

IX ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Educação Jurídica

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Zulmar Antonio Fachin; Lucas Gonçalves da Silva; Gabrielle Scola Dutra – Florianópolis: CONPEDI, 2026.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-583-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, Processo e Justiça Social: o papel da jurisdição constitucional na efetivação de direitos

2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. IX Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2026: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IX ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Os artigos reunidos nesta obra foram apresentados no Grupo de Trabalho "Direitos e Garantias Fundamentais II", realizado no âmbito do IX Encontro Virtual do CONPEDI, coordenado pelos Professores Doutores Gabrielle Scola Dutra (PPGD da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC), Lucas Gonçalves da Silva (PPGD da Universidade Federal do Sergipe - UFS) e Zulmar Antonio Fachin (PPGD das Faculdades Londrina). O evento ocorreu entre os dias 22 e 26 de junho de 2026, tendo como tema central "Constituição, Processo e Justiça Social: o papel da jurisdição constitucional na efetivação de direitos", proporcionando um espaço qualificado para o debate científico acerca dos desafios contemporâneos do constitucionalismo e da proteção dos direitos fundamentais. Os trabalhos selecionados refletem a pluralidade teórica e metodológica característica da pesquisa jurídica brasileira, abordando questões atuais relacionadas à efetividade dos direitos e garantias fundamentais, à atuação das instituições democráticas, ao acesso à justiça, à jurisdição constitucional e aos múltiplos desafios impostos pelas transformações sociais, políticas e tecnológicas. Em conjunto, os artigos evidenciam o compromisso da comunidade acadêmica com a produção de conhecimento crítico, contribuindo para o fortalecimento do debate jurídico e para a construção de respostas capazes de promover a concretização dos direitos fundamentais no contexto do Estado Democrático de Direito.

Foram apresentados os seguintes trabalhos: "O Direito ao Esquecimento na Era Digital: uma análise da (in)aplicabilidade do precedente Aida Curi frente à hipermemória algorítmica", de Aline Regina das Neves e Tarcilla Aguiar Alarcon; "O Direito Fundamental da Presunção de Inocência sob a Ótica da Integridade de Dworkin: limites à discricionariedade judicial", de Sonia Maria Ferreira Cancio, Marcelo Bezerra Ribeiro e Jeferson Antonio Fernandes

dos Santos Silva e Adilson Souza Santos; "O Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente no Ordenamento Jurídico Brasileiro: fundamentos, efetividade e desafios contemporâneos. Uma releitura à luz da doutrina de Luigi Ferrajoli", de Heber Clemente Benatti e Ricardo Hiroshi Botelho Yoshino;

"O Direito Fundamental a Alimentos como Expressão da Dignidade da Pessoa Humana e Instrumento de Proteção Integral da Pessoa com Deficiência", de Jean Carlos Jeronimo Pires Nascimento e Ricardo Alves Sampaio; "Eutanásia Social e o Plano 75 como 'Política Pública': uma discussão para além da autonomia da vontade no direito fundamental à morte digna", de Mario Cesar da Silva Andrade; "Entre o Orçamento e o Direito: a necessária atuação coordenada entre o Conselho Tutelar e a Defensoria Pública na efetivação da política pública de educação infantil", de Maira Andreza Pacheco Fonseca Portella e Carlos Felipe Benati Pinto; "Estado de Emergência: a colisão entre direitos fundamentais no contexto da pandemia de COVID-19", de Wellington Aparecido Prado Carvalho, Jaime Domingues Brito e Tiago Domingues Brito; "Equidade como Pressuposto da Democracia Substancial: desigualdade social e efetividade dos direitos fundamentais", de Eduardo Augusto Gonçalves Dahas e Tammara Drummond Mendes;

"A Liberdade de Expressão, a Hierarquia e a Disciplina diante de Restrições a Manifestações por Militares", de Rodolfo Rosa Telles Menezes; "A Ironia da Liberdade de Crença: consciência, reciprocidade e pluralismo no constitucionalismo democrático", de Michael Lima de Jesus, Alice Sophia Franco Diniz e Noemi Duarte Silva; "A Função do Poder de Polícia da Justiça Eleitoral na Efetivação da Democracia sob a Perspectiva do Modelo Constitucional de Processo", de Ligia Vieira de Sá e Lopes, Jânio Pereira da Cunha e Ingrid Eduardo Macedo Barboza; "Direitos Humanos, Vulnerabilidade e Uso de Algemas: os limites da intervenção policial no Estado Democrático de Direito", de Daniela Silva Fontoura de Barcellos e José Rinaldo Domingos de Melo; "Direitos Fundamentais versus Direitos Humanos: a aplicabilidade dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável ao cárcere", de Izabeliza S. Campos; "Cannabis Medicinal no Brasil: dilemas jurídicos e de saúde pública na

