectivo juiz deverá analisar à prisão de um homem. (FERREIRA FILHO, 2011, p. 29-30)

Marmelstein também defende que o surgimento dos direitos fundamentais viera com esse instrumento jurídico, principalmente na questão da liberdade, estando expresso na clausula nº 39, além de abordar os princípios da legalidade e da irretroatividade. (MARMELSTEIN, 2014, p. 29)

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 327;

Entretanto, a liberdade e a igualdade exercida na Carta Inglesa de 1215 não corresponde a mesma interpretação dada em tempos atuais, tanto que o próprio MARMELSTEIN²² (2014, p. 30) explica, de modo claro:

É inegável, portanto, que a filosofia por detrás da limitação do poder e da dignidade humana sempre fez parte da consciência humana. Logicamente, nas sociedades mais antigas, a noção de liberdade não era igual à que se tem hoje, pois se aceitava, por exemplo, a escravidão sem maiores questionamentos. Do mesmo modo, a noção de igualdade era substancialmente diferente, sendo a mulher, em muitas sociedades antigas, equiparada a animais ou a objetos – ou nem mesmo isso. (MARMELSTEIN, 2014, p. 30)

Flávio MARTINS²³ (2022, p. 122) apresenta o seu grau de importância para os direitos fundamentais:

É inegável a importância da Magna Carta de 1215, já que podemos considerá-la como sendo a fonte normativa de vários direitos fundamentais largamente reconhecidos pelas legislações dos povos. Por exemplo, podemos afirmar ser ela a origem remota do habeas corpus.

[...]

De fato, não previa a Magna Carta expressamente essa ação, mas o direito à liberdade de locomoção, por ela tutelado. Outrossim, inegavelmente, é a origem normativa clara e expressa do “devido processo legal”, embora utilizando-se de uma expressão diversa (“lei da terra”). (MARTINS, 2022, p. 122)

FERREIRA FILHO²⁴ (2011, p. 30) traz, também, outros direitos fundamentais relevantes para a Carta Inglesa:

Nela igualmente está a garantia de outros direitos fundamentais: a liberdade de ir e vir (n. 41), a propriedade privada (n.31), a graduação da pena à importância do delito (n. 20 e 21). Ela também enuncia a regra “*no taxation without representation*” (n. 12 e 14). Ora, isto não é só provocou mais tarde a institucionalização do Parlamento, como lhe serviu de arma para assumir o papel de legislador e de controlador da atividade governamental. (FERREIRA FILHO, 2011, p. 30)

Nesse sentido, Ingo SARLET²⁵ (2018, p. 327), de modo categórico afirma que:

Este documento, embora elaborado para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, excluindo, em princípio, a população em geral do acesso aos “direitos” consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para

²² MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5 ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 30;

²³ MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 122;

²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30;

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 327;

alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o habeas corpus, o devido processo legal e a garantia da propriedade. (SARLET, 2018, p. 327)

Entretanto, no século XVII, no período da idade moderna, na Inglaterra, surgiram diversos instrumentos, sendo os mais comentados: *Petition of Rights de 1628* (Direito de Petição) e *Bill of Rights de 1689* (Declaração de Direitos). FERREIRA FILHO²⁶ (2011, p. 30) aborda esses 02 (dois) documentos de modo simples, quanto aos direitos fundamentais:

(...) dos ingleses objeto de reivindicação pelo Parlamento e de reconfirmação pelos reis. É o caso, por exemplo, da *Petition of Rights*, de 7 de junho de 1628, que reclama o respeito ao princípio do consentimento na tributação, no do julgamento pelos pares para a privação da liberdade, ou da propriedade, na proibição de detenções arbitrárias, etc. Do mesmo modo, o *Bill of Rights*, de 13 de fevereiro de 1689, o qual, por outro lado, particularmente se preocupa com a independência do Parlamento, dando o passo decisivo para o estabelecimento da separação dos poderes. (FERREIRA FILHO, 2011, p. 30)

José Tarcízio de Almeida MELO²⁷ (2008, p. 289) traz, de modo simples, o significado deste instrumento, a *Petition of Rights*:

Logo, petition of rights significou o amadurecimento do sentido democrático dos direitos civis da liberdade, segundo conteúdo dos direitos individuais, dos quais o de maior importância é a vida. O direito à vida reside em todos os homens pelo simples fato de sua humanidade. Este direito estava comprometido pelo absolutismo monárquico. (MELO, 2008, p. 289)

Essa petição se trata de um documento inglês que serve para garantir os direitos fundamentais, ou seja, reflete em um instrumento protetivo (assecuratório), cujo objeto reconhecia os direitos e liberdade para os súditos do Rei, além do mais, destinava-se proteção tributária a aqueles que tinha autonomia para usar deste instrumento, logo, refere-se na chamada, Declaração de Liberdade Civil.

Nesse sentido, Thomas JEFFERSON et al²⁸ (1964, p. 04) defende a importância do uso desse instrumento jurídico:

Consideramos estas verdades como evidentes de per si, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis; que, entre estes, estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade; que, a fim de assegurar esses direitos, instituem-se entre os homens os governos, que derivam seus justos poderes do consentimento dos governados,

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30;

²⁷ MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito Constitucional do Brasil**. 1ª edição. São Paulo: Del Rey, 2008, p. 289;

²⁸ JEFFERSON, Thomas. et al. **Escritos políticos**. São Paulo: IBRASA, 1964, p. 04;

que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de altera-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-se em tais princípios e organizando os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para lhe realizar a segurança e a felicidade. (JEFFERSON et al, 1964, p. 04)

Ainda nessa sequência, o professor André de Carvalho RAMOS²⁹ (2020, p. 41) aborda com clareza o *Bill of Rights*:

[...] pela qual o poder autocrático dos reis ingleses é reduzido de forma definitiva. Não é uma declaração de direitos extensa, pois dela consta, basicamente, a afirmação da vontade da lei sobre a vontade absolutista do rei. Entre seus pontos, estabelece-se “que é ilegal o pretendido poder de suspender leis, ou a execução de leis, pela autoridade real, sem o consentimento do Parlamento”; “que devem ser livres as eleições dos membros do Parlamento” e que “a liberdade de expressão, e debates ou procedimentos no Parlamento, não devem ser impedidos ou questionados por qualquer tribunal ou local fora do Parlamento”. (RAMOS, 2020, p. 41)

Essa Lista de Direitos apresenta-se com objetivo de definir a estrutura do sistema monárquico parlamentar britânico, firmando a vontade do poder judiciário sobre a autonomia da monarquia, instituindo a separação dos poderes. Vigorou-se também, a liberdade de imprensa, bem como, a liberdade do indivíduo de portar arma de fogo. Criou-se o exercício inglês.

Tanto que, Fábio Konder COMPARATO³⁰ (2015, p. 108) define como essencial a esta “fatura inglesa”:

Mas o essencial do documento consistiu na instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão precipuamente encarregado de defender os súditos perante o Rei e cujo funcionamento não pode, pois, ficar sujeito ao arbítrio deste. Ademais, o Bill of Rights veio fortalecer a instituição do júri e reafirmar alguns direitos fundamentais dos cidadãos, os quais são expressos até hoje. (COMPARATO, 2015, p. 108)

Outros marcos temporários dos direitos fundamentais correspondem a Declaração de Virgínia de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ocorridos na idade moderna.

Virgílio Afonso da SILVA³¹ (2005, p. 544) menciona, de modo sucinto, a Declaração de Virgínia de 1776:

²⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 41;

³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015, p. 108.

³¹ SILVA, Virgílio Afonso da Silva. A evolução dos Direitos fundamentais. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 6, p. 541-558, 2005. Disponível em:

Ao contrário do que ocorreria na França alguns anos mais tarde, a promulgação de declarações como a de Virginia ou a própria declaração de independência dos Estados Unidos não tinham como objetivo principal romper com uma ordem absolutista. Sua justificação consistia sobretudo na ideia de "declarar" os direitos que todos os seres humanos congenitamente possuiriam e que, de resto, já eram em grande parte realidade em uma sociedade não-estamental. Pode-se dizer, por isso, que a ideia revolucionária, presente na declaração francesa de 1789, não poderia existir em uma sociedade como a norte-americana, em que não havia estamentos e que uma declaração nos moldes da francesa não poderia, por conseguinte, surgir nos Estados Unidos. (SILVA, 2005, p. 544)

Contudo, em 1787, estabeleceu-se a Constituição Norte-Americana, entretanto, o estabelecimento de direitos fundamentais não foram previstos nessa norma jurídica, tanto que a Carta dos Estados Unidos não previa, em seu texto originário, os direitos e garantias fundamentais, na qual, somente foram inseridos, em 1791, por meio de 10 (dez) emendas constitucionais (*amendments*), pois, o interesse maior era o rompimento com a Inglaterra para conseguir estabelecer suas bases orgânicas no novo país. (MARTINS, 2022, p. 1009)

Já em 1789, na França, com o advento da Revolução Francesa, o professor doutor Bruno Stigert de SOUSA³² (2010, p. 27) apresenta, de modo simples, o início dessa Revolução:

O acontecimento histórico da Revolução Francesa data de julho de 1789. Devido a suas complexidades ideológicas, tal Revolução se prolongou por anos, gerando conflitos armados entre vários atores políticos. Após uma sucessão de Governos, Napoleão Bonaparte chega ao Poder em novembro de 1799, trazendo consigo uma certa estabilidade política.

[...]

A situação social era preocupante e o estado de insatisfação popular tão amplo que o povo foi às ruas com o fim de tomar o poder e retirar do governo a monarquia comandada pelo rei Luís XVI. O primeiro alvo dos revolucionários foi a Bastilha, sendo que sua queda ocorre em 14/07/1789, marcando o início do processo revolucionário, já que a prisão política era o símbolo da monarquia francesa. (SOUSA, 2010, p. 27)

Assim, trata-se de uma declaração escrita que serviu para a queda do absolutismo e a instituição da primeira República Francesa, aprovada pela Assembleia Nacional, em 26 de agosto de 1789, composta por 17 artigos.

Essa declaração, basicamente, significou uma modificação no modo de pensar e agir do povo francês, onde traz os direitos individuais e coletivos como universais.

<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023;

³² SOUSA, Bruno Stigert. **Constitucionalismo solidário na era dos deveres: democracia, diferença e inclusão**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010, p. 27;

Também, o direito de liberdade, com enfoque nas liberdades de opinião e de consciência, bem como, o uso do Habeas Corpus (direito de ir e vir). Além do mais, de modo escrito consegue distinguir os poderes e também os limites impostos a cada cidadão.

O livre pensamento era aceito na sociedade, entretanto, devendo ser responsabilizado por dizeres que venha trazer um certo dissabor ou até um caos com o Estado. Assim, essa declaração veio como um conceito de processo para a humanidade, ou seja, uma redefinição para os moldes de uma sociedade, onde poderá ser referência para as normas futuras.

Nesse diapasão, Reinhart KOSELLECK³³ (2006, p. 317) aborda a questão do processo para a humanidade:

Desde então toda a história pôde ser concebida como um processo de contínuo e crescente aperfeiçoamento; apesar das recaídas e rodeios, ele teria que ser planejado e posto em prática pelos homens. Desde então os fins continuam a ser estabelecidos de geração em geração, e os efeitos previstos no plano ou no prognóstico se transformam em elementos de legitimação da ação política. Em suma: a partir de então o horizonte de expectativa passa a incluir um coeficiente de mudança que se desenvolve com o tempo. (KOSELLECK, 2006, p. 317).

A partir desse processo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão veio com bases e diretrizes históricas, principalmente fazendo um “apanhado” dos fatos ocorridos em séculos passados, entretanto, KOSELLECK (2006) responde que o espaço da experiência acabou, sendo necessário, trocar pelo conceito de progresso, ou seja, as mudanças aplicadas por meio das experiências com as normas anteriores, despertava-se novas expectativas, onde a busca daquilo considerado como “moderno”, onde, com o passar do tempo, tornava-se ultrapassado.

Com o advindo da Revolução Francesa, nota-se como ponto central o igualitarismo (posteriormente, transformando-se em valor fundamental) da dignidade, assim, apresentado pelo jurista Daniel SARMENTO³⁴ (2016, p. 34), quando afirma que:

O discurso sobre a dignidade só ganha efetivamente um colorido universal com o Iluminismo. O igualitarismo da dignidade ressoou fortemente, por exemplo, nas revoluções francesa e norte-americana, embora a retórica revolucionária tenha se valido de outros termos, e não de dignidade (...). Os franceses revolucionários tomavam a igualdade como valor fundamental, insurgindo-se

³³ KOSELLECK, Reinhart, 1923-2006. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos / Reinhart Koselleck ; tradução do original alemão Wilma Patrícia Maas, Carlos Almeida Pereira ; revisão da tradução César Benjamin. – Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006, p. 317;

³⁴ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 34;

contra os privilégios da nobreza e do clero, bem como contra os resquícios do feudalismo que ainda subsistiam. (SARMENTO, 2016, p. 34)

Ainda no tocante a Revolução, Virgílio da Silva apresenta um embate entre a Declaração e a Revolução relativa ao conceito de liberdade, principalmente pelo fato da Declaração Francesa ter sido aplicada para superar o regime absolutista. (SILVA, 2005, p. 545)

Flávio MARTINS³⁵ (2022, p. 1009) aborda, sucintamente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ao afirmar:

(...) a Assembleia Constituinte iniciou uma série de reformas legislativas, dentre elas a abolição do sistema feudal e a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (“Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen”), de 1789, que foi o primeiro passo para elaboração da primeira constituição francesa. Como uma clara oposição ao absolutismo, amparou-se no direito natural ao afirmar, no art. 1º: “os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”. Em 1790, foi aprovada a “Constituição Civil do Clero”, separando Igreja e Estado, ordenando a obediência dos clérigos franceses ao Estado francês, transformando-os em “funcionários públicos eclesiásticos”, bem como previu a eleição dos bispos, pelo voto popular, o que contou com veemente oposição papal. (MARTINS, 2022, p. 1009)

Quanto a norma expressa, considera-se como ponto da Declaração Francesa o art. 16º: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Logo, nota-se a ética e o respeito pela norma, bem como, a presença da chamada Tripartição dos poderes, fazendo menção ao pensamento de Montesquieu (executivo, legislativo e judiciário), diferenciando a teologia da política, firmando que cada um terá seu próprio campo de atuação, respeitando as normas.

1.2.2 Direitos Fundamentais: conceito e interpretações.

Além da importância histórica, deve-se atentar também, para as questões que envolvam sua definição, pois, como já foi dito, os direitos fundamentais são aplicados de modo interno em um país.

³⁵ MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 1009;

O professor Paulo BONAVIDES³⁶ (2011, p. 561) afirma que os direitos fundamentais, vinculam-se a uma:

(...) concepção do Estado de Direito liberal, sem levar em conta a possibilidade de fazer-se, como se fez, desses direitos primeiro uma abstração e, a seguir, uma concretização, independente da modalidade de Estado e ideologia, em ordem a tomá-los compatíveis com o sentido de sua universalidade. (BONAVIDES, 2011, p. 561)

Dimoulis e Martins (2009, p. 119) definem esses direitos como sendo direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual, na qual, permite-se compreender os respectivos elementos que estabelecem a relação dos direitos fundamentais (pessoa x Estado), buscando, também, aplicar o direito frente as atividades do Estado (liberdade individual x limitação do poder estatal) (DIMOULIS e MARTINS, 2009, p. 119)

Segundo essa ideia, MENDES e BRANCO³⁷ (2021, p. 273) afirmam que os direitos fundamentais assumem:

(...) posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos. (MENDES e BRANCO, 2021, p. 273)

Essa relação ao indivíduo é aquela que está consignada no texto constitucional (Constituição Federal de 1988), ou seja, tratando-se daqueles direitos pertencentes ao homem individual, por outro lado, o Estado reforça a ideia de uma organização político-administrativa, assim, Edson SALEME³⁸ (2021, p. 28) aborda o Estado como uma:

(...) estrutura específica de sociedade política, resultante de fatores históricos e conquistas populares. Suas características mais marcantes surgem a partir de seu amadurecimento e da concentração de poder nas mãos de uma única pessoa. Essa foi a transformação do Estado medieval. Destarte, há alguém a cargo das decisões fundamentais e o poder reúne-se em um único órgão ou pessoa. (SALEME, 2021, p. 28)

³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 561;

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 273;

³⁸ SALEME, Edson Ricardo. **Direito Constitucional**. 4. ed. Santana da Parnaíba (SP): Manole, 2021, p. 28;

Nesse sentido, os doutrinadores DIMOULIS e MARTINS³⁹ (2014, p. 41) explicam essa relação (pessoa x Estado), quando apresenta a fundamentalidade formal e material:

A posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico define-se com base na fundamentalidade formal. Um direito é fundamental se e somente (condição necessária) for garantido mediante normas que tenham a força jurídica própria da supremacia constitucional. O elemento formal é também condição suficiente da fundamentalidade: todos os direitos garantidos na Constituição são considerados fundamentais, mesmo quando seu alcance e/ou relevância social forem relativamente limitados, como indica na Constituição Federal o exemplo do direito (fundamental) de todos os maiores de 65 anos, independentemente da concreta situação econômica do idoso beneficiário, de viajar gratuitamente nos meios de transporte coletivo urbano (art. 230, § 2o). Isso significa que “direito fundamental” pode ser traduzido por “direito que tem força jurídica constitucional”. (DIMOULIS e MARTINS, 2014, p. 41)

Dimoulis e Martins defendem que a fundamentalidade se configura de modo positivado no texto constitucional com sua devida rigidez, logo, os direitos fundamentais devem estar definidos perante a sua força formal, deixando de lado, considerações sobre o maior ou menor valor moral de certos direitos. (DIMOULIS e MARTINS, 2014, p. 42)

Já no tocante à relação a liberdade individual e a limitação do poder estatal, DIMOULIS e MARTINS⁴⁰ (2014, p. 42) traduz por meio das cláusulas pétreas, quando afirmam que:

Igualmente equivocado seria considerar como fundamentais tão somente os direitos protegidos por “cláusulas pétreas”. Sabidamente, o art. 60, § 4o, da CF proíbe a aprovação de Proposta de Emenda Constitucional tendente a abolir, entre outros, “direitos e garantias individuais” (inciso IV). Isso enseja inicialmente um problema de interpretação. Parte da doutrina sustenta que aqui, a despeito do adjetivo “individuais”, a vedação de reforma abrangeria todos os direitos fundamentais. (DIMOULIS e MARTINS, 2014, p. 42)

As cláusulas pétreas são normas conhecidas, por parte da doutrina brasileira, como super-rígidas pois não podem ser abolidas do texto constitucional. FERREIRA FILHO⁴¹ (2011, p. 131) aborda sobre essa inabolidade:

A inabolidade, todavia, não deve ser igualada à intocabilidade / intangibilidade). Ou seja, a inabolidade proíbe que se suprima o direito, ou seu conteúdo essencial, não veda que se regime (ou seja, suas condições de

³⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41;

⁴⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 42;

⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 131;

exercício, limites, etc.) seja modificado (por Emenda Constitucional). Realmente, abolir é suprimir, eliminar, nunca significa nada mudar. (FERREIRA FILHO, 2011, p. 131)

Tanto que Ferreira Filho demonstra na prática, ao mencionar a decisão do STF MS 23.047 MC/DF, (DJ 14.11.2003) de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence: “As limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, §4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege”. (FERREIRA FILHO, 2011, p. 131)

Ainda sobre esse tema, Flávio Martins afirma que a Constituição Cidadã de 1988 foi o primeiro texto constitucional a tratar dos direitos e garantias constitucionais como cláusulas pétreas, pois, são cláusulas tanto os direitos (normas de conteúdo declaratório), quanto as garantias (normas de conteúdo assecuratório). Não obstante, na exata redação do art. 60, § 4º, IV, são cláusulas pétreas os “direitos e garantias individuais” (MARTINS, 2022, p. 1019).

Completando a ideia de Martins, o professor Rodrigo PADILHA⁴² (2020, p. 338), também explica a distinção entre os direitos e garantias, ao afirmar que direitos fundamentais são “bens e benefícios previstos na Constituição e garantias fundamentais ferramentas insculpidas para resguardar e possibilitar o exercício dos direitos”.

Lembrando que, os direitos e garantias fundamentais estão classificados expressamente no Título II, na qual, MORAES⁴³ (2020, p. 104) apresenta suas subdivisões em cinco capítulos:

(...) direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Assim, a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos. (MORAES, 2020, p. 104)

Os direitos e garantias fundamentais conglomeram-se nos artigos 5º ao 17 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde o Poder Judiciário possui um enorme papel em resguardar essas normas fundamentais.

⁴² PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020, p. 338;

⁴³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 104;

Entretanto, deve-se valer a seguinte percepção, na qual, o judiciário é usado quando as normas não estão sendo bem aplicadas pelos demais poderes inerentes a República, ou seja, com a ausência de tomadas de decisões ou até mesmo, ao referir-se a questões dúbias realizadas pelos poderes executivo e legislativo, o judiciário precisará intervir, principalmente, quando se trata dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, os assuntos referentes ao direito a vida e a liberdade religiosa serão respeitados e aplicados pelas normas trazidas pelo executivo e legislativo, contudo, deve-se ater a questão de serem direitos relativos, logo, não há uma hierarquia em ambos os direitos, assim, para ter um resultado, uma solução correta, precisa do apoio institucional do poder judiciário, onde será analisado o caso como um todo e posteriormente, tomar-se-á a decisão que deverá ser mais benéfica para a sociedade.

Assim, as decisões aplicadas pelos magistrados precisam ser concretizadas, ou seja, consubstanciadas em determinadores valores (direito moral), na qual, deverá ser respeitado pela maioria, pois, sabe-se que nem sempre é possível chegar, facilmente, a resposta correta, não sendo à toa que o direito não se constrói apenas pelo aspecto político, pois, as decisões precisam trazer a questão da moral inserida e não sendo caracterizado apenas, como um meio procedimental.

1.3 Dignidade da Pessoa Humana: norma jurídica aplicada.

Mesmo a dignidade da pessoa humana estando presente em diversas soberanias (sendo bem definidas em seus textos), tanto que na Constituição Federal de 1988, essa terminologia está expressa no art. 1º, III. Contudo, não basta estar na Carta Magna brasileira, precisa ter uma interpretação que facilite o seu entendimento, não somente para os profissionais ou acadêmicos do direito, mais, também, a todos que desejam obter o conhecimento.

O entendimento sobre dignidade passou por um duro caminho a ser construído, principalmente para objetivar esse termo, onde, em tempos passados, era usado como “respostas” ou meras “justificativas” para chegar a sua respectiva “solução”, onde trouxe, em muitos casos, destruição e diversos conflitos.

O jurista Nelson ROSENVALD⁴⁴ (2007, p. 1) aborda essas etapas turbulentas:

⁴⁴ ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no código civil. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1;

A ideia da dignidade da pessoa humana parece algo facilmente assimilável nos tempos atuais. Repugna à civilização contemporânea todo e qualquer ato que alije o ser humano de sua humanidade. Todavia, uma aproximação cronológica demonstra que inúmeras vidas foram sacrificadas no longo processo de conquista da dignidade. Infelizmente, os direitos humanos não são qualificados pela atemporalidade e absolutismo. (ROSENVOLD, 2007, p. 1)

Tanto que o próprio autor define a dignidade humana em 03 (três) momentos evolutivos ou trágicos para humanidade: o Cristianismo, o Kantismo e a Segunda Guerra Mundial. (ROSENVOLD, 2007, p. 1)

Entretanto, a dignidade encontra-se de forma implícita no Livro de Gênesis, escrito entre os séculos 15 e 13 a.C. Cujo trecho diz “Todas as coisas foram criadas por Deus (Gênesis 1) e ao homem foi dada autoridade sobre a Criação (Gênesis 1:26)”. Logo, tudo que for criado nessa terra pertence a Deus, assim, o ser humano tem por obrigação de defender e respeitar a sua natureza.

Partindo dessa ideia, surge a seguinte dúvida: seria possível a concepção teológica se firmar aos direitos fundamentais no tocante a dignidade? Não, pois, como foi dito, a interpretação no império romano era distinta, podendo citar como exemplo histórico, o período da escravidão, onde as crenças religiosas não se prestavam a tentar coibir essa prática desumana.

Nesse diapasão, o Ministro BARROSO⁴⁵ (2020, p. 509) elenca algumas práticas desumanas, consideradas como verdadeiros horrores presente nos direitos humanos e principalmente, na violação da dignidade da pessoa humana:

Os direitos humanos iniciam, portanto, sua “carreira triunfal” ao final do século XVIII e, a partir daí, começaram a ingressar nas Constituições de diversos países europeus. Mesmo assim, os séculos seguintes – XIX e XX – testemunharam os horrores das violações de direitos humanos em larga escala, sendo exemplos emblemáticos: africanos escravizados, trabalhadores explorados até à morte por exaustão, o holocausto judeu e milhões de mortos sob Stalin. Para não mencionar as percepções que só aflorariam mais adiante, relativamente aos direitos de mulheres, negros, homossexuais, índios e deficientes. (BARROSO, 2020, p. 509)

Todavia, deve-se atentar para a dignidade exercida na religião judaica, onde, na antiga Israel, os senhores hebraicos não limitavam os escravos, muito menos forçavam quaisquer tipos de poder absoluto, pois os escravos possuíam proteção legal. Nesse caso,

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. Saraiva Educação, 2020, p. 508;

podendo ser considerado como uma concepção dos direitos humanos. Contudo, não sendo aceita pela corrente majoritária.

Contudo, seu desenvolvimento alcança a filosofia moral com o filósofo Immanuel KANT (1724 – 1804 d.C.) onde dizia que os seres tinham dignidade (um valor intrínseco) atribuindo fins em si mesmo ou em um preço, baseando-se na capacidade dos seres racionais de instituírem a si próprios uma Lei (autonomia).

Desse modo, KANT⁴⁶ (1974, p. 234-235) aduz:

E o que é então que autoriza a intenção moralmente boa ou a virtude a fazer tão altas exigências? Nada menos do que a possibilidade que proporciona ao ser racional participar na legislação universal, tornando-o por este meio apto a ser membro de um possível reino dos fins, para que estava já destinado pela sua própria natureza como fim em si e, exatamente por isso, como legislador no reino dos fins, como livre a respeito de todas as leis da natureza, obedecendo somente àquelas que ele mesmo se dá [...]. (KANT, 1974, ps. 234-235)

Acompanhando as ideias de Kant, o jurista Nelson ROSENVALD⁴⁷ (2007, p. 2) afirma a importância da dignidade, quando assevera:

Percebe-se que a dignidade é noção da mais alta relevância axiológica, pois jamais o ser humano poderá servir de meio para os outros, sendo um fim em si mesmo. Kant revela que o fundamento da dignidade reside na autonomia da vontade, à medida que esta é uma faculdade de autodeterminação que apenas poder ser exteriorizada em seres racionais como imperativo categórico de ordem moral. (ROSENVALD, 2007, p. 2)

O fato dos seres serem definidos como racionais demonstra como são capazes de representar na sua razão as próprias Leis da natureza, dando a si mesmos essas normas. Logo, os seres racionais podem ser considerados legisladores nos reinos dos fins (expressão kantiana) a partir das leis expostas.

Ainda neste pensamento, KANT⁴⁸ (1974, p. 236) diz:

[...] pois coisa alguma tem outro valor senão aquele que a lei lhe confere. A própria legislação, porém, que determina todo o valor, tem que ter exatamente por isso uma dignidade, quer dizer, um valor incondicional, incomparável, cuja avaliação, que qualquer ser racional sobre ele faça, só a palavra respeito pode exprimir convenientemente. Autonomia é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional. (KANT, 1974, p. 236)

⁴⁶ KANT. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. In: Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 234-235.

⁴⁷ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2;

⁴⁸ KANT. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. In: Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 236;

Além disso, Immanuel Kant informa que no reino dos fins tudo possui um preço ou uma dignidade. O filósofo afirmava que quando uma coisa está acima de todo o preço, sendo insubstituível, possuiria, então, dignidade. Dessa forma, coisas possuem preço, já pessoas possuem um valor absoluto, chamado dignidade. Destarte, cada pessoa deve ser vista como sendo um fim em si mesma, detentora de dignidade, e não como coisas, as quais são utilizadas discricionariamente (BARROSO, 2014, p. 17).

Quando se aborda sobre a dignidade da pessoa humana, cerne dos direitos humanos, deve-se recordar a visão de BOBBIO⁴⁹ (2004, p. 38) “o que parece fundamental em uma época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”. Logo, Norberto BOBBIO defende que os direitos naturais não poderiam estar vinculados aos direitos humanos, pois essa ideia não se sustenta, de acordo com os fundamentos apresentados.

Em sentido oposto, o jurista Fábio Konder COMPARATO⁵⁰ (2015, p. 72) afirma:

É irrecusável, por conseguinte, encontrar um fundamento para a vigência dos direitos humanos além da organização estatal. Esse fundamento, em última instância, só pode ser a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais. Ora, essa consciência ética coletiva, como se procura mostrar nestas páginas, vem se expandindo e aprofundando no curso da História. (COMPARATO, 2015, p. 72)

Para COMPARATO, é possível ter essa relação, haja vista que a dignidade da pessoa humana pode ser interpretada como um fundamento filosófico, social e também jurídico, mesmo que, por questões históricas não tenha sido aplicada. Entretanto, deve-se lembrar da forma implícita no Livro de Gênesis. (COMPARATO, 2015, p. 73)

Além dessa característica, pode-se acrescentar como meios comprobatórios aos direitos humanos, a chamada universalidade, onde a dignidade da pessoa humana é algo que está presente em todos os direitos, ou seja, volta-se a repetir: a dignidade da pessoa humana, cerne dos direitos humanos.

Nesse sentido, Rosenvald afirma que essa universalidade será aplicada pela razão, respeitando o imperativo categórico, ou seja, pela forma máxima de agir para alcançar uma lei universal de conduta. (ROSEVALD, 2007, p. 3)

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 38;

⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015, p. 72;

Outro ponto a ser mencionado, diz respeito a historicidade, onde a humanidade com suas evoluções sociais consegue demonstrar as épocas marcantes para definir a dignidade da pessoa humana a partir de uma consciência ética coletiva perante a sociedade.

A história da dignidade vai muito além dos períodos já mencionados (Bíblico e no período romano). No intuito de corroborar com a ideia de COMPARATO, entende-se necessário apresentar alguns momentos históricos norteadores:

No período da Grécia Antiga, basicamente era construída nos mesmos moldes do Império Romano, nem todos tinham a dignidade garantida, ou seja, quem poderia ter este privilégio, pois somente quem poderia ter esse direito, eram aqueles classificados por meio de seus *status* (posição social). Logo, para ter direitos a dignidade o homem precisa ser cidadão. (COMPARATO, 2015, p. 73)

E para ser cidadão em Atenas, por exemplo, era preciso obedecer algumas condições impostas. O professor Luciano ROSSET⁵¹ (2008, p. 192-193) apresenta as regras:

Até a lei de Péricles, instituída em 450, para ser cidadão bastava ser filho de pai ateniense, ser do sexo masculino e maior de 21 anos. A lei de Péricles colocou maior restrição à democracia. A partir daí, somente as crianças do sexo masculino, nascidas de dois pais cidadãos seriam cidadãos atenienses. A mulher ateniense permaneceu sem o direito à cidadania, limitação imposta por uma sociedade patriarcal. (ROSSET, 2008, p. 192-193)

Além do mais, no período grego, a democracia era direta e todos os cidadãos poderiam participar das diversas decisões, contudo, como já foi visto, nem todos podem ser cidadãos, logo, o próprio ROSSET⁵² (2008, p. 192) afirma que:

[...] o cidadão exercia a democracia diretamente. O fundamento da democracia ateniense era a igualdade de todos perante a lei. Bastava ser cidadão para ter o direito de tomar parte das decisões políticas, participar das assembleias, fazer uso do direito da palavra, sentar-se no conselho e exercer a maioria das magistraturas. Os cidadãos atenienses tinham fundamentalmente três direitos democráticos: 1. Liberdade individual; 2. Igualdade de todos os cidadãos perante a lei; 3. Falar na assembleia. Apesar de ser direta, a igualdade democrática ateniense, era apenas teórica. Na prática, tratava-se de uma democracia para poucos. (ROSSET, 2008, p. 192)

⁵¹ ROSSET, Luciano. **A democracia ateniense**: filha de sua história, filha de sua época. Revista de Cultura Teológica. v.16, n.64. jul/set 2008. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/culturateo/article/viewFile/15535/11601>. Acesso em: 20 mai. 2022;

⁵² ROSSET, Luciano. **A democracia ateniense**: filha de sua história, filha de sua época. Revista de Cultura Teológica. v.16, n.64. jul/set 2008. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/culturateo/article/viewFile/15535/11601>. Acesso em: 20 mai. 2022;

Assim, o Ministro Alexandre de MORAES⁵³ (2020, p. 79-80) conceitua a dignidade como:

[...] um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade. (MORAES, 2020, p. 79-80).

O Ministro BARROSO⁵⁴ (2020, p. 509) assegura a necessidade de firmar o conceito de dignidade da pessoa humana, após a Segunda Guerra Mundial, quando afirma que:

O significado atual dos direitos humanos foi sedimentado após a 2ª Guerra Mundial, tendo como pano de fundo as experiências traumáticas do nazismo e do fascismo. Na reconstrução de um mundo moralmente devastado pelo totalitarismo e pelo genocídio, um novo conceito, cujas raízes se encontravam na religião e na filosofia, ingressa com grande impacto no discurso político e jurídico dos vencedores do conflito: a dignidade humana. Em pouco tempo, a ideia de dignidade humana se tornou o centro axiológico dos sistemas jurídicos e fonte de irradiação dos direitos humanos. Logo após a guerra, o conceito foi incorporado a importantes documentos internacionais, como a Carta das Nações Unidas (1945) e a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), bem como a numerosos tratados e pactos. (BARROSO, 2020, p. 509)

Ainda nesse quesito, Marcelo NOVELINO⁵⁵ (2021, p. 56) também contribui para o reforço para o fortalecimento da dignidade da pessoa humana:

Se por um lado essas experiências históricas produziram uma mancha vergonhosa e indelével na caminhada evolutiva da humanidade, por outro, foram responsáveis pela reação que culminou com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como o núcleo central do constitucionalismo contemporâneo, dos direitos fundamentais e do Estado constitucional democrático.

(...)

A consagração no plano normativo impõe o reconhecimento de que a dignidade deixou de ser um simples objeto de especulações filosóficas para se transformar em uma noção jurídica autônoma cumpridora de um papel fundamental dentro do ordenamento jurídico. Embora não dependa do reconhecimento formal pelo direito, este contribui para assegurar, de forma definitiva, o seu caráter normativo. (NOVELINO, 2021, p. 56)

⁵³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 79-80;

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. Saraiva Educação, 2020, p. 509;

⁵⁵ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 56;

O totalitarismo presente nesse período bélico, de acordo com Nelson ROSENVALD⁵⁶ (2007, p. 4-5) difere essencialmente:

(...) de outras formas conhecidas de opressão política – como o despotismo e a ditadura-, pois opera de acordo com um sistema de valores radicalmente diferente, sobre o qual nenhuma das tradicionais lógicas de bom senso pode prever o curso da ação.

(...)

O totalitarismo revelou a fragilidade do modelo positivista, de uma ciência do direito pura, cuja juridicidade restou aprisionada na pressuposição de uma norma fundamental. O conceito de direito que se exaure na norma positiva violenta a razão jurídica. (ROSENVALD, 2007, p. 4-5)

Deve-se atentar que a dignidade humana não será o suficiente, tanto que precisa está expressa na norma constitucional, respeitando não somente o direito essencial, ou seja, não poderá ser caracterizada apenas como um mero dado jurídico, pois a dignidade vai além, devendo ser apresentada como um direito fundamental, onde dará suporte filosófico, social e jurídico aos outros direitos, pois, trata-se de uma norma relacionada à vida, além de ser um direito que precede a Soberania.

Assim, a Ministra Cármen Lúcia Antunes ROCHA⁵⁷ traduz de modo simples a relação da dignidade com o Estado:

O sistema normativo de direito não constitui, pois, por óbvio, a Dignidade da Pessoa Humana. O que ele pode é tão-somente reconhecê-la como dado essencial da construção jurídico-normativa, princípio do ordenamento e matriz de toda organização social, protegendo o homem e criando garantias institucionais postas à disposição das pessoas a fim de que elas possam garantir a sua eficácia e o respeito à sua estatuição. A Dignidade é mais um dado jurídico que uma construção acabada no direito, porque firma e se afirma no sentimento de justiça que domina o pensamento e a busca de cada povo em sua busca de realizar as suas vocações e necessidades. (Destacou-se)

Contudo, em que consiste a dignidade da pessoa humana? Pelo que já foi apresentado, deve-se atentar aos direitos básicos de todo ser humano, aqueles implícitos e também expressos na norma, pois, a dignidade trata-se do eixo essencial, deixando claro que as pessoas são livres e gozam dos mesmos direitos.

A dignidade da pessoa humana guarda, em sua base jurídica, normas que não podem se dissociar, pois, caso ocorra, este direito não seria real, violando as

⁵⁶ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 4-5;

⁵⁷ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social**. Revista Interesse Público. Ano 1. n. 4, out./dez. 1999. São Paulo: Notadez, p. 26.

características ímpares da dignidade, ou seja, não poderá se desligar do direito à liberdade, da autonomia e da isonomia (igualdade).

Tanto que, José Afonso da SILVA⁵⁸ (1998, p. 90) demonstra a igualdade, quando o homem:

[...] se revela como um valor absoluto, porque a natureza racional existe como fim em si mesma. Assim, o homem se representa necessariamente sua própria existência. Mas qualquer outro ser racional se representa igualmente assim sua existência, em consequência do mesmo princípio racional que vale também para mim, é, pois, ao mesmo tempo, um princípio objetivo que vale para outra pessoa. (SILVA, 1998, p. 90)

O jurista Ingo SARLET⁵⁹ (2018, ps. 105-106) apresenta a partir de uma interpretação mais prática:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (SARLET, 2018, ps. 105-106)

Esses direitos possuem como finalidade jurídica a própria limitação ao poder do Estado. Buscando, necessariamente a liberdade dos indivíduos (ideia de democracia), fazendo com que, o poder público venha a interferir o mínimo possível nessa relação.

Entretanto, mesmo com essa breve exposição dos fatos que contribuem para o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana e principalmente pela sua alta complexidade, é possível que alguns doutrinadores tendem a não conseguir expressar uma compreensão sobre o tema.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO⁶⁰ (2014, p. 262) demonstra essa dificuldade em conceituar a dignidade da pessoa humana, quando aduz:

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia**. Revista De Direito Administrativo, v. 212, p. 89–94, 1998. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v212.1998.47169>. Acesso em: 1 ago. 2022;

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, ps. 105-106.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo e dignidade da pessoa humana**. Revista Digital de Direito Administrativo, Universidade de São Paulo, [s.l.], v. 1, n. 2, p. 260-279, 2014. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/74853/85755>. Acesso em: 2 mar. 2023;

Em minhas leituras, não encontrei propriamente um conceito de dignidade da pessoa humana. Trata-se de expressão com significado indeterminado, aplicável às mais variadas áreas dos direitos individuais. Trata-se de um princípio cujo significado é mais fácil de intuir do que definir. Com efeito, todos nós temos consciência de que cada ser humano tem sua individualidade, suas crenças, seus sonhos, suas esperanças, sua fé. Todo ser humano quer ter liberdade para decidir como conduzir sua vida sem interferência do Estado. Todo ser humano quer ser tratado com igualdade em relação aos seus semelhantes. Todo ser humano quer ser reconhecido como pessoa e respeitado como tal. (DI PIETRO, 2014, p. 262)

O próprio doutor Ingo SARLET⁶¹ (2019, p. 49-50) também, demonstra essa dificuldade:

(...) não é à toa que já se afirmou até mesmo ser mais fácil desvendar e dizer o que a dignidade não é do que expressar o que ela é. Além disso, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência – notadamente no que diz com a construção de uma noção jurídica de dignidade – cuidaram, ao longo do tempo, de estabelecer alguns contornos basilares do conceito e concretizar o seu conteúdo, ainda que não se possa falar, também aqui, de uma definição genérica e abstrata consensualmente aceita, isto sem falar no ceticismo manifesto de alguns no que diz com a própria possibilidade de uma concepção jurídica dignidade, aspecto que, por sua vez, voltará a ser referido. (SARLET, 2019, p. 49-50)

Essa dificuldade de trazer um conceito mais específico a essa terminologia reflete na categoria axiológica aberta, onde inúmeros autores tentaram chegar a uma compreensão mais didática, na qual Sarlet evidencia que irá divergir de outros valores e princípios jurídicos, contudo, não poderá conceitua a dignidade da pessoa humana como de um modo fixista, principalmente por existir uma diversidade de valores presentes em uma sociedade contemporânea, tano que o autor afirma o seu conceito está “em permanente processo de construção e desenvolvimento”. (SARLET, 2019, p. 50)

Logo, para Sarlet, a dignidade da pessoa deverá ser conceituada de modo jurídico-normativo, diante dos diversos conceitos “de contornos vagos e abertos”, na qual apresente uma constante concretização e delimitação pela norma constitucional. (SARLET, 2019, p. 51)

Acompanhando essa amplitude conceitual de Sarlet, Di Pietro colabora quando traduz a dignidade da pessoa como um “teto onde se abrigar, alimentos para manter-se, roupas adequadas para se vestir, educação, saúde, trabalho, segurança, salário compatível com as necessidades mínimas de subsistência”. (DI PIETRO, 2014, p. 262)

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. Ed. ver. atual. e ampl. 3. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 49-50;

Tanto que, Novelino acredita que a sua posituação reduz o “ônus argumentativo do interprete”, ou seja, a apresentação de normas constitucionais aduz que a figura do ser humano não reflete apenas, em uma simples questão jurídica, mais, sim, em uma aplicação normativa máxima em termos constitucionais, pois como o autor diz “na relação entre o indivíduo e o Estado deve haver sempre uma presunção a favor do ser humano e de sua personalidade”. (NOVELINO, 2021, p. 298)

Consubstanciando em outras áreas, a filósofa Gicélia LIBRELOTTO⁶² (2017, p. 13) afirma que:

O conceito de Dignidade da Pessoa Humana, ratificando, está intrinsecamente vinculado ao conceito de pessoa, de homem e de humanidade e, em algumas correntes que serão posteriormente aludidas, vinculado ao conceito de autonomia e até mesmo de liberdade. Esses conceitos são construídos e reconstruídos a partir de diversos outros conceitos que se submetem a circunstâncias sociais, políticas, religiosas e, acima de tudo, a condições de conhecimento, tanto material, quanto intelectual. Sobretudo, de cada época. Assim, um conceito de pessoas e de humano é quase definidor do conceito de dignidade humana, eis que, para alguém ter reconhecida a sua dignidade humana, seria pressuposto, ser humano; ser pessoa humana. Tal reconhecimento não ocorre de forma pacífica e universal. (LIBRELOTTO, 2017, p. 13)

O Ministro Luís Roberto BARROSO⁶³ (2014, p. 14-15) entoa ao entendimento da pessoa ter seu valor intrínseco aplicado, ao afirmar que:

A dignidade humana, como atualmente compreendida, se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo. Diversas religiões, teorias e concepções filosóficas buscam justificar essa visão metafísica. O longo desenvolvimento da compreensão contemporânea de dignidade humana se iniciou com o pensamento clássico e tem como marcos a tradição judaico-cristã, o Iluminismo e o período imediatamente posterior ao fim da Segunda Guerra Mundial (BARROSO, 2014, p. 14-15)

A importância desse tema é tamanha que, em outra obra, BARROSO⁶⁴ (2020, p. 244) apresenta a dignidade humana como princípio constitucional, ao aludir:

⁶² LIBRELOTTO, Gicélia. **Dignidade da pessoa humana**: reflexões jurídicas e filosóficas sobre o conceito. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Escola de Humanidades, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2017, p. 13;

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 14-15;

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. Saraiva Educação, 2020, p. 244;

A dignidade humana é um valor fundamental. Valores, sejam políticos ou morais, ingressam no mundo do Direito, assumindo, usualmente, a forma de princípios. A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de status constitucional. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais. Os princípios constitucionais desempenham diferentes papéis no sistema jurídico. (BARROSO, 2020, p. 244)

O jurista Daniel SARMENTO⁶⁵ (2016, p. 78) também aborda sobre o princípio da dignidade da pessoa humana:

(...) visa a proporcionar uma proteção integral à pessoa, e não a tutelar aspectos previamente recortados da sua personalidade e dos seus direitos. Por isso, deve ser dotado de suficiente elasticidade para que possa dar conta da sua tarefa monumental. Essa constatação, todavia, não deslegitima o esforço de definição do conteúdo material do princípio. (SARMENTO, 2016, p. 78)

Para Sarmento, mesmo sendo um princípio, não será interpretado como uma simples norma constitucional, pois além, de estar presente no Título I (Dos Princípios Fundamentais) da Constituição Federal de 1988, o autor defende ser o princípio mais importante da República. (SARMENTO, 2016, p. 78)

Contudo, em que consiste a dignidade da pessoa humana? Pelo que já foi apresentado, deve-se atentar aos direitos básicos de todo ser humano, aqueles implícitos e também expressos na norma, pois, a dignidade relaciona-se ao eixo essencial, deixando claro que as pessoas são livres e gozam dos mesmos direitos.

A dignidade da pessoa humana guarda, em sua base jurídica, normas que não podem se dissociar, pois, caso ocorra, este direito não seria real, violando as características ímpares da dignidade, ou seja, não poderá se desligar do direito à liberdade, da autonomia e da isonomia (igualdade).

1.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: distinções entre as ideias de Daniel Sarmento e Luís Roberto Barroso.

Como já mencionado, a dignidade da pessoa humana é definida como um dos princípios constitucionais e por alguns doutrinadores, como o mais importante previsto

⁶⁵ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 78;

no texto máximo brasileiro, tanto que esse princípio será considerado como núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Entretanto, ao tocante do conteúdo essencial, Robert ALEX⁶⁶ (2015, p. 297) apresenta a sua importância:

(...) direitos fundamentais são primariamente posições individuais. Se a Constituição estabelece algo tão importante quanto uma proibição de afetação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, então, isso diz respeito no mínimo também a posições de direitos fundamentais individuais. (ALEXY, 2015, p. 297)

Acompanhando esse entendimento, o Ministro BARROSO⁶⁷ (2020, p. 543) apresenta o núcleo essencial, ao afirmar que:

O conceito de núcleo essencial é bastante intuitivo: ele corresponde à parcela mínima do direito fundamental que não pode ser suprimida, sob pena de se ter de reconhecer que o direito foi violado. Apesar de soar relativamente óbvia, a ideia de núcleo essencial constitui um rótulo vistoso para produto de difícil elaboração e utilidade limitada. (BARROSO, 2020, p. 543)

Para facilitar a aprendizagem do núcleo essencial, a doutora Claudia TOLEDO⁶⁸ (2016, p. 831) ensina:

O núcleo essencial de um direito fundamental é formado por seu conteúdo essencial, que é a reunião dos elementos que lhe são indisponíveis, uma vez que, conforme explicado, essencial é tudo aquilo que dado, faz com que o objeto apareça como tal, e, retirado, faz com que ele deixe de existir. Duas teorias se debatem em torno da forma de identificação desse núcleo essencial: a absoluta e a relativa. (TOLEDO, 2016, p. 831)

Tanto que o próprio Ministro, acompanhado da interpretação de Alexy, entende que a partir das inúmeras construções doutrinárias na qual buscam equacionar as complexidades e os impasses associados ao tema, entende-se pela divisão nas teorias (objetivas e subjetivas) e teorias (absolutas e relativas). (BARROSO, 2020, p. 543)

⁶⁶ ALEX^Y, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 297;

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. Saraiva Educação, 2020, p. 543;

⁶⁸ TOLEDO, Cláudia. **MÍNIMO EXISTENCIAL – A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã**. In: MIRANDA, Jorge et al. (org.). *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016, pp. 821-834;

Acompanhando Barroso, Marcelo NOVELINO explica de modo prático cada uma. A teoria objetiva é quanto o conteúdo essencial terá uma proteção que impede determinadas restrições, na qual descaracterize os direitos fundamentais. (NOVELINO, 2021, p. 330)

O próprio NOVELINO apresenta um caso prático, ao citar: “A condenação à pena de morte, por exemplo, eliminaria por completo o direito do condenado, mas não afetaria o núcleo essencial da dimensão institucional do direito à vida”. (NOVELINO, 2021, p. 330)

A teoria subjetiva é apresentada por NOVELINO⁶⁹ (2021, p. 330) como sendo:

(...) a análise da violação deve ser feita em cada situação individualmente considerada. A garantia do conteúdo essencial teria por finalidade proteger os direitos individuais de cada sujeito jurídico, de modo a evitar que o seu exercício legítimo seja frustrado. Pretende-se, portanto, impedir o sacrifício do direito subjetivo ao ponto de perder qualquer significado para o titular. (NOVELINO, 2021, p. 330)

Segundo NOVELINO, a teoria absoluta reflete em um núcleo de proteção de cada direito fundamental, onde seus limites serão intransponíveis, entretanto, pode ocorrer que outros fatores possam justificar certas restrições, logo, o conteúdo essencial possui um maior espaço valorativo do direito, possuindo partes consideradas como intocáveis, porém, delimitada em abstrato por meio da interpretação. (NOVELINO, 2021, p. 330)

Flávio MARTINS⁷⁰ (2022, p. 1136) traz o voto do Ministro Gilmar Mendes, onde aborda sobre a teoria absoluta:

Esclarecedor o voto do Min. Gilmar Mendes, no HC 82.959 (que declarou inconstitucional o regime integralmente fechado nos crimes hediondos): “os adeptos da chamada teoria absoluta (‘absolute Theorie’) entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais (Wesensgehalt) como unidade substancial autônoma (substantieller wesenskern) que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa. Essa concepção adota uma interpretação material, segundo a qual existe um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal. Em outras palavras, haveria um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador; outro seria insuscetível de limitação” (MARTINS, 2022, p. 1136)

E por último, a teoria relativa, esta que é adotada no Brasil, Novelino traduz como sendo aquilo que definitivamente precisa estar protegido, dependendo das circunstâncias

⁶⁹ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 330;

⁷⁰ MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 1136;

do caso concreto (possibilidade fática) e das demais normas envolvidas (possibilidade jurídica). Logo, o núcleo essencial deverá ser algo variável, ou seja, deverá depender do resultado da ponderação. (NOVELINO, 2021, p. 330)

MARTINS (2022, p. 1136) completa a teoria com o voto do Ministro Gilmar Mendes no mesmo HC 82.959⁷¹ supracitado:

Segundo Gilmar Mendes, no voto sobredito: “os sectários da chamada teoria relativa (‘relative Theorie’) entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. O núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (zweck-mittel-prüfung), com base no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação”. (MARTINS, 2022, p. 1136)

Barroso também aborda sobre a teoria relativa ao creditar a garantia do núcleo essencial com o término da exigência de justificação adequada para a restrição, ou seja, a aplicação do processo de ponderação, na qual, será guiada pelo princípio da proporcionalidade. (BARROSO, 2020, p. 544)

Mesmo com os conceitos e interpretações de dignidade da pessoa humana (apresentados no tópico anterior), bem como, as teorias presentes no núcleo essencial, percebe-se como a dignidade humana está longe de ter uma simples definição, principalmente pelo seu conteúdo elástico.

Entretanto, há doutrinadores que tentam desmistificar o princípio da dignidade da pessoa humana, apresentando ao meio jurídico e acadêmico, suas respectivas metodologias com a finalidade de desenvolver uma melhor compreensão sobre o tema.

Nesse sentido, entende-se pertinente analisar os elementos presentes nas ideias trazidas pelos autores: Doutor Daniel Sarmiento, consubstanciado nos seguintes elementos: Valor intrínseco da pessoa, Autonomia, Mínimo existencial e Reconhecimento. E o Ministro Luís Roberto Barroso, na qual, montou sua estrutura em três níveis: Valor intrínseco, Autonomia e Valor comunitário.

O jurista Daniel Sarmiento defende que a dignidade da pessoa humana deverá ser voltada “para a sociedade e para os Direitos brasileiros”, logo, para o doutrinador, esse princípio deve “guardar uma necessária conexão com a compreensão de pessoa humana,

⁷¹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.959/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. 01 de setembro de 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=ac&docID=79206&pgl=156&pgF=160>. Acesso em: 10 dez 2022;

que deriva de uma leitura da ordem constitucional brasileira guiada pela moralidade crítica”. (SARMENTO, 2016, p. 91-92)

O valor intrínseco da pessoa, primeiro elemento, veste-se na ideia de que cada pessoa humana é um fim em si mesmo, que não pode ser instrumentalizado ainda que para servir a objetivos nobres e importantes, como o salvamento de várias outras vidas. (SARMENTO, 2016, p. 102)

SARMENTO⁷² (2016, p. 104) traz sua contribuição a respeito da dignidade no direito contemporâneo:

(...) a palavra “dignidade” tem sido usada em um terceiro sentido, geralmente associado aos direitos humanos. A dignidade é empregada como qualidade *intrínseca* de *todos* os seres humanos, independentemente do seu *status* e da sua conduta. A dignidade é *ontológica*, e não contingente. Em outras palavras, todos os indivíduos que pertencem à espécie humana possuem dignidade apenas por serem pessoas. Não se admitem restrições relativas a fatores como gênero, idade, cor, orientação sexual, nacionalidade, deficiência, capacidade intelectual ou qualquer outro. E ninguém se despe da dignidade humana, ainda que cometa crimes gravíssimos, que pratique os atos mais abomináveis. (SARMENTO, 2016, p. 104)

Tanto que o próprio doutrinador exemplifica de modo interessante ao trazer o homicida e o torturador com o mesmo valor intrínseco que um herói e que o santo, assim, todas as pessoas terão suas dignidades garantidas, onde nem mesmo o Estado ou a sociedade possam retirá-la. (SARMENTO, 2016, p. 104)

Com esse raciocínio, entende-se que Sarmiento preza pela linha humanista, na qual, a pessoa será valorizada de forma digna, bem como, respeitada em todos os seus direitos básicos, evitando-se quaisquer tipos de restrição.

Seguindo essa linha, o valor intrínseco da pessoa será desenvolvido pela ideia de Kant no tocante a expressão “fórmula do fim em si mesmo”. Na qual, Daniel SARMENTO⁷³ (2016, p. 106) aduz sua importância:

A mais célebre formulação da ideia de valor intrínseco da pessoa é de Immanuel Kant. Como se sabe, Kant elaborou uma teoria moral deontológica, fundada em imperativos categóricos – normas passíveis de universalização, que são válidas incondicionalmente para todos e em todas as situações. A segunda versão do imperativo categórico kantiano consagra exatamente o valor

⁷² SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 104;

⁷³ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 106;

intrínseco das pessoas. Trata-se da chamada “fórmula do fim em si mesmo” (SARMENTO, 2016, p. 106)

Essa fórmula apresentada por Kant e defendida por Sarmento configura-se de modo anti-paternalista, haja vista ser ilegal a manipulação, o constrangimento a uma pessoa, mesmo que tenha como finalidade a busca pelo seu próprio benefício, pois uma pessoa considerada como fim significa respeitá-la como sujeito racional. (SARMENTO, 2016, p. 107)

Tanto que, a ideia de Kant defende “o fato de que a interdição contida no imperativo categórico é de que as pessoas sejam tratadas apenas como meios”, onde Sarmento exemplifica de modo simples: quando ocorre uma prestação de serviço de pintura, onde um será o realizador da atividade e o outro ficará responsável pelo cumprimento do pagamento, ou seja, “as vontades das partes se ajustam e ninguém é tratado pelo outro como um mero objeto”. Outra ideia referente ao valor intrínseco corresponde ao indivíduo não deverá ser tratado como um mero objeto, pois essa pessoa será tratada com humanidade, que carrega em si, sempre como um fim. (SARMENTO, 2016, p. 107-108)

Assim, SARMENTO⁷⁴ (2016, p. 132) conclui que o princípio da dignidade da pessoa humana:

(...) veda a instrumentalização dos indivíduos em prol de metas coletivas ou dos interesses das maiorias. Ele se assenta no reconhecimento do valor intrínseco da pessoa, que é incompatível com compreensões desigualitárias das relações sociais e também com o organicismo e o utilitarismo. A dignidade impõe que se trate cada pessoa como um fim em si mesmo, e nunca como apenas um meio para a realização de fins que lhe são alheios. (SARMENTO, 2016, p. 132)

A *autonomia*, segundo elemento, é interpretado por Daniel SARMENTO⁷⁵ (2016, p. 135-136) como:

Um dos temas mais controversos e delicados no estudo da dignidade da pessoa está por trás de todas essas questões: a relação entre o princípio da dignidade e a autonomia. Por um lado, há sólido consenso no sentido de que tratar as pessoas como dignas importa em reconhecer o seu direito de realizar escolhas pessoais e de segui-las, quando isto não fira direitos alheios. Por outro, muitos sustentam que a dignidade humana se presta também à limitação da autonomia para impedir que as pessoas se submetam a situações

⁷⁴ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 132;

⁷⁵ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 132;

consideradas indignas, mesmo quando isso decorra da sua própria vontade. (SARMENTO, p. 135-136)

Para Sarmento, a autonomia reflete em uma autodeterminação por meio de “atributos jurídicos de instituições – como os entes federativos (art. 18, CF) e as universidades (207, CF)”, tanto que a dignidade da pessoa humana busca ser considerado como um predicado das pessoas, vinculando-se em regimes constitucionais. Assim, essa autonomia, diante de sua extrema importância, será dividida em: privada e pública. (SARMENTO, 2016, p. 139)

A autonomia privada refere-se ao direito na qual o indivíduo possui para escolher o que precisa fazer de sua própria vida, haja vista que o ser humano como agente moral, a partir de sua autodeterminação individual, respeitando os direitos das outras pessoas (SARMENTO, 2016, p. 140)

Entretanto, não se pode confundir com a autonomia da vontade daqueles civilistas do passado, pois, essa autonomia, como afirma SARMENTO (2016, p. 141) “é um conceito histórico superado, impregnado pelos valores do liberalismo-burguês que alicerçavam as codificações do século XIX”. Logo, a autonomia da vontade, naquela época era voltada a “compreensão formal da liberdade dos agentes, construída com limites impostos às pessoas por uma realidade concreta em desigualdades”. (SARMENTO, 2016, p. 141)

Sarmento defende a liberdade positiva para a autonomia privada, pois trata-se de uma verdadeira capacidade de escolha e não como “uma mera ausência de obstáculos externos à conduta”, ou seja, essa liberdade poderá ser mais aplicada em casos concretos e realistas. (SARMENTO, 2016, p. 142)

Já a autonomia pública possui uma importância instrumental e também, um valor constitutivo, tanto que SARMENTO⁷⁶ (2016, p. 146) aduz:

Do ponto de vista instrumental, a inclusão política tende a promover a melhoria das condições de vida daqueles que antes eram excluídos. Ela dá mais peso político às demandas dessas pessoas no espaço público, que ganham um canal relevante de acesso à agenda das instituições eletivas. Com isso, os direitos desses indivíduos e grupos tendem a ser mais protegidos. (SARMENTO, 2016, p. 146)

⁷⁶ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 146;

Nesse sentido, Eduardo Bastos Furtado de MENDONÇA⁷⁷ (2014, p. 59) afirma que a democracia deverá ser construída por meio de “uma autonomia moral reconhecidamente individualmente”, na qual o indivíduo será o cerne da relação entre o regime democrático e a dignidade da pessoa humana.

Sarmiento defende que a democracia será profundamente igualitária, pois cada cidadão possui direitos iguais ao participar do governo de sua sociedade, onde claro, deve-se respeitar a vontade de sua maioria. Logo, a democracia reflete na liberdade e na igualdade, tanto que o próprio jurista apresenta as decisões da Suprema Corte do Canadá⁷⁸ e da Corte Constitucional sul-africana⁷⁹ em casos que envolveram a denegação de direitos políticos dos presos, onde demonstra a ligação entre a autonomia pública e a dignidade da pessoa humana. (SARMENTO, 2016, p. 146).

Assim, pode-se entender que a autonomia da vontade atribuída a Daniel Sarmiento, busca a expressão de liberdade do próprio indivíduo, onde se torna livre para fazer suas vontades, ou seja, a pessoa possui, constitucionalmente, o direito de escolher os caminhos que pretende realizar em sua vida.

Já o *mínimo existencial*, terceiro elemento, é visto como o meio de sustentação de um indivíduo dentro de uma sociedade, tanto que, Sarmiento diz que a nomenclatura, teve sua formulação inicial por meio da interpretação de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, em 1933, onde esse mínimo será aplicado pela existência de um direito público subjetivo à subsistência. (SARMENTO, 2016, p. 191)

Claudia TOLEDO⁸⁰ (2016, p. 822), no entanto, afirma que:

A primeira contribuição para a formação da noção de mínimo existencial foi dada, em 1954, pela decisão BVerwGE 1, 159 do Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*) da Alemanha. Nela se reconheceu como direito subjetivo, fundado na dignidade humana, o auxílio material do Estado para a existência do indivíduo carente. (TOLEDO, 2016, p. 822)

⁷⁷ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **A democracia das massas e a democracia das pessoas**: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 59;

⁷⁸ Suprema Corte do Canadá. (2002) 3 S.C.R.519, 2002 SCC, 68;

⁷⁹ Corte Constitucional da África do Sul. CCT 8/99;

⁸⁰ TOLEDO, Cláudia. **MÍNIMO EXISTENCIAL** – A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã. In: MIRANDA, Jorge et al. (org.). *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016, pp. 821-834;

Tanto que a própria jurista defende o mínimo existencial como “o conjunto de direitos fundamentais sociais mínimos para a garantia de patamar elementar de dignidade humana”. (TOLEDO, 2016, p. 822)

Contribuindo com seus pares, Karine da Silva CORDEIRO⁸¹ (2012, p. 104) expande o mínimo existencial também para o Estado Social:

(...) o entendimento de que o direito a um mínimo de existência: é um genuíno direito fundamental; é um direito subjetivo a prestações; e está radicado no princípio da dignidade da pessoa humana, no direito à vida e à integridade física, no núcleo essencial do princípio do Estado Social (arts. 20, inciso I e 28, inciso I) e no princípio da igualdade. (CORDEIRO, 2012, p. 104)

Ricardo Lobo TORRES⁸² (2009, p. 13) descreve o mínimo existencial como norma ligada aos direitos humanos correspondente a ideia de jusnaturalismo, tanto que defende a nomenclatura como:

[...] sendo pré-constitucional, está ancorada na ética e se fundamenta na liberdade, ou melhor, nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na ideia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade humana. Não é totalmente infensa à ideia de justiça e ao princípio da capacidade contributiva. (TORRES, 2009, p. 13)

Porém, esse termo não se encontra de forma expressa na Constituição Federal de 1988, porém, Torres deixa claro que esse termo estará vinculado a ideia de liberdade, também aos princípios da igualdade, devido processo legal, da livre iniciativa, e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como, das imunidades e privilégios do cidadão. (TORRES, 2009, p. 36)

Acompanhando esse raciocínio, Lucas Matos da SILVA⁸³ (2015, p. 61) define que: “o mínimo existencial identifica-se como núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, abaixo desse mínimo tem-se a certeza de que a dignidade de uma pessoa foi violada”.

Partindo dessa lógica, Torres também aduz que as condições mínimas precisam ser acolhidas e não poderão sofrer quaisquer intervenções por parte do Estado, ou seja,

⁸¹ CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais**: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 104;

⁸² TORRES, Ricardo Lobo. **Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 13;

⁸³ SILVA, Lucas Matos da. **O Conceito de mínimo existencial e o entendimento do Supremo Tribunal Federal**. In: SALES, Tainah Simões et al. (org.). Reflexões sobre o mínimo existencial e a efetivação dos direitos sociais. 1. ed. Curitiba, PR: CRV, 2015, p. 59-83;

“sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo”. (TORRES, 2009, p. 70)

Contudo, entende-se pertinente demonstrar a distinção entre o mínimo existencial e o mínimo vital. Claudia TOLEDO (2016, p. 833-834) afirma que:

No entanto, para a mínima formação do indivíduo como ser humano, indo-se além da satisfação de suas necessidades físicas e biológicas – as quais qualquer ser vivo possui –, deve ele ter condições elementares para a participação na vida social e cultural do país do qual é cidadão. Isto é, o mínimo vital é requisito necessário, mas não suficiente para que se alcance o grau mais elementar de dignidade humana no seu aspecto sociocultural. (TOLEDO, 2016, p. 833-834)

Com o intuito de facilitar a distinção entre os termos, Lucas da Silva diz que o mínimo vital corresponde ao cuidado da sobrevivência da pessoa, mesmo que ela possa ou não ser considerada como digna, já o existencial refere-se “a uma existência com dignidade”. Assim, o Estado, no momento que atua, tem o dever de priorizar o mínimo existencial, onde irá também atuar pelo mínimo vital, ou seja, “o mínimo vital é um patamar abaixo do mínimo existencial”. (SILVA, 2015, p. 61)

Entretanto, surgiu uma dúvida: E quando o Estado não possuir condições de fornecer o mínimo existencial? De acordo com Sarmiento, diante da limitação de recursos, o Estado deverá escolher as suas maiores prioridades a partir das inúmeras diversidades na qual precisa executar, onde acaba por retirar certas aplicações de um lado e executando em outros e para compreender essa prática econômica, criou-se a chamada reserva do possível. (SARMENTO, 2016, p. 229)

Daniel SARMENTO⁸⁴ (2016, p. 229) explica como a reserva do possível tomou grande destaque no meio jurídico:

No Brasil, a jurisprudência alude com frequência à ideia de reserva de possível desde que o Min. Celso de Mello proferiu a já mencionada decisão monocrática na ADPF 45, que se referiu ao instituto, embora relativizando, já de partida, a sua relevância. A maior parte dos julgados subsequentes sobre o assunto reproduz trechos dessa decisão, que passou a ser a formulação canônica sobre a matéria na jurisprudência brasileira. (SARMENTO, 2016, p. 229)

⁸⁴ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 229;

Exemplificando, o Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário nº 592.581/RS⁸⁵ de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, ao decidir sobre a necessidade das obras emergenciais em estabelecimentos prisionais:

É lícito ao Judiciário impor à administração pública a obrigação de fazer medidas ou obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, e assegurar aos detentos o respeito da sua integridade física e moral. (STF, RE 592.581/RS, j. 13/08/2015)

Sendo assim, o mínimo existencial deve ser garantido pelo Estado para todos os indivíduos que assim o precisarem, pois, esse terceiro elemento reforça a importância de garantir todos as condições básicas, desde que respeitando as normas legais, para obtenção de uma vida digna.

E o *reconhecimento*, quarto e último elemento, diferente do que se entende, o reconhecimento deve ser atendido pela valorização e também pela consagração do respeito as pessoas existentes na sociedade e não somente, a “pura” identificação entre as pessoas, ou como afirma Daniel Sarmiento, o reconhecimento intersubjetivo (quando envolve consciências individuais).

Contudo, onde está previsto na Carta Magna Brasileira? Daniel Sarmiento afirma que não há previsão expressa, entretanto, apresenta preceitos que podem trazer preocupações com práticas injustas na esfera cultural, tais como: criminalização do racismo (art. 5º, XLII, CF), proteção estatal às culturas indígenas e afro-brasileiras (art. 215, §1º, CF). (SARMENTO, 2016, p. 255)

O reconhecimento está vinculado a princípios constitucionais que demonstram sua importância para o ordenamento jurídico, sendo esses: dignidade da pessoa humana, à liberdade, à igualdade e à solidariedade. Entretanto, Sarmiento já alerta que esses princípios “devem ser interpretados de forma harmônica e reciprocamente iluminada. No que concerne ao reconhecimento, tais princípios não entram em tensão, mas se reforçam mutuamente”. (SARMENTO, 2016, p. 256)

Ao desprezar a identidade de um indivíduo, entende-se que houve uma violação ao reconhecimento, tanto em práticas públicas quanto nas privadas, pois, com o desrespeito, aplica-se a ideia de certas humilhações na qual acabam com o ser humano.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581/RS. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 13 de agosto de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>. Acesso em: 20 nov. 2022;

Sarmiento defende que o reconhecimento possa ser tratado como um direito fundamental, pois como diz “é um direito ao igual respeito da identidade pessoal”, porém, afirma que esse direito possui 02 (dois) lados. Um positivo, onde “impõe ao Estado a adoção de medidas voltadas ao combate dessas práticas e à superação dos estigmas existentes” e outro Negativo, na qual tenta vedar “as práticas que desrespeitam as pessoas em sua identidade, estigmatizando-as”. (SARMENTO, p. 257)

Esse reconhecimento tem forte interpretação jurídica em direitos universais, na qual, pode ser referenciado, a Lei nº 4.121/62 (situação jurídica da mulher casada), entretanto, essa situação já está igualada com o a Constituição Federal de 1988 e com o Código Civil de 2002. Outra norma que até os dias atuais ainda traz, infelizmente, dessabores em face dessa comunidade, é a Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) e também, a questão da união estável, mesmo que já tenha sido pacificada pela Suprema corte, ainda hoje abre-se discursões irrelevantes ou pouco ortodoxa. (SARMENTO, 2016, p. 263-269)

Além do mais, Sarmiento informa que os “direitos específicos a determinados grupos podem decorrer de razões legítimas ou ilegítimas” onde cita como caso interessante, na qual, até hoje há discordâncias, as “ações afirmativas de natureza racial para acesso ao ensino superior e a cargos públicos”, sendo possível relacionar essa prática a promoção igualdade material, bem como uma compensação a discriminações passadas e o pluralismo nas instituições, seguindo como exemplo, o manifesto da ADPF nº 186⁸⁶ que aborda sobre as cotas raciais no vestibular da Universidade de Brasília (UnB). Outro exemplo, reflete no “direito à adaptação razoável” onde determinadas práticas deveram ser aplicadas para determinados grupos vulneráveis e minoritários (Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência⁸⁷) (SARMENTO, 2016, p. 269-278)

Assim, o quarto elemento de Daniel Sarmiento (2016, p. 298) corresponde “a articulação com o valor intrínseco da pessoa, com a autonomia e com a proteção do mínimo existencial, de modo a proporcionar uma robusta proteção aos aspectos mais caros à personalidade humana”.

⁸⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais nº 186, Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 26 de abril de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 10 nov. 2022;

⁸⁷ Promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009. O art. 5.3 da Convenção, por sua vez, determinou: “A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida”.

Logo, a ideia de reconhecimento trazida pelo jurista reforça na obrigação constitucional de garantir o respeito aos indivíduos independente de sua personalidade, bem como, de suas diferenças presentes na sociedade.

O Ministro Luís Roberto Barroso, no tocante a dignidade da pessoa humana, reforça a ideia de transnacionalidade e da universalidade, vinculando-se aos direitos humanos (divergindo de Daniel Sarmiento que baseia em questões internas) e constrói seus argumentos em 03 (três) nível.

Daniel Sarmiento reforça esse princípio por meio da profundidade humanística, contudo, BARROSO⁸⁸ (2014, p. 72) define seus níveis por meio de sua concepção minimalista, ao aduzir:

Grosso modo, esta é a minha concepção minimalista: a dignidade humana identifica 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário). (BARROSO, 2014, p. 72)

Ainda nessa questão minimalista, BARROSO⁸⁹ (2020, p. 245) apresenta as características de um conteúdo mínimo:

(...) devem ser a laicidade – não pode ser uma visão judaica, católica ou muçulmana de dignidade –, a neutralidade política – isto é, que possa ser compartilhada por liberais, conservadores e socialistas – e a universalidade – isto é, que possa ser compartilhada por toda a família humana. Para levar a bom termo esse propósito, deve-se aceitar uma noção de dignidade humana aberta, plástica e plural. (BARROSO, 2020 p. 245)

O *Valor intrínseco*, primeiro nível, em plano filosófico, refere-se ao conteúdo ontológico da dignidade, sendo vinculado a natureza do ser, ou seja, contribui para a diferenciação entre outros seres vivos e também das coisas, pois, Barroso aduz que as coisas têm um preço estabelecido. Já os indivíduos, possuem sua dignidade, termo que não há como mensurar. (BARROSO, 2014, p. 76)

Tanto que BARROSO (2020, p. 245) afirma que o valor intrínseco decorre do postulado antiutilitarista e outro antiautoritário, diferenciando-os da seguinte maneira:

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 72;

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. Saraiva Educação, 2020, p. 245;

O primeiro se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos sociais de outros; o segundo, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário. (BARROSO, 2020, p. 245)

Acompanhando Barroso, Siddharta LEGALE e Eduardo Manuel VAL⁹⁰ (2017, p. 180): “Em outras palavras, o ser humano possui dignidade, um valor incomparável, incondicionado, sem equivalentes, ou seja, um valor. Possui uma dignidade inalienável que impõe dever de respeito à dignidade da humanidade dentro de nós”.

Porém, no plano jurídico, o valor está na origem de uma série de direitos fundamentais, onde considera-se como primeiro, o direito à vida, onde “a dignidade preenche, em quase toda sua extensão, o conteúdo desse direito. Não obstante isso, em torno do direito à vida se travam debates de grande complexidade moral e jurídica”. O direito à igualdade afirma que “todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração, independentemente de raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição”. O terceiro valor corresponde ao direito à integridade física, na qual, trata da proibição de tortura, do trabalho escravo ou forçado, como diz Barroso, “é aqui que se colocam debates complexos como os limites às técnicas de interrogatório, admissibilidade da prisão perpétua e regimes prisionais”. (BARROSO, 2014, p. 77-78)

Tendo também, o direito à integridade moral ou psíquica, onde estão incluídas a privacidade, a honra e a imagem, tanto que Barroso aduz: “Existe, pelo mundo todo, uma quantidade razoável de precedentes envolvendo direitos fundamentais derivados da dignidade humana como valor intrínseco”. (BARROSO, 2014, p. 79)

Logo, o valor intrínseco defendido por Barroso refere-se aos diversos direitos fundamentais aplicados a situação do próprio indivíduo no mundo, entretanto, ressalta-se a possibilidade de conflitos entre esses direitos, como exemplo: a liberdade de expressão, com o direito à privacidade.

A *autonomia*, segundo nível, constitui-se no elemento ético da dignidade humana, onde Barroso afirma ser um fundamento do livre arbítrio, na qual, permite-se buscar da forma os caminhos de como viver bem e ter uma vida boa, tanto o Ministro defende como

⁹⁰ LEGALE, Siddharta; VAL, Eduardo Manuel. A dignidade da pessoa humana e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direito Humanos. Direitos Fundamentais e Justiça: DFJ, Belo Horizonte, v. 11, n. 36, 175-202, jan/jun. 2017. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/145982>. Acesso em: 01 fev. 2022;

ponto central a autodeterminação, ou seja, é quando um indivíduo escolher os meios pelo qual irá caminhar com sua vida. (BARROSO, 2014, p. 81)

Essa autonomia pressupõe, na visão de BARROSO (2014, p. 81-82), “o preenchimento de determinadas condições, como a razão (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a independência (a ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a escolha (a existência real de alternativas)”.

Além do mais, a autonomia possui as dimensões públicas e privadas, bem como, o chamado mínimo existencial, onde na primeira dimensão, reforça a ideia dos direitos individuais, das liberdades públicas, instituindo-se também, outros meios de liberdade, tais como, liberdade de expressão, de consciência, entre outros. A segunda dimensão (privada) refere-se aos direitos políticos, na questão de que todos são livres, iguais e que podem participar de decisões de suas próprias vidas. E o mínimo existencial onde os indivíduos terão as condições necessárias para poder adquirir suas vontades, tanto no aspecto público quanto no privado, logo, esse mínimo resguarda-se como o núcleo essencial dos direitos fundamentais. (BARROSO, 2014, p. 82-87)

Assim, como já mencionado, esse segundo nível, trata-se do livre arbítrio da pessoa, onde poderá tomar as devidas decisões no intuito de trilhar por caminhos que sua possa almejar, conseguindo atingir uma vida satisfatória.