A presente coletânea reafirma a relevância da pesquisa jurídica como espaço privilegiado de produção crítica do conhecimento e de permanente problematização dos desafios inerentes à concretização dos direitos e garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito. Espera-se, assim, que esta obra constitua não apenas um registro da excelência dos debates promovidos no âmbito do IX Encontro Virtual do CONPEDI, mas também uma contribuição qualificada ao desenvolvimento da ciência jurídica, estimulando novas agendas de pesquisa e fortalecendo o compromisso da comunidade acadêmica com a defesa dos direitos e garantias fundamentais.

Vale registrar, ainda, que o CONPEDI tem se constituído, ao longo de décadas, em um espaço privilegiado para a apresentação pública das pesquisas científicas realizadas pelos cursos de Pós-Graduação Stricto Sensu, notadamente da área do Direito. Docentes, mestrandos(as) e doutorandos(as) de todas as regiões do Brasil convergem com suas pesquisas, as quais são submetidas à críticas advindas dos mais variados matizes.

Desejamos uma ótima leitura!

Gabrielle Scola Dutra (PPGD da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC)

Lucas Gonçalves da Silva (PPGD da Universidade Federal do Sergipe - UFS)

Zulmar Antonio Fachin (PPGD da Faculdades Londrina).

ESTADO DE EMERGÊNCIA: A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19

STATE OF EMERGENCY: THE CONFLICT BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE CONTEXT OF THE COVID-19 PANDEMIC

Wellington Aparecido Prado Carvalho ¹

Jaime Domingues Brito ²

Tiago Domingues Brito ³

Resumo

Por intermédio deste estudo, analisa-se a colisão entre direitos fundamentais no contexto da pandemia de COVID-19, frente às restrições de atividades coletivas. Problematisa-se, neste artigo, se a técnica da ponderação foi aplicada de forma adequada, necessária e proporcional pelo Poder Judiciário para solucionar tais impasses sob a égide da dignidade da pessoa humana. Adotou-se, neste trabalho, o método dedutivo com pesquisa bibliográfica e análise normativa e jurisprudencial. A investigação, que se mostra relevante, estrutura-se em quatro eixos: noções preliminares sobre colisão entre direitos fundamentais; a democracia e a posição contramajoritária para efetivação do Estado Democrático de Direito; a teoria da ponderação na realidade pandêmica e o embate específico entre o direito fundamental à saúde e o direito fundamental à liberdade religiosa. Os resultados indicam que, diante de "escolhas trágicas", a ponderação emerge como o método mais eficaz para harmonizar direitos colidentes, evitando a supressão total de direitos fundamentais e minimizando danos sociais. Ao final do trabalho, há indicativos de que a aplicação da técnica da ponderação é essencial para a manutenção do Estado Democrático de Direito em períodos de crise sanitária.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Colisão, Pandemia, Covid-19, Ponderação

Abstract/Resumen/Résumé

Through this study, the collision between fundamental rights in the context of the COVID-19 pandemic is analyzed in light of restrictions on collective activities. This article problematizes whether the balancing technique was applied in an adequate, necessary, and

dignity. This work adopted the deductive method along with bibliographic research and normative and jurisprudential analysis. The investigation, which proves to be highly relevant, is structured around four main axes: preliminary notions of collision between fundamental rights; democracy and the counter-majoritarian position for the realization of the Democratic Estate of Law; the theory of balancing in the pandemic reality; the specific clash between the fundamental right to health and the fundamental right to religious freedom. The results indicate that, when faced with "tragic choices", balancing emerges as the most effective method to harmonize conflicting rights, preventing the total suppression of fundamental rights and minimizing social harm. At the conclusion of the work, there are indications that the application of the balancing technique is essential for maintaining the Democratic State of Law during periods of health crises.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Conflict, Pandemic, Covid-19, Balancing

1 INTRODUÇÃO

Após a declaração da pandemia de COVID-19 pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 11 de março de 2020, diversos países passaram a adotar proibições ou restrições ao exercício de atividades religiosas coletivas. Com variações de intensidade e de horizonte temporal, essas medidas ora consistiam na proibição total da realização de cultos, ora na fixação de diretrizes intermediárias ao funcionamento das casas religiosas.