Já o *valor comunitário*, terceiro e último nível, Barroso afirma ser o elemento social da dignidade, pois os meios para atingir a dignidade serão estabelecidos a partir das relações de uma pessoa com outra. Tanto que, para Barroso, “a dignidade como valor comunitário enfatiza, portanto, o papel do Estado e da comunidade no estabelecimento de metas coletivas e de restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa”. (BARROSO, 2014, p. 88)

Além disso, o valor comunitário baseado na conduta coletiva, ou seja, na relação de um indivíduo a outro, institui-se na obrigação de promover a proteção de terceiros, onde “qualquer sociedade civilizada impõe sanções cíveis e criminais para salvaguardar valores e interesses relativos à vida, integridade física e psíquica, propriedade e costumes, entre outros”. Já segunda característica, a proteção do próprio indivíduo, onde o Estado deve intervir em situações nas quais a pessoa não ultrapasse certos limites existentes no paternalismo ou até mesmo no moralismo (práticas aceitáveis para o uso de poder coercitivo a partir de valores morais). (BARROSO, 2014, p. 89-90)

BARROSO⁹¹ (2014, p. 91-92) define a dignidade como valor comunitário, ao trazer 02 (dois) caso emblemáticos: de arremesso de anões e o caso do *peep show*:

(...) frequentemente inspirada por motivações paternalistas e moralistas, tem servido de fundamento para diversas decisões judiciais mundo afora. Uma das mais famosas dessas decisões ocorreu no caso do arremesso de anão, decidido pelo Conseil d'État (Conselho de Estado) da França e confirmado pela Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. (BARROSO, 2014, p. 91)

(...)

Uma outra decisão bastante conhecida foi a do caso do *peep show*, julgado pelo Tribunal Administrativo Federal da Alemanha. O Tribunal manteve uma negação de licença para a realização de uma atração na qual uma mulher faz strip-tease diante de um cliente situado em uma cabine individual. Com o pagamento, o palco fica visível para o cliente, mas a mulher permanece sem poder vê-lo. A licença foi recusada com a justificativa de que a atração afrontava valores morais, uma vez que violaria a dignidade das mulheres ao reduzi-las à condição de mero objeto. (BARROSO, 2014, p. 92)

Além desses casos, há outros fatos que são proibitivos para a terceira característica (proteção de valores sociais), tais como: o incesto, pedofilia e incitação à violência, entretanto, ocorrem casos que em tempos atuais são considerados discutíveis, como: a prática da prostituição e a descriminalização das drogas consideradas leves. Contudo, deve-se atentar para as práticas impostas pelo legislador que servirão para garantir os valores sociais, onde tomará como norte, as seguintes interpretações: a existência de um direito fundamental, a existência de um consenso social sobre o respectivo tema e também, o risco para o direito dos indivíduos. (BARROSO, 2014, p. 93-98)

Entretanto, essa interpretação do valor comunitário possui divergência com o pensamento de Daniel Sarmento, haja vista que o jurista não compreende esse consenso social, onde seria suficiente para lastrear o moralismo jurídico empregado para limitar a autonomia pessoal. Não é à toa que Sarmento não está de acordo com a essa questão do consenso, pois entende que “muitas vezes as mais graves injustiças são naturalizadas e aceitas sem maiores controvérsias nas sociedades em que são praticadas. Tornam-se, por isso, invisíveis e são objeto de consenso, que por vezes envolve até as suas próprias vítimas”. (SARMENTO, 2016, p. 179-180)

Com intuito de facilitar essa divergência com Barroso, SARMENTO⁹² (2016, p. 180) exemplifica de modo claro:

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 91;

⁹² SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 180;

(...) exemplo de consenso invocado por Barroso – vedação à pornografia infantil mesmo quando não haja menores reais envolvidos –, o fundamento mais adequado para a interdição da atividade, na minha compreensão, não é a ofensa a um valor socialmente compartilhado, mas o agravamento do risco de gravíssimos danos a terceiros vulneráveis.¹⁵⁵ Afinal, a pornografia infantil, mesmo quando não envolve crianças e adolescentes reais, estimula o abuso sexual contra menores. Já em relação ao incesto, embora o consenso social realmente exista em desfavor da prática – trata-se de um dos poucos tabus sexuais ainda subsistentes, que tem natureza praticamente universal –, não me parece legítimo proibir relações eróticas ou amorosas entre parentes próximos que sejam adultos e capazes. No Brasil, aliás, elas não são legalmente proibidas. (SARMENTO, 2016, p. 180)

O valor comunitário enfatiza os valores sociais, éticos e morais por meio da intervenção do Estado, onde será aplicado por seu legislador, onde geralmente será por um juiz consubstanciado em suas normas jurídicas. Haja vista que esse valor funciona como uma caracterização para a tentativa de desenvolver um senso comum.

Esse valor interpretado pelo Ministro Luís Roberto Barroso deve, no mínimo, ser compreendido como caminhos a serem percorridos, onde estão sendo aceitas e realizando certas comparações com tribunais internacionais, principalmente os europeus, na qual, sendo possível, criar-se um certo parâmetro, no intuito de construir um avanço para o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, entende-se pertinente a construção desse princípio por meio do seu valor comunitário, principalmente, pelas experiências adquiridas com outras soberanias, analisando como outros tribunais conseguiram chegar a um denominador comum referente a um determinado tema. Fazendo com que a magistratura brasileira possa aproveitar essas experiências coletadas e conseguindo desenvolver suas próprias interpretações e decisões.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS: APLICAÇÃO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Neste segundo momento, tratar-se-á dos Direitos Fundamentais, iniciando com a definição consubstanciada pelas ideias de Robert Alexy e posteriormente, abordar as chamadas Teorias fundamentais.

Na sequência, será realizada uma breve síntese histórica quanto a das regras e dos princípios, em seguida, adentrar-se-á na sua aplicação e fazendo uma abordagem junto as práticas adotadas pelas teorias de Ronaldo Dworkin e Cass Sunstein.

E por último, será apresentado, de modo sintetizado, o Suporte Fático na visão de Alexy e também, demonstrando suas distinções com a ideia aplicada por Virgílio Afonso da Silva.

2.1 Teorias Fundamentais: Terminologia aplicada por Robert Alexy.

Antes de adentrarmos nos direitos fundamentais interpretados por Alexy, inicialmente, precisamos apresentá-lo, justamente para demonstrar sua importância ao mundo internacional e também pela sua consagrada base jurídica-filosófica que servirá para a construção deste trabalho, principalmente no tocante as questões jusfundamentais.

Robert Alexy nasceu em 09 de setembro de 1945 na cidade alemã de Oldenburg localizada na Baixa Saxônia, graduado em Direito e Filosofia pela Universidade Georg-August, de Göttingen, adquirindo o respeito pela academia alemã com sua obra intitulada Teoria da Argumentação Jurídica (*Theorie der Juristischen Argumentation*) publicada em 1978, produto de seus estudos de doutoramento.

Porém, seu reconhecimento internacional ocorreu em 1984, com a obra intitulada Teoria dos Direitos Fundamentais (*Theorie der Grundrechte*), considerada como um verdadeiro clássico da Teoria do Direito. Esses exemplares são considerados os notórios trabalhos de sua filosofia do Direito.

Atualmente, exerce o cargo de Professor da Universidade de Christian-Albrechts em Kiel (Alemanha). Sua importância é tamanha no Brasil que seus estudos são usados em inúmeras decisões pelo Poder Judiciário, servindo como aspecto norteador por membros do Supremo Tribunal Federal.

Diante de sua influência no meio jurídico brasileiro, sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais será aplicada nesta dissertação como ótica construtiva, fazendo assim, como a principal base de referencial teórico para este e também ao próximo capítulo.

Robert ALEXY⁹³ (2015, p. 31) defende que os direitos fundamentais podem ser estruturados em diversas teorias, onde de modo simplificado:

Sobre os direitos fundamentais é possível formular teorias das mais variadas espécies. Teorias históricas, que explicam o desenvolvimento dos direitos fundamentais, teorias filosóficas, que se empenham em esclarecer seus fundamentos, e teorias sociológicas, sobre a função dos direitos fundamentais no sistema social/ são apenas três exemplos. Difícil haver uma disciplina no âmbito das ciências humanas que, a partir de sua perspectiva e com seus métodos, não esteja em condições de contribuir com a discussão acerca dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2015, p. 31)

Para Alexy, a constitucionalização dos direitos fundamentais, respeitando a Constituição Alemã (base definida em sua obra), será defendida sua teoria geral jurídica construída a partir objeto e natureza aplicados em respectivos atributos: teoria dos Direitos Fundamentais (primeiro momento), Teoria jurídica (segundo momento) e encerrando com a teoria geral. (ALEXY, 2015, p. 32)

Diante desses atributos, nota-se que ALEXY analisa por meio da perspectiva estatista dos direitos fundamentais, ou seja, pretende-se aplicar a relação de Estado com a ordem internacional e não, aquela falsa interpretação de intervenção do Estado na economia ou diretamente na sociedade.

Contudo, Robert ALEXY⁹⁴ (2015, p. 32) traz essa concepção estatista como uma teoria interna, ao afirmar:

Uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã é uma teoria acerca de determinados direitos fundamentais positivos vigentes. Isso a diferencia tanto de teorias sobre direitos fundamentais que tenham vigido no passado (teorias histórico-jurídicas), como de teorias sobre direitos fundamentais *per se* (teorias filosófico-jurídicas), como de teorias sobre direitos fundamentais que não os da Constituição alemã - por exemplo, teorias sobre direitos fundamentais de outros países ou teorias sobre direitos fundamentais dos Estados Federados alemães. (ALEXY, 2015, p. 32)

A teoria de Alexy estrutura-se por meio de dogmas, ou seja, sendo definidas pelo direito positivo e desenvolvida por meio das ciências do direito, logo, não há que se entender sua construção a base de dogmas.

⁹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 31;

⁹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 31;

Inicialmente, uma teoria dogmática reflete as margens da Ciência do Direito, sendo caracterizado como dogmas jurídicos ou até mesmo como uma ciência jurídica, porém, essa análise jurídica é vista como algo pouco claro. (ALEXY, 2015, p. 33)

Porém, antes dos jurídicos, há o reconhecimento dos aclamados dogmas clássicos, aqueles baseados no raciocínio jurídico, respeitando o direito positivo diante de determinadas atitudes ideológicas ou racionais, nas quais, coloca-se uma espécie de meio-termo referentes a solução prática em conjunto com o conhecimento científico. (SANTIAGO NINO, 1987, p. 321)

Mesmo sendo apresentado como pouco claro, a professora Vera Regina Pereira de ANDRADE⁹⁵ (1996, p. 18) explica a dogmática jurídica, quando aduz:

(...) na autoimagem da Dogmática jurídica ela se identifica com a ideia de ciência do Direito que, tendo por objeto o Direito positivo vigente em um dado tempo e espaço e por tarefa metódica (imaneente) a “construção” de um “sistema” de conceitos elaborados a partir da interpretação do material normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna, tem por finalidade ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito. (ANDRADE, 1996, p. 18)

Com essa dogmática jurídica, criou-se o modelo dogmático tridimensional desenvolvido por Ralf Dreier e Robert Alexy (quando ambos ainda eram docentes pela da Universidade de Gottingen), cujo intuito reflete em um caráter mais específico em uma investigação, buscando a relação entre a teoria jurídica com a própria dogmática, fazendo com que se estabeleça uma característica multidimensional, construindo-se uma análise mais ampliada, logo, contribuindo para que o juiz possa ter um ponto de vista para decidir os casos concretos. (DREIER, 1984, p. 76)

Essa teoria tridimensional será distintamente dividida em 03 (três) dimensões da dogmática jurídica: analítica, empírica e normativa. (ALEXY, 2015, p. 33)

ALEXY⁹⁶ (2015, p. 33) apresenta a primeira dimensão (analítica), de modo resumido, como:

(...) a dimensão analítica diz respeito à dissecção sistemático-conceitual do direito vigente. O espectro de tal dimensão estende-se desde a análise de conceitos elementares (por exemplo, do conceito de norma, de direito subjetivo, de liberdade e de igualdade), passando por construções jurídicas (por exemplo, pela relação entre o suporte fático dos direitos fundamentais e suas restrições e pelo efeito perante terceiros), até o exame da estrutura do sistema jurídico (por exemplo, da assim chamada irradiação dos direitos fundamentais)

⁹⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 18;

⁹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 33;

e da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais (por exemplo, do sopesamento). (ALEXY, 2015, p. 33)

Entende-se que a teoria do direito busca construir conceitos e até mesmo categorias jurídicas que venham a serem estabelecidas com o intuito de estabelecer uma clara compreensão com o meio normativo. Logo, podendo citar como exemplos, o conceito de relação jurídica, conceito de norma, de posições jurídicas, sendo considerados entendimentos que não se encontram nos ordenamentos jurídicos, porém, com sua evolução interpretativa, conseguiu estar estabelecida nas questões fáticas (teóricas).

Ainda neste pensamento, essa dimensão também será desenvolvida em princípios que possuem conteúdos substanciais, entretanto, não buscará apenas a produção da norma por uma autoridade competente, ou seja, devendo-se aplicar também, a partir de cada situação concreta, deixando claro que, seus conceitos e relações de diferentes meios devem atingir a estrutura dorsal do sistema jurídico.

ALEXY⁹⁷ (2015, p. 34) apresenta a segunda dimensão (empírica) como:

A dimensão empírica da dogmática jurídica pode ser compreendida a partir de dois pontos de vista: primeiro, em relação à cognição do direito positivo válido e, segundo, em relação à aplicação de premissas empíricas na argumentação jurídica, por exemplo, no âmbito de argumentos consequencialistas. Aqui, interessa somente a primeira acepção. A dimensão empírica não se esgota com a descrição do direito nas leis, pois inclui também a descrição e o prognóstico das práticas jurisprudenciais, ou seja, não só direito legislado, mas também direito jurisprudencial. (ALEXY, 2015, p. 34)

Logo, o próprio Alexy, já deixa claro que o objeto da dimensão empírica, engloba, mais que o conceito de direito e também, da validade do positivismo jurídico. (ALEXY, 2015, p. 34)

Porém, para uma investigação na teoria dos direitos, basta o primeiro ponto defendido por Alexy, pois aplica-se as suas práticas (premissas) em um processo judicial, ou seja, a dimensão empírica efetua seu desenvolvimento obedecendo uma ordem judicial válida (respeitando sua positivação), bem como, suas práticas executadas por meio das sentenças judiciais, até mesmo por decisões jurisprudenciais.

Como terceira dimensão (normativa), Robert ALEXY⁹⁸ (2015, p. 35-36) afirma que esta dimensão será uma ampliação da empírica:

⁹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 34;

⁹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 35-36;

(...) a dimensão normativa, avança para além do simples estabelecimento daquilo que, na dimensão empírica, pode ser elevado à condição de direito positivo válido, e diz respeito à elucidação e à crítica das práxis jurídicas, sobretudo das práxis jurisprudenciais. A questão central, nessa dimensão, é, a partir do direito positivo válido, determinar qual a decisão correta em um caso concreto. Em todos os casos polêmicos a resposta a essa questão implica valorações de quem a responde. A dogmática jurídica é, em grande medida, uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado. Isso faz com que a dogmática jurídica seja confrontada com o problema da possibilidade de fundamentação racional dos juízos de valor. Mais adiante será demonstrado que isso é em princípio possível. (ALEXY, 2015, p. 35-36)

Essa dimensão corresponde não somente a apresentação de práxis jurídicas, assim como ocorria na dimensão anterior, haja vista que, a segunda trouxe as características dogmáticas, ou seja, servindo apenas como um meio de comunicação para o direito positivo.

Além de demonstrar o direito positivo válido, será preciso apresentar a decisão correta, sempre acompanhada de um caso concreto, assim, partindo da análise referente a casos complexos (polêmicos), onde suas respostas comprometem valores a quem irá responder.

O problema dos valores surge sobretudo quando da interpretação do material normativo empiricamente constatável e do preenchimento de suas lacunas. (ALEXY, 2015, p. 36)

No tocante as dimensões, é possível dar ênfase a cada uma, porém, varia de acordo com cada teoria. Entretanto, entende-se necessário haver a construção de uma teoria racional do direito, caso tenha uma “combinação” com todas as dimensões, ou seja, a sua aplicação deverá ser em conjunto com as formas analíticas, empíricas e normativas. (ALEXY, 2015, p. 37)

Assim, ALEXY (2015, p. 39) defende que sua teoria seja de modo integrativa e estrutural, haja vista que, todas as dimensões da ciência jurídica, trabalha como estruturas ou pela reunião de diferentes de análise discursiva.

Essa aplicação estrutural desenvolve-se a partir de duas questões basilares: alcance da decisão correta e pela fundamentação racional da argumentação. Então, a ciência do direito não será apenas interpretativa, mas também será de forma prática, pois, deverá ter uma racionalidade na fundamentação. Assim, os seus juízos devem exigir a racionalidade.

Tanto que ALEXY⁹⁹ (2015, p. 43) entende que o direito não é uma ciência que fixa apenas em juízos abstratos ou descritivos (aqueles tipos de juízos que buscam um aspecto mais objetivo), quando afirma:

A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos. Isso, no entanto, pressupõe clareza tanto acerca da estrutura das normas de direitos fundamentais quanto acerca de todos os conceitos e formas argumentativas relevantes para a fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2015, p. 43)

Entretanto, nota-se claramente que, o direito exerce sua funcionalidade respeitando os juízos normativos (responsável pela regulamentação de conduta), logo, não há como trabalhar apenas com o juízo descritivo, pois, constata-se presente também, os juízos práticos.

Assim, na ocorrência das disposições de direito em conjunto com os juízos de dever-ser, deverá ser analisado o caminho correto a ser percorrido, desse modo, as práticas obrigacionais impostas ao Estado, onde o mesmo, deixa de ser realizado. Contudo, entende-se necessário verificar essas questões obrigacionais, pois, a obrigatoriedade deve ser específica ou mesmo determinada de modo compreensível.

Para um melhor entendimento, podemos citar como exemplo, o direito a saúde, enraizado na Constituição Federal de 1988, ou seja, o Estado tem o dever de zelar pela saúde, mas não significa que irá disponibilizar (inicialmente) certos medicamentos que não estão previstos pelos órgãos competentes. Assim, caso o indivíduo precise, este irá acionar juridicamente o Estado na tentativa de obter seu direito.

Porém, entende-se pela necessidade de ter a racionalidade nesse caminho, bem como, uma análise de acordo com cada caso concreto, ou seja, precisa de um meio de controle intersubjetiva.

Alexy defende a aplicação da dimensão analítica, logo, quando diz: Se há algo que pode livrar ao menos um pouco a ciência dos direitos fundamentais da retórica política e das idas e vindas das lutas ideológicas é o trabalho na dimensão analítica. Contudo, deve-se frisar que esta dimensão somente terá robustez com a presença da racionalidade. (ALEXY, 2015, p. 49)

⁹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 43;

Assim, Robert Alexy alega que uma análise somente analítica, empírica ou normativa não irá conseguir elucidar esses caminhos e muito menos definir a fundamentação racional nas decisões corretas.

Ainda no tocante ao Direitos Fundamentais, entende-se pertinente abordar as normas fundamentais, bem como seus enunciados. Com este raciocínio, ALEXY (2015, p. 49) apresenta que “Entre o conceito de norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental há estreitas conexões”.

Devemos compreender as chamadas “estreitas conexões”, pois, nem tudo atribuído a norma corresponde ao conceito de direitos fundamentais, tanto que ALEXY (2015, p. 49) afirma “sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito. Se a recíproca é verdadeira, isso já é duvidoso. Ela não é verdadeira quando há normas de direitos fundamentais que não outorgam direitos subjetivos”.

Logo, a existência de um direito fundamental terminar a presença de uma norma, entretanto, há casos em que a normas não serão garantidoras dos direitos fundamentais, podendo citar como exemplo, o artigo 5º, IV da CF/88, diz: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

Para a norma brasileira, este artigo versa sobre direitos fundamentais, todavia, Alexy não coaduna com este entendimento, pois o autor entende como um enunciado meramente linguístico, ou seja, não corresponde a um direito fundamental. Nesse sentido, essa linguagem de enunciados descritivos apenas apresentaram o texto, sem qualquer forma de modificação, podendo citar como exemplo, a descrição de um crime previsto no Código Penal.

Contudo, ainda há os enunciados performativos, ou seja, são dirigidos a transformar a realidade para conseguir determinar uma conduta. Assim, o Direito traz consigo determinadas condutas as pessoas, logo, entende-se como um enunciado normativo, podendo citar o caso do artigo 5º, IV da CF/88.

Assim, as normas de direitos fundamentais não são questões pontuais, ou seja, fáceis de serem resolvidas, tanto que ALEXY¹⁰⁰ (2015, p. 52) demonstra a dificuldade de esclarecer, quando afirma:

Não é de surpreender que a discussão acerca do conceito de norma como conceito fundamental da Ciência do Direito não tenha fim. Toda definição desse conceito implica decisões sobre o objeto e o método da disciplina, ou

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 52;

seja, sobre seu próprio caráter. Dessa forma, a fundamentação daquilo que se sustenta variará conforme se entenda como norma. (ALEXY, 2015, p. 52)

Ainda nesta interpretação, ALEXY (2015, p. 54) defende o uso de critérios que contribuem com esses enunciados normativos, logo, recomenda-se que “os critérios para a identificação de normas sejam buscados no nível da norma, e não no nível do enunciado normativo”. Sendo auxiliados pelas chamadas modalidades deônticas, onde ALEXY (2015, p. 55) cita inicialmente “as básicas do dever, da proibição e da permissão”.

As modalidades deônticas são funções da linguagem expressa, a partir do desempenho (característica) em seu enunciado, contudo, para facilitar a compreensão, podendo citar como exemplo, artigo 5º, IV da Carta Magna Brasileira. Ao usar a expressão “é livre”, entende-se que a modalidade aceita refere-se a permissão.

Assim, de modo prático, entende-se a expressão enunciado normativo difere das normas, pois o enunciado reflete no seu próprio texto. Já a norma, refere-se a semântica aplicada aos enunciados, ou seja, trata-se do produto da interpretação dos enunciados, respeitando necessariamente suas modalidades deônticas.

Nesse sentido, Humberto ÁVILA¹⁰¹ (2004, p. 23) afirma que não existe uma “correspondência biunívoca” entre texto e norma, dissociando-nos da ideia de que um obrigatoriamente só existe na dependência do outro.

A expressão correspondência biunívoca verifica-se que um único enunciado normativo possa ter presente diversas normas, podendo citar o artigo 5º, IV do texto constitucional, assim, podendo ser classificados assim: enunciado (é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato); modalidade de permissão (é permitido a livre expressão de pensamentos aos indivíduos); modalidade de proibição (os indivíduos estão proibidos de se expressarem de forma anônima).

Porém, deve-se lembrar que há situações, como já apresentadas, onde os direitos fundamentais na Constituição de 1988 não será considerada com fundamentais na visão de Alexy, haja vista que são interpretados como enunciados linguísticos. Entretanto, ALEXY (2015, p. 26-27) defende que os direitos fundamentais estão expressos no catálogo de direitos fundamentais da Constituição Alemã, quando afirma:

O catálogo de direitos fundamentais regula de forma extremamente aberta questões em grande parte muito controversas acerca da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Isso pode ser percebido com grande clareza nos conceitos dos direitos fundamentais à dignidade, à liberdade e à igualdade.

¹⁰¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 23;

Se a eles forem adicionados conceitos sobre os fins do Estado, a estrutura da democracia, do Estado de Direito e do Estado Social. (ALEXY, 2015, p. 26-27)

O catálogo apresentado por ALEXY (2015, p. 68) serão definidos, em primeiro lugar, por todas as disposições do capítulo da Constituição alemã intitulado "Os Direitos Fundamentais" (artigos 1º a 19), independentemente daquilo que por meio delas seja estabelecido. Entretanto, não deverão ser interpretados como rol taxativo, pois há casos onde mesmo "estando fora" serão considerados como direitos fundamentais.

ALEXY (2015, p. 68) apresenta alguns casos (fora do catálogo) considerados como garantidores desses direitos fundamentais, logo, responderão como normas fundamentais, a saber: artigos 20, § 4º; 33; 38; 93, §1º, 4ª; 101, 103 e 104 da Constituição alemã. Esses direitos fora do catálogo são conhecidos como disposições periféricas associadas.

Nas normas de direitos fundamentais, é possível perceber nitidamente uma dupla abertura, ou seja, uma abertura semântica e uma outra estrutural. Logo, pode-se compreender como abertura semântica uma norma que já possui sua modalidade deôntica, porém, ainda não se consta de uma definição exata, podendo citar como exemplo, o artigo 196 da CF/88: "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 artigo demonstra o direito, mas não deixa claro a que tipo de saúde está se referindo, muito menos a que dever (deôntica), o texto está sendo retratado.

Já a abertura estrutural é defendida por Alexy, diante da impossibilidade de se determinar, a partir do mero dever de que ciência, pesquisa e ensino sejam livres, se essa situação deve ser realizada por meio de ação estatal ou se exige abstenções estatais, bem como, se a existência ou a realização dessa situação pressupõe ou não a existência de direitos subjetivos dos cientistas que digam respeito à liberdade científica. (ALEXY, 2015, p. 71)

Então, a abertura estrutural afirma que o direito fundamental não seria uma coisa só (uma mera interpretação), ou seja, o direito poderá contemplar uma diversidade de posições jurídicas, porém, nem todos poderão ser readmitidos como direitos subjetivos.

Além do mais, ALEXY (2015, p. 73) apresenta os chamados direitos fundamentais atribuídos que são aquelas que são de fato atribuídas pela jurisprudência e pela Ciência do Direito às normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional.

Esses direitos atribuídos são aqueles controles intersubjetivos (análise de cada caso). Logo, para uma melhor relação entre as normas e o texto constitucional, surge a relação de refinamento, onde ocorre quando se aceita um "direito fundamental não-escrito", caracterizado pelo fato de que a norma de direito fundamental que o garante não se encontra em norma expressa diretamente pelo texto constitucional. (ALEXY, 2015, p. 72)

Tanto que ALEXY¹⁰² (2015, p. 74) justifica sua interpretação, da seguinte maneira:

Saber se uma norma atribuída é uma norma de direito fundamental depende, portanto, da argumentação referida a direitos fundamentais que a sustente. À primeira vista, isso tem consequências fatais. Em muitos casos que dizem respeito à atribuição de uma norma, a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais é algo discutível. As regras da fundamentação referida a direitos fundamentais não definem um procedimento que leve, em todos os casos, a somente um resultado. (ALEXY, 2015, p. 74)

Sendo assim, essa relação corresponde, de modo mais prático, a um controle a relação fundamental desse processo de atribuição, assim, não basta apenas uma referência ao direito fundamental para que este atributo venha a ser definido como válido.

2.2 Regras e Princípios: Síntese Histórica

Antes de adentrarmos nessa problemática, deve-se compreender que a distinção entre Regras e Princípios surge com o positivismo jurídico tradicional, ou seja, fruto de uma ideologia positivista mais ampla, tendo como norteador desse positivismo, o jurista e filósofo austríaco Hans KELSEN¹⁰³ (2010, p. 85), na qual defende que:

Pode-se dizer que o positivismo foi o que houve de mais extremo no ideal modernista. Assim, definiu Henry Myers (1966): o "Positivismo é a visão de que o inquérito científico sério não deveria procurar causas últimas que derivem de alguma fonte externa, mas sim, confinar-se ao estudo de relações existentes entre fatos que são diretamente acessíveis pela observação". A expressão "Positivismo Jurídico" nasce da locução Direito Positivo, contraposta ao Direito Natural, a distinção entre tais conceitos se dá basicamente pelo conceito, em que um se preocupa com aquilo que é convenção da natureza (Direito Natural) e o outro com aquilo que provém dos homens (Direito Positivo) (KELSEN, 2010, p. 85)

¹⁰² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 74;

¹⁰³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 85;

Entretanto, o positivismo não é um método uniforme, pois trata-se de uma análise mais aprofundada, ou seja, constata-se de uma indeterminação semântica, assim, Lenio Luiz STRECK¹⁰⁴ (2016, p. 19), afirma que:

Por certo o positivismo jurídico, enquanto o paradigma teórico, está longe de ser algo uniforme. Muito ao contrário, por positivismo jurídico é possível considerar posições teóricas que são, entre si, profundamente heterogêneas. Esse desgaste gerado pelo campo semântico em torno daquilo que poderia ser definido como positivismo jurídico levou, ainda na década de 1950, à produção de trabalhos que pretendiam, entre outras coisas, organizar o âmbito do termo. Os trabalhos de Norberto Bobbio, na tradição continental, e de Herbert Hart, no âmbito da cultura anglófona, são exemplos representativos deste esforço (STRECK, 2016, p. 19).

Esse positivismo, de acordo com Kelsen (2016) constitui-se em um direito livre de valor, porém, construído a partir de um sistema voltado as condições de regras (sistema fechado).

Logo, o magistrado da época era conceituado como “a boca que pronuncia as palavras da Lei” (visão do positivismo clássico), ou seja, as decisões prolatadas eram estruturadas na norma expressa. Esta literalidade era vinculada a uma lógica jurídica meramente formal (Clássica de Aristóteles)

Entretanto, nota-se que a aplicação não seria realizada de forma coerente, pois as normas acabavam sendo aplicadas para determinados grupos, assim, passando a ser praticado de modo personalizado (definidos por critérios específicos não concernentes aos direitos).

Assim, surge a necessidade de alterar o Estado Legislativo para o Estado Constitucional, onde traz a norma dos princípios, fazendo com que o direito venha a aplicar, além das regras, um cultivo dos termos moral e justiça (dupla natureza do direito), bem como, as respectivas distinções entre regras e os princípios. Bernardo Gonçalves FERNANDES¹⁰⁵ (2021, p. 267-268) demonstra sua importância, quando afirma:

Vários juristas vão pôr em relevo a construção de um ordenamento jurídico com base não só em regras, mas também em princípios jurídicos. Essa perspectiva vai ter como objetivo central **superar a concepção positiva** atrelada a um sistema jurídico fechado, preso a um modelo de regras. Ao longo da história do direito, os princípios jurídicos percorreram um longo caminho até se desgarrarem totalmente da noção de Direito Natural e alcançarem uma leitura que lhes atribuisse normatividade. Nesse sentido, deixaram de ser vistos como elementos de uma racionalidade especial e

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 19;

¹⁰⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 267-268;

atemporal (divina ou universal), para pertencerem ao conceito de norma jurídica, passando essa a ser formada agora por duas espécies distintas: as regras jurídicas e os princípios jurídicos. (FERNANDES, 2021, p. 267-268)

Acompanhando este entendimento, Fábio COMPARATO¹⁰⁶ (2006, p. 485) apresenta os princípios como norma jurídica de ação:

Montesquieu funda todas as suas reflexões políticas na noção de princípio, como mola mestra do funcionamento dos diferentes governos. Há a seguinte diferença entre a natureza do governo e o seu princípio: sua natureza é o que faz ser o que é, ao passo que o seu princípio, o que o faz agir. Uma é sua estrutura particular e a outra, as paixões humanas que o fazem mover-se.

[...]

Esta distinção é muito importante, e eu deduzirei dela várias consequências; ela é a chave de uma infinidade de leis. Anote-se, de passagem, que já aí se encontra em germe a distinção entre princípios e regras, estas como dedução daqueles. (COMPARATO, 2006, p. 485)

Trazendo mais especificações, Flávio MARTINS (2022) apresenta a classificação de Canotilho, referente aos princípios, onde divide-se em: a) princípios jurídicos fundamentais (*Rechtsgrundsätze*), sendo considerado como, os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional; b) princípios políticos constitucionalmente conformadores (são os princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte); c) princípios constitucionais impositivos (são os princípios que impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas); d) princípios-garantia (são os princípios que visam a instituir direta e imediata mente uma garantia aos cidadãos) (MARTINS, 2022, p. 524-525)

E o próprio autor completa a classificação de J.J. Gomes Canotilho, ao informar que as regras são divididas em: a) regras jurídico-organizatórias (podendo ter regras de competência, de criação de órgãos, de procedimento); b) regras jurídico-materiais devendo ter regras de direitos fundamentais destinadas ao reconhecimento de garantia dos direitos fundamentais, bem como, as regras determinadoras de fins e tarefas do Estado e também as regras constitucionais impositivas. (MARTINS, 2022, p. 525-526)

Acompanhando esse raciocínio, Humberto ÁVILA¹⁰⁷ (2004, p. 120-121) deixa claro a importância de ter as 02 (duas) espécies da norma jurídica:

¹⁰⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 485;

¹⁰⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 120-121;

[...] um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer dizer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e a outra sem a uma. Tal observação é da mais alta relevância, notadamente tendo em vista o fato de que a Constituição Brasileira é repleta de regras, especialmente de competência, cuja finalidade é, precisamente, alocar e limitar o exercício do poder. (ÁVILA, 2009, p. 120-121)

E o próprio Ávila interpreta a aplicação dos princípios e das regras com base nos postulados normativos inespecíficos, quais sejam, a ponderação (atribuindo-se pesos), a concordância prática e a proibição de excesso (garantindo a manutenção de um mínimo de eficácia dos direitos fundamentais), e específicos, destacando-se o postulado da igualdade, o da razoabilidade e o da proporcionalidade. (ÁVILA, 2004, p. 144-185)

Com a junção das duas espécies (regras e princípios) entende-se a formação da norma jurídica, na qual consubstancia a partir de um conteúdo deôntico, onde constituem-se no sentido proibição, permissão.

Nesse diapasão, nota-se claramente, a necessidade de buscar critérios específicos ou pelo menos, norteadores, com o intuito de apresentar uma distinção entre as regras e os princípios, haja vista entender-se pertinente, principalmente na abordagem das inúmeras interpretações doutrinárias.

Bernardo Fernandes consegue trazer uma separação, com critérios pertinentes, apresentados por Canotilho e com suporte jurídico de diversos autores (Josef Esser, Karl Larenz, Martin Borowsky, Robert Alexy, Ronald Dworkin, entre outros), podendo ser definidos como: a) Grau de abstração; b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto; c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito; d) Proximidade da ideia de direito; e) Natureza normogenética (FERNANDES, 2021, p. 268)

No tocante à distinção, sistematiza a matéria, estabelecendo os seguintes critérios de CANOTILHO¹⁰⁸ (2003, p. 1159-1162):

a) grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida; b) grau de determinabilidade na aplicação do caso

¹⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1159-1162;

concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta; c) carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito); d) “proximidade” da ideia de direito: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (DWORKIN) ou na ‘ideia de direito’ (LARENZ); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional”; e) natureza normogénica: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante. (CANOTILHO, 2003, p. 1159-1162)

Entretanto, mesmo com diversos juristas e doutrinadores atuando sobre as normas jurídicas, deve-se estender, ao filósofo e jurista estadunidense Ronald Dworkin, o prestígio de ser o primeiro autor a abordar diretamente a distinção entre regras e princípios, dentro do contexto do *common law*.

Assim, para uma melhor compreensão sobre a respectiva temática, entende-se necessário apresentar laconicamente, as principais doutrinas referentes a regras e princípios, principalmente no tocante as suas interpretações e também nas aplicações jurídicas.

2.2.1 Regras e Princípios na visão de Robert Alexy e suas distinções com Ronald Dworkin e Cass Sunstein.

Antes de adentrar na correlação da norma jurídica entre regras e princípios, entende-se pertinente apresentar a visão de Alexy no tocante ao direito e a moral¹⁰⁹ e também classificar a justiça, ou seja, deve-se tratar da chamada dupla natureza do direito.

A moral resguarda no direito aos valores sociais, aplicando-se o método indutivo, ou seja, iniciando pelas normas jurídicas até chegar ao ordenamento jurídico. Logo, busca-se as regras para atingir o cerne da questão, o ordenamento, desde que atinja de modo correto e justo. No tocante a justiça, Alexy (2015) defende a necessidade de reparar um dano ou como o próprio autor diz: “não é possível tolerar a injustiça extrema em qualquer lei ou decisão”.

¹⁰⁹ Cass Sunstein diverge quanto a interpretação de moral de Alexy, pois, para o jurista, os magistrados devem confeccionar suas decisões pela moralidade política, bem como, pelo reconhecimento de grau superior por parte do Congresso norte-americano ao tratar sobre questões jurídicas dentro de uma dimensão democrática.

Parafrazeando esse entendimento, Ilton Norberto ROBL FILHO¹¹⁰ (2010, p. 4) transmite, de modo claro, a interpretação de justiça por Alexy:

“No entanto, caso uma lei ou um precedente seja extremamente injusto, nos termos da fórmula de Radbruch, essa norma perde o seu caráter jurídico, pois não é possível tolerar a injustiça extrema em qualquer lei ou decisão” (ALEXY, 2009, p. 75). Dito em outras palavras, em razão da necessidade do direito na institucionalização da razão prática e na solução de conflitos, as normas que se encontram em um sistema que globalmente formula uma pretensão de correção e justiça serão válidas a não ser que concretizem uma injustiça extrema. Caso as normas não formulem a pretensão de correção e justiça, mas não sejam absurdamente injustas, ou quando elas formularem, porém não cumprirem a pretensão, serão necessariamente defeituosas no âmbito jurídico (conexão qualificadora), mas não perderão o caráter jurídico (ROBL FILHO, 2010, p. 4).

Assim, Alexy apresenta a chamada dupla natureza do direito, como o próprio nome informa, traz a natureza de 02 (dois) modos: Formal e Substancial. A formal será atribuída a questão moral, baseando-se nas práticas corretas e justas. Em contrapartida, a substancial estrutura-se em uma conjuntura envolvida na execução da justiça. Tanto que, Tércio FERRAZ JÚNIOR¹¹¹ (2001, p. 351) afirma: “A justiça é o princípio e o problema Moral do Direito”.

A distinção das regras e dos princípios, para Alexy, são de extrema importância na norma jurídica, pois entende que há restrições entre os direitos fundamentais, onde não poderia ser possível realizar essas restrições, sem compreender a diferença entre as duas terminologias. (ALEXY, 2015, p. 85)

E ainda complementa “nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico”. (ALEXY, 2015, p. 85)

Então, entende-se que as regras e os princípios são espécies de normas, logo, o reconhecimento dos princípios não devem se estruturar apenas na interpretação legislativa, deve-se também, atender pela possibilidade de fundamentação dedutiva nos âmbitos dos direitos fundamentais.

¹¹⁰ ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conceito e Validade do Direito**: a polêmica entre Robert Alexy e Eugenio Bulygin sobre a pretensão de correção do direito. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3507.pdf>. Acesso em: 1 out. 2022;

¹¹¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, decisão dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 351;

Nesse sentido, MENDES e BRANCO¹¹² (2021, p. 147) afirmam que a tese de Alexy:

(...) também fala nos princípios convivendo no mundo normológico com as regras. Para ele, princípios e normas configuram as pontas extremas do conjunto das normas, mas são diferentes – e a distinção é tão importante que Alexy a designa como “a chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”. (MENDES e BRANCO, 2021, p. 147)

Contudo, a ideia de regras e princípios não surgiu com Robert Alexy, mas, sim por Ronald Dworkin¹¹³, na qual, Alexy, como um dos grandes apoiadores da ideia de Dworkin, entendeu-se que era necessário aprofundá-la.

Para entender sua aplicação, na questão de regras e princípios, Ronald DWORKIN¹¹⁴ (2002, p. 1-2) afirma a necessidade de existir um consenso voltado a teoria do direito, quando aduz:

(...) os juristas lidam com problemas que não são técnicos nesse sentido e sobre os quais não há consenso geral quanto ao modo de proceder. Um exemplo é o problema ético que se apresenta quando um jurista se pergunta não se uma lei particular tem eficácia, mas se é equânime. Um outro exemplo são as perplexidades conceituais que surgem quando os juristas tentam descrever a lei por meio de conceitos que não são claros. Um jurista pode querer dizer, por exemplo, que a lei das responsabilidades civis considera os homens responsáveis tão-somente por danos causados por suas infrações legais (faults). Outro advogado pode contestar essa afirmação, e a controvérsia entre eles pode ser um desacordo não sobre fato ou doutrina, mas a respeito do que significa transgressão legal. (DWORKIN, 2002, p. 1-2)

E o próprio autor complementa:

(...) as técnicas costumeiras dos juristas na prática do direito. Os juristas chamam essas questões recalcitrantes de "relativas à teoria do direito" e discordam, como se poderia esperar, quanto à importância de resolvê-las. As faculdades de direito em geral oferecem cursos especiais, denominados "Teoria do Direito", "Teoria Legal" ou qualquer coisa do gênero, dedicados ao estudo de tais questões. Contudo, como o traço distintivo de tais controvérsias é exatamente o fato de não haver acordo a respeito de que tipo de controvérsias elas são e que técnicas de estudo elas exigem, esses cursos variam extremamente no tocante aos métodos que empregam. (DWORKIN, 2002, p. 2-3)

¹¹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 146;

¹¹³ Ronald Dworkin ao escrever a obra intitulada *Levando os direitos a sério* (*Taking Rights Seriously*) em 1977, tornou-se o primeiro autor a desenvolver diretamente a distinção entre regras e princípios;

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 23;

Entretanto, Dworkin defende que um sistema jurídico jamais poderia ser discricionário, haja vista que, o autor se questiona como os magistrados conseguem tomar suas decisões, poderiam ser por meio de regras prévias ou deveria estabelecer novas leis, principalmente nos casos de relevância (casos difíceis) e posteriormente, aplicam-se essas regras de modo derradeiro a outros casos. (DWORKIN, 2002, p. 33-36)

Percebe-se que o termo princípio empregado em decisões, demonstra ser de modo abstrato, sendo bem genérico, onde normalmente não são encontrados na própria Constituição. Além disso, esses princípios não apresentam uma conduta pautada a questões jurídicas, logo, refere-se a interpretações morais ou até mesmo políticos. (DWORKIN, 2002, p. 36)

Dworkin (2002) entende que o Direito será construído em princípios morais, respeitando uma determinada moralização civilizatória, do que propriamente em regras ou em técnicas jurídicas. Contudo, os magistrados não poderão pautar suas decisões da forma como querem entender (por discricionariedade).

Marcelo NOVELINO¹¹⁵ (2021, p. 141) apresenta a estrutura normativa:

Na distinção lógica adotada por Dworkin as normas apontam para decisões próprias em circunstâncias específicas, mas se diferenciam pelo caráter da direção fornecida. O jusfilósofo norte-americano aponta a existência de três espécies normativas: regras (*rules*), diretrizes políticas (*policies*) e princípios (*principles*). (NOVELINO, 2021, p. 141)

Tanto que, Bernardo Fernandes explica essa distinção, quando afirma que “as duas teses (critérios de diferenciação) que ganharam maior destaque na teoria do direito foram a distinção **quantitativa** (tese fraca) e a distinção **qualitativa** (tese forte) entre regras e princípios”. (FERNANDES, 2021, p. 268)

Dworkin, assim como Alexy e Canotilho, defende a aplicação da distinção ou critério qualitativo, ou seja, para Dworkin (2002) a distinção entre regras e princípios será classificada em 03 (três) vertentes: Regras e princípios são normas jurídicas; essas normas possuem estruturas lógicas distintas; uma boa interpretação jurídica perpetua em uma melhor interpretação moral das próprias normas.

Nesse sentido, deve-se entender que a tese de Dworkin será canalizada em regras e princípios. Logo, regras e princípios não são idênticos, ou seja, possuem certas diferenças estruturais.

¹¹⁵ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 141;

MENDES e BRANCO¹¹⁶ (2021, p 146) demonstram as diferenças de estrutura lógica atrelada as obrigações jurídicas:

No curso dos seus estudos, Ronald Dworkin concordou que um princípio normativo e uma regra se assemelham, na medida em que ambos estabelecem obrigações jurídicas. O que os estremaria seria não o maior ou menor grau de vagueza da disposição, mas, sim, o tipo de diretiva que apresentam. (MENDES e BRANCO, 2021, p. 146)

Dworkin (2002) conceitua as regras à maneira do tudo ou nada (*rules are applicable in all or nothing fashion*) ou seja, caso a regra tenha validade, será considerada como aceita, por outro lado, caso não seja válida, a regra não deverá ser aceita, portanto, não será aceita (excluída), logo, não terá aplicação no ordenamento jurídico.

O próprio Dworkin¹¹⁷ (2002, p. 39-40) traz um exemplo para desvendar o termo empregado tudo ou nada:

Esse tudo-ou-nada fica mais evidente se examinamos o modo de funcionamento das regras, não no direito, mas em algum empreendimento que elas regem - um jogo, por exemplo. No beisebol, uma regra estipula que, se o batedor errar três bolas, está fora do jogo. Um juiz não pode, de modo coerente, reconhecer que este é um enunciado preciso de uma regra do beisebol e decidir que um batedor que errou três bolas não está eliminado. Sem dúvida, uma regra pode ter exceções (o batedor que errou três bolas não será eliminado se o pegador [*catcher*] deixar cair a bola no terceiro lance). Contudo, um enunciado correto da regra levaria em conta essa exceção; se não o fizesse, seria incompleto. Se a lista das exceções for muito longa, seria desajeitado demais repeti-la cada vez que a regra fosse citada; contudo, em teoria não há razão que nos proíba de incluí-las e quanto mais o forem, mais exato será o enunciado da regra. (DWORKIN, 2002, p. 39-40)

Pegando o exemplo acima, Dworkin afirma ser possível identificar as exceções presentes na regra e que também, poderão ser enumeradas, ou seja em teoria, “todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra”. (DWORKIN, 2002, p. 40)

A Regra, ainda, possui outra característica marcante, o chamado suporte fático, ou seja, caso ocorra o que estiver presente em seu texto, deverá ser definido como consequência jurídica. Logo, de modo lacônico, a regra consubstanciará em: válido ou inválido; Incluyente ou excluyente e aplicação prática do suporte fático com a consequência jurídica.

¹¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 146;

¹¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39-40;

Já o princípio, na visão Dworkiana, será aplicado por meio da chamada dimensão por peso ou importância (informação supramencionada), ou seja, são princípios que em certos casos concretos irão prevalecer sobre outros, pois, como já diz, possui uma maior importância, buscando trazer questões valorativas. Contudo, o princípio considerado de menor peso, não significa que deverá ser extinto ou excluído, apenas não será aplicado aquele caso concreto.

Os princípios não poderão ser enumerados, diferente do que acontece com as regras, e também um princípio, não será uma exceção ao outro. Com o intuito de ampliar essa compreensão, MENDES e BRANCO¹¹⁸ (2021, p. 148) explicam de modo simplificado:

(...) os princípios se contrapõem em um caso concreto, há que se apurar o peso (nisso consistindo a ponderação) que apresentam nesse mesmo caso, tendo presente que, se apreciados em abstrato, nenhum desses princípios em choque ostenta primazia definitiva sobre o outro. Nada impede, assim, que, em caso diverso, com outras características, o princípio antes preterido venha a prevalecer. (MENDES e BRANCO, 2021, p. 148)

Além de não serem inumerado enumerados, os princípios não podem ser conduzidos a um único padrão de resposta, ou seja, não há como ter uma única decisão para cada caso, pois sempre irá depender diretamente do contexto apresentado e também, do próprio caso concreto.

Para entender a abordagem exercida no parágrafo acima, MENDES e BRANCO¹¹⁹ (2021, p. 148-149) apresenta um exemplo bem característico:

Figure -se o exemplo de um conflito entre o direito fundamental **da liberdade de expressão** com o direito fundamental **à privacidade** que ocorrerá se um jornalista desejar expor dados pessoais de alguém numa reportagem. Os dois direitos têm a **índole de princípios**, eles não se **diferenciam hierarquicamente**, nem constituem **um a exceção do outro**. Muito menos se há de cogitar resolver o atrito segundo um critério cronológico. O conflito, portanto, não se resolve com os critérios usuais de solução das antinomias. Ao contrário, terá que ser apurado, **conforme o caso**, qual dos dois direitos **apresenta maior peso**. Não seria impróprio, assim, considerar que, se o indivíduo retratado não vive uma situação pública relevante, a privacidade terá maior peso do que se ele é ator de algum fato de interesse público significativo, quando o interesse geral na matéria poderá ser arguido para emprestar maior peso à liberdade de expressão. (MENDES e BRANCO, 2021, p. 148-149) **(grifo nosso)**

¹¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 148;

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 148-149;

Marcelo NOVELINO¹²⁰ (2021, p. 142) também contribui para o entendimento dos princípios:

Os juízes, assim como estão obrigados a aplicar uma regra válida, devem decidir conforme os princípios de maior peso, mesmo quando existem outros apontando em sentido contrário. Os princípios indicam, apenas de forma provisória (caráter *prima facie*), o sentido da decisão a ser dada, sendo que seu preterimento em um caso específico, não significa invalidade. **Atuam com maior destaque nos casos difíceis (hard cases)**, orientando as decisões e servindo como base argumentativa para sua fundamentação. (NOVELINO, 2021, p. 142) **(grifo nosso)**

Esses casos difíceis (*hard cases*) são aqueles onde não apresenta soluções por meio de regras, logo, deve-se aplicar o uso de princípios (tendo caráter mais aberto) com o intuito de apresentar mais raciocínios respeitando os direitos fundamentais. Desse modo, Dworkin afirma que “devemos confiar nas técnicas de decisão judicial que, a nosso juízo, possam reduzir o número de erros, com base em algum juízo a respeito das capacidades relativas dos homens e das mulheres que podem desempenhar diferentes papéis”. (DWORKIN, 2002, p. 203)

Como já supramencionado, Dworkin iniciou a prática distintiva entre regras e princípios e Alexy não só acompanha a teoria como a aprofundou, ou seja, os imbróglis sofridos por Dworkin não seriam preocupantes para Alexy. Em contrapartida, ao enraizar na teoria, surgiram outros embaraços a serem interpretados pelo jurista de Kiel.

Mesmo com a abordagem que Dworkin, uma das grandes dificuldades para compreender a distinção dos princípios e das regras reflete em uma falsa interpretação no sentido de acreditar em um elevado grau de importância, como se o princípio estivesse em um nível hierarquicamente acima das regras.

Para ilustrar esse pensamento, Celso Bandeira de MELLO¹²¹ (2006, p. 808-809) exemplifica de modo simples:

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, 2006. p. 808-809)

¹²⁰ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 142;

¹²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 808-809;

Entretanto, ALEXY¹²² (2015, p. 87) considera como maior critério de distinção a generalidade, ao afirmar:

Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença. Segundo o critério de generalidade, seria possível pensar em classificar a primeira norma como princípio, e a segunda como regra. (ALEXY, 2015, p. 87)

Contudo, ainda há outras formas de distinção, tais como, a forma de seu surgimento (por meio das normas criadas ou também como as normas desenvolvidas), podendo incluir, a referência da ideia do direito ou a uma lei jurídica suprema, bem como, a determinação dos casos de aplicação e também, pela sua importância na ordem jurídica. (ALEXY, 2015, p. 88)

Mesmo considerada como a principal, a ideia de generalidade, não pode ser aplicada como fonte irrestrita, como é apresentada por diversos juristas. Haja vista que, não há como definir se uma norma é mais ou menos genérica ou abstrata, pois assim, partiria para uma análise subjetiva, ou seja, fugiria da racionalidade.

Ainda sobre os demais critérios, é possível apresentar inúmeras interpretações exposta por diversos doutrinadores, contudo, Robert Alexy apresenta em 03 (três) teses, onde a primeira busca a distinção em duas classes, a das regras e a dos princípios, na qual seria, diante da diversidade existente, fadada ao fracasso, pois não há estabelecido um conteúdo axiológico e uma relação íntima com a ideia de direito. Já a segunda, concentra-se na divisão de modo relevante em regras e princípios, porém, consubstanciado na diferenciação apenas da questão de grau. (ALEXY, 2015, p. 89-90)

A terceira tese, essa defendida e aceita por ALEXY (2015, p. 90), sustentando que “as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa. Essa tese é correta”.

Logo, conceitualmente, o princípio, de acordo com ALEXY¹²³ (2015, p. 90), reflete:

[...] nas normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por

¹²² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 87;

¹²³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 90;

consequente, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2015, p. 90)

Entretanto, ainda sobre os princípios, o jurista estadunidense Cass Sunstein¹²⁴ diverge da interpretação de Alexy, na qual, inicialmente, SUNSTEIN¹²⁵ (1996, p. 1-3) defende a existência de divergências sobre os princípios pela qual deverá regulamentar uma sociedade, para ilustrar essas desarmonias, podemos citar como exemplo: a liberdade de expressão relacionada a questões de gênero, bem como, as interpretações religiosas ligadas ao espaço público (tanto no campo aberto, como praças, até mesmo em local fechado, como as repartições), logo, o autor demonstra uma verdadeira dissensão entre princípios.

No tocante as regras, ALEXY (2015, p. 91) afirma que “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”.

Para termos uma melhor compreensão, vide o art. 205 da Constituição Cidadã (Direito à educação), onde o seu entendimento está em sentido amplo¹²⁶, assim, como defende Emerson GARCIA¹²⁷ (2006, p. 96), “o tratamento dado ao direito à educação na Carta Magna de 1988 o conforma como direito subjetivo da pessoa humana e, como tal, torna-se exigível a sua ampla e irrestrita efetividade.”

Essa questão ampla ao direito a educação, caracteriza-se por meio de diversos princípios saneadores, podendo citar como exemplo prático, a universalidade respeitando a pessoa humana, ficando bem objetivo com o entendimento de GARCIA (2006, p. 84), ao afirmar que “são considerados fundamentais aqueles direitos inerentes à pessoa

¹²⁴ Consagrou-se como professor da Universidade de Chicago e atualmente, é docente da Universidade de Harvard. O professor possui inúmeras obras no meio acadêmico estadunidense, tais como: Um caso por vez (*One case at a time*), *Radicals in robes* e também, A Constituição Parcial (*The Partial Constitution*).

¹²⁵ SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 1-3;

¹²⁶ Para Alexy, sua teoria corresponde a satisfação em diferentes graus, logo, os princípios podem ser interpretados de modo mais ou menos amplo, podendo também, ter prática parcial, entretanto, essa vertente não está presente na Teoria de Dworkin;

¹²⁷ GARCIA, E. **O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade**. Revista Forense. Rio de Janeiro, vol. 383, p. 83-112, 2006. Disponível em: https://www.tjrj.ius.br/c/document_library/get_file?uuid=e6ecb9f7-96dc-4500-8a60-f79b8dc6f517&groupId=10136. Acesso em: 25 set. 2022;

humana pelo simples fato de ser considerada como tal, trazendo consigo os atributos da tendência à universalidade, da imprescritibilidade e da inalienabilidade”.

Esse extenso princípio direcionado à educação, não deve ser interpretado apenas em caráter escolar, mesmo sabendo que há distinções nos frutos educacionais, tais como: Educação Infantil, Ensino Fundamental, o Ensino Médio e a Educação Superior, entretanto, devem-se a tentar também, a outros meios educacionais que se enquadram a esses níveis (educação especial, educação de jovens e adultos, entre outras). Além do mais, a questão da aprendizagem se configura a inúmeros âmbitos, como: na comunidade, no trabalho, na família, em associações, em roda de amigos, entre outros.

Assim, como já havia sido mencionado, o direito à educação expresso na Constituição federal de 1988 se apresenta como modo expansivo (amplo), logo, *a priori*, entende-se que esse direito deverá ser aplicado na maior medida possível, ou seja, tudo aquilo que puder ser cultivado respeitando as normas conexas à educação.

Sunstein (1996), divergindo de Alexy, afirma que o princípio não basta, apenas, ser interpretado como o mais importante, precisa ser aplicado de modo mais amplo, observando suas diversidades e aplicando determinados precedentes que possam consubstanciar a decisão do magistrado da melhor maneira possível, assim, Sunstein defende o chamado princípio substantivo, ou seja, quando um princípio (amplificado) irá se sobressair a outro, desde que esteja com suas respectivas fundamentações (baseando-se em questões morais e políticas).

Sunstein, com o intuito de tornar mais prática sua teoria, descreve os chamados princípios interpretativos em substantivos e semânticos. Tanto que os princípios substantivos (já supracitado) refletem em decisões de aporte político e moral. (SUNSTEIN, 2009, p. 127)

Já os princípios semânticos, estão bem explicados por SUNSTEIN¹²⁸ (2009, p. 127) quando afirma que são “aqueles cuja aceitação conta como parte do que se dispõe a dizer a linguagem pertinente de forma simples e de maneira lexicográfica”.

Ainda nessa interpretação, Sunstein (2009) defende o uso de limites no papel das cortes¹²⁹, pois o autor interpreta que, essa limitação, será possível simplificar o exercício do poder judiciário, bem como, a redução ao fator de transformação social em suas decisões.

¹²⁸ SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição Parcial**. São Paulo: Del Rey, 2009, p. 127;

¹²⁹ O professor de Harvard divide essa problemática em 03 (três) tópicos: a) Democracia, cidadania e compromisso, b) Eficácia e c) Foco limitado a adjudicação.

Entretanto, deve-se deixar claro que os princípios interpretativos aplicados por Cass Sunstein divergem das teorias aplicadas por Robert Alexy e Ronald Dworkin, pois as duas últimas flertam pelo entendimento de que os princípios poderão sofrer colisões (Alexy) ou ser desenvolvido por meio da concorrência (Dworkin).

Alexy já trazia a denominação, suporte fático (tema a ser mencionado no próximo tópico), na qual poderão impedir a realização integral do direito fundamental, pois observa-se a necessidade de certos limites e restrições, podendo citar como exemplo, quando o Estado se dispõe a desenvolver a melhor educação, entretanto, sabemos que precisa ter um alto custo ao Erário para sua concretização. (ALEXY, 2015, p. 33)

Logo, há estados-membros que, infelizmente, não possuem verbas disponíveis a serem usadas, haja vista, a imposição de repasse a outros setores públicos (saúde, segurança, entre outros), ou até mesmo quando incorre na presença de mão-de-obra capacitada para o exercício.

Nesse contexto, o Estado, mesmo com suas dificuldades, não poderá deixar de cumprir, devendo realizar sempre da melhor maneira, respeitando seus limites fáticos e também, obedecendo as normas legais (limitação jurídica¹³⁰), como por exemplo, a aplicação do ensino domiciliar, pois, sabe-se que, mesmo com inúmeros projetos de Lei no sentido de permitir a adoção do estudo em casa, a máxima Corte Brasileira entendeu pela impossibilidade da regulamentação do *homeschooling* no Brasil, pois entende-se necessário o comparecimento da criança à sala de aula para ter convivência com alunos de crenças e valores distintos.

Por outro lado, para Alexy (2015), as regras não precisam de análise da melhor medida possível, ou seja, existindo as regras, deve-se cumpri-las de modo integral, assim, entende-se pertinente para o entendimento do choque, ou seja, da colisão entre princípios¹³¹ e o conflito entre regras.

ALEXY¹³² (2015, p. 91-92) aduz esse conflito, quando afirma:

A diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Comum às colisões entre princípios e aos conflitos entre regras é o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja,

¹³⁰ Uma característica que somente encontra-se na teoria de Alexy, haja vista que, na tese de Dworkin, as regras são consubstanciadas no chamado tudo ou nada, aplicando-se a partir da validade da regra.

¹³¹ Presente somente na teoria de Robert Alexy, pois Ronald Dworkin não acredita nesse conflito (colisão), mas, sim, na concorrência entre princípios.

¹³² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 91-92;

a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios. E elas se distinguem pela forma de solução do conflito. (ALEXY, 2015, p. 91-92)

Assim, para Alexy (2015), quando a questão de incompatibilidade normativa, busca-se o conflito entre as regras e quanto essa incompatibilidade for aplicada aos princípios, entende-se por colisão entre princípios.

Nesse sentido, Sunstein entende que mesmo com a presença desse conflito, entende que os desacordos devem ter um verdadeiro respeito mútuo, pois, os magistrados ao aplicar suas decisões, devem julgar as polêmicas consubstanciando em acordos teóricos incompletos com o intuito de garantir a estabilidade social, onde esses acordos deverão trazer resultados concretos, fazendo com que juristas que discordem possam entrar em um comum acordo, pelo menos, em um caso específico. (SUNSTEIN, 1996, p. 4-6)

Para o conflito de regras, percebe-se a aplicação de cláusulas de exceção, bem como, as regras de validade, podendo ser construídas a partir de critérios específicos, hierárquicos, temporal, entre outras. Para uma melhor explicação, ALEXY¹³³ (2015, p. 92) exemplifica com o caso de soar alarme de incêndio em sala de aula:

Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio. (ALEXY, 2015, p. 92)

Nesse sentido, a cláusula de exceção será considerada válida, quando a declaração for também considerada por meio de validade, contudo, para definir o conflito de regras pela validade, poderá ser feito a partir de alguns critérios, podendo citar como exemplos:

Temporal (caso de uma norma posterior venha a revogar uma anterior, quando a sua normatização lhe seja contrária); Hierárquico (a norma superior revoga a inferior, quando estiver em desacordo jurídico); Especialidade (quando a norma geral for afastada por uma norma especial a partir de um caso concreto, onde deverá ser aplicado por meio de uma situação específica)

Na ocorrência de conflito de regras, para uma correta definição, inicialmente, sabe-se que uma será considerada como verdadeira, haja vista que uma delas será acolhida

¹³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 92;

de forma integral, porém, qual seria a escolhida? Para responder o questionamento, precisa saber o ponto fundamental (tema central).

Assim, o ponto fundamental refere-se à validade jurídica, ou seja, aquela definida como válida será aplicada de modo integral nos casos concretos, entretanto, para aquelas que não possui validade, não poderá ser cultivada em todas as situações. A norma inválida não poderá ser usada no ordenamento jurídico. Logo, a regra válida será de caráter definitivo.

Já na colisão de princípios, o *modus operandi* será de forma distinta das regras, pois, quando ocorre o choque, significa dizer que um dos princípios irá ceder para o outro, entretanto, não significa dizer que o princípio interpretado como inválido (ao caso concreto) seja descartado ou precise de uma cláusula de exceção. (ALEXY, 2015, p. 93)

Nesse sentido, a colisão em questão será baseada na força (precedência) a partir determinadas questões que um princípio terá sobre o outro, ou seja, nos princípios, ocorre a chamada dimensão do peso ou importância.

Ronald DWORKIN¹³⁴ (2002, p. 42) interpreta a dimensão do peso ou importância do seguinte modo:

Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. (DWORKIN, 2002, p. 42)

Logo, entende-se que essa dimensão faz parte do princípio, tanto que DWORKIN (2002, p. 43) afirma que “essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. As regras não têm essa dimensão”.

ALEXY (2015, p. 94) apresenta alguns casos, diante de inúmeros presentes no Tribunal Constitucional Federal (TCF), que explicam a colisão, contudo, entende-se importante apresentar este: a decisão sobre a incapacidade para participar de audiência processual. Na Alemanha, o princípio do devido processo legal garante o exercício das audiências com o objetivo de ouvir as partes do caso concreto, entretanto, no ordenamento jurídico alemão existe um princípio que protege o direito à saúde de seus cidadãos.

¹³⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42;

Assim, o TCF precisava julgar o caso de um cidadão alemão que se recusava a comparecer em audiência devido a sérios problemas de saúde, podendo influenciar diretamente no seu direito à vida. Nota-se, claramente, a colisão de 02 (dois) princípios, onde precisava decidir qual seria a dimensão de peso: negar o direito à saúde ou deixar de realizar a audiência.

Nesse caso, o Tribunal entendeu pela precedência da proteção à saúde, haja vista que o cidadão envolvido no processo, possuía sérios riscos à sua vida, ou seja, caso tivesse que estar presente na audiência, seria possível ser acometido por um infarto ou outro fato relevante que possa causar a morte.

ALEXY (2015) defende que os pesos não podem ser aplicados de modo abstrato, ou seja, suas atribuições precisam ser de modo concreto, pois aceitando o abstrato, é como se fosse realizar certos tipos de hierarquias subjetivas, logo, não poderia ser aceito pelo ordenamento jurídico. Recebendo críticas por Cass Sunstein¹³⁵, haja vista que o professor se baseia nos princípios interpretativos.

Deve-se ressaltar que o princípio que tenha uma maior precedência, não será classificado como interpretação absoluta, pois não há uma hierarquia inicial entre os valores constitucionais, portanto, todo caso concreto deverá ser analisado individualmente, haja vista que, a decisão aplicada a um caso, não significa necessariamente que será usado para o outro. ALEXY (2015, p. 96) defende pela chamada precedência condicionada, ao afirmar entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Assim, estruturando-se na Lei de Colisão.

A Lei de Colisão refere-se a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis, assim, defendido por ALEXY (2015, p. 99).

Para ALEXY (2015) os direitos fundamentais não poderiam ser somente os princípios e também que nem todos os direitos fundamentais sejam princípios, pois deve-se acrescentar também, a precedência condicionada, onde pode ser uma regra, ou seja, o direito fundamental poderá ter um comportamento de princípio e de regra, onde não

¹³⁵ O professor de Harvard demonstra que os princípios interpretativos, vincula-se diretamente, a dimensão de pesos, baseando-se nos precedentes democráticos (raciocínio analógico, por exemplo), consubstanciado em variáveis sociais, políticas e econômicas. E não “apenas” a dimensão do peso (com percepções abstratas) a partir da situação de cada caso concreto, como defendido por Robert Alexy;

haverá grau de hierarquia ou mesmo de importância (como já mencionado no início deste subtópico).

Acompanhando os direitos fundamentais, as regras apresentam a expressão *prima facie*, na qual ALEXY (2015) defende como caráter definitivo, entretanto, existe a possibilidade dessa norma perder seu caráter em um caso concreto, quando for usada uma cláusula de exceção, para tornar esse entendimento mais didático, aplica-se o exemplo da sala de aula (já apresentado anteriormente), onde tem horário para sair da aula, mas também, como regra, tem o horário para quando soar o alarme de incêndio.

Nesse sentido, com a presença das 02 (duas) regras, Alexy entende ser necessário aplicar a cláusula de exceção consubstanciada no critério de especialidade, logo, a regra poderia ser definida como: Não será permitido a saída antes do horário do término da aula, salvo no caso de soar o alarme de incêndio.

Outro ponto defendido por Alexy corresponde ao uso de princípios que sempre podem ser aplicados as regras, na qual mudaria a *prima facie* da norma, por exemplo, a aplicação do direito a dignidade humana, ou seja, caso o professor ou qualquer outro acadêmico venha a ofender a honra de um aluno na sala de aula, logo, o ofendido poderá se retirar e prestar a devida queixa, fazendo com que a norma será modificada para se adequar a realidade.

Tanto que ALEXY¹³⁶ (2015, p. 105) afirma que:

O fato de o enfraquecimento de seu caráter definitivo não fazer com que as regras passem a ter o mesmo caráter *prima facie* dos princípios constitui apenas um lado da questão. O outro lado é que, mesmo diante de um fortalecimento de seu caráter *prima facie*, os princípios não obtêm um caráter *prima facie* como o das regras. (ALEXY, 2015, p. 105)

Por se tratar de uma condição voltada ao princípio da dignidade da pessoa humana e como já entendido que não há direito absoluto, ALEXY¹³⁷ (2015, p. 118) elucida o caso com a aplicação da máxima da proporcionalidade (tema a ser abordado no último capítulo), ao dizer que:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades

¹³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 105;

¹³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 118;

jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. (ALEXY, 2015, p. 118)

Assim, Alexy defende a aplicação de uma lei de ponderação¹³⁸ (sopesamento), pois, mesmo que não esteja expressamente na regra, do horário da sala de aula, deverá aplicar-se o princípio da dignidade da pessoa humana como uma nova cláusula de exceção, claro, que este sopesamento será usado nas ideias relacionadas aos princípios e não as regras.

2.3 Suporte Fático: Limitação aos Direitos Fundamentais

No tocante a esse termo, deve-se atentar que os direitos fundamentais não possuem hierarquias entre si, contudo, como já mencionado, é possível ocorrer o chamado choque entre esses direitos, em decorrência de seu exercício. Logo, MENDES e BRANCO¹³⁹ (2021, p. 380) afirmam que:

O exercício dos direitos pode dar ensejo, muitas vezes, a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Daí fazer -se mister a definição do âmbito ou núcleo de proteção, e, se for o caso, a fixação precisa das restrições ou das limitações a esses direitos (limitações ou restrições = *Schranke oder Eingriff*). A limitação dos direitos fundamentais é um tema central da dogmática dos direitos fundamentais e, muito provavelmente, do direito constitucional. (MENDES e BRANCO, 2021, p. 380)

Partindo dessa interpretação, entende-se que o âmbito de proteção de um direito fundamental será construído por diversos pressupostos fáticos e até mesmo jurídicos firmados por meio de uma norma jurídica, na qual, irá apresentar uma proteção fundamental. Ainda nessa percepção, há também, os chamados direitos de defesa, onde cuida de normas sobre elementos básicos de certas ações, tais como: liberdade de imprensa, inviolabilidade do domicílio, propriedade, entre outras. (MENDES e BRANCO, 2021, p. 380)

¹³⁸ Entretanto, essa Lei de ponderação ou da proporcionalidade, vislumbra-se apenas na Teoria Alexyniana, não estão presentes na ideia de Ronald Dworkin e nem no chamado Minimalismo Judicial (*Judicial Minimalism*) de Cass Sunstein;

¹³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 380;

Porém, mesmo sendo direitos fundamentais, sabe-se que não poderão ser considerados como ideias absolutas, mas, sim, como relativos. E diante dessa relatividade, percebe-se a necessidade de determinar limites a esses direitos.

Nesse sentido, Flávio Martins atribui 02 (duas) formas de limitação a esses direitos fundamentais: “limitações internas (ou limites imanentes) e limitações externas”. (MARTINS, 2022, p. 1130)

As *limitações internas* (teoria interna), como o seu próprio nome define, são aquelas interpretações presentes de modo interno na Constituição Federal de 1988, tanto que, Martins, cita como exemplos: a liberdade de consciência e crença religiosa (art. 5º, VI) tendo seu limite vinculado ao direito à vida, bem como a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV) onde possui sua limitação em relação ao direito de a honra e a intimidade (art. 5º, X) (MARTINS, 2022, p. 1130)

Para clarear esse entendimento, CANOTILHO¹⁴⁰ (2003, p. 1288) explica esse limite: “os chamados ‘limites imanentes’ são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito protetivo de um direito, liberdade e garantia”.

Flávio MARTINS¹⁴¹ (2022, p. 1131) aborda um exemplo prático, o HC 82.424-2/RS¹⁴², conhecido como “Caso Ellwanger”:

(...) no qual o Supremo Tribunal Federal entendeu que o editor gaúcho Siegfried Ellwanger teria praticado crime de racismo em obra literária antissemita. Os direitos à liberdade intelectual (art. 5º, IV, CF) e liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV) não são absolutos, “não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal” (voto do Min. Maurício Corrêa). Nesse mesmo julgamento, afirmou o Min. Celso de Mello: “aquele que ofende a dignidade de qualquer ser humano, especialmente quando movido por razões de cunho racista, ofende a dignidade de todos e de cada um”.

Entretanto, o próprio professor apresenta outra posição sobre os limites internos, onde defende que são os limites existentes dentro do próprio direito, por meio de um

¹⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1288;

¹⁴¹ MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 1131;

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº82.424-2. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 15 mar. 2023;

processo interno que não deverá ser construído a partir de colisões com outros direitos, nesse sentido, não precisaria ponderar esse direito fundamental com outros direitos, não é à toa que Martins diz “analisaríamos *a priori* a extensão do direito, verificando qual seria sua amplitude, quais seriam seus limites”. (MARTINS, 2022, p. 1131)

Já as *limitações externas* (teoria externa), são aquelas restrições impostas aos direitos fundamentais, onde Martins aduz que “seja por outros direitos constitucionais, seja por meio de leis infraconstitucionais”, onde na sua essência, os direitos fundamentais têm a forma de princípios, logo, sendo passível a ocorrência de colisões. (MARTINS, 2022, p. 1133)

Flávio MARTINS¹⁴³ (2022, p. 1134) traz um exemplo específico para essa limitação, o Recurso Extraordinário com Agravo 652.777/SP¹⁴⁴:

A questão tratava da divulgação da remuneração dos servidores públicos em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública. O direito à intimidade dos servidores públicos (art. 5º, X, CF) foi limitado pelo direito à informação de toda a coletividade (art. 5º, XIV, CF). Segundo o Ministro Teori Zavascki: “é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo”.

Logo, essas restrições podem ser feitas por meio de normas infraconstitucionais, ou seja, uma lei interna brasileira poderá fazer com que se limite um direito fundamental, desde que não seja uma aplicação inconstitucional.

Após essa síntese conceitual e estrutural da limitação dos direitos fundamentais, deve-se abordar o cerne desse subtópico, o chamado Suporte Fático, na qual, Marcelo NOVELINO¹⁴⁵ (2021, p. 325) afirma que:

O suporte fático pode ser definido como o conjunto de condições previstas pela norma que, quando verificadas, geram determinada consequência jurídica. Trata-se de noção bastante utilizada em alguns ramos do direito, embora com outras denominações. No direito penal, por exemplo, costuma ser denominado de tipo; no direito tributário, de hipótese de incidência ou fato gerador. (NOVELINO, 2021, p. 325)

¹⁴³ MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 1134;

¹⁴⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 652.777. Relator: Ministro Teori Zavascki. 23 de abril de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8831570>. Acesso em: 15 mar. 2023;

¹⁴⁵ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 325;

Além do mais, a definição do suporte fático deve ser determinada por meio de sua estrutura normativa (princípios e regras), na sua forma de aplicação (subsunção ou ponderação) e de delimitação (limites internos e limites externas) dos direitos fundamentais. (NOVELINO, 2021, p. 325)

Novelino ainda afirma que o suporte fático possui 02 (dois) elementos: o âmbito de proteção (supramencionado) e a intervenção. Na qual, o termo âmbito da proteção refere-se a parte central, ou seja, trata-se da proteção ao bem jurídico. Tanto que o próprio NOVELINO¹⁴⁶ (2021, p. 326) constrói esse primeiro elemento com base nos direitos de defesa e das prestações, quando aduz:

Nos **direitos de defesa**, compreende as ações, características ou situações que não podem ser afetadas, embaraçadas ou eliminadas. Por exemplo: a vida humana em seu sentido biológico é o bem protegido pela inviolabilidade do direito à vida; o direito de ir, vir e permanecer é o bem protegido pela liberdade de locomoção. Nos **direitos a prestações**, o âmbito de proteção compreende as ações estatais necessárias à realização do direito. Nesse sentido, a construção de hospitais, a contratação de médicos e o fornecimento de medicamentos são políticas públicas essenciais para garantir o acesso universal e igualitário às ações de proteção, recuperação e promoção da saúde. (NOVELINO, 2021, p. 326) (**grifo nosso**)

Marcelo NOVELINO¹⁴⁷ (2021, p. 326) explica, de modo prático, o segundo elemento, a intervenção, onde também possui apresenta os direitos de defesa e de prestação:

(...) além da realização concreta da hipótese protegida pela norma, é necessária a **intervenção** por; parte do poder público ou de um particular no bem protegido. Nos **direitos de defesa** a intervenção consiste na afetação, embaraço ou eliminação do bem jurídico protegido. É o caso, por exemplo, da previsão legal de pena de morte ou da ordem de prisão emanada de uma autoridade judicial. Nos **direitos a prestações**, o conceito deve ser invertido, pois a intervenção ocorrerá quando os poderes públicos deixarem de agir ou agirem de forma insuficiente. Dessa espécie, e.g., a ausência de norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos. (NOVELINO, 2021, p. 326) (**grifo nosso**)

Quanto a intervenção, ainda, deve-se mencionar a questão de poder ou não ter a fundamentação constitucional, tanto que, quando ocorre essa fundamentação, entende-se

¹⁴⁶ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 326;

¹⁴⁷ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 326;

como uma restrição ao direito fundamental (intervenção restrita), porém, quando não for constitucionalmente, nota-se, claramente, uma violação da norma dos direitos fundamentais (intervenção violadora), logo, deverá acionar a consequência jurídica. (NOVELINO, 2021, p. 326)

Assim, de modo simples, o Suporte Fático pode ser compreendido como uma situação de fato precise ocorrer para que um determinado direito faça sua função, logo, será a literalidade estrutural da norma, respeitando o âmbito de proteção, para incidir ou se queria fazer uso do respectivo direito fundamental, ou seja, sendo restritiva sua proteção, restritiva será sua aplicação e quanto mais ampla for sua proteção, maior será seu Suporte Fático.