Diante disso, o Poder Judiciário passou a ter a importante tarefa de examinar a situação em torno da aparente colisão entre direito fundamental à saúde e direito fundamental à liberdade religiosa. Assim sendo, a presente pesquisa busca entender a colisão entre direitos fundamentais no contexto da pandemia de COVID-19.

No que se refere ao objeto da pesquisa, intenciona-se analisar a colisão entre direitos fundamentais no contexto da pandemia de COVID-19 e se a alternativa encontrada para solucionar esse conflito foi eficiente, de modo a ponderar os direitos fundamentais em colisão, evitando maiores consequências negativas para a sociedade. O estudo, em seu todo, levou em consideração a dignidade da pessoa humana como garantia fundamental presente na Constituição Federal de 1988.

Busca-se demonstrar constitucionalmente se houve ou não colisão entre direitos fundamentais no contexto da pandemia de COVID-19, por meio de um olhar investigativo sobre o assunto. Nessa perspectiva, verifica-se as dificuldades encontradas para se atingir a ponderação entre os direitos fundamentais em conflito. Diante da polêmica em torno do caso em tela, a pesquisa se justifica para melhor entender a importância da aplicação da técnica da ponderação entre direitos fundamentais utilizada para a solução de conflitos surgidos no contexto da pandemia de COVID-19.

No que diz respeito ao problema de pesquisa, pode-se afirmar que foi ele formulado no sentido de se questionar se a aplicação da técnica da ponderação entre direitos fundamentais utilizada para a solução de conflitos surgidos no contexto da pandemia de COVID-19, foi adequada, necessária e proporcional, de modo a ponderar os direitos fundamentais colidentes. No que se refere à hipótese de pesquisa, entende-se que, diante de uma “escolha trágica”, a ponderação entre direitos fundamentais aparentemente é o melhor método a ser utilizado para se evitar consequências ainda mais danosas para a sociedade, de maneira a não ocasionar a

supressão de nenhum dos direitos, mas, sim, possibilitar que ambos fiquem harmonizados no conflito.

O artigo científico ora apresentado se reveste de relevância e atualidade. Com efeito, a relevância decorre do aspecto de que se trata de situação extremamente grave que atingiu o mundo todo. Já a sua atualidade exsurge do fato de que as medidas preventivas que foram tomadas em relação à pandemia de COVID-19 provocaram inúmeros debates jurídicos, que persistem até o momento, mesmo porque muitas das ações que se tomaram ainda estão ou podem estar em julgamento, principalmente nas cortes brasileiras.

Por sua vez, o presente trabalho foi dividido em quatro tópicos para a elucidação e reflexão sobre a problemática levantada. No primeiro tópico, apresenta-se, de forma ampla, as noções preliminares sobre colisão entre direitos fundamentais. No segundo tópico, aborda-se aspectos da democracia e da posição contramajoritária para efetivação do Estado Democrático de Direito. No terceiro tópico, analisa-se a teoria da ponderação de direitos fundamentais a partir da realidade pandêmica. Por derradeiro, no quarto tópico, aborda-se, de forma específica, o direito fundamental à saúde e o direito fundamental à liberdade religiosa.

A metodologia foi realizada pela abordagem do método dedutivo, o qual parte da análise do objeto de pesquisa em uma perspectiva geral (colisão entre direitos fundamentais) para, em seguida, adentrar em questões mais específicas (colisão entre direitos fundamentais no contexto da pandemia de COVID-19). Para isso, utilizou-se de ampla bibliografia (livros e artigos científicos) concernentes ao assunto do presente trabalho. Utilizou-se, também, de diversos textos normativos e precedentes judiciais pertinentes à problemática trabalhada.

2 NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na busca pela efetividade dos direitos fundamentais, amiúde, surgem situações em que dois ou mais direitos consagrados na Constituição (Lei Maior) entram em rota de colisão. A esse fenômeno jurídico se dá o nome de “colisão entre direitos fundamentais” (ou “conflito entre direitos fundamentais”).

Os direitos fundamentais são imprescindíveis para a realização plena das potencialidades humanas. Esses direitos são considerados fundamentais, haja vista que, sem

eles, as pessoas não conseguem existir e não são capazes