Além do mais, surgiu uma dúvida pertinente: é possível firmar que os vocábulos limitação e restrição seriam sinônimos? Não, pois, possuem conceitos distintos, onde os limites serão usados para questões internas e não afetam o seu conteúdo normativo, apenas reconhece em seu determinado campo de atuação.

Já a restrição se aplica para situações externas e também, irá atingir o seu conteúdo, pela proporcionalidade, ou seja, caso algo externo venha a interferir sobre a conteúdo interno (caso concreto ou abstrato), esse deverá ser analisado por meio da teoria da ponderação.

2.3.1 Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva: suas distinções ao Suporte Fático

Para Robert ALEXY¹⁴⁸ (2015, p. 302) mesmo sendo distintos, o âmbito de proteção e o Suporte Fático estão ligados pelo conceito de restrição respeitando a norma de direito fundamental, quando aduz:

Os conceitos de âmbito de proteção e de suporte fático devem ser definidos de forma diversa, dependendo da espécie de norma de direito fundamental de que se trate. Mas há algo em comum entre suas diferentes formulações quando ambos são utilizados - como ocorre aqui - como contraparte ao conceito de restrição: eles dizem respeito àquilo que a norma de direito fundamental garante *prima facie*, ou seja, sem levar em consideração as possíveis restrições. Aqui, ambos os conceitos serão analisados somente no que tange às normas de direitos fundamentais permissivas e às normas que garantem direitos de defesa. A estrutura das normas de direitos fundamentais que garantem direitos a uma ação positiva do Estado e as particularidades do princípio geral da igualdade serão analisadas posteriormente. (ALEXY, 2015, p. 302)

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 302;

Tanto que Alexy traz como exemplo, a aplicação do suporte fático por meio da cooptação da coisa religiosa, bem como todas as condutas pertencentes ao âmbito de proteção. Logo, para o autor, essas duas expressões acabam se coincidindo, ou seja, tudo que for usado por um, deverá ser atribuído ao outro também, tanto que, Alexy ainda afirma “e há ainda outra congruência: é possível definir a cooptação religiosa como um "bem protegido" da norma mencionada”. (ALEXY, 2015, p. 303)

Virgílio Afonso da SILVA¹⁴⁹ (2010, p. 65-66) como já supramencionado por Marcelo Novelino, afirma que:

Suporte fático é conceito quase desconhecido no direito constitucional brasileiro. No campo jurídico seu uso é limitado quase que apenas ao direito penal, no âmbito do qual é também chamado de tipo; ao direito tributário, em que costumam ser preferidas as expressões fato gerador e hipótese de incidência; e ao direito civil, sobretudo entre os civilistas influenciados por Pontes de Miranda. (SILVA, 2010, p. 65-66)

Tanto que o próprio autor indaga o seguinte pensamento: Por que o conceito de suporte fático quase sempre passou ao largo do direito constitucional brasileiro? Na visão do professor Virgílio, entende-se por meio de 02 (duas) situações, onde a primeira reflete na ideia de que o direito constitucional sempre foi atrelado a organização estatal, da organização dos poderes e menos um direito constitucional dos direitos fundamentais e a segunda interpretação corresponde ao seu método de trabalho analítico que era pouco usado no direito constitucional brasileiro, sendo por meio da dogmática analítico-conceitual. (SILVA, 2010, p. 66)

FERRAZ JÚNIOR¹⁵⁰ (2001, p. 263) aduz que a dogmática analítica:

(...) com toda a sua aparelhagem conceitual, é um instrumento capaz de proporcionar uma congruência dinâmica entre os mecanismos de controle social, como normas, valores, instituições. Daí a importância da noção de sistema. Este não é constituído pela própria dogmática, mas por ela regulado. Sua função é, pois, regulativa, não constitutiva. O que constitui o sistema é o comportamento social que exige e estabelece normas, institucionaliza procedimentos, marca ideologicamente seus valores, desenvolve regras estruturais etc. Cumpre à dogmática conferir-lhe um mínimo de coerência e razoabilidade para que se possa dominá-lo e exercitá-lo tecnicamente. (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 263)

¹⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 65-66;

¹⁵⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, decisão dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 263;

Corroborando com Virgílio Afonso da Silva, Júlio Pinheiro Faro Homem de SIQUEIRA¹⁵¹ (2009, p. 68) traduz o suporte fático, como tendo “um único sentido que lhe é intuitivo: refere-se ao fato que dá suporte a alguma coisa”.

Seguindo essa interpretação, o professor da Universidade de São Paulo (USP), defende a existência de um suporte fático abstrato e um concreto, na qual SILVA¹⁵² (2010, p. 67-68) conceitua ambos:

Suporte fático abstrato é o formado, em linhas ainda gerais, por aqueles fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica: preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica. *Suporte fático concreto*, intimamente ligado ao abstrato, é a ocorrência concreta, no mundo da vida, dos fatos ou atos que a norma jurídica, em abstrato, juridicizou. (SILVA, 2010, p. 67-68) (**grifo nosso**)

Entretanto, Silva defende o suporte abstrato como condição mais importante, pois os elementos fáticos que a norma jurídica prevê, deve-se imputar determinadas consequências, haja vista que, a verificação da ocorrência do suporte fático concreto dependerá de sua configuração prevista no abstrato. (SILVA, 2010, p. 68)

Além do mais, entende-se pertinente compreender não somente sua característica conceitual, mas, também, a sua forma de aplicação nos direitos fundamentais, tanto que, Silva demonstra sua aplicação por meio da “subsunção, sopesamento, concretização ou outras”, claro, devendo-se atentar a extensão do suporte fático, as fundamentações nos casos de restrição aos direitos fundamentais que precisam da configuração desse suporte, bem como, da existência de colisões entre esses direitos. Não sendo à toa que Silva traz o exemplo de um grupo musical¹⁵³ para entender todas essas situações demonstradas. (SILVA, 2010, p. 68)

Assim, nota-se claramente, uma divergência entre as ideias de Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva no tocante ao Suporte fático, haja vista que, para ALEXY¹⁵⁴

¹⁵¹ SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Direitos fundamentais e suporte fático: notas a Virgílio Afonso da Silva. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 6, p. 67-80, jun./dez. 2009. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/71>. Acesso em: 02 mar 2023;

¹⁵² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 67-68;

¹⁵³ SILVA (2010, p. 68-69): “Determinado grupo musical, frustrado com a impossibilidade de demonstrar ao grande público seu talento, resolve, recorrendo a seu direito constitucional de reunião (CF, art. 5º, XVI), fazer um concerto em local aberto ao público no horário de maior movimento de automóveis na avenida mais movimentada de sua cidade, em cujas cercanias se encontram dezenas de hospitais importantíssimos”;

¹⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 306;

(2015, p. 306) será a somatória tanto do âmbito de proteção quanto da intervenção estatal, ao dizer:

A construção do suporte tático composto pelo bem protegido e pela intervenção baseia-se nas relações entre os conceitos de intervenção, de bem protegido, de restrição e de proibição definitiva e prima facie (direito definitivo e prima facie), as quais podem ser expressas por meio das duas leis que se seguem - denominadas leis de intervenção -, bem como por meio de suas contraposições. (ALEXY, 2015, p. 306)

Já o professor da USP entende a necessidade de ter mais uma característica para a construção do suporte fático, na qual, SILVA¹⁵⁵ (2010, p. 73-74) apresenta esse terceiro elemento:

Segundo autores como Alexy e Borowski, o conceito de suporte fático é composto pela soma de dois elementos: o âmbito de proteção e a intervenção. Além desses dois elementos - e, segundo esses autores, a eles contraposta - estaria **a fundamentação constitucional**, cuja ausência daria ensejo à consequência jurídica do direito fundamental em questão. (SILVA, 2010, p. 73-74) **(grifo nosso)**

Logo, na visão de Virgílio, o suporte fático será composto pelos seguintes elementos: âmbito de proteção (corresponde aos bens protegidos por um direito fundamental, onde poderá ser caracterizado como âmbito de proteção amplo ou restrito); intervenção estatal (é preenchido se o Estado intervier na esfera de liberdade protegida de um indivíduo) e a fundamentação constitucional (daria ensejo à consequência jurídica do direito fundamental) (SILVA, 2010, p. 72-74)

Tanto que, SILVA¹⁵⁶ (2010, p. 75) transforma sua composição de suporte fático em uma fórmula específica:

(...) se APx e não-FC(IE_x), então CJ_x. Ou seja: se x é algo garantido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental {APx} e se não há fundamentação constitucional para uma ação estatal que intervém em x (não-FC(IE_x)), então, deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de x (CJ_x). (SILVA, 2010, p. 75)

¹⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 73-74;

¹⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 75;

Na intervenção estatal, SILVA¹⁵⁷ (2010, p. 76-77) apresenta o esse elemento sob 02 (duas) óticas importantes: dimensão negativa das liberdades públicas e pelos direitos sociais:

O suporte fático de um direito fundamental deve conjugar todos os elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à realização da consequência jurídica da norma que garante esse direito. **No caso da dimensão negativa das liberdades públicas**, o modelo proposto expressava que quando o Estado intervém no âmbito de proteção de um direito fundamental, e essa intervenção não é suficientemente fundamentada, deve ocorrer a consequência jurídica da liberdade, que é a exigência de abstenção estatal.

(...)

Se "proteger **direitos sociais**" implica uma exigência de ações estatais, a resposta à pergunta "o que faz parte do âmbito de proteção desses direitos?" tem que, necessariamente, incluir ações. "Proteger direitos", nesse âmbito, significa "realizar direitos". Por isso, pode-se dizer que o âmbito de proteção de um direito social é composto pelas ações estatais que fomentem a realização desse direito. (SILVA, 2010, p. 76-77) (**grifo nosso**)

Não sendo à toa que o próprio autor apresenta que “o conceito de intervenção estatal precisa ser invertido”, ou seja, a dimensão negativa das liberdades públicas deve intervir na questão de agir de forma restritiva ou regulamentadora no âmbito de proteção de uma liberdade. Já ao tocante dos direitos sociais, entende-se necessária sua compreensão de forma contrária, onde o verbo intervir reflete-se no sentido de “não agir ou agir de forma insuficiente”. (SILVA, 2010, p. 77)

Seguindo esse entendimento, Julio Siqueira entende a presença de diversas perspectivas, na qual será analisado a cada direito que possa estar vinculado ao caso, logo, o próprio SIQUEIRA¹⁵⁸ (2009, p. 70) aborda 02 (dois) casos:

É preciso observar, contudo, que a intervenção estatal adquire diferentes perspectivas dependendo do tipo de direito envolvido; se for o caso das liberdades públicas, não deveria haver intervenção estatal; e se for o caso dos direitos sociais, a intervenção estatal é necessária para sua promoção (ação prestacional) (SIQUEIRA, 2009, p. 70)

¹⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 76-77;

¹⁵⁸ SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Direitos fundamentais e suporte fático: notas a Virgílio Afonso da Silva. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 6, p. 67-80, jun./dez. 2009. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/71>. Acesso em: 02 mar 2023;

Ainda no tocante ao suporte fático, Robert Alexy¹⁵⁹ define como base lógica 02 (dois) tipos de construções fundamentadoras: a da teoria do suporte fático amplo e a da teoria do suporte fático restrito. (ALEXY, 2015, p. 308)

O *suporte fático em sentido restrito*, na visão de Silva, traz como principal característica, “a não-garantia a algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, em abstrato, subsumidas no âmbito de proteção dessas normas”. Não é à toa, pois o autor fala da frequência em que o STF analisa “os argumentos que se baseiam em uma exclusão, a priori, de alguma ação, estado ou posição jurídica do âmbito de proteção de alguns direitos. Em alguns casos é possível que essa exclusão seja até mesmo intuitiva. Mas a intuição não é suficiente” (SILVA, 2010, p. 79)

Para facilitar sua interpretação, o professor da USP traz como exemplos, o HC 70.814/SP¹⁶⁰, na qual o Min. Celso de Mello afirma que "a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas" e o HC 82.424/RS¹⁶¹, quando o Min. Maurício Corrêa aduz que "um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra" (SILVA, 2010, p. 79)

Corroborando com a ideia do professor Virgílio, José Carlos VIEIRA DE ANDRADE¹⁶² (2004, p. 294) apresenta a fragilidade do suporte restrito com uma série de questionamentos:

Por exemplo, terá sentido invocar a liberdade religiosa para efetuar sacrifícios humanos ou, associada ao direito de contrair casamento, para justificar a poligamia ou a poliandria? Ou invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um ator no palco, para pintar no meio da rua, ou para furtar o material necessário à execução de uma obra de arte? Ou apelar ao direito de propriedade para não pagar impostos ou ao direito de educar os filhos para os espancar violentamente? Ou invocar a liberdade de reunião para utilizar um edifício privado sem autorização, ou a liberdade de circulação para atravessar a via

¹⁵⁹ ALEXY (2015, p. 307-308): “conceito de suporte fático do direito fundamental deve ser denominado "suporte fático em sentido amplo". No interior do suporte fático em sentido amplo é necessário distinguir entre o suporte fático em sentido estrito, que é aquilo que até agora foi chamado simplesmente de "suporte fático", e a cláusula de restrição. Daqui em diante a menção a "suporte fático" deve ser sempre entendida como suporte fático em sentido estrito”;

¹⁶⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 70.814-5. Relator: Ministro Celso de Mello. 01 de março de 1994. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72703>. Acesso em: 24 mar 2023;

¹⁶¹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424- 2. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 15 mar. 2023;

¹⁶² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 294;

pública sem vestuário, ou o direito à greve para destruir ou danificar equipamentos da empresa ou para que o Governo faça pressão para o reconhecimento do estatuto de preso político aos membros de grupo terrorista? Ou invocar o direito de manifestação para encerrar uma escola? Ou invocar o direito ao casamento para contrair matrimônio com uma pessoa do mesmo sexo? Ou invocar a liberdade de expressão para injuriar uma pessoa? (VIEIRA DE ANDRADE, 2004, p. 294)

E o próprio professor Vieira de Andrade¹⁶³ responde suas inúmeras perguntas ao assegurar que

Nestes, como em muitos outros casos, não estamos propriamente numa situação de conflito entre o direito invocado e outros direitos ou valores, por vezes expressos através de deveres fundamentais: é o próprio preceito constitucional que não protege essas formas de exercício do direito fundamental, é a própria Constituição que, ao enunciar os direitos, exclui do respectivo programa normativo a proteção desses tipos de situações. (VIEIRA DE ANDRADE, 2004, p. 294-295)

SILVA¹⁶⁴ (2010, p. 82-83), apresenta alguns conceitos recorrentes aplicados a essa teoria (entre eles, Robert Alexy), na qual o professor da USP discorda:

Em geral, todos eles costumam ter pelo menos dois pontos em comum: (a) a busca pela essência de determinado direito ou determinada manifestação humana e (b) a rejeição da ideia de colisão entre direitos fundamentais. As estratégias mais importantes são: (1) a interpretação histórico-sistemática; (2) a delimitação do âmbito da norma, sobretudo na versão desenvolvida por Friedrich Müller; e (3) a fixação de uma prioridade estanque das liberdades básicas, na forma como proposta por John Rawls. (SILVA, 2010, p. 82-83)

Nesse sentido, Virgílio da Silva, crítico do suporte fático em sentido estrito¹⁶⁵, elenca, de modo claro, os seguintes pontos dessa teoria: a) conservadorismo (onde traz até o caso da Constituição Federal de 1988, na questão ao direito de privacidade, principalmente, com o avanço da internet), ou seja, traz “a impossibilidade de atualização

¹⁶³ Contrário à ideia de Robert Alexy, onde deixa claro que, esse entendimento alexyano não poderia ser aceito pela Constituição Portuguesa, haja vista, sua aplicação por meio de soluções de conflitos em seus conteúdos. Tanto que, VIEIRA DE ANDRADE (2004, p. 292-293) diz: “os limites materiais, que definem o âmbito ou a esfera normativa de cada um dos direitos fundamentais, decorrem da interpretação dos preceitos constitucionais que os preveem, sendo que estes, em regra, utilizam para o efeito conceitos indeterminados ou mesmo cláusulas gerais – a tarefa de delimitação do direito por interpretação desses conceitos cabe, como vimos, a todos os aplicadores da Constituição e, em última instância, aos juízes, delimitação que, aliás, em face do texto da norma, tanto pode saldar-se numa interpretação enunciativa, como numa interpretação restritiva ou mesmo numa interpretação ampliativa”;

¹⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 72-83;

¹⁶⁵ Ideia defendida por Robert Alexy, respeitando o teste da individuação normativa (âmbito de proteção e direito fundamental de defesa), na qual, o âmbito de proteção e a intervenção estão ligados, pois sem a respectiva intervenção, não seria possível caracterizar os efeitos presentes nas normas jurídicas;

do âmbito de proteção dos direitos fundamentais a uma realidade cambiente”; b) Exclusão *a priori* de condutas (onde poderiam ser excluídos, certos direitos ou até mesmo, certas garantias, de modo abstrato e em definitivo), onde o próprio autor afirma que não faz sentido, tanto que “poucos são os autores que se dedicam a desenvolver um método com esses objetivos”; c) Regulação e restrição, na qual John Rawls afirma que “toda intervenção no conteúdo das liberdades fundamentais é uma forma de restrição – e portanto, a ser rejeitada”, porém, Silva entende que as intervenções no exercício das liberdades fundamentais deverão ser aceitas, pois, estaria diante de meras regulamentações” (SILVA, 2010, p. 95-108)

Já o *suporte fático em sentido amplo*, de acordo com ALEXY¹⁶⁶ (2015, p. 322):

(...) é uma teoria que inclui no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que milite em favor de sua proteção. A forma pela qual tanto essa inclusão no âmbito de proteção quanto a inclusão no suporte fático ocorrem pode variar muito. Nesse sentido, a teoria ampla contém um feixe de regras que se referem às diferentes formas dessa inclusão. (ALEXY, 2015, p. 322)

Alexy entende que este suporte fático causaria um enorme prejuízo as interpretações jurídicas, pois “levaria a uma paralisação da legislação e a uma ameaça a outros bens jurídicos”, porém, caso entende-se pertinente manter o grau de proteção das normas fundamentais, “não se levaria a sério a vinculação ao texto constitucional”, não sendo à toa que ALEXY¹⁶⁷ (2015, p. 324) é contrário a esse entendimento, quando afirma “além disso, a teoria ampla seria desonesta, porque eliminaria, por meio das restrições, aquilo que anteriormente havia protegido por meio do suporte fático”.

Virgílio da Silva, como já havia sido mencionado, diz que as exclusões *a priori* de condutas ou situações voltadas ao âmbito da proteção são questões voltadas a sentido restrito, porém, para o suporte fático amplo, a proteção aos direitos fundamentais não será de modo definitivo (suporte fático restrito), mas, sim, apenas um primeiro passo, pois, já que “condutas ou situações abarcadas ainda dependerão eventualmente de um sopesamento em situações concretas antes de se decidir pela sua proteção definitiva, ou não”. (SILVA, 2010, p. 109)

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 322;

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 322;

Para compreender essa proteção, SILVA¹⁶⁸ (2010, p. 109-110) responde a seguinte pergunta: o que é protegido *prima facie* por esse direito?

Essa pergunta deve ser respondida da seguinte forma: toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do "âmbito temático" de um determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, independentemente da consideração de outras variáveis. A definição é propositalmente aberta, já que é justamente essa abertura que caracteriza a amplitude da proteção. (SILVA, 2010, p. 109-110)

Para exemplificar, o professor da USP apresenta o caso do direito à livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV da CF/88), na qual, entende-se ser possível a proteção desse direito, tanto que, toda manifestação, “não importa o conteúdo (ofensivo ou não), não importa a forma, não importa o local, não importam o dia e o horário”, sempre será considerado como direito fundamental, contudo, Silva já define não ser direitos absolutos, haja vista que “o âmbito de proteção é apenas a definição daquilo que é protegido *prima facie*, ou seja, de algo que poderá sofrer restrições posteriores.” (SILVA, 2010, p 110)

Com esse entendimento de uma *prima facie* respeitando uma proteção não definitiva. Aos olhos do professor de KIEL, torna-se um prejuízo jurídico enorme, em decorrência de inúmeras colisões e sopesamentos entre os direitos fundamentais, tanto que ALEXY¹⁶⁹ (2015, p. 331-332) aborda:

É certo que em alguns casos uma teoria restrita pode evitar, de antemão, decisões que extrapolem a competência da jurisdição constitucional, ao determinar o conteúdo dos direitos fundamentais com base em uma concepção restrita do suporte fático; contudo, para além dos casos triviais, nos quais não há dúvidas de que o resultado de ambas as teorias será o mesmo, o preço a ser pago é muito alto. Seria necessário assumir o risco de que uma proteção substantiva a direitos fundamentais seja desconsiderada mesmo nos casos em que possa ser relevante. (ALEXY, 2015, p. 331-332)

Entretanto, ao mencionar sobre o direito à liberdade religiosa (um dos temas centrais desta dissertação), compreende-se a necessidade de aplicar o suporte fático em sentido estrito (visão defendida por Alexy), haja vista ser pertinente a existência de determinadas restrições para que possa garantir os contornos preexistentes no seu direito,

¹⁶⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 109-110;

¹⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 331-332;

como por exemplo, a proibição de discurso de ódio ou até mesmo profanar supostas pregações voltadas aos homossexuais. Outro caso também, corresponde a vedação da prática de sacrifícios com seres humanos.

Por outro lado, o direito à vida, deverá ser compreendido como suporte fático em sentido amplo (interpretação trazida por Virgílio Afonso da Silva), pois, nesse caso, impõe-se a interpretação ampla do âmbito de proteção e do conceito de intervenção, logo, toda ação aplicada será para o âmbito temático ou especificamente para o âmbito da vida consubstanciado por meio desse direito fundamental.

Não sendo à toa que essa prática adotará um maior grau de proteção ao direito, logo, esse suporte não ficará atribuído apenas as restrições (como o caso do anterior), mas, sim, um aumento na aplicação nas intervenções estatais, tanto que, para sanar essa situação, será pertinente a aplicação da chamada ponderação e/ou proporcionalidade.

Nesse sentido, ao apresentar os posicionamentos tanto de Robert Alexy quanto de Virgílio Afonso da Silva, entende-se que o suporte fático em sentido amplo (principalmente pela ocorrência de colisões e sopesamentos) deverá ser aplicado no tocante à concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e pelo seu Poder Judiciário, bem como, já vem sendo estruturado pela Constituição Portuguesa de 1976.

3. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS EM DECORRÊNCIA DO PERÍODO PANDÊMICO

Nesse terceiro e último capítulo, indagar-se-á a colisão entre direitos fundamentais relacionados aos direitos à vida e de liberdade religiosa para cultos e crenças, além de outras normas fundamentais vinculadas aos casos concretos no período da Covid-19.

Inicialmente, será apresentado, de modo sintetizado, o conceito de colisão de direitos a sua distinção com o termo concorrência (não sendo muito explorado por parte da doutrina), bem como suas técnicas, partindo da harmonização, pela ponderação e pela proporcionalidade, construindo-se por meio de exemplos práticos.

No segundo momento, será trabalhado a relação jurídica entre o direito à vida e a liberdade religiosa, bem como suas características e respectiva importância ao mundo jurídico.

E por fim, analisar os respectivos casos concretos (ADPFs n. 701/MG e n. 811/SP), suas respectivas decisões, partindo da ocorrência ou não de colisão entre direitos fundamentais, além da famigerada distorção jurídica entre a decisão monocrática e acórdão realizado em Plenário do Supremo Tribunal Federal.

3.1 Colisão entre Direitos Fundamentais.

Antes de abordar sobre esse tema, precisa-se, inicialmente, fazer uma singela distinção com a chamada Concorrência, pois até os tempos atuais, é muito comum ocorrer uma confusão terminológica, principalmente por parte da doutrina.

Dimitri DIMOULIS e Leonardo MARTINS¹⁷⁰ (2014, p. 171) conceitua o termo concorrência:

(...) quando o titular de direito pode se valer de pelo menos dois direitos fundamentais contra a mesma intervenção estatal, ou visto da perspectiva da intervenção, quando esta atingir dois direitos fundamentais de um mesmo titular. É certo que basta haver a violação de um direito fundamental para que a intervenção estatal seja inconstitucional, ensejando a declaração de nulidade do ato estatal que a representa. (DIMOULIS e MARTINS, 2014, p. 171)

¹⁷⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 171;

Acompanhando o entendimento de Dimoulis e Martins, Marcelo NOVELINO¹⁷¹ (2021, p. 344) explica de modo prático, a concorrência:

(...) ocorre quando um comportamento do mesmo titular se enquadra no âmbito de proteção de mais de um direito fundamental. No *cruzamento* de direitos fundamentais determinado comportamento é incluído no âmbito de proteção de mais de um direito, liberdade ou garantia. Na *acumulação*, determinado "bem jurídico" leva à aglomeração de dois ou mais direitos na mesma pessoa. A questão ganha relevância quando há divergência acerca dos limites de cada direito, sendo necessário determinar qual deles deverá ter papel decisivo na solução do problema. (NOVELINO, 2021, p. 344)

A concorrência traz um certo problema, principalmente voltado ao exame de constitucionalidade, onde, muitas vezes o interesse processual de agir traz dificuldades ao exame de admissibilidade (o definidor do parâmetro de avaliação), logo, poderá ocorrer quando houver mais de uma condicionante, na qual, o titular poderá "se valer de, mais de um direito fundamental contra uma mesma intervenção estatal", ou seja, é possível atingir mais de um direito do mesmo titular, entretanto, não basta apenas apresentar, mas, sim, precisa demonstrar o exame que irá ratificar ou não a solicitação pleiteada. (DIMOULIS e MARTINS, 2014, p. 169)

No intuito de exemplificar, DIMOULIS e MARTINS¹⁷² (2014, p. 172) em favor de uma concorrência aparente, cita o seguinte:

(...) concorrência entre liberdade de consciência e crença e a liberdade de manifestação do pensamento. A manifestação da consciência (ideológica) só compartilha do elemento típico "expressão de aspectos da personalidade intelectual" do titular do direito. A manifestação da consciência, no entanto, está revestida de um caráter de cogência moral e/ou religiosa para o titular que não está presente na liberdade de manifestação do pensamento. Disso resulta que os conceitos de "pensamento" e de "consciência" e, principalmente, "crença", que traz a conotação religiosa, não são compartilhados pelas normas supostamente concorrentes. (DIMOULIS e MARTINS, 2014, p. 172)

Deve-se entender que no tocante a concorrência há outras divisões e subdivisões, entretanto, para este momento, o intuito foi de, apenas, diferenciar da nomenclatura que será abordada a seguir: a Colisão.

¹⁷¹ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 344;

¹⁷² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 172;

FERREIRA FILHO¹⁷³ (2010, p. 127) aborda de modo catedrático, o conceito de Colisão de direitos:

Em casos concretos, na aplicação dos direitos fundamentais, ocorre muitas vezes o fenômeno da colisão de direitos. Quer dizer, num mesmo caso, podem ser, em tese, aplicados dois direitos diferentes, com consequências muito diversas. Por exemplo, no caso de uma notícia de jornal que divulga fatos íntimos de determinada pessoa estariam em choque, de um lado, o direito à intimidade desta, e, de outro, a liberdade de comunicação social, ou a liberdade de expressão do jornalista. (FERREIRA FILHO, 2010, p. 127)

O jurista português J.J. Gomes CANOTILHO¹⁷⁴ (2003, p. 1.241) também traz a colisão de direitos fundamentais, contudo, usando um outro rótulo:

(...) construir-se com base **na harmonização de direitos**, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro. Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas e depois de um juízo de ponderação se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro. (CANOTILHO, 2003, p. 1.241) (**grifo nosso**)

No tocante a harmonização, Pedro LENZA¹⁷⁵ (2022, p. 331) também contribui com a forma harmoniosa em eventual conflito:

Partindo da ideia de unidade da Constituição, os bens jurídicos constitucionalizados deverão coexistir de forma harmônica na hipótese de eventual conflito ou concorrência entre eles, buscando, assim, evitar o sacrifício (total) de um princípio em relação a outro em choque. O fundamento da ideia de concordância decorre da inexistência de hierarquia entre os princípios. (LENZA, 2022, p. 331)

Acompanhando o entendimento de Lenza, Marcelo NOVELINO¹⁷⁶ (2021, p. 167) contribui sobre o tema, ao afirmar:

(...) nos casos de colisão entre dois ou mais direitos constitucionalmente consagrados, o dever de coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, realizando a redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles. A afirmação de um bem jurídico constitucionalmente protegido não deve implicar o sacrifício total de outros bens também consagrados na Lei

¹⁷³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 127;

¹⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.241;

¹⁷⁵ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022, p. 331;

¹⁷⁶ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 167;

Fundamental. A exigência de concordância prática decorre da necessidade de se preservar a unidade da constituição. (NOVELINO, 2021, p. 167)

Robert ALEXY¹⁷⁷ (2015, p. 93) entende que a colisão entre princípios serve como um meio jurídico para definir qual direito deverá ceder ao outro:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. (ALEXY, 2015, p. 93)

Virgílio Afonso da SILVA¹⁷⁸ (2010, p. 50) também nos ensina sobre o tema, principalmente, no tocante a questão de precedência:

As colisões entre princípios têm que ser encaradas e resolvidas de forma distinta. Segundo os pressupostos da teoria dos princípios, não se pode falar nem em declaração de invalidade de um deles, nem em instituição de uma cláusula de exceção. O que ocorre quando dois princípios colidem - ou seja, preveem consequências jurídicas incompatíveis para um mesmo ato, fato ou posição jurídica - é a fixação de relações condicionadas de precedência. (...) princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas existentes. Essas condições raramente são ideais, já que essa tendência expansiva do conceito de princípios, tende a fazer com que a realização de um princípio quase sempre seja restringida pela realização de outro. (SILVA, 2010, p. 50)

Entretanto, não é das tarefas mais fáceis, haja vista que, trata-se de uma situação que precisa ter muita atenção quanto aos seus aspectos de fato, porém, uma das máximas do direito é a tentativa de fazer uma conciliação (nas mais diversas áreas jurídicas), mas nem sempre, torna-se possível, logo, com a ausência de conciliação, cabe recorrer ao princípio de pertinência que envolve “uma avaliação de peso”, ou seja, o direito que for considerado o mais importante, respeitando sempre os casos concretos. (FERREIRA FILHO, 2010, p. 127)

Sobre essa questão de peso, Alexy, como já mencionado no capítulo anterior, os princípios possuem pesos distintos, logo, aquele princípio que tiver maior peso,

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 331-332;

¹⁷⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 50;

consequentemente, terá mais prevalência, ou seja, ao se colidirem, o que deverá, inicialmente, ser levado em consideração é a chamada dimensão do peso. (ALEXY, 2015, p. 94)

Corroborando com Ferreira Filho, Dimoulis e Martins entendem a dificuldade presente para definir os critérios e até mesmo, atribuir a solução perante o caso concreto, logo, entende-se que tal tarefa deverá partir dos tribunais (Superiores) e pela doutrina jurídica, na qual, deverão traçar os limites que permitam “o exercício harmônico daqueles direitos fundamentais colidentes”. (DIMOULIS e MARTINS, 2014, p. 170)

Para exemplificar a colisão, entende-se pertinente apresentar a ADIn 3.540/DF¹⁷⁹ cujo objeto refere-se à constitucionalidade da utilização de Medida Provisória para alteração do Código Florestal, no que tange ao seu art. 4º, as áreas de preservação permanente:

Isso significa, portanto, Senhor Presidente, que a superação dos antagonismos existentes entre princípios e valores constitucionais há de resultar da utilização de critérios que permitam, ao Poder Público (e, portanto, aos magistrados e Tribunais), ponderar e avaliar, ‘nunc et nunc’, **em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso**, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto - tal como adverte o magistério da doutrina na análise da delicadíssima questão pertinente ao tema da colisão de direitos [...], **a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, dentre os quais avulta, por sua significativa importância, o direito à preservação do meio ambiente**. Essa asserção torna certo, portanto, que a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se tiver presente (...) que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral, consoante ressalta o magistério doutrinário (CELSO ANTÔNIO PACHECO FIORILLO, "Curso de Direito Ambiental Brasileiro", p. 20/23, item n. 4, 6a ed. , 2005, Saraiva; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Direito Ambiental Constitucional", p. 21/24, itens ns. 2 e 3, 4ª ed./2a tir, 2003, Malheiros; JOSÉ ROBERTO MARQUES, "Meio Ambiente Urbano", p. 42/54, item n. 4. 2005, Forense Universitária, v.g.)." (STF ADI 3540 MC / DF - Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/09/2005) (**grifo nosso**)

¹⁷⁹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3540-1/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. 01 de setembro de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>. Acesso em: 23 mar. 2023;

Como o próprio Ministro Celso de Mello traz em sua decisão, não haverá esvaziamento (esgotamento) do conteúdo essencial dos direitos fundamentais pelo fato de outro princípio ser considerado mais importância para esse caso concreto em específico.

A colisão de direitos fundamentais possui, em linhas gerais, 02 (duas) formas de interpretação: Na colisão em sentido impróprio, referindo-se ao exercício de um determinado direito fundamental entra em colisão com outros bens constitucionalmente protegidos, como os bens jurídicos da comunidade ("saúde pública", "patrimônio cultural", "defesa nacional" e "família"). (NOVELINO, 2021, p. 344)

Entretanto, o defensor público Leandro Sousa BESSA¹⁸⁰ (2006, p. 6), discorda dessa primeira interpretação, pois, defende como colisão aparente, tanto que o autor conceitua e também traz um exemplo:

De fato, a colisão não ocorre, mas uma simples aparência de conflito de normas veiculadoras de direitos fundamentais, sanável pela fixação dos âmbitos de proteção de ambos, a fim de que não mais se interpenetrem. Exemplo clássico é a divulgação de ideias com forte componente racista, no qual se vislumbra um conflito aparente entre a liberdade de expressão e o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. No caso, não há colisão, visto que a liberdade de expressão não abrange a atuação tendente a causar prejuízos à ordem constitucional, fundada que é no princípio da dignidade da pessoa humana. Em outra perspectiva, admitir-se entendimento contrário, corresponde a possibilitar atuação que trasborda o âmbito de proteção da liberdade de expressão. (BESSA, 2006, p. 6)

Já a colisão autêntica de direitos fundamentais ocorre quando o exercício por parte de um titular colide com o de outro titular. Essa colisão pode ser entre direitos fundamentais diferentes ou entre os aspectos negativo e positivo de um mesmo direito. (NOVELINO, 2021, p. 344-345)

Entretanto, Bessa não só acompanha Novelino, mais, também, aprofunda sobre esse tema, no tocante a ocorrência de 02 (duas) colisões: em sentido amplo e sentido estrito. Onde a primeira reforça o choque de um direito fundamentais com outros direitos também protegidos pela constitucionalidade. (BESSA, 2006, p. 7)

Sobre o sentido estrito, BESSA¹⁸¹ (2006, p. 7) já aborda com uma maior ramificação:

¹⁸⁰ BESSA, Leandro Sousa. Colisões de direitos fundamentais: propostas de solução. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Fortaleza. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 301-302. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/125.pdf>. Acesso em: 1 mai. 2023;

¹⁸¹ BESSA, Leandro Sousa. Colisões de direitos fundamentais: propostas de solução. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Fortaleza. Anais do XIV Congresso Nacional do

Dividem-se, inicialmente, em colisões entre direitos fundamentais idênticos e colisões entre direitos fundamentais diferentes. Dentre os primeiros, podemos pinçar: a) colisão de direitos fundamentais de defesa, quando dois indivíduos ou grupos reivindicam o mesmo direito de liberdade (reunião na mesma praça pública, por exemplo); b) colisão de direito fundamental de defesa com direito de proteção; c) colisão dos caracteres negativo e positivo de um mesmo direito (liberdade religiosa, por exemplo, que gera o direito a não ter religião); d) colisão entre o aspecto jurídico e o fático de um determinado direito (colisão comum no direito de igualdade). (BESSA, 2006, p. 7)

Os direitos fundamentais podem ser divididos em aspectos negativo ou positivo, na qual, o primeiro refere-se na liberdade do indivíduo em relação ao dever do Estado e o segundo condiciona-se a uma prática positiva prestada pelo Estado com o objetivo de garantir o interesse público em uma sociedade.

A liberdade religiosa, um dos temas centrais (será abordado em tempo oportuno) entende-se necessário usá-lo, nesse momento, como exemplificação para o diagnóstico de colisão de direito nos aspectos mencionados.

No aspecto positivo, pode-se usar o caso de um adventista que não pode se fazer presente no curso militar, em um sábado, por força de sua liberdade religiosa. De acordo com o Mandado de Segurança com pedido de liminar nº proc. 35952-52.2010.8.06.0000¹⁸² no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, na qual, o Des. Luiz Ximenes Rocha negou a liminar, ao afirmar que:

(...) o requerente **não pode impor que a Administração se amolde à sua crença religiosa. O impetrante não me parece ter direito a receber tratamento distinto nas etapas de ingresso e de frequência do cargo que escolheu, por professar crença que guarda os sábados em obediência a preceitos religiosos.** Nesse diapasão, tenho que o interesse público deverá preponderar sobre o particular (TJCE, proc. 35952-52.2010.8.06.0000, Des. Fernando Ximenes, p. 13/07/10). **(grifo nosso)**

Ainda nesse aspecto, um outro caso a ser mencionado, trata de suspensão da tutela antecipada proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, relator da STA 389-AgR¹⁸³ em

CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 301-302. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/125.pdf>.

Acesso em: 1 mai. 2023;

¹⁸² BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará, proc. 35952-52.2010.8.06.0000, Des. Fernando Ximenes, p. 13/07/10

¹⁸³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 389/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 03 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610995>. Acesso em: 01 mai. 2023;

decorrência de alunos judeus poderem realizar o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) em data alternativa do *Shabat*¹⁸⁴:

A designação de dia alternativo para a realização das provas do ENEM por um determinado grupo de alunos que respeitam a milenar tradição do Shabat poderia ser, a priori, considerado uma medida de ‘acomodação’, apta a afastar sobrecargas indesejáveis sobre aquele grupo religioso, que, em nosso país, revela-se minoritário. Ocorre que, **apesar das diversas dificuldades administrativas e práticas que decorreriam da medida, aptas, inclusive, a inviabilizar o ENEM** (não em virtude de dificuldades financeiras ou meramente operacionais, mas em razão dos problemas advindos da aplicação de provas distintas a indivíduos que participam de uma mesma seleção), **a designação de data alternativa parece, em mero juízo de deliberação, não estar em sintonia com o princípio da isonomia, convolvendo-se em privilégio para um determinado grupo religioso.** Até mesmo porque, conforme registrado na decisão agravada, o Ministério da Educação oferta aos candidatos que, em virtude de opções religiosas não podem fazer as provas durante o dia de sábado, a possibilidade de fazer a prova após o pôr-do-sol (deve-se lembrar que o Shabat judaico, inicia-se no pôr-do-sol da sexta-feira e termina no pôr-do-sol do sábado). Tal medida já vem sendo aplicada, há algum tempo, no tocante aos adventistas do sétimo dia, grupo religioso que também possui como ‘dia de guarda’ o sábado. (STF, STA 389 AgR / MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03/12/2009) (**grifo nosso**)

Já no aspecto negativo, também, iremos trazer 02 (dois) exemplos, onde o primeiro refere-se à proibição de símbolos religiosos em repartições públicas, sendo no caso mais conhecido (servindo como fonte jurídica para casos semelhantes no Brasil), na qual, pais e alunos ingressaram com ação em desfavor do estado da Baviera que declarasse inconstitucional uma Lei alemã que obrigava o uso de crucifixo nas escolas públicas:

O Art. 4 I GG, protege a liberdade de crença. **A decisão por ter ou não ter uma crença é, assim, assunto do indivíduo, e não do Estado. O Estado não pode nem lhe prescrever nem lhe proibir uma crença ou uma religião.** Faz parte da liberdade de crença, porém, não somente a liberdade de ter uma crença, mas também a liberdade de viver e comportar-se segundo a própria convicção religiosa (cf. BVerfGE 32, 98 [106]). A liberdade de crença garante, especialmente, a participação em atos litúrgicos que uma crença prescreve ou na qual encontra expressão. A isso corresponde, no sentido oposto, a liberdade para não participar de atos litúrgicos de crença não compartilhada. Essa liberdade refere-se, do mesmo modo, aos símbolos por meio dos quais uma crença ou uma religião se apresenta. O Art. 4 I GG, deixa a critério do indivíduo decidir quais símbolos religiosos serão por ele reconhecidos e adorados e quais serão rejeitados. Em verdade, não tem ele direito, em uma sociedade que dá espaço a diferentes convicções religiosas, a ser poupado de manifestações religiosas, atos litúrgicos e símbolos religiosos que lhe são estranhos. **Deve-se diferenciar disso, porém, uma situação criada pelo Estado, na qual o indivíduo é submetido, sem liberdade de escolha, à**

¹⁸⁴ É o sétimo dia da semana na religião judaica e é dedicado inteiramente ao descanso. O *shabat* começa com o pôr-do-sol na sexta-feira e termina ao anoitecer do sábado.

influência de uma determinada crença, aos atos nos quais esta se manifesta, e aos símbolos por meio dos quais ela se apresenta. Por essa razão, o Art. 4 I GG revela sua eficácia assecuratória de liberdade justamente em áreas da vida não deixadas à auto-organização social, mas que são tomadas, por precaução, pelo Estado (BVerfGE 41, 29 [49]). Isso leva também em conta o Art. 140 GG c.c. Art. 136 IV WRV, o qual proíbe expressamente que alguém seja coagido à participação em atividades religiosas. [...] Esse conflito entre diversos titulares de um direito fundamental garantido sem reserva, bem como entre esse direito fundamental e outros bens constitucionalmente protegidos, deve ser solucionado segundo o princípio da concordância prática (praktische Konkordanz), o qual determina que nenhuma das posições jurídicas conflitantes será favorecida ou afirmada em sua plenitude, mas que todas elas, o quanto possível, serão reciprocamente poupadas e compensadas (cf. BVerfGE 28, 243 [260 s.]; 41, 29 [50]; 52, 223 [247, 251]). (p.369 e 373-374)

Contudo, temos casos brasileiros que também passam ou passaram por essa liberdade negativa, tanto que, Flávio MARTINS¹⁸⁵ (2022, p. 1.297) traz como exemplo, o caso do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul determinou que fossem retirados de todos os prédios do Judiciário gaúcho os crucifixos. O desembargador que proferiu a decisão no Processo 0139-11/000348-0 concluiu seu voto lembrando uma frase bíblica: “Dai a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus”. (MARTINS, 2022, p. 1.297)

Entretanto, essa decisão gaúcha não colocou um pouco final sobre o tema, haja vista que há uma ação proposta pelo Ministério Público Federal de São Paulo (MPF) para que sejam “retirados todos os símbolos religiosos, como crucifixos e imagens, de locais de ampla visibilidade e de atendimento ao público nos prédios da União e no Estado de São Paulo”.

De acordo com o sítio eletrônico do STF¹⁸⁶, trata-se de um Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 1249095¹⁸⁷ em ação civil pública ajuizada pelo MPF:

O recurso tem origem em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal (MPF) para que sejam retirados todos os símbolos religiosos, como crucifixos e imagens, de locais de ampla visibilidade e de atendimento ao público nos prédios da União e no Estado de São Paulo. A ação foi julgada improcedente pelo juízo de primeiro grau e pelo Tribunal Regional Federal da

¹⁸⁵ MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 1.297;

¹⁸⁶ Informações extraídos do sítio do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442144&ori=1#:~:text=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20\(STF,vota%C3%A7%C3%A3o%20un%C3%A2nime%20do%20Plen%C3%A1rio%20Virtual](https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442144&ori=1#:~:text=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20(STF,vota%C3%A7%C3%A3o%20un%C3%A2nime%20do%20Plen%C3%A1rio%20Virtual). Acesso em: 1 mar. 2023;

¹⁸⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 1249095/SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Aguardando Julgamento. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5827249>. Acesso em: 01 mai. 2023;

3ª Região (TRF-3), que considerou que a presença dos símbolos religiosos é uma reafirmação da liberdade religiosa e do respeito a aspectos culturais da sociedade brasileira. Contra esse entendimento, o MPF interpôs recurso extraordinário com alegação de ofensa a dispositivos constitucionais sobre o tema (artigos 3º, inciso IV; 5º, caput e inciso VI; 19, inciso I; e 37). O recurso não foi admitido pela Vice-Presidência do TRF-3, razão pela qual foi interposto o ARE 1249095 no Supremo.

Assim, essa colisão de direitos fundamentais, como já estudado nos capítulos anteriores, não podem ser estruturadas pela interpretação das regras trazidas por Ronald Dworkin, à maneira do tudo ou nada (*rules are applicable in all or nothing fashion*), mais, sim, pela forma de sopesamento de princípios (Dworkin) e de modo harmonizados (Canotilho)

Contudo, deve-se notar que uma forte afinidade da colisão dos direitos com os princípios, haja vista, uma relação não só conceitual/interpretativa, mais, também respeitando sua aplicação voltada a questão de prevalência, pois, como já mencionada, tanto os direitos quanto os princípios não perderam suas finalidades, apenas um será mais importante que o outro, em decorrência de cada caso concreto. Lembrando sempre que, a conduta jurídica inicial deverá ser atribuída a tentativa de conciliação.

MENDES e BRANCO¹⁸⁸ (2021, p. 362) reforça essa ideia de semelhança do direito com o princípio, tanto que:

No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro. (MENDES e BRANCO, 2021, p. 362)

Mendes e Branco exemplificam, de modo simples, a partir do direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade, no caso de uma matéria jornalista coloca-se em atrito esses dois direitos, tanto que os juristas, apresentam por meio de duas características: abstrato e concreto. Onde a primeira deixa claro que ambos os direitos poderão ser acolhidos como direitos fundamentais. Já a segunda, na ocorrência do choque entre si, percebe-se a necessidade de analisar por meio de cada caso concreto, onde deverá pesar (dimensão do peso) para assim definir qual dos princípios irá prevalecer, respeitando as normas jurídicas pátrias. (MENDES e BRANCO, 2021, p. 362-363)

¹⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 362;

E quando o indivíduo em questão é uma pessoa pública, principalmente se esse(a) homem ou mulher viva necessariamente de sua figura pública, MENDES e BRANCO (2021, p. 363) explica o caso:

Assim, se um indivíduo tem uma vida pública ativa, será mais provável que uma reportagem envolvendo aspectos da sua vida particular venha a ser prestigiada, conferindo preponderância à liberdade de imprensa sobre o direito à privacidade. Isso não se deverá a uma recusa do direito à privacidade à personalidade pública, mas atenderá à ponderação de que, se o retratado vive do crédito público, da imagem que ostenta, a sociedade tem o direito de saber se a sua vida pessoal corresponde ao que pretende fazer crer. Já a revelação de dados íntimos de pessoa que não depende profissionalmente da imagem pública e que não está no centro de um acontecimento socialmente relevante, tende a não justificar a interferência da imprensa sobre a sua privacidade. (MENDES e BRANCO, 2021, p. 363)

Logo, essa prevalência de um direito a outro, construiu-se por meio do âmbito de proteção normativa (assunto tratado no capítulo anterior), haja vista, a necessidade de garantir tanto os direitos quanto os princípios, pois, como se sabe, não há hierarquia entre os direitos fundamentais.

Outro exemplo, importante ser mencionado, refere-se ao Mandado de Segurança nº 24.832/DF¹⁸⁹, para que o Supremo Tribunal Federal proíba o acesso da imprensa na sala onde o impetrante iria prestar o seu depoimento na Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Pirataria, porém, seu pedido foi negado:

Em seguida, o Tribunal, também em preliminar, afastou a prejudicialidade do writ, vencidos, no ponto, os Ministros Ellen Gracie, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa que o julgavam prejudicado, por perda de objeto, em razão da citada informação de que o impetrante, naquele momento, encontrava-se prestando depoimento perante a CPI, com a veiculação de sua imagem. **Proseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, embora afastando a alegação de que a matéria em causa consubstanciaria ato interna corporis insusceptível de controle jurisdicional - haja vista a alegação de ofensa a direitos individuais assegurados pela CF que estariam na iminência de serem transgredidos -, e tendo em conta, ainda, o fato de que as reuniões das comissões são públicas,** negou referendo à decisão proferida pelo Min Cezar Peluso, por considerar prevalecente, na espécie, o direito à liberdade de informação (CF, artigos 5º, IX, e 220). **Entendeu-se não demonstrada circunstância que justificasse, de forma concreta, a necessidade de que a referida sessão se desse com publicidade limitada, salientando-se, ademais, o fato de que eventual violação a direito individual, que não pode ser presumida, é passível de reparação por meio de ação de responsabilidade (CF, art. 5º, X).** O Min. Sepúlveda Pertence, em seu voto, ressaltou, ainda, o fato de que o impetrante, em outro *mandamus*, teve

¹⁸⁹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.832-7/DF. Relator: Ministro Cesar Peluzo. 18 de março de 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365462>. Acesso em: 01 mai. 2023;

assegurado o direito de permanecer em silêncio ao prestar depoimento perante a CPI, na eventual hipótese de autoincriminação. **(grifo nosso)**

Outro ponto relevante, trata-se da sugestão trazida pelos 03 (três) Ministros vencidos: Cezar Peluso (Relator), Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, sugeriram uma decisão intermediária que pudesse fazer o sopesamento dos princípios envolvidos, o choque era entre o direito a intimidade e a liberdade jornalística, logo, os ministros entenderam ser possível aplicar uma condição na qual não prejudicaria os direitos.

Nesse sentido, manifestaram-se do seguinte modo: O impetrante iria prestar o seu depoimento, a imprensa poderá assistir e catalogar as informações, porém, não seria permitido o uso de câmeras ou quaisquer outras formas de imagem, sendo possível o uso, apenas, de áudio ou por anotações, contudo, deve-se atentar que a maioria votos pela liberação da imprensa para acompanhar o depoimento do impetrante.

3.1.1 Técnicas de colisão: Harmonização e Ponderação.

Como dito, as colisões entre direitos fundamentais ocorrem de modo constante e traz um certo anseio por parte do Poder Judiciário e até mesmo, perante o mundo acadêmico.

Seguindo a linha de Ronaldo Dworkin, o sopesamento de direito deverá ser aplicado a todos os casos concretos com uma certa complexidade, na qual, não poderá usar um direito aplicado em outros casos, pois mesmo que sirva para um, não significa que servirá para outro.

Logo, essas aplicações, em regra geral, poderão ser realizadas a partir de um controle judicial, na qual, será a instancia máxima, ou seja, o Supremo Tribunal Federal, pois, sabe-se que há casos classificados como “*hard cases*” (com alta complexidade), onde poderão, com ausência de análise, causar enormes prejuízos as partes e também a sociedade que se utiliza como futuros suportes jurídicos.

Nadia Castro ALVES¹⁹⁰ (2010, 31) inicia sua interpretação de ponderação com uma abordagem mais ampla:

Sabe-se que o verbo ponderar e o substantivo ponderação não são privativos do mundo jurídico. Nesse sentido, todas as decisões humanas minimamente

¹⁹⁰ ALVES, Nadia Castro. Colisão de Direitos Fundamentais e Ponderação. Revista Jurídica Meritum, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 25-48, jan/jun. 2010. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/890>. Acesso em: 02 mai 2023;

racionais envolvem algum tipo de ponderação quando há um choque entre vantagens e desvantagens, prós e contras, ou que demande qualquer tipo de avaliação ou apreciação. Essa ponderação aqui descrita é própria, também, de qualquer decisão judicial. O juiz tem de ponderar as provas produzidas, as razões apresentadas pelas partes e o impacto que sua decisão provocará na sociedade. Contudo, estamos tratando de outro fenômeno, muito mais específico, que tem se tornado muito comum na doutrina brasileira nos últimos tempos, quando o intérprete, afirmando estar diante de enunciados normativos válidos e em vigor, considera necessário ponderá-los. (ALVES, 2010, p. 31)

De acordo com o Dicionário Houaiss¹⁹¹ o termo ponderar refere-se, de modo prático, a uma “ação de atribuir pesos a diversas grandezas para calcular a métrica ponderada; examinar com atenção e minúcia; avaliar, apreciar (p. as vantagens e as desvantagens); levar em consideração; ter atenção sobre; sopesar”.

Ainda nessa percepção, Ana Paula de BARCELLOS¹⁹² (2005, p. 23) aduz que:

Ponderação (também chamada, por influência da doutrina norte-americana, de *balancing*) será entendida neste estudo como *a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais*. Na verdade, a simples questão do que é ponderação exige um exame mais aprofundado, tanto porque a ideia tem sido empregada pela jurisprudência de forma generosa, e frequentemente desprovida de qualquer sentido preciso, como porque outros conceitos, diversos do que se acaba de apresentar, têm sido associados pela doutrina à expressão. (BARCELLOS, 2005, p. 23)

CANOTILHO¹⁹³ (2003, p. 1.236) também nos elucida com sua explicação referente ao conceito de ponderação:

As ideias de ponderação (*Abwägung*) ou de balanceamento (*Balancing*) surge em todo o lado onde haja necessidade de "encontrar o direito" para resolver "casos de tensão" (*Ossenbühl*) entre bens juridicamente protegidos. O método da ponderação de interesses é conhecido há muito tempo pela ciência jurídica. Nos últimos tempos, porém, a sua relevância tem sido sobretudo reconhecida no direito constitucional e no direito do planeamento urbanístico. (CANOTILHO, 2003, p. 1.236)

Já Robert ALEXY¹⁹⁴ (2014, p. 192) aborda a ponderação a partir da otimização (princípios), ao afirmar que:

¹⁹¹ Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, 2001, p. 2257;

¹⁹² BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23;

¹⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.236;

¹⁹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Org., trad. e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 192;

A ideia fundamental da otimização em relação às possibilidades jurídicas, ou seja, o exame da proporcionalidade, pode ser formulada em uma regra que pode ser denominada “lei da ponderação”. Quanto maior o grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio. (ALEXY, 2014, p. 192)

Ainda nessa questão conceitual e interpretativa, George MARMELSTEIN¹⁹⁵ (2014, p. 382), diante de inúmeros doutrinadores, consegue textualizar de uma maneira mais elucidativa:

A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia entre valores. (...) a ponderação não passa de um dever de argumentar com transparência, forçando o julgador a expor, com ética e consistência, todos os motivos relevantes que o levaram a decidir em favor de um ou de outro princípio constitucional. (MARMELSTEIN, 2014, p. 382)

Para poder realizar o uso da ponderação é preciso entender as técnicas as técnicas aplicadas, pois, como já mencionado, as colisões serão analisadas em decorrência de sua alta complexidade. Assim, apresentaremos os meios legais utilizados para a construção da norma jurídica.

Entretanto, antes de adentrar nas técnicas aplicáveis e/ou aplicadas, precisa-se voltar a um termo extremamente importante a figura da ponderação, o chamado núcleo essencial.

Logo, Nadia ALVES¹⁹⁶ (2010, p. 40) afirma que o núcleo essencial se refere ao:

(...) conteúdo mínimo e intangível do direito fundamental, que deve sempre ser protegido em quaisquer circunstâncias, sob pena de fulminar o próprio direito. O núcleo essencial limita a possibilidade de limitar, ou seja, estabelece um limite além do qual não é possível a atividade limitadora dos direitos fundamentais. É possível extrair desse entendimento que é no respeito a esse núcleo essencial da norma de um direito fundamental que se encontra a constitucionalidade de uma eventual restrição a esse direito e, da mesma forma, a inconstitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental que ultrapassar e afetar o seu núcleo essencial, por meio da ponderação. (ALVES, 2010, p. 40)

¹⁹⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 382;

¹⁹⁶ ALVES, Nadia Castro. Colisão de Direitos Fundamentais e Ponderação. *Revista Jurídica Meritum*, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 25-48, jan/jun. 2010. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/890>. Acesso em: 02 mai. 2023;

Tanto que, essa essência é discutida, até os tempos atuais, quando envolve os direitos fundamentais, haja vista, a ausência desse termo positivado no texto constitucional, diferentemente do que ocorre na Constituição Portuguesa de 1976¹⁹⁷, contudo, interpretar ou melhor, tentar compreender o núcleo essencial, não é uma das tarefas mais difíceis, pois, como é sabido, o núcleo desses direitos forma o conteúdo do mínimo existencial.

Contudo, esse termo essencial é composto por 02 (duas) teorias, que foram desenvolvidas na Alemanha, sendo nominadas de Absoluta e Relativa. Na qual, a Dra. Claudia TOLEDO¹⁹⁸ (2016, p. 832) explica as teorias de modo claro, bem como as chamadas teorias externas e internas:

A teoria absoluta sustenta que existe uma esfera permanente do direito fundamental que constitui o seu núcleo essencial. Dessa forma, cada direito possuiria duas partes: um núcleo e uma parte acessória. Todo direito fundamental apresentaria, então, um núcleo duro, resistente, invariável, determinável em abstrato. Logo, eventuais restrições só poderiam se dar na parte acessória do direito fundamental. Já a teoria relativa admite a restrição aos direitos fundamentais, com a exigência de sua justificação. Os critérios para essa restrição estão dispostos nas normas constitucionais ou delas derivam interpretativamente. Não considera o núcleo essencial como algo fixo, mas sim definido relativamente a cada caso, através da ponderação. Aos conceitos de teorias relativa e absoluta do núcleo essencial relacionam-se diretamente as teorias externa e interna tocantes à restrição a um direito. Segundo a teoria externa, há, em primeiro lugar, o direito em si, não restringido e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido. Para a teoria interna, o conceito de restrição é substituído pelo de limite, ou seja, não há o direito e sua restrição, mas apenas o direito com determinado conteúdo. Assim, para esta teoria, não há dúvidas sobre quão extensa é a restrição do direito, mas sim dúvidas quanto a qual é seu conteúdo. Desse modo, se se considera a existência de direitos subjetivos *prima facie* e direitos subjetivos definitivos, trabalha-se com a teoria externa, uma vez que o direito subjetivo *prima facie* é determinado, restrito no caso concreto, tornando-se definitivo. (TOLEDO, 2016, p. 832)

Partindo dessa premissa, entende-se que a teoria absoluta se refere a um formato abstrato independente de situações fáticas que norteiam o direito fundamental, já a relativa, será construída por meio de situações concretas, na qual, é possível “medir” o seu núcleo essencial por meio dos casos concretos que vierem na prática jurisdicional.

¹⁹⁷ Artigo 18º, n. 3: “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

¹⁹⁸ TOLEDO, Cláudia. **MÍNIMO EXISTENCIAL** – A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã. In: MIRANDA, Jorge et al. (org.). *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016, pp. 821-834;

Infelizmente, não se trata de modelo concluído e perfeito, pois, não oferece a uma resposta segura e quando se adentra aos “*hard cases*” não há como definir que seu resultado (a decisão judicial) será consubstanciada na melhor forma, ou seja, como afirma Marmelstein “cem por cento objetiva”, contudo, percebe-se que essa ponderação pode ser definida como a melhor alternativa para discutir sobre matérias relacionadas a interpretação dos direitos fundamentais, bem como na intenção de buscar alcançar a devida prudência e também as questões de proporcionalidade vinculados aos valores constitucionais. (MARMELSTEIN, 2014, p. 382-383)

Assim, CANOTILHO¹⁹⁹ (2003, p. 1.237) traz essa interpretação de ponderação como algo sério, que precisa ser analisado cada vez mais e não sendo apenas como um capricho “dos cultores do direito constitucional”, ou seja, não seria possível (até o momento, pelo menos) definir as práticas de *balancing* por mera definição de um juízo ou de um membro da Suprema Corte, quando aduz:

A agitação metódica e teórica em torno do método de balanceamento ou ponderação no direito constitucional não é uma “moda” ou um capricho dos cultores de direito constitucional. Várias razões existem para esta viragem metodológica: (1) inexistência de uma ordenação abstrata de bens constitucionais o que torna indispensável uma operação de balanceamento desses bens de modo a obter *uma norma de decisão situativa*, isto é, uma norma de decisão adaptada às circunstâncias do caso; (2) *formatação principal* de muitas das normas do direito constitucional (sobretudo das normas consagradoras de direitos fundamentais) o que implica, em caso de colisão, tarefas de “concordância”, “balanceamento”, “pesagem”, “ponderação” típicas dos modos de solução de conflitos entre princípios (que não se reconduzem, como já se frisou, a alternativas radicais de “tudo ou nada”); (3) fratura da unidade de valores de uma comunidade que obriga a leituras várias dos conflitos de bens, impondo uma cuidadosa análise dos bens em presença e urna *fundamentação* rigorosa do balanceamento efetuado para a solução dos conflitos. (CANOTILHO, 2003, p. 1.237)

Canotilho, ainda, afirma que a prática da ponderação não está tão atribuída a um significado normativo previsto no texto constitucional, mas, sim, tentar fazer o devido equilíbrio e dispor sobre os bens conflitantes (aqueles presentes em uma relação de tensão) em determinados casos concretos. Logo, o *balancing* institui-se por meio da interpretação, ou seja, a atividade interpretativa inicia por uma reconstrução e qualificação dos interesses visando atribuir um sentido aos textos normativos e posteriormente, realizar a sua aplicação. Assim, o autor entende que a ponderação precisa

¹⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.237;

desenvolver critérios de ordenação para obter solução justa para o conflito de bens, observando os fatos presentes e dados normativos. (CANOTILHO, 2003, p. 1237)

Acompanhando a manifestação de Canotilho, MARMELSTEIN²⁰⁰ (2014, p. 383) demonstra um paralelo a ser seguido, cujo objetivo é solucionar o respectivo caso concreto:

Na técnica da ponderação, o jurista deverá, em um primeiro momento, tentar conciliar ou harmonizar os interesses do jogo, através do princípio da concordância prática. Somente depois, se não for possível a conciliação, é que se deve partir para o sopesamento ou para a ponderação propriamente dita. (MARMELSTEIN, 2014, p. 383)

Seguindo as ideias de Canotilho, Marmelsteins, Barroso, Barcellos, Mendes e Branco, a técnica inicial de ponderação será a Harmonização ou Concordância prática. Tanto que Marmelstein define como um meio de balancear os valores conflitantes, desde que atribua uma condição para solucionar o imbróglio jurídico, logo, como o próprio George diz “o papel do jurista é precisamente tentar dissipar o conflito normativo através da integração harmoniosa dos valores contraditórios”. (MARMELSTEINS, 2014, p. 383)

MENDES e BRANCO²⁰¹ (2021, p. 192-193) entendem que o princípio da concordância prática:

O princípio da concordância prática tem apelo, nos casos de conflito entre normas constitucionais, quando os seus programas normativos se entrecrocaram. O critério recomenda que o alcance das normas seja comprimido até que se encontre o ponto de ajuste de cada qual segundo a importância que elas possuem no caso concreto. Se é esperado do intérprete que extraia o máximo efeito de uma norma constitucional, esse exercício pode vir a provocar choque com idêntica pretensão de outras normas constitucionais. (MENDES e BRANCO, 2021, p. 192-193)

Para exemplificar essa prática inicial, Marmelsteins apresenta alguns casos internacionais relevantes: Caso Lebach (julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em 1973, onde estava em voga a liberdade de expressão e os direitos de personalidade); Caso da greve de fome de presidiários, ocorrido na Espanha em agosto de 2012, onde mais de cem presos ficaram sem comer como forma de protesto, por Iosu

²⁰⁰ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 382;

²⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 192-193;

Uribetxeberria²⁰², onde a Justiça Espanhola tentou “harmonizar os direitos em conflito” (autonomia da vontade e integridade física), na qual, decidiu-se que “a intervenção médica, a critério dos médicos, assim que ocorresse algum risco de morte para quaisquer dos participantes da greve de fome”. (MARMELSTEINS, 2014, p. 384-386)

Porém, há também casos nacionais que podem ser aplicados por essa técnica inicial, citando como exemplos: Caso da transfusão de sangue em testemunha de Jeová (conflito do direito à vida e o direito de liberdade religiosa) e o Caso dos Adventistas do Sétimo Dia que presta um concurso público em seu dia sagrado (Conflito do direito de igualdade e o direito de liberdade religiosa). (MARMELSTEINS, 2014, p. 386-388)

Ao se tratar de ponderação de direitos, em âmbito nacional, nota-se claramente a constância do conflito com a presença do direito de liberdade de consciência e crença religiosa, de modo expresso no art. 5º, VI da CF/88: “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”.

Outra técnica, caso a harmonização não faça seu efeito esperado, é a aplicação da ponderação propriamente dita, na qual é defendida por BARROSO²⁰³ (2014, p. 539) como:

(...) é a técnica que o Direito concebeu para lidar com as tensões e colisões de direitos fundamentais entre si ou entre eles e outros bens jurídicos relevantes, protegidos constitucionalmente. Trata-se, não de um critério material para a solução de problemas, mas de um itinerário lógico de raciocínio, destinado a dar racionalidade e transparência à construção argumentativa feita pelo intérprete. A ponderação consiste em atribuir pesos diferentes aos elementos jurídicos e factuais em questão, de modo a definir qual direito, bem jurídico ou princípio terá precedência na situação concreta em exame. Consequentemente, ela não tem nem a pretensão nem a capacidade de eliminar a subjetividade do intérprete. O que ela faz é explicitar o percurso lógico decisório. (BARROSO, 2020, p. 539)

Robert ALEXY²⁰⁴ (2014, p. 192-193) atribui a ponderação a aplicação de 03 (três) níveis ou passos, onde os define da seguinte maneira:

²⁰² Pertencente ao grupo Separatista Basco, losu teve seu pedido de livramento condicional negado, sendo condenado a trinta e dois anos de prisão em razão do sequestro de um funcionário penitenciário acometido de câncer em estágio avançado;

²⁰³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. Saraiva Educação, 2020, p. 539;

²⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Org., trad. e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 192-193;

No primeiro nível trata-se do grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio. A ele se segue, no próximo nível, a identificação da importância do cumprimento do princípio oposto. Finalmente, no terceiro nível, identifica-se se a importância do cumprimento do princípio oposto justifica o descumprimento do outro princípio ou a interferência nele. Se não fosse possível emitir juízos racionais sobre, em primeiro lugar, a intensidade da interferência, em segundo lugar, o grau da importância da razão justificadora da interferência e, em terceiro lugar, a relação de uma com o outro, as objeções levantadas por Habermas e Schlink seriam verdadeiras. (ALEXY, 2014, p. 192-193)

Para BARROSO²⁰⁵ (2020, p. 539) há diversos modos de aplicar o raciocínio ponderativo:

Um deles (...) consiste em um processo desenvolvido pelo intérprete em três fases: (i) na primeira, ele identifica as normas que postulam incidência sobre o caso concreto; (ii) na segunda, ele identifica os fatos relevantes; e (iii) na terceira, testa as soluções possíveis, atribuindo pesos aos diversos elementos em disputa, na busca da solução constitucionalmente mais adequada. Para tanto, ele deverá fazer concessões recíprocas, com vistas a harmonizar os interesses em jogo, com o menor sacrifício possível dos princípios envolvidos. Em muitas situações, porém, será inevitável que ele realize escolhas fundamentadas, decidindo qual interesse prevalecerá integralmente, com sacrifício do outro. (BARROSO, 2020, p. 539)

Essa divisão defendida pelo Ministro Barroso é também, acompanhada pela professora titular da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Dra. Ana Paula Barcellos, na qual, também, distribui em 03 (três) etapas: Identificação dos enunciados normativos em tensão, Identificação dos fatos relevantes e a decisão. (BARCELLOS, 2005)

Identificação dos enunciados normativos em tensão (1ª etapa) – a própria nomenclatura já deixa claro, Barcellos entende que precisa, inicialmente, identificar todos os enunciados para fazer a ponderação ou pelo menos, “tentar produzir o quadro mais completo possível desses elementos”, onde a professora destaca 03 (três) situação nessa fase: Interesses e enunciados normativo; normas e enunciados normativos; Situações individuais e enunciados normativos. (BARCELLOS, 2005, p. 96-114)

Identificação dos fatos relevantes (2ª etapa) – aborda-se o ato de examinar as circunstâncias concretas do caso, bem como suas respectivas repercussões, assim,

²⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. Saraiva Educação, 2020, p. 539;

BARCELLOS²⁰⁶ (2005, p. 116) traduz o termo examinar como uma operação composta de duas partes:

Em primeiro lugar, o intérprete terá que destacar, dentre todas as circunstâncias de fato que caracterizam a hipótese, aquelas que considera relevantes. E o primeiro problema que se coloca é saber o que atribui relevância a um aspecto de fato. Em segundo lugar, e as duas questões estão interligadas, os fatos relevantes **terão influência sobre o peso ou a importância a ser reconhecida aos enunciados identificados** na fase anterior e às normas por eles propugnadas. (BARCELLOS, 2005, p. 116) **(grifo nosso)**

Decisão (3ª etapa) – é justamente nessa fase que ocorre a análise de toda conjuntura dos mais diversos enunciados, respeitando os fatos e construindo sua aplicação por meio dos pesos atribuídos a cada elemento. Logo, entende-se que essa união com todas as etapas serve para facilitar no processo decisório, possibilitando um maior controle em suas decisões. (BARCELLOS, 2005, p. 123-124)

Tanto que Ana Paula BARCELLOS²⁰⁷ (2005, p. 124) diz que:

(...) as etapas de exame já descritas são úteis para conduzir o raciocínio e ordenar a argumentação, mas a verdade é que elas não fornecem parâmetros para fundamentar uma escolha diante dos elementos em colisão. A construção de parâmetros que auxiliem o intérprete nesse ponto é absolutamente necessária: esse é o objeto da terceira parte desse estudo. (BARCELLOS, 2005, p. 124)

Assim, a professora da UERJ, quanto a essa terceira etapa, define que a decisão só poderá ser aplicada por meio de 03 (três) diretrizes gerais ligadas a atividade do intérprete, sendo essas: pretensão de universalidade, busca da concordância prática e construção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. (BARCELLOS, 2005, p. 125)

3.1.2 Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade.

Inicialmente, deve-se interpretar a relação entre esses 02 (dois) princípios, onde existe uma certa dúvida, seria possível dizer que são sinônimos? Para a norma Brasileira, sim.

²⁰⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 116;

²⁰⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 124;

Contudo, o Ministro Luís Roberto Barroso apresenta uma distinção, porém, tratando-se de questão meramente histórica, na qual BARROSO²⁰⁸ (2020, p. 249) afirma que o princípio da razoabilidade:

(...) tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. De fato, sua matriz remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na Magna Charta, de 1215, documento que é reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo. Modernamente, sua consagração em texto positivo deu-se através das Emendas 5a e 14a à Constituição norte-americana, a partir de onde se irradiou como um dos mais ricos fundamentos da jurisprudência da Suprema Corte. (BARROSO, 2020, p. 249)

A razoabilidade no direito norte-americano traz consigo duas vertentes. A primeira relacionada ao devido processo legal por meio de um alcance substantivo (*substantive due process*), onde o poder judiciário incube-se no controle de mérito referente a questão discricionária por parte do legislador. A segunda característica retrata do caráter puramente processual (*procedural due process*) respeitando as chamadas garantias, vinculadas inicialmente, ao processo penal e posteriormente inseridas nas citações, na ampla defesa, contraditórios e recursos. Logo, a razoabilidade vincula-se ao ordenamento jurídico estadunidense, como princípio constitucional para definir o controle de constitucionalidade (*judicial review*). (BARROSO, 2020, p. 249-250)

O Ministro BARROSO²⁰⁹ (2020, p. 250) afirma que o princípio da proporcionalidade se desenvolveu:

(...) no âmbito do direito administrativo, funcionando como limitação à discricionariedade administrativa. É natural que lá não tenha surgido como um princípio constitucional de controle da legislação. É que até a segunda metade do século XX, como visto, vigorava na Europa continental a ideia de que a soberania popular se exercia por via da supremacia do Parlamento, sendo o poder do legislador juridicamente ilimitado. Como consequência, não era possível conceber o princípio da proporcionalidade como fundamento de controle judicial da atuação do Parlamento, mas apenas dos atos administrativos. (BARROSO, 2020, p. 250)

Entretanto, a proporcionalidade presente no direito alemão, deixou de ser uma aplicação, apenas administrativa, ou seja, passou a ter também um fundamento constitucional, onde transformou o princípio da reserva legal para o princípio da reserva

²⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. Saraiva Educação, 2020, p. 249;

²⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. Saraiva Educação, 2020, p. 249;

de lei proporcional. Logo, sua aplicação será realizada tanto por meio administrativo quanto em âmbito legislativo. (BARROSO, 2020, p. 250)

Assim, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade difere-se em algumas questões relacionadas a sua origem, ou seja, características aplicadas a casos concretos advindos do direito norte-americano (razoabilidade) e do direito alemão (proporcionalidade). Em relação a norma brasileira, esses princípios são considerados como sinônimos.

Para Virgílio Afonso da Silva, o termo princípio da proporcionalidade não seria de grande exatidão, pois, entende que se trata de regras, devido seu dever definitivo, ou seja, sua aplicação deverá conter todas as condicionantes jurídicas e fáticas a partir do caso concreto. Logo, não seria correto chamar de princípio da proporcionalidade, mas, sim, regras de proporcionalidade. (SILVA, 2010, p. 167-168)

Além do mais, o jurista Virgílio da SILVA²¹⁰ (2010, p. 168) apresenta o termo aplicado no direito alemão referente a proporcionalidade:

Excluída a possibilidade de denominá-la "princípio da proporcionalidade" - pelo menos nos termos deste trabalho -, restam algumas alternativas propostas pela doutrina. A primeira delas seria a denominação "máxima da proporcionalidade", que seria a tradução direta do termo alemão. O problema dessa denominação reside no fato de que, na linguagem jurídica brasileira, "máxima" não é um termo utilizado com frequência e, mais que isso, pode às vezes dar a impressão de se tratar não de um dever, como é o caso da aplicação da proporcionalidade, mas de uma mera recomendação. (SILVA, 2010, p. 168)

Outro termo a ser usado, corresponde ao chamado postulado, sendo defendido por Humberto Ávila, na qual entende que a nomenclatura regra (usada por Virgílio da Silva) traria mais complicações do que o devido esclarecimento (ÁVILA, 2004, p. 86-88), tanto que o próprio autor afirma que um "postulado normativo aplicativo" seria uma norma definidora para a estrutura de aplicações das demais normas, ou seja, "uma metanorma". (ÁVILA, 2004, p. 88)

Entretanto, Virgílio SILVA (2010, p. 169) não concorda com o termo apresentado por Humberto Ávila, ao afirmar que:

Embora a proporcionalidade não seja, de fato, uma regra de conduta, mas uma regra acerca da aplicação de outras regras, não me parece que recorrer a uma ideia como "postulado normativo aplicativo" tenha alguma razão de ser. (...) por achar que a denominação "postulado normativo aplicativo" não contribui para um incremento de clareza conceitual, dou preferência a chamar a regra da

²¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **DIREITOS FUNDAMENTAIS: Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 168;

proporcionalidade de “regra”, também tendo em mente de que se trata de uma regra especial, ou uma regra de segundo nível ou, por fim, de uma meta-regra. (SILVA, 2010, p. 169)

Nesse sentido, Virgílio Afonso da SILVA²¹¹ (2002, p. 35) apresenta as regras de proporcionalidade, bem como, as 03 (três) correntes que definem a estrutura

A primeira delas, amplamente majoritária - e aqui seguida - adota a divisão em três subregras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A segunda, adotada principalmente pelos críticos do sopesamento como método de aplicação do direito, representados principalmente por Böckenförde e Schlink, aceita somente a análise da adequação e da necessidade, excluindo o sopesamento que a análise da proporcionalidade em sentido estrito implica. Por fim, a terceira tendência costuma identificar um elemento adicional, que precede a análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito: a análise da legitimidade dos fins que a medida questionada pretende atingir. Essa tendência é perceptível principalmente nos autores que se ocupam com a aplicação da regra da proporcionalidade perante a Corte Europeia de Direitos Humanos. (SILVA, 2002, p. 35)

Robert Alexy subscreve a primeira corrente apresentada por Virgílio Silva, tanto que ALEXY²¹² (2015, p. 116-117) define sua estrutura do seguinte modo:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. O Tribunal Constitucional Federal afirmou, em formulação um pouco obscura, que a máxima da proporcionalidade decorre, "no fundo, já da própria essência dos direitos fundamentais". (ALEXY, 2015, p. 116-117)

A primeira característica da proporcionalidade (adequação) corresponde ao meio legal pela qual consegue chegar no seu objetivo final, onde não irá afetar ou muito menos, colidir com outros princípios.

Tanto que, de modo mais simplificado, Pedro LENZA²¹³ (2022, p. 334) explica o termo adequação ao aduzir que “também chamado de pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido”.

²¹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798, p. 23-50 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2022;

²¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 116-117;

²¹³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 26 ed. (Coleção Esquematizado). São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 334;

O Ministro BARROSO²¹⁴ (2020, p. 251) contribui com a adequação, quando traz os motivos, os meios e os fins para chegar a proporcionalidade, ao afirmar que:

Ao produzir normas jurídicas, o Estado normalmente atuará em face de circunstâncias concretas, e se destinará à realização de determinados fins a serem atingidos pelo emprego de dados meios. Assim, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disto, hão de se levar também em conta os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre tais elementos. (BARROSO, 2020, p. 251)

Logo, a adequação refere-se a um exame que deve ser considerado como absoluto, pois trata-se de um meio legal a ser usado para conseguir obter o resultado desejado (fins), devendo também apresentar os motivos para sua realização, entretanto, caso ocorra a ausência de um fim, não há o que se falar em adequação, ou seja, não terá presente o motivo e muito menos, o meio.

Citando como exemplo, a norma que torna obrigatório o uso de cinto de segurança, onde os meios seria o uso correto do cinto e os fins (objetivos) será resguardar a integridade física de seus usuários.

A segunda característica (necessidade) refere-se a quaisquer princípios, objetivos e medidas, tanto que ALEXY²¹⁵ (2015, p. 118) aduz:

(...) a máxima da necessidade decorre do caráter principiológico dessas normas, será utilizada, aqui, a forma mais simples que um exame da necessidade pode ter. O fato de a máxima da necessidade impor dificuldades adicionais em casos mais complexos pode expor suas limitações, mas nada diz acerca de sua dedutibilidade do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. (ALEXY, 2015, p. 118)

Logo, Alexy argumenta que a necessidade será efetivada e atribuída para casos mais simples, onde o autor defende pela chamada “constelação mais simples”, ou seja, busca caracterizar com a presença de 02 (dois) princípios e de 02 (dois) sujeitos de direito (Estado/Cidadão) (ALEXY, 2015, p. 119)

O próprio Robert Alexy define que o exame da necessidade, deve-se buscar o caráter principiológico, porém, consubstanciado em um exame comparativo, cotejando-se a gravidade do meio escolhido e o objetivo pretendido logo, “o seu objetivo não possa

²¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. Saraiva Educação, 2020, p. 251;

²¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 118;

ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo”. (ALEXY, 2015, p. 119)

Para simplificar a máxima da necessidade, pode-se apresentar como exemplo: uma Lei que obrigue o uso de cinto de segurança para veículos de duas rodas, com o intuito de garantir a proteção da integridade física, assim, percebe-se 02 (dois) direitos presentes: liberdade de escolha e da autodeterminação. Além do mais, deve-se ater a seguinte análise, a aplicação dessa norma seria realmente eficaz para proteger o condutor? Acredita-se que não, pois não irá trazer a segurança necessária, tanto que há possibilidade de uso de outro meio para proteção do indivíduo, o uso do capacete.

O Ministro BARROSO²¹⁶ (2020, p. 252) aborda essa característica, pelo seguinte aspecto:

(...) a necessidade ou exigibilidade da medida, que impõe verificar a inexistência de meio menos gravosos para a consecução dos fins visados. Sendo possível conter certo dano ambiental por meio da instalação de um filtro próprio numa fábrica, será ilegítimo, por irrazoável, interditar o estabelecimento e paralisar a produção, esvaziando a liberdade econômica do agente. Nesse caso, a razoabilidade se expressa através do princípio de vedação do excesso. (BARROSO, 2020, p. 252)

Acompanhando o raciocínio de Luís Roberto Barroso, Pedro LENZA²¹⁷ (2022, p. 334) afirma que a necessidade “por alguns denominada exigibilidade, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa”.

Já a terceira corrente (proporcionalidade em sentido estrito) reflete na chamada exigência de sopesamento, ou seja, a restrição de um princípio será tanto maior quanto mais destacada for a importância relativa do princípio contraditório, fazendo com que o princípio seja superior (dependendo do caso concreto).

ALEXY²¹⁸ (2015, p. 117) defende essa característica em decorrência:

(...) da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos - caso sejam aplicáveis - é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico

²¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. Saraiva Educação, 2020, p. 252;

²¹⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 26 ed. (Coleção Esquemático). São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 334;

²¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 117;

das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. (ALEXY, 2015, p. 117)

Tanto que Alexy distingue claramente a adequação e a necessidade com a proporcionalidade em sentido estrito, onde nas duas correntes iniciais, a construção decorre da natureza dos princípios a partir do mandamento de otimização vinculada as possibilidades fáticas. Em contrapartida, a terceira corrente será direcionada aos princípios que estão ligados ao mandamento de otimização voltadas as possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2015, p. 118)

Logo, essa terceira característica corresponde ao grau de importância, ou seja, quando ocorre o conflito entre princípios e não consegue obter um resultado satisfatório com as correntes de adequação e de necessidade, nesse terceiro momento, será aplicado aquele princípio considerado como mais importante (devendo analisar a cada caso concreto). Lembrando que, o princípio que não se sobressaiu, não deverá ser excluído do ordenamento jurídico, apenas não será aproveitado no caso específico.

O Ministro BARROSO²¹⁹ (2020, p. 252) assevera sobre a ideia de proporcionalidade em sentido estrito:

(...) consistente na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima. Se o Poder Público, por exemplo, eletrificar certo monumento de modo a que um adolescente sofra uma descarga elétrica que o incapacite ou mate quando for pichá-lo, a absoluta falta de proporcionalidade entre o bem jurídico protegido – o patrimônio público – e o bem jurídico sacrificado – a vida – torna inválida a providência. (BARROSO, 2020, p. 252)

Trilhando o mesmo caminho, LENZA (2022, p. 334) atesta que essa terceira corrente “sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição”.

Ainda sobre essa corrente, deve-se atentar para suas subdivisões ou como alguns autores chamam, de fases ou de testes. Sendo a primeira, a intensidade da intervenção partindo do grau de afetação ou até mesmo de insatisfação de um dos princípios conflitantes. A segunda fase corresponde a importância legal (como meio de condição) para a prestação da respectiva intervenção, ou seja, a concretização da satisfação pelo

²¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. Saraiva Educação, 2020, p. 252;

princípio aplicado. E o terceiro teste, consubstancia na ponderação do sentido específico, onde a satisfação de um princípio irá se sobressair ao outro.

Assim como Robert Alexy, Virgílio da SILVA²²⁰ (2002, p. 45) assegura de modo simples que a proporcionalidade ou razoabilidade, deverá ser fundamentada pela “exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais”.

Como último fator a ser mencionado, deve-se abordar um seguinte ponto relevante, a regra de proporcionalidade aplicada por Robert Alexy pelo Tribunal Constitucional Federal e modo expresso na Constituição Alemã, porém, como funciona essa proporcionalidade/razoabilidade na norma jurídica brasileira?

Como supramencionada, a proporcionalidade e a razoabilidade tinham suas distinções em suas origens, porém, nos tempos atuais, são considerados como sinônimos, tanto que estão expressos na Constituição Cidadão de 1988.

Pedro LENZA²²¹ (2022, p. 335) indica sua presença na Carta magna, além de apresentar de modo expresso em normas infraconstitucionais:

(...) lembramos importantes dispositivos normativos que explicitamente adotam o princípio da proporcionalidade (que, no plano constitucional, não está enunciado de modo formal e categórico, mas decorre do devido processo legal, em sua acepção substantiva — art. 5.º, LIV da CF/88): Art. 2.º, VI, da Lei n. 9.784/99; Art. 156 do CPP; Art. 282, I e II, do CPP; Art. 438, §§ 1.º e 2.º, do CPP. (LENZA, 2022, p. 335)

Logo, a regra da proporcionalidade/razoabilidade decorre do devido processo legal substantivo (*substantive due process of law*) onde será consubstanciado em parâmetros previstos nos princípios, contudo, como já supramencionado, há casos onde somente esses princípios não serão suficientes (aplicando-se o uso de precedentes), principalmente para conseguir estabelecer uma decisão jurídica justa.

Sendo assim, uma questão é certa, o princípio (ou regra, nome defendido por Alexy) da proporcionalidade/razoabilidade estará presente no conflito entre direitos fundamentais, pois, como já informado, será aplicado quando envolver os princípios, entretanto, não será possível quando o choque for exercido por meio de regras.

²²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798, p. 23-50 2002. Disponível em: <https://constitucao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2022;

²²¹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 26 ed. (Coleção Esquematizado). São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 334;

3.2 Direito à vida e Direito à Liberdade Religiosa

De acordo com o Título II, capítulo I da Constituição Federal de 1988, em seu 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”.

Marcelo NOVELINO²²² (2021, p. 360) conceitua, para fins de proteção constitucional, a vida, ao afirmar que:

(...) está relacionada à existência física do ser humano. A inviolabilidade do direito à vida assegurada pela Constituição (CF, art. 5º, caput) não se refere, portanto, a toda e qualquer forma de existência, mas tão somente à vida humana em seu sentido biológico, cuja proteção começa antes mesmo do nascimento e termina com a morte. A inviolabilidade, consistente na proteção do direito à vida contra violações por parte do Estado e de terceiros, não se confunde com a irrenunciabilidade, característica distintiva dos direitos fundamentais que os protege inclusive em face de seu próprio titular. (NOVELINO, 2021, p. 360)

Para tanto, MENDES e BRANCO²²³ (2021, p. 502) conceitua a existência humana, como um:

(...) pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse. (MENDES e BRANCO, 2021, p. 502)

O Ministro Alexandre de MORAES²²⁴ (2020, p. 113), também, contribui com seu conhecimento e apresenta os pontos jurídicos e biológicos:

O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto. Assim a vida viável, portanto, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez. (MORAES, 2020, p. 113)

²²² NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 360;

²²³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 502;

²²⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 113;

Sob essa perspectiva, Moraes afirma que a Constituição Federal tem o dever de proteger a vida de todos os indivíduos, inclusive a uterina, entretanto, deve-se lembrar que não há direitos absolutos, tanto que o texto constitucional traz a pena de morte no caso de guerra declarada (nos termos do art. 84, XIX), conforme o art. 5º, XLVII, CF/88. (MORAES, 2020, p. 113)

Acompanhando o entendimento do Ministro, Novelino deixa claro que o direito à vida, em consonância com a norma máxima brasileira, estrutura-se em 02 (duas) acepções: negativa e positiva. Onde a primeira, caracteriza-se no direito assegurado de toda pessoa permanecer viva, trata-se do “direito de defesa que confere ao indivíduo *status* negativo (em sentido amplo)”, ou seja, “direito à não intervenção em sua existência física por parte do Estado e de outros particulares”. Logo, o direito à vida, como mencionado pelo Ministro: “o início da mais precisa garantia individual”, citando como exemplo, de acepção negativa: a proibição de pena de morte (exposto no parágrafo anterior). (NOVELINO, 2020, p. 361)

Já a acepção positiva, refere-se o direito a existência digna, ou seja, o indivíduo terá todos os direitos básicos garantidos, com as mínimas condições necessárias para sua subsistência em sociedade. Para Novelino, não se limita apenas na garantia do mínimo existencial²²⁵, devendo atuar também na garantia da pessoa quanto as suas pretensões de caráter material e jurídico. (NOVELINO, 2021, 361)

Tanto que, NOVELINO²²⁶ (2021, p. 361) aduz sobre esses tipos de caráter:

Nesse sentido, impõe aos poderes públicos o dever de adotar medidas positivas de proteção da vida (*e.g.*, em casos de ameaça de morte ou de requerimento de extradição por Estado estrangeiro quando o crime é punível com a pena de morte), de amparo material em espécie (CF, art. 203, V), bem ou serviços (ADCT, art. 79), assim como de emissão de normas de caráter protetivo e incriminador de condutas que atentem contra a vida. Como se pode notar, na concepção positiva há íntima relação do direito à vida com a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e com outros direitos fundamentais. (NOVELINO, 2021, p. 361)

Nelson ROSENVALD²²⁷ (2007, p. 177) contribui ao afirmar que “a dignidade é simultaneamente valor e princípio e constitui elemento decisivo na afirmação de qualquer

²²⁵ Mínimo existencial é o conjunto básico de direitos fundamentais que assegura a cada pessoa uma vida digna, como saúde, alimentação e educação;

²²⁶ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 361;

²²⁷ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 177;

Estado Democrático de Direito, assumindo proporção de cláusula geral, apta a condicionar e conformar todo o tecido normativo”.

Ainda nessa referência, Dirley da CUNHA JÚNIOR²²⁸ (2017, p. 597) demonstra a relação do direito à vida com a dignidade:

O direito à vida é o direito legítimo de defender a própria existência e de existir com dignidade, a salvo de qualquer violação, tortura ou tratamento desumano ou degradante. Envolve o direito à preservação dos atributos físico-psíquicos (elementos materiais) e espirituais-morais (elementos imateriais) da pessoa humana, sendo, por isso mesmo, o mais fundamental de todos os direitos, condição *sine qua non* para o exercício dos demais. (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 597)

Logo, o direito à vida é um direito fundamental, sendo interpretado como um dos mais importantes no texto constitucional, ou seja, o ser humano não contará apenas com o aspecto da vida, tanto que ROSENVALD²²⁹ (2007, p. 178) esclarece que o termo dignidade não fica apenas na seara constitucional, cogitando ser:

(...) um sistema aberto, cuja supremacia axiológica é referida pela dignidade da pessoa humana, o direito civil e a Constituição manterão intenso vínculo comunicativo, com repercussão material dos princípios que lhes são comuns. (...) Consiste o chamado direito civil-constitucional justamente na reconstrução do direito privado mediante envio dos valores aos princípios constitucionais e, posteriormente, do ingresso desses princípios no Código Civil através da “janela” das cláusulas gerais. Esse diálogo permite que o princípio cardinal da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) possa ingressar no direito civil por diversas vias. (ROSENVALD, 2007, p. 178)

NOVELINO²³⁰ (2021, p. 361-362) apresenta a relação do indivíduo com a obrigação do Estado, ao afirmar:

O direito fundamental à vida deve ser pensado não apenas sob a perspectiva do indivíduo, enquanto posição jurídica de que este é titular perante o Estado (dimensão subjetiva), mas também do ponto de vista da comunidade, enquanto bem jurídico essencial que impõe aos poderes públicos e à sociedade o dever de adotar medidas de proteção contra práticas que atentem contra o direito à vida e de promoção dos meios indispensáveis a uma vida humana com dignidade e qualidade (dimensão objetiva). (NOVELINO, 2021, p. 361-362)

²²⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 597;

²²⁹ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 178;

²³⁰ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 361-362;

Ainda nessa verve fundamental, entende-se que a dimensão subjetiva reporta a individualidade do próprio ser humano, respeitando, sua autonomia da vontade e as considerações quanto aos seus valores. Contudo, entende-se mais relevante a aplicação da dimensão objetiva, ou seja, aquela relacionada a proteção ao indivíduo dentro de uma sociedade, com o intuito de viver de forma harmoniosa.

O termo fundamental não é à toa, pois, como todos sabem a vida é algo essencial para o ser humano, tanto que sem vida, não há qualquer direito, logo, entende-se a sua real importância para o mundo jurídico. Além do mais, deve-se afirmar ainda que essa essência humana é intransferível, indisponível e também irrenunciável.

Entretanto, é importância ressaltar que não basta “apenas” ter a vida, há vista que à norma fundamental garantidora do indivíduo é vinculada a dignidade, na qual, o indivíduo terá os direitos básicos para conseguir viver em sociedade e caso não o tenha, o Estado irá fomentar todas as condições pertinentes, tais como, escolas públicas, saúde públicas, entre outras.

Porém, esse direito traz como respaldo a todos os indivíduos, tanto que, há casos mais específicos que possam vincular com o intuito de garantir a sua proteção na sociedade, até mesmo para aquelas pessoas que possam se beneficiar com essa norma fundamental.

Suzana de Toledo BARROS²³¹ (2000, p. 132) exemplifica de modo catedrático a questão de proteção por parte do Estado ao indivíduo, no tocante a obrigatoriedade do uso do cinto de segurança:

É assim que se explica, por exemplo, a imposição do uso do cinto de segurança: o livre arbítrio do condutor do veículo perde alcance diante do valor constitucional vida ou integridade física dos indivíduos, cuja proteção é requerida pelo Estado em cumprimento às suas finalidades. Da mesma forma, pode-se argumentar em favor da proibição geral do uso de drogas. (BARROS, 2000, p. 132)

Os Direitos Fundamentais expressam, de forma positivada, como um meio de afiançar a existência da liberdade (no atual contexto, a liberdade religiosa), buscando de modo digno, assim como, a igualdade, cujo objeto caracteriza-se pela plena harmonia de todos os indivíduos dentro da sociedade, logo, o Estado possui o dever de ser o respectivo garantidor desses direitos.

²³¹ BARROS, Suzana Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 132

Esses dois direitos, tamanho seu valor, está relacionado aos preceitos vinculados a Teoria de Karel Vasak²³², na qual, desenvolveu as aclamadas “gerações de direitos” com base na Revolução Francesa de 1789, onde os direitos à vida e a liberdade religiosa estão inseridos na primeira geração²³³.

No tocante a essa relação entre o indivíduo e a figura do Estado sobressai um direito que sempre está em voga, principalmente nesse período pandêmico: a Liberdade. Contudo, deve-se ressaltar que esse direito possui subdivisões, tais como: liberdade de expressão, liberdade de locomoção, liberdade de profissão e econômica, liberdade de reunião e associação e liberdade religiosa (tema a ser tratado), entre outros.

A liberdade religiosa será considerada como um direito fundamental. Antes de mais nada, Jónatas Eduardo Mendes MACHADO²³⁴ (2021, p. 13) define a liberdade religiosa como um jogo de linguagem, quando aduz:

Essa discussão tem sido feita, fundamentalmente, em dois diferentes espaços discursivos. Um, de natureza teológica, que tem em vista, fundamentalmente, avançar as pretensões de verdade de confissões religiosas determinadas. Outro, de natureza jurídico-constitucional, que procura alicerçar a disciplina do fenômeno religioso, na complexidade das suas várias dimensões, a partir da afirmação da igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos no seio da comunidade política. O primeiro, supõe uma adesão de tipo fideísta às suas premissas. O segundo, baseia-se apenas nas ideias de razoabilidade e reciprocidade, alicerçando-se em argumentos racionais dotados de validade interpessoal. Um e outro encontram-se em níveis de generalidade diferentes. (MACHADO, 2021, p. 13)

Além disso, trata-se de uma norma fundamental, pelo fato de ser aplicado ao ser humano como um meio internacional de proteção aos direitos humanos, na qual, o indivíduo não possui uma obrigatoriedade para consagrar-se a uma religião, logo, possui o direito de seguir ou até mesmo, mudar para aquela em que se sente mais confiante, haja vista que a Constituição Federal de 1988 garante, juntamente pelo fato de ser um país laico²³⁵.

²³² Reporta-se ao ano de 1979, onde o jurista tcheco, naturalizado francês Karel Vasak criou a teoria geracional dos direitos fundamentais, sendo conhecida como direitos de geração ou dimensão, sendo inspirada na Revolução Francesa: Liberdade (primeira geração), Igualdade (segunda geração) e Fraternidade (terceira geração);

²³³ Refere-se aos direitos civis e políticos, estando regulamentados pela Constituição Federal de 1988, citando como exemplo, alguns incisos do artigo 5º.

²³⁴ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2021, p. 13;

²³⁵ A Constituição Federal de 1988 veda aos estados e à União estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de qualquer culto, sendo demonstrado no art. 19, I.

Em âmbito constitucional, mesmo em um país laico, é possível encontrar características religiosas, podendo citar alguns, tais como: o preâmbulo (sob a proteção de Deus), o art. 5º, onde traz os incisos 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); V (é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva); VI (ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei); art. 19, inciso I (É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçando o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público).

No cerne do tema de liberdade religiosa, no art. 5º, VI, CF supracitado, deve-se atentar a distinção entre liberdade de consciência e de crença, na qual, Clever VASCONCELOS²³⁶ (2019, p. 161) diferencia de modo claro:

A liberdade de consciência compreende o ato de cada qual possuir certa convicção, permitindo ao indivíduo pensar como queira; traduz-se na voz secreta da alma, da percepção e sentido pessoal. A liberdade de crença, por sua vez, abrange a liberdade de escolha de certa religião, ou, ainda, a liberdade de mudar de religião ou de não aderir a nenhuma, como também a liberdade de descrença – ateísmo. Observe: a liberdade de consciência é pressuposto para o exercício da liberdade de crença. (VASCONCELOS, 2019, p. 161).

Diante dessa particularidade, o jurista Ingo SARLET²³⁷ conceitua de modo prático e também exemplifica a liberdade de consciência, quando afirma:

(...) embora a liberdade de consciência tenha forte vínculo com a liberdade religiosa, ambas não se confundem e apresentam dimensões autônomas. A liberdade de consciência assume, de plano, uma dimensão mais ampla, considerando que as hipóteses de objeção de consciência, apenas para ilustrar com um exemplo, abarcam hipóteses que não têm relação direta com opções religiosas, de crença e de culto. Bastaria aqui citar o exemplo daqueles que se recusam a prestar serviço militar em virtude de sua convicção (não necessariamente fundada em razões religiosas) de participar de conflitos

²³⁶ VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva: Educação, 2019, p. 161;

²³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas acerca da liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988**. Revista de Direito UFMS, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, v. 1, n.1, edição especial, p. 87-102, jan/jun 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/1234>. Acesso em: 2 mai. 2023;

armados e eventualmente vir a matar alguém. Outro caso, aliás, relativamente frequente, diz com a recusa de médicos a praticarem a interrupção da gravidez e determinados procedimentos, igualmente nem sempre por força de motivação religiosa. (SARLET, 2015, p. 93)

Por outro lado, Jónatas MACHADO²³⁸ (2021, p. 227) retrata o direito à liberdade de crença:

O direito à liberdade religiosa visa proteger o *forum internum*, perfazendo a sujeição das opções de fé a quaisquer pressões, diretas ou indiretas, explícitas ou implícitas. Ele cria uma esfera jurídico-subjetiva em torno do indivíduo, cujo perímetro os poderes públicos e as entidades privadas devem respeitar. É dentro dessa esfera que o indivíduo exerce a sua liberdade de crença, no pressuposto de que as opções tomadas neste domínio dizem respeito à *essência íntima e pessoal do homem*. (MACHADO, 2021, p. 227)

O Professor Catedrático da Universidade de Coimbra, ainda traduz a equiparação entre a crença e a conduta, pois como o próprio autor afirma, “a liberdade religiosa não seria adequadamente tutelada se admitisse uma tão estrita como simplificadora bipolaridade entre crença (*belief*) e conduta (*action*)”, ou seja, não seria cabível adotar uma generosa proteção a um e uma desvalorização com a outra. (MACHADO, 2021, p. 229)

Logo, MACHADO²³⁹ (2021, p. 230) apresenta o termo “conduta” como uma natureza das coisas, não sendo considerado como absoluto, tanto que:

Compreende-se que as condutas coloquem mais problemas jurídicos do que as crenças em si. No entanto, a construção dogmática de uma teoria das restrições do direito à liberdade religiosa com base na distinção entre umas e outras teria como consequência a descaracterização do fenômeno religioso e a subversão completa, ou o esvaziamento, do programa normativo que a Constituição lhe faz corresponder. Esta encara a religião como uma unidade incidível entre *convicções e práticas religiosas* (cfr. Art. 41.º-2) (MACHADO, 2021, p. 230)

Além desses termos vinculados a esse direito à liberdade, entende-se necessário apresentar a suas titularidades, ou seja, quem são os titulares da liberdade religiosa? Ingo SARLET²⁴⁰ (2015, p. 97) responde

²³⁸ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2021, p. 227;

²³⁹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2021, p. 231;

²⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas acerca da liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988**. Revista de Direito UFMS, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, v. 1, n.1, edição especial, p. 87-102, jan/jun 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/1234>. Acesso em: 2 mai. 2023;

Titulares da liberdade religiosa são, em primeira linha, as pessoas físicas, incluindo os estrangeiros não residentes, pois, dada a sua conexão com a liberdade de consciência e dignidade da pessoa humana, aplica-se aqui o princípio da universalidade. Cuida-se tanto de um direito humano quanto de um direito fundamental. (SARLET, 2015, p. 97)

Sarlet acrescenta nesse rol de titularidade, as pessoas jurídicas, haja vista que a liberdade religiosa se interliga a uma dimensão institucional, na qual, institui a liberdade de organização religiosa, ou seja, é possível criar um local específico para a prática de estudos religiosos. (SARLET, 2015, p. 97)

Ainda nessa seara, MACHADO²⁴¹ (2021, p. 241-242) também contribui a respeito da titularidade:

A titularidade dos direitos fundamentais não se limita, constitucionalmente, às pessoas físicas, mas estende-se, de igual modo, às pessoas coletivas ou pessoas jurídicas. Nos termos do art. 12.º-2 da CRP, as pessoas coletivas (...) gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza. Excluídos ficam, em abstrato, os direitos que postulem uma referência obrigatória à pessoa humana, ou seja, a características inseparáveis da sua personalidade singular. (MACHADO, 2021, p. 241-242)

Além do mais, Ingo SARLET²⁴² (2015, p. 97-98), quanto essa titularidade, contribui ao trazer os destinatários desse direito:

Quanto aos destinatários, em que pese seja também aqui o Estado o principal destinatário, vinculado que está (diretamente) às normas de direitos fundamentais e mesmo aos deveres de proteção estabelecidos pela CF, o direito de liberdade religiosa projeta-se nas relações privadas, o que se pode dar de maneira direta e indireta. Apenas em caráter ilustrativo, bastaria aqui recordar do ambiente de trabalho e escolar, onde também o empregador, os demais empregados, os professores e a entidade de ensino (portanto tanto na perspectiva das pessoas físicas quanto das pessoas jurídicas) devem abster-se de intervir no âmbito da livre opção religiosa, salvo para assegurar o exercício do mesmo direito por parte de outros trabalhadores ou alunos (estudantes) ou mesmo para a proteção de outros direitos. (SARLET, 2015, p. 97-98)

Como já informado, o direito à liberdade religiosa é considerado como um direito fundamental, entretanto, deve-se atentar que esse direito será instituído em sentido amplo, pois, essa liberdade será vinculado no âmbito de dimensão subjetivo e objetivo. Essa

²⁴¹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2021, p. 231;

²⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas acerca da liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988**. Revista de Direito UFMS, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, v. 1, n.1, edição especial, p. 87-102, jan/jun 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/1234>. Acesso em: 2 mai. 2023;

aplicação no sentido amplo (negativo e positivo) possui exemplos já apresentados (*vide* Colisão dos direitos fundamentais)

Nesse sentido, MACHADO²⁴³ (2021, p. 228) aborda, de modo claro, a distinção da liberdade negativa e positiva:

No contexto de uma sociedade aberta e pluralista, que estamos perante uma liberdade no sentido jurídico do termo, ou seja, perante um conceito democrático de liberdade negativa, cujo objeto constitui um conjunto indefinido de possibilidades e alternativas de comportamento. Daí a preclusão da edificação de uma *liberdade positiva* por via da imposição estadual de uma concepção compreensiva ou determinação material do conteúdo do direito em causa, designadamente através de uma manipulação teológico-substantivista de conceitos como dignidade humana, consciência individual, religião, etc., de forma a limitar as faculdades que o mesmo compreende a um conjunto restrito de consequências jurídicas pré-estabelecidas. (MACHADO, 2021, p. 228)

Para facilitar esse entendimento, Ingo SARLET²⁴⁴ (2015, p. 96) aborda a liberdade negativa:

Como direito subjetivo a liberdade religiosa opera tanto como direito de defesa, portanto, de cunho negativo, quanto como direito a prestações (direito “positivo”) fáticas e jurídicas, muito embora, como já frisado, a dimensão subjetiva não possa ser reduzida a um único tipo de posições negativas ou positivas.

(...)

Na sua condição de direito negativo, a liberdade religiosa desdobra-se, numa primeira aproximação quanto ao seu conteúdo, em uma liberdade de crença, que diz com a faculdade individual de optar por uma religião ou de mudar de religião ou de crença, ao passo que a liberdade de culto, que guarda relação com a exteriorização da crença, diz com os ritos, cerimônias, locais e outros aspectos essenciais ao exercício da liberdade de religião e de crença. (SARLET, 2021, p. 96)

Além dos exemplos supramencionados, há um caso que nos prende a observar, trata-se da ADI n. 4.439/DF²⁴⁵, onde a Procuradoria Geral da República (PGR) assente que o ensino religioso nas escolas públicas somente poderá possuir natureza não

²⁴³ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2021, p. 228;

²⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas acerca da liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988**. Revista de Direito UFMS, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, v. 1, n.1, edição especial, p. 87-102, jan/jun 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/1234>. Acesso em: 2 mai. 2023;

²⁴⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. 27 de setembro de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915>. Acesso em: 23 mar. 2023;

confessional, contudo, concordamos com o manifesto do Ministro Celso de Mello (Voto vencido):

(...) impõe-se, como elemento viabilizador da liberdade religiosa, a separação institucional entre Estado e Igreja, a significar, portanto, que, no Estado laico, como o é o Estado brasileiro, haverá, sempre, uma clara e precisa demarcação de domínios de atuação e de incidência do poder civil (ou secular) e do poder religioso (ou espiritual), de tal modo que a escolha, ou não, de uma fé religiosa revele-se questão de ordem estritamente privada, vedada, no ponto, qualquer interferência estatal, proibindo, ainda, ao Estado o exercício de sua atividade com apoio em princípios teológicos, ou em razões de ordem confessional, ou, ainda, em artigos de fé, sendo irrelevante – em face da existência constitucional de laicidade do Estado – que se trate de dogmas consagrados por determinada religião considerada hegemônica no meio social, sob pena de concepções de certa denominação religiosa transformarem-se, inconstitucionalmente, em critério definidor de decisões estatais e da formulação e execução de políticas governamentais”.

(...)

“Em uma palavra, o postulado da separação formal entre Igreja e Estado não permite que o Poder Público, tratando-se de escolas oficiais, culmine por assumir, caso se revelasse lícito reconhecer a possibilidade de ensino confessional, a condição de instrumento de propagação de ideias religiosas ou de meio executivo no processo de formação religiosa dos alunos nas escolas públicas do ensino fundamental” (voto do Min. Celso de Mello na ADI 4.439/DF, 27-9-2017).

Assim, a laicidade não pode ser imposta, ou seja, não pode torna-la como um meio obrigatório a ser feito. Flávio MARTINS²⁴⁶ (2022, p. 1.301) exemplifica de modo claro:

Utilizar a Constituição para abolir o feriado do “Natal”, por exemplo, por ser uma comemoração cristã do nascimento de Jesus Cristo, parece, pelo menos, um exagero desprovido de razoabilidade. Não obstante, como dissemos, a laicidade é um valor a ser seguido, buscado, seja pelo legislador, seja pelos demais detentores do Poder Público. Entender que os feriados cristãos já existentes, bem como os crucifixos já existentes nos prédios públicos, correspondem a uma manifestação cultural e, por isso, não ferem a laicidade é compreensível. (MARTINS, 2022, p. 1.301)

Nesse sentido, não se pode atribuir, a uma democracia, com uma “ditadura da maioria”, ou seja, impor a vontade de uma maioria que se utiliza de práticas escusas ou até mesmo violentas para conseguir seus objetivos, logo, uma verdadeira democracia é aquela que será construída por meio do respeito e a valorização das diferenças, sem obrigar suas crenças ou seus desejos pessoais, ou ditos “religiosos”. (MARTINS, 2022, p. 1.301)

E como mencionado, em diversos momentos, no decorrer desse trabalho, o direito à liberdade religiosa é um direito fundamental, porém, não é considerado como absoluto,

²⁴⁶ MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 1.301;

logo, esse direito (assim como os demais) são vinculados a teoria da relatividade, tanto que, SARLET²⁴⁷ (2015, p. 98) defende:

(...) a liberdade religiosa, mas também a liberdade de consciência (...) é um direito fundamental sujeito a limites e restrições. Modalidade que é da liberdade expressão (manifestação do pensamento) e especialmente da liberdade de consciência (que é mais ampla), a liberdade religiosa, embora como tal não submetida a expressa reserva legal (no artigo 5º, VI, a CF estabelece ser inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos), encontra limites em outros direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana, o que implica, em caso de conflito, cuidadosa ponderação e atenção, entre outros aspectos, aos critérios da proporcionalidade. (SARLET, 2015, p. 98)

No caso de choque entre o direito à vida e o da liberdade religiosa, nota-se, claramente, a impossibilidade de definição por meio de hierarquia, haja vista, a importância desses 02 (dois) direitos fundamentais, logo, não há como acompanhar o entendimento, puro e simples, do suporte fático em sentido estrito, pois, como já mencionado anteriormente, o primeiro está invólucro a todos os direitos tanto no âmbito nacional quanto de modo internacional, pois, trata-se do berço da norma jurídica.

Logo, entende-se que solução a ser aplicada a partir desse imbróglio é necessariamente o chamado juízo de ponderação, na qual, inicialmente poderá passar pela harmonização ou concordância prática, porém, não é o comum de acontecer, pois, essa colisão deverá ser sanada por meio do critério da proporcionalidade, onde será levado em consideração a prevalência de um direito sob o outro, porém, deve-se lembrar que esses critérios poderão ser analisados a cada caso concreto, principalmente, para os chamados casos difíceis ou complexos (*Hard Cases*).

3.3 Arguição de Descumprimento de Direitos Fundamentais: Aplicação da Liberdade Religiosa no período pandêmico.

Em decorrência da pandemia da COVID-19, a soberania brasileira estabeleceu inúmeras restrições a sua população (com o intuito máximo de proteção aos indivíduos).

²⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas acerca da liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988**. Revista de Direito UFMS, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, v. 1, n.1, edição especial, p. 87-102, jan/jun 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/1234>. Acesso em: 2 mai. 2023;

Tanto que, a AgênciaBrasil²⁴⁸ apresenta algumas medidas aplicadas para combater a doença, tais como: Suspensão de aulas, Fechamento de comércios, Redução nas frotas de ônibus, Eventos ou reuniões com mais 30 (trinta) pessoas, entre outras.

Com o avanço da doença em solo brasileiro, os estados e municípios, na tentativa de reduzir o excessivo número de infectados e principalmente, com o registro da primeira morte ocorrida no estado do Rio de Janeiro, de acordo com a AgênciaBrasil²⁴⁹. Logo, obrigou os gestores públicos do país a adotarem suas medidas protetivas, chegando a suspender diversas atividades nos 26 estados e no Distrito Federal, o objeto desse trabalho é justamente a suspensão temporária de cultos religiosos de modo presencial. Tanto que duas ações (as referências a serem trabalhadas) serão apresentadas para entendermos como ambas foram decididas, tanto pelo Ministro Kassio Nunes Marques quanto pelo Ministro Gilmar Mendes.

3.3.1 ADFP nº 701/MG – ANAJURE x Prefeitura municipal de João Monlevade.

ADPF nº 701/MG²⁵⁰ - Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADFP, promovida pela Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE contra o art. 6º do Decreto n. 31, de 20/03/2020, do Município de João Monlevade/MG, por entender que, no contexto da implementação de medidas de enfrentamento da pandemia de COVID-19, foi ferido o direito fundamental à liberdade religiosa e o princípio da laicidade estatal, ao ser determinada a suspensão irrestrita das atividades religiosas na cidade, bem como em face “dos DEMAIS DECRETOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS²⁵¹”, os quais teriam imposto violações equivalentes em todo o país.

²⁴⁸ Dados extraídos do sítio da AgênciaBrasil. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/veja-medidas-que-cada-estado-esta-adotando-para-combater-covid-19>. Acesso em: 01 mar. 2023;

²⁴⁹ ÍNDIO DO BRASIL, Cristina. Estado do Rio de Janeiro confirma primeira morte por coronavírus. Agência Brasil, Rio de Janeiro. 19.03.2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/estado-do-rio-de-janeiro-confirma-primeira-morte-por-coronavirus>. Acesso em: 29 de jul. 2023;

²⁵⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais nº 701/MG. Relator: Ministro Nunes Marques. 03 de abril de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/isp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5944043>. Acesso em: 23 mar. 2023;

²⁵¹ Aponta, ainda, como normas violadoras da liberdade religiosa e da laicidade estatal, o Decreto n. 1.704/2020, da Prefeitura Municipal de Macapá/AP, o Decreto n. 18.902, de 23/03/2020, e o Decreto n. 19.013, de 07/06/2020, do Estado do Piauí, o Decreto n. 28.635, de 22/03/2020, do Estado de Roraima, o Decreto n. 15/2020, da Prefeitura Municipal de Serrinha/BA, o Decreto n. 14.052, de 20/03/2020, o Decreto n. 14.121, de 11/05/2020, o Decreto n. 14.122, de 11/05/2020,

A Procuradoria Geral da República (PGR) defende pela possibilidade de cultos serem de forma presencial e coletiva, como forma de proteção da saúde mental e espiritual da população. Tanto que, a PGR opina pelo referendo da medida cautelar, bem como, que seja declarada a inconstitucionalidade desse decreto municipal e tantos outros, da esfera municipal e estadual que proíbem a realização de atividades religiosas de caráter presencial e coletivo, desde que respeitado todos os protocolos setoriais de cada cunho religioso e também as medidas sanitárias do Ministério da Saúde.

Tendo como relator originário o ministro Celso de Mello, que se aposentou e foi sucedido pelo ministro Kássio Nunes Marques, onde proferiu sua decisão em 03 de abril de 2021, cujo teor, impede que Estados e municípios proibissem cultos religiosos de modo presencial na Páscoa — mesmo diante do alarmante estado de calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 —, com fundamento na falta de razoabilidade e desproporcionalidade em tais proibições que, na visão do ministro relator, atentam contra a liberdade religiosa (CF 5º. VI).

Georges ABOUD²⁵², além de não estar de acordo com a decisão ministerial, o jurista apresenta 05 (cinco) equívocos presentes na manifestação do Ministro Nunes Marques, na qual, apresenta, a tripla ofensa (a liminar proferida contrai diretamente a decisão em Plenário na ADIn 6341 MC; Ignorou a decisão da ADPF 703; Quando o gabinete informou que não havia previsão para levar a matéria ao Plenário), a ilegitimidade ativa do autor, o incorreto diálogo com a Suprema Corte americana, incorreto equacionamento das consequências da decisão e a decisão ativista.

O Min. Nunes Marques, então, decidiu pela permissão aos cultos presenciais, ao afirmar:

a) os Estados, Distrito Federal e Municípios se abstenham de editar ou de exigir o cumprimento de decretos ou atos administrativos locais que proíbam completamente a realização de celebrações religiosas presenciais, por motivos ligados à prevenção da Covid19; e b) sejam aplicados, nos cultos, missas e reuniões de quaisquer credos e religiões, os protocolos sanitários de prevenção, relativos à limitação de presença (no máximo, 25% da capacidade), além das

e o Decreto n. 14.140, de 29/05/2020, da Prefeitura Municipal de Bebedouro/SP, o Decreto n. 6.228, de 23/03/2020, e o Decreto n. 6246, de 29/04/2020, da Prefeitura Municipal de Cajamar/SP, o Decreto n. 28.564, de 21/05/202, do Município de Rio Brillhante/MS, e o Decreto n. 1.366, de 21/03/2020, da Prefeitura Municipal de Armação dos Búzios/RJ;

²⁵² ABOUD, Georges. Os cinco equívocos da decisão que permitiu cultos presenciais na páscoa. Revista Consultor Jurídico, 7 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-07/abboud-equivocos-decisao-permitiu-cultos-presenciais>. Acesso em: 15 ago. 2022;

medidas acima mencionadas, tais como: distanciamento social (com ocupação de forma espaçada entre os assentos e modo alternado entre as fileiras de cadeiras ou bancos), observância de que o espaço seja arejado (com janelas e portas abertas, sempre que possível), obrigatoriedade quanto ao uso de máscaras, disponibilização de álcool em gel nas entradas dos templos, aferição de temperatura, fixadas estas como balizas mínimas, recomendando-se também outras medidas profiláticas editadas pelo Ministério da Saúde; sem prejuízo da possível e gradativa mitigação das restrições pelo Poder Executivo, conforme haja evolução positiva no tratamento e combate à pandemia. (STF, ADPF nº 701/MG, Rel. Min. Nunes Marques, j. 03/04/2021)

Nota-se, na ADPF nº 701/MG, um conflito em os direitos à vida e a liberdade religiosa. Logo, como já mencionamos no decorrer desse trabalho, seria necessário sanar esse caso, por meio da proporcionalidade, ou seja, devendo atribuir ao correto direito, respeitando os pesos e contrapesos.

O Min. Relator se respalda pela liberalidade dos cultos presenciais com o seguinte argumento:

Há plausibilidade na tese sustentada pela autora, segundo a qual a proibição total da realização de cultos religiosos presenciais representa uma extrapolação de poderes, pois trata o serviço religioso como algo supérfluo, que pode ser suspenso pelo Estado, sem maiores problemas para os fiéis.

(...)

A proibição categórica de cultos não ocorre sequer em estados de defesa (CF, art. 136, §1º, I) ou estado de sítio (CF, art. 139). Como poderia ocorrer por atos administrativos locais? Certo, as questões sanitárias são importantes e devem ser observadas, mas para tanto, não se pode fazer tábula rasa da Constituição. Observa-se, nesse sentido, que diversas atividades também essenciais, tais como o serviço de transporte coletivo, vêm sendo desenvolvidas ainda que em contexto pandêmico, demandando para tanto um protocolo sanitário mínimo que, com as devidas considerações, poderia ser também adotado no presente caso.

Reconheço que o momento é de cautela, ante o contexto pandêmico que vivenciamos. Ainda assim, e justamente por vivermos em momentos tão difíceis, mais se faz necessário reconhecer a essencialidade da atividade religiosa, responsável, entre outras funções, por conferir acolhimento e conforto espiritual. (STF, ADPF nº 701/MG, Rel. Min. Nunes Marques, j. 03/04/2021)

Percebe-se que o entendimento trazido pelo Min. Relator não condiz com a verdadeira realidade vivida no período da pandemia, principalmente na infeliz comparação com o transporte público. Entretanto, um dos pontos que precisa ser mencionado, é a ausência de qualquer tipo de ponderação, pois não “enxergou” o núcleo essencial, na qual, apresentou como “justificativa” apenas as restrições aplicadas pelo art. 3º da Lei nº 13.979/20, como: Uso obrigatório de máscaras de proteção individual.

Assim, o Ministro Nunes Marques, de fato, deixou de observar a teoria da ponderação, onde fixou-se em restrições importantes, porém, delimitou-se apenas a

essencialidade religiosa, ou seja, deixando de lado, o núcleo essencial mais importante: a vida.

Outro ponto a ser mencionado, refere-se à ausência ao analisar as regras, haja vista que, houve uma violação direta aos art. 926 do Código de Processo Civil de 2015: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Este mencionado artigo visa garantir a uniformização em decisões e até mesmo na jurisprudência, com o intuito de proporcionar uma melhor aplicação nas atividades do poder judiciário.

O ministro relator, em sua decisão, deixou de aplicar a competência concorrente (decisão já tomada em plenário do STF), na qual, violou o princípio da separação dos poderes à luz de um entendimento concretizado pela própria Suprema corte, referindo-se a ADIn nº 6341/DF, situação essa, que não poderia deixar de ser percebida, pelo menos, por seu próprio gabinete ou seus gabaritados assessores.

Outra prática depreciativa cometida, corresponde, nitidamente, pela ausência de fundamentação, ao não apresentar critérios técnicos ou científicos, ou seja, mesmo com as justificativas expostas, não há como substituir os agentes e gestores públicos em suas ações, pois, percebe-se que o magistrado tomou sua decisão de modo subjetivo.

Tanto que, em sua decisão monocrática, o ministro defende pela permissibilidade dos cultos religiosos serem realizados de modo presencial, respeitando um contingente máximo de 25% de sua capacidade total.

Entretanto, mais uma vez, o relator não teve a devida cautela, pois, essa capacidade apresentada, poderia até ser aplicada para pequenos templos religiosos, contudo, há no Brasil, os chamados Megatemplos e de acordo com a BBC News Brasil²⁵³, são considerados os seguintes: Cidade Mundial dos Sonhos de Deus (com capacidade de 150 mil pessoas), Basílica de Nossa Senhora de Aparecida (a área interna da basílica abriga 30 mil pessoas. A capacidade para as celebrações na área externa é de 300 mil), Templo da Glória de Deus (capacidade para 60 mil pessoas), Santuário Theotokos – Mãe de Deus (capacidade para 100 mil fiéis), entre outros.

²⁵³ SOUZA, Felipe. Novo megatemplo ilustra disputa de igrejas em SP para ‘mostrar poder’. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160226_megatemplos_saopaulo_fs#:~:text=Novo%20megatemplo%20ilustra%20disputa%20de%20igrejas%20em%20SP%20para%20mostrar%20poder%27,-Felipe%20Souza&text=Caminh%C3%B5es%20passam%20o%20dia%20tirando,do%20tr%C3%A2nsito%20de%20S%C3%A3o%20Paulo. Acesso em: 29 jul. 2023;

Assim, mesmo com a porcentagem imposta, a contaminação em um desses locais religiosos seria exorbitante, além disso, essas pessoas que podem ser infectadas, conseqüentemente, existe a possibilidade de transmissão para outras pessoas do seu círculo familiar. Logo, mesmo com as restrições aplicadas na decisão, não teria a devida eficácia.

Contudo, diante dos inúmeros equívocos apresentados na decisão, entende-se como o mais gravoso, a interpretação por meio de valores pessoais e subjetivos do magistrado, na qual, não se respeitou a segurança jurídica, haja vista que a decisão ministerial tomada, servirá como parâmetro para a atuação futura de tribunais e juízes por meio de sua integração e interpretação, cujo objetivo será de garantir a melhor eficácia para os direitos fundamentais.

Nesse momento de pandemia, onde, um membro da Corte máxima da soberania toma uma decisão de forma monocrática que, ainda, vai de encontro com o acórdão proferido pelo colegiado de sua própria instituição, nota-se claramente, não apenas um mero desconforto, mas, sim, um enorme prejuízo em garantir a promoção do bem a todos, ou seja, violando o princípio da não discriminação, bem como, caracterizando um desrespeito a separação dos poderes.

Tanto que, de acordo com sítio eletrônico do STF²⁵⁴, o Ministro Nunes Marques, no dia 15/04/2021, revogou a liminar concedida por ele que autorizava práticas religiosas em templos e igrejas durante a pandemia da Covid-19, desde que atendidos os protocolos sanitários. Alinhando-se ao entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

3.3.2 ADPF nº 811/SP – PSD Nacional x Governo do Estado de São Paulo.

A ADPF nº 811/SP²⁵⁵ - Trata-se de medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), proposta pelo diretório nacional do Partido Social Democrático (PSD), contra o art. 2º, II, a, do Decreto n. 65.563, de 12.3.2021, do Estado de São Paulo, que vedou a realização de cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo.

²⁵⁴ Informação extraída do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=464260&ori=1>. Acesso em: 30 jul. 2023;

²⁵⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais nº 811/SP. Relator: Ministro Gilmar mendes. 05 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF811.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2023;

O Ministro Gilmar Mendes em decisão da ADPF nº 811/SP nos lembra da ADIn n. 6341²⁵⁶ de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, onde traz à baila a aclamada competência concorrente, em termos de saúde, dos Estados e Municípios:

Em abril de 2020, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341, de relatoria do eminente MINISTRO MARCO AURÉLIO, redator para acórdão MINISTRO EDSON FACHIN, assentou-se de forma clara e direta que todos os entes federados têm competência para legislar e adotar medidas sanitárias voltadas ao enfrentamento da pandemia de Covid-19. Assim o fez o STF levando em consideração pretensões do governo federal de obstar os Estados e Municípios de adotarem uma das poucas medidas que por comprovação científica revela-se capaz de promover o achatamento da curva de contágio do coronavírus, qual seja o *lockdown* – talvez a única disponível num contexto de falta de vacinas. (**grifo nosso**)

Tanto que o Ministro Gilmar Mendes, em decisão proferida na ADPF nº 811/SP, explica que não basta apenas essas restrições individuais, logo, em “um cenário tão devastador, é patente reconhecer que as medidas de restrição à realização de cultos coletivos, por mais duras que sejam, são não apenas adequadas, mas necessárias ao objetivo maior de realização da proteção da vida e do sistema de saúde”.

Outro ponto que precisa ser mencionado da decisão da ADPF nº 701/MG, refere-se à violação direta a uma decisão proferida em Plenário, na qual, não foi observada pela Min. Relator, onde obteve diversas críticas de seus pares, deve-se lembrar que uma manifestação monocrática não pode estar em desacordo com outra decisão, principalmente, sendo uma decisão concretizada pelo Plenário da Suprema Corte.

Logo, o STF precisa evitar esses tipos de interpérios, pois, as decisões ministeriais, mesmo sendo fixadas por juristas distintos, entende-se pela necessidade de tornar-se um meio harmonioso, haja vista que, o guardião da Constituição é um espelho aos outros tribunais.

Já no caso da ADPF nº 811/SP, o Min. Relator Gilmar Mendes decide rejeitar a medida cautelar:

Ante o exposto, com base no art. 5º, §1º, da Lei 9.882/99, e no art. 21, V, do RISTF, **denego a medida cautelar pleiteada ad referendum** do Plenário. Ante à notável relevância do tema, requer-se seja determinada a inclusão em pauta do feito, para referendo, com a maior urgência possível. (STF, ADPF nº 811/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05/04/2021)

²⁵⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. 24 de março de 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2023;

De modo prático, o relator, ao computador inúmeras petições juntadas aos autos, entendeu pertinente analisar a medida cautelar e não encontrou os requisitos pertinentes, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, logo, acabou denegando a cautelar e posteriormente, solicitou a inclusão da pauta junto ao Plenário, com a maior brevidade.

Entendendo que ambas as ações possuem o mesmo tema, percebendo, também, que a manifestação do Min. Nunes Marques viola diretamente uma decisão em Plenário (ADIn nº 6341 MC-REF/DF). Dois dias depois, o Min. Gilmar Mendes decidiu de modo contrário o que defende o Min. Rel. da primeira ação. Logo, o STF unificou as duas arguições, ficando ao cargo do Ministro Gilmar Mendes dar seguimento ao julgamento da ADPF nº 811/SP²⁵⁷:

Dois dias para chegar-se a um escore acachapante de 9 votos a 2 – já estou presumindo o seu visto, Presidente. E não sou daqueles que gostam da própria voz, por isso vou resumir – e resumir ao máximo – o voto. Prevenção – suscitada a do ministro Nunes Marques, o ministro Gilmar Mendes fez o que geralmente faço: submeteu ao distribuidor, que é Vossa Excelência, Presidente, o que articulado quanto à prevenção do ministro Nunes Marques. E Vossa Excelência decidiu que o processo ficaria com o ministro Gilmar Mendes. Houve agravo? Não! A matéria está preclusa. Não fosse isso, o artigo 77-B do Regimento Interno não contempla a prevenção pelo tema. Contempla a prevenção pelo objeto. E as arguições de descumprimento de preceito fundamental têm objetos distintos, decretos distintos. (STF, ADPF nº 811/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08/04/2021)

Dando sequência, o Ministro Relator na ação unificada, discorre sobre a proibição quanto aos cultos presenciais:

(...) não é medido pela força numérica nem pela importância social de determinada associação religiosa. A liberdade de credo deve ser assegurada de modo igual a todos, desde os membros de pequenas comunidades religiosas aos das grandes igrejas e de seitas exóticas ao círculo cultural. Aqui é importante que se diga: a Constituição Federal de 1988 não alberga tão somente a proteção da fé cristã. Na presente ADPF, a dimensão do direito à liberdade religiosa que reclama proteção jurídica afasta-se do núcleo de liberdade de consciência e mais tem a ver com a proteção constitucionalmente conferida à liberdade do exercício de cultos em coletividade. (STF, ADPF nº 811/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08/04/2021)

²⁵⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais nº 811/SP. Relator: Ministro Gilmar mendes. 08 de abril de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6136541>. Acesso em: 23 mar. 2023;

O Ministro Gilmar, diferente do que foi decidido na ADPF nº 701/MG, mostra uma clara evidência do uso da ponderação de interesses entre direitos fundamentais:

No contexto de uma pandemia das dimensões como a que ora vivenciamos, as controvérsias sobre os limites da juridicidade de restrições ao exercício de direitos fundamentais tornam-se tónicas dos debates constitucionais. As medidas de distanciamento social, a restrição à locomoção e a proibição de reuniões públicas recorrentemente suscitam o questionamento sobre a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais em jogo. 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. (STF, ADPF nº 811/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08/04/2021)

Assim, a ADPF retrata a existência de dimensões internas e externas:

Reconhece-se a existência de uma dimensão interna (*forum internum*) e de uma dimensão externa (*forum externum*) deste direito. O *forum internum* consiste na liberdade espiritual íntima de formar a sua crença, a sua ideologia ou a sua consciência, enquanto que o *forum externum* diz respeito mais propriamente à liberdade de confissão e à liberdade de culto.

(...)

Essa delimitação do núcleo de proteção invocado nesta ADPF como a dimensão externa do direito à liberdade religiosa deve ser feita de forma rigorosa. Isso porque a própria doutrina estrangeira pacificamente acolhe que os níveis de proteção das duas dimensões do direito em questão são distintos. (STF, ADPF nº 811/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08/04/2021)

Entretanto, Rodrigo Lobato Oliveira de SOUZA²⁵⁸ (2021, p. 230-231) aduz que houve uma falha quanto a proporcionalidade, tanto que diferencia em 02 (dois) aspectos:

Primeiro, mesmo que elementos de fato tenham sido levados em consideração, notadamente no que tange às recomendações técnico-científicas das autoridades sanitárias, estas integram tão somente o âmbito das circunstâncias fáticas subjacentes à análise da adequada e necessidade das restrições a direitos fundamentais. Tal, por decerto, não afasta o exame dos elementos jurídicos voltados à verificação da proporcionalidade em sentido estrito, em especial a

²⁵⁸ SOUZA, Rodrigo Lobato Oliveira de. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 23, n. 3, p. 216-240, Set/Dez, 2021. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.ius.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v23_n3/revista_v23_n3_216.pdf; Acesso em: 15 jan. 2023;

ponderação das pretensões jusfundamentais colidentes na hipótese, operação esta não delineada pelo Relator em seu voto.

(...)

Caso fossem tais parâmetros aplicados à problemática, no controle de evidência, dever-se-ia questionar o grau de conexão meio-fim, à luz dos dados técnico-científicos disponíveis, entre a medida restritiva adotada (decreto executivo que promoveu a proibição da realização de cultos e reuniões presenciais de caráter religioso) e o objetivo a ser atingido com a mesma (prevenção do aumento de contágio pelo novo coronavírus); no controle de justificabilidade, dever-se-ia perscrutar a objetividade das razões técnico-científicas apresentadas a suportar a restrição impingida; e no controle de intensidade, dever-se-ia perquirir, de forma propriamente dita, a proporcionalidade em sentido estrito da medida de restrição. De uma forma geral, trata-se, essencialmente, da aplicação da proporcionalidade à hipótese. (SOUZA, 2021, p. 230-231)

O professor Rodrigo Lobato Souza apresenta questões práticas para sanar as lacunas deixadas: a) No que tange à adequação, a proibição determinada pelos decretos seria apta promover a redução significativa do número de novas infecções pelo novo coronavírus?, b) No que tange à necessidade, há meios eficazes à contenção da propagação do novo coronavírus, medida menos onerosa à liberdade de cultos?, c) No que tange à proporcionalidade em sentido estrito, e portanto ao balanceamento entre os direitos, é proporcional a relação entre a realização dos direitos à saúde e à vida, e a compressão do direito fundamental à liberdade religiosa no aspecto do exercício da liberdade de cultos? (SOUZA, 2021, p. 231-232)

O próprio SOUZA²⁵⁹ (2021, p. 232) responde às perguntas, elucidando-as:

(...) do ponto de vista jurídico-constitucional, dever-se-ia, igualmente, analisar a querela pelas perspectivas protetivas (dimensão positiva, prestacional e institucional) do direito fundamental à liberdade religiosa, e não somente pela dimensão problemática da realização de cultos e reuniões presenciais de caráter religioso. Assim, através de um olhar jurídico-objetivo de possibilidades, dever-se-ia ter questionado quais razões de proteção jusfundamental conduziriam, possivelmente, à inconstitucionalidade daquelas medidas restritivas, algo que se deveria ter feito no contexto da faceta objetiva do direito fundamental à liberdade religiosa, por meio da qual surge esse direito como fonte genuína de um dever constitucional de proteção dirigido ao Estado, controle este não operado pelo Tribunal. (SOUZA, 2021, p. 232)

Logo, o autor entende que a decisão do Ministro Relator precisaria trazer uma maior robustez quanto a essa questão de proteção ao direito fundamental à liberdade

²⁵⁹ SOUZA, Rodrigo Lobato Oliveira de. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 23, n. 3, p. 216-240, Set/Dez, 2021. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v23_n3/revista_v23_n3_216.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023;

religiosa, ou seja, uma análise mais criteriosa quanto a dimensão positiva, pois, deve-se lembrar que a liberdade religiosa é uma fonte inesgotável, na qual, precisa ser protegida pela norma máxima brasileira. Não sendo à toa que, os cultos continuaram a ser realizados, porém, de modo remoto.

Entretanto, deve-se ressaltar que ambos os direitos fundamentais possuem de modo claro o seu valor intrínseco, ou seja, sabe-se da necessidade do culto para inúmeras pessoas, principalmente, aquelas mais devotas.

O distanciamento social, sendo de forma temporária, não quebrará o núcleo essencial da liberdade religiosa, haja vista que, mesmo não estando de forma presencial em um Igreja, os fiéis podem acompanhar remotamente e também continuar suas orações e devoções por meio do maior instrumento religioso: o livro sagrado.

Sabe-se que uma das falhas na decisão do Min. Nunes Marques corresponde a ausência de critérios científicos e técnicos, porém, o distanciamento social, o chamado *lockdown*, trata-se de uma medida científica necessária, haja vista que, as vacinas (instrumento ideal) ainda estavam começando a aparecer durante aquele cenário.

Nesse sentido, o Min. Relator foi de modo cirúrgico em seu voto (recebendo elogios de outros membros da corte, como é o caso do Min. Luís Roberto Barroso), pois, percebe-se o choque entre a liberdade religiosa com o direito à vida.

Assim, para sanar esse imbróglio será necessário o uso da ponderação (atribuída por meio de seus valores à luz dos elementos presentes no caso concreto), ou seja, entre a fé (liberdade religiosa) e a própria ciência (direito à vida), a sociedade deverá caminhar em prol da vida, logo, a solução mais plausível a ser feita (naquele período de 2021) seria acreditar na ciência e na medicina.

Nesse sentido, como mencionado pelo Min. Barroso em seu voto, a solução plausível para o delicado momento é a ciência e a medicina, logo, deve-se respeitar a aplicação do *lockdown* como meio essencial para garantir a proteção (mesmo que não seja total) de toda uma sociedade, até que venha os instrumentos mais eficazes que irão trazer uma maior proteção a população, ou seja, a aplicação das vacinas em todas as faixas etárias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais precisam, cada vez mais, serem analisados com uma maior ênfase, pois, é comum, no atual momento, os indivíduos não darem o devido valor a sua nomenclatura, haja vista que, esses direitos são vistos, principalmente, pelos leigos, como mais uma condição preexistente na norma brasileira.

Uma prova dessa necessidade, infelizmente, veio com a COVID-19, na qual, precisou-se intensificar as atividades dos três poderes da soberania, não sendo à toa que tanto o Executivo quanto o Legislativo realizaram inúmeras imposições (em prol da sociedade), ou seja, normas que possibilitaram no decurso do tempo estabelecer determinadas limitações e restrições a população, tendo como sua prioridade no momento, salvar o maior número de pessoas.

Pelos fatos supramencionados, percebe-se claramente a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, pois, esse direito não reporta somente a norma expressa no texto constitucional, mais, também, sabe-se que possui uma relação direta com os direitos humanos, logo, fazendo com que a vida, torne-se o eixo central de conduta perante uma sociedade.

Além do mais, entende-se pertinente o maior controle concentrado do Poder Judiciário (respeitando a particularidade de cada caso concreto), principalmente, durante esse período pandêmico, onde as ações e interpelações tiveram um aumento significativo.

E como sabemos, é possível a ocorrência de choque ou colisão entre direitos fundamentais, contudo, fez-se necessário o estudo da Teoria de Robert Alexy, haja vista ser considerado como uma das bases jurídicas mais respeitadas no continente europeu e também, sendo uma prática presente nas manifestações apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Como abordado, a teoria de Alexy é uma ampliação da ideia trazida por Ronald Dworkin, na qual, defende a aplicação para os casos concretos onde ocorrer a colisão, sendo pertinente sua definição para, de antemão, conseguir estabelecer limites ou restrições.

Logo, entendeu-se necessário utilizar as ideias de Alexy como base doutrinária e jurídica, bem como, um aparato comparativo, com as teorias aplicadas de Dworkin e Cass Sunstein, partindo de suas interpretações quanto aos termos chamados: regras e princípios.

O Choque de direitos se fez presente nesse trabalho, onde, percebe-se a colisão entre o direito à vida e a liberdade religiosa, além de ter uma obrigatoriedade em trazer a conciso a melhor solução para o caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, em decorrência de inúmeras solicitações e pedidos para sanar as questões envolvendo a pandemia, tomou-se uma decisão importante, a ADIn nº 6341 MC-REF/DF, na qual, refere-se à aplicação da competência concorrente, entre a União, estados, DF e municípios no combate a COVID-19, logo, não deve perfazer “aquela ideia” divulgada de que o STF tirou poderes do Governo Federal e transferiu para as demais esferas da organização político-administrativa da República Federativa do Brasil.

O cerne desse trabalho veio por meio de uma interpretação ministerial equivocado, na qual, permitiu-se a celebração de cultos religiosos de modo presencial, mesmo com o excessivo aumento do número de casos da COVID-19 e também, pela decisão ser contrária a um entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal.

Assim, o estudo fixou-se nas ADPFs nºs 701/MG e 811/SP, onde o primeiro consta como Min. Relator Kassio Nunes Marques e o segundo, com a Relatoria do Min. Gilmar Mendes.

Na ADPF nº 701/MG percebe-se inúmeras falhas de interpretação jurídica, tais como: ilegitimidade de ação, decisão estrangeira equivocada, entre outras. Contudo, o estudo nessa ação construiu-se pela não observância em decorrência da colisão entre os direitos fundamentais presentes, bem como, a violação a separação dos poderes e a tomada decisão sem a devida fundamentação técnica ou científica.

Logo, o Ministro Nunes Marques deferiu a liminar suspendendo diversos decretos municipais e estaduais, na qual, permitia a celebração do culto religioso de modo presencial desde que obedecesse um limite máximo e também que cumprisse com as restrições iniciais estabelecidas pelo Ministério da Saúde.

Na ADPF nº 811/SP, todavia, destaca-se pela forma criteriosa em relação com a real situação (período pandêmico) de permitir ou não os cultos religiosos presenciais, haja vista que, o Ministro Relator trouxe à baila, justamente a necessidade de análise da colisão entre os direitos fundamentais.

O Min. Gilmar Mendes, com toda sua sapiência, conseguiu demonstrar ao analisar o núcleo do direito à liberdade religiosa e de culto, bem como o teste da proporcionalidade da restrição.

Além do mais, o Min. Relator consagrou a colisão dos direitos fundamentais por meio da harmonização (concordância prática) e ponderação entre direitos e valores, logo, a liberdade religiosa precisa ser observada, porém, diante desse período de pandemia, deve-se ater pela condição impetrada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, o direito à vida.

Logo, entende-se que a decisão preferida na ADPF nº 811/SP foi de modo assertivo, pois, mesmo que não houvesse (durante o aumento dos casos da doença) a sua forma presencial, não há como pensar em violação, haja vista que o seu direito continuou e continua garantido, tanto que, as atividades religiosas foram realizadas de modo remoto, bem como, com o uso do instrumento religiosa mais importante: a bíblia.

Outro fato que marca esse estudo, trata-se da não observância por parte do Min. Relator da ADPF nº 701/MG, ao violar diretamente uma decisão proferida em Plenário, ou seja, a ADIn nº 6341 MC-REF/DF. Na qual, não deveria ter ocorrido, salvo nos casos que, comprovadamente, não estão em consonância com a Constituição Federal de 1988.

Porém, em detrimentos de todos os equívocos aplicados na decisão monocrática na ADPF nº 701/MG, nota-se, claramente, a pior delas, o uso de sua subjetividade, na qual, não trouxe qualquer fundamento na ciência ou medicina, ficando a mercê de sua própria interpretação religiosa.

Nesse sentido, evidencia-se, uma necessidade clara, de propiciar uma maior cautela aos membros da Suprema corte, com o intuito de evitar equívocos que podem vir a trazer inúmeros prejuízos para toda uma sociedade, bem como, realizar uma interpretação harmoniosa fundamentada em critérios técnicos e nesse caso específico, também científico.

Assim, as decisões advindas, principalmente, do próprio Supremo Tribunal Federal precisam estar vinculadas a segurança jurídica, haja vista que as manifestações adotadas pelo STF serão acompanhadas pelos demais órgãos julgadores do Poder Judiciário, no intuito de garantir a eficácia jurídica das normas.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Os cinco equívocos da decisão que permitiu cultos presenciais na páscoa. *Revista Consultor Jurídico*, 7 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-07/abboud-equivocos-decisao-permitiu-cultos-presenciais>. Acesso em: 15 ago. 2022;

AGENCIABRASIL. Veja as medidas que cada estado está adotando para combater a COVID-19. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/veja-medidas-que-cada-estado-esta-adotando-para-combater-covid-19>. Acesso em: 01 mar. 2023;

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Org., trad. e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014;

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015;

ALVES, Nadia Castro. Colisão de Direitos Fundamentais e Ponderação. *Revista Jurídica Metrium*, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 25-48, jan/jun. 2010. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/890>. Acesso em: 02 mai. 2023;

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996;

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2004;

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005;

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014;

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. Saraiva Educação, 2020;

BARROS, Suzana Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000;

BESSA, Leandro Sousa. Colisões de direitos fundamentais: propostas de solução. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Fortaleza. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 301-302. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/125.pdf>. Acesso em: 1 mai. 2023;

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004;

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2011;

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 ago. 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF. Relator: Ministro Ayres Brito. 29 de maio de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 20 dez. 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3540-1/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. 01 de setembro de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>. Acesso em: 23 mar. 2023;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. 24 de março de 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2023;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 389/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 03 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610995>. Acesso em: 01 mai. 2023;

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais nº 186, Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 26 de abril de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 10 nov. 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais nº 701/MG. Relator: Ministro Nunes Marques. 03 de abril de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5944043>. Acesso em: 23 mar. 2023;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais nº 811/SP. Relator: Ministro Gilmar mendes. 05 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF811.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2023;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 70.814-5. Relator: Ministro Celso de Mello. 01 de março de 1994. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72703>. Acesso em: 24 mar. 2023;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.959/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. 01 de setembro de 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=ac&docID=79206&pgI=156&pgF=160>. Acesso em: 10 dez 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 82.424-2. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 15 mar. 2023;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.164/SP. Relator: Ministro Celso de Melo. 30 de outubro de 1995. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>. Acesso em: 12 dez. 2022;

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.832-7/DF. Relator: Ministro Cesar Peluzo. 18 de março de 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365462>. Acesso em: 01 mai. 2023;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 1249095/SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Aguardando Julgamento. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5827249>. Acesso em: 01 mai. 2023;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581/RS. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 13 de agosto de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>. Acesso em: 20 nov. 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 652.777. Relator: Ministro Teori Zavascki. 23 de abril de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8831570>. Acesso em: 15 mar. 2023;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará, proc. 35952-52.2010.8.06.0000, Des. Fernando Ximenes, p. 13/07/10;

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. De acordo com a Ementa Constitucional n. 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003;

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018;

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015;

_____. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006;

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012;

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. Salvador: JusPODIVM, 2017;

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo e dignidade da pessoa humana**. Revista Digital de Direito Administrativo, Universidade de São Paulo, [s.l.], v. 1, n. 2, p. 260-279, 2014. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/74853/85755>. Acesso em: 2 mar. 2023;

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002;

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021;

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001;

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011;

_____. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010;

GARCIA, E. **O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade**. Revista Forense. Rio de Janeiro, vol. 383, p. 83-112, 2006. Disponível em: https://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=e6ecb9f7-96dc-4500-8a60-f79b8dc6f517&groupId=10136. Acesso em: 25 set. 2022;

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro, Ed. Objetiva, 2001;

ÍNDIO DO BRASIL, Cristina. Estado do Rio de Janeiro confirma primeira morte por coronavírus. Agência Brasil, Rio de Janeiro. 19.03.2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/estado-do-rio-de-janeiro-confirma-primeira-morte-por-coronavirus>. Acesso em: 29 de jul. 2023;

JEFFERSON, Thomas. et al. **Escritos políticos**. São Paulo: IBRASA, 1964;

KANT. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. In: Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1974;

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998;

KOSELLECK, Reinhart, 1923-2006. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos / Reinhart Koselleck; tradução do original alemão Wilma Patrícia Maas, Carlos Almeida Pereira; revisão da tradução César Benjamin. – Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006;

LEGALE, Siddharta; VAL, Eduardo Manuel. A dignidade da pessoa humana e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direito Humanos. *Direitos Fundamentais e Justiça*: DFJ, Belo Horizonte, v. 11, n. 36, 175-202, jan/jun. 2017. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/145982>. Acesso em: 01 fev. 2022;

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022;

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **A formação da doutrina dos direitos fundamentais**. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [s.l.], v. 98, p. 411-422, 2003. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67595>. Acesso em: 2 set. 2022;

LIBRELOTTO, Gicélia. **Dignidade da pessoa humana**: reflexões jurídicas e filosóficas sobre o conceito. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Escola de Humanidades, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2017;

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Constituição, soberania e ditadura em Carl Schmitt**. *Lua Nova: revista de cultura e política*, n. 42, p. 119-144, 1997. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/Jhcwj5QQxR7HtYtVK5c7yBv/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 02 set. 2022;

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2021;

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2014;

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., São Paulo: Saraivajur, 2022;

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006;

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito Constitucional do Brasil**. 1ª edição. São Paulo: Del Rey, 2008;

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021;

MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **A democracia das massas e a democracia das pessoas**: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014;

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1998;

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020;

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021;

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020;

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020;

ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conceito e Validade do Direito**: a polêmica entre Robert Alexy e Eugenio Bulygin sobre a pretensão de correção do direito. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3507.pdf>. Acesso em: 1 out. 2022;

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social**. Revista Interesse Público. Ano 1. n. 4, out./dez. 1999. São Paulo: Notadez;

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2007;

ROSSET, Luciano. A democracia ateniense: filha de sua história, filha de sua época. Revista de Cultura Teológica. v.16, n.64. jul/set 2008. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/culturateo/article/viewFile/15535/11601>. Acesso em: 20 mai. 2022;

SALEME, Edson Ricardo. **Direito Constitucional**. 4. ed. Santana da Parnaíba (SP): Manole, 2021;

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018;

_____. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. Ed. ver. atual. e ampl. 3. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 49-50;

_____. **Notas acerca da liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988**. Revista de Direito UFMS, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, v. 1, n.1, edição especial, p. 87-102, jan/jun 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/1234>. Acesso em: 2 mai. 2023;

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018;

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016;

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. Revista De Direito Administrativo, v. 212, p. 89–94, 1998. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v212.1998.47169>. Acesso em: 1 ago. 2022;

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016;

SILVA, Lucas Matos da. **O Conceito de mínimo existencial e o entendimento do Supremo Tribunal Federal**. In: SALES, Tainah Simões et al. (org.). Reflexões sobre o mínimo existencial e a efetivação dos direitos sociais. 1. ed. Curitiba, PR: CRV, 2015;

SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos Direitos fundamentais. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 6, p. 541-558, 2005. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023;

_____. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010;

_____. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais 798, p. 23-50 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: Acesso em: 03 nov. 2022;

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Direitos fundamentais e suporte fático: notas a Virgílio Afonso da Silva. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 6, p. 67-80, jun./dez. 2009. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/71>. Acesso em: 02 mar. 2023;

SOUSA, Bruno Stigert. **Constitucionalismo solidário na era dos deveres**: democracia, diferença e inclusão. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010;

SOUZA, Felipe. Novo megatemplo ilustra disputa de igrejas em SP para ‘mostrar poder’. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160226_megatemplos_saopaulo fs#:~:text=](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160226_megatemplos_saopaulo_fs#:~:text=)

[Novo%20megatemplo%20ilustra%20disputa%20de%20igrejas%20em%20SP%20para%20'mostrar%20poder',-Felipe%20Souza&text=Caminh%C3%B5es%20passam%20o%20dia%20tirando,do%20tr%C3%A2nsito%20de%20S%C3%A3o%20Paulo](#). Acesso em: 29 jul. 2023;

SOUZA, Rodrigo Lobato Oliveira de. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 23, n. 3, p. 216-240, Set/Dez, 2021. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v23_n3/revista_v23_n3_216.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023;

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016;

SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição Parcial**. São Paulo: Del Rey, 2009;

_____. **Legal Reasoning and Political Conflict**. Oxford: Oxford University Press, 1996;

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020;

TOLEDO, Cláudia. **Mínimo Existencial** – A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã. In: MIRANDA, Jorge et al. (org.). *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016;

TORRES, Ricardo Lobo. **Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009;

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva: Educação, 2019;

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2004;

ZAVASCKI, Teori Albino. **Direitos Fundamentais de Terceira Geração**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade do Rio Grande do Sul, [s.l.], v. 15, p. 227-232, 1998. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/70414>. Acesso em: 3 set. 2022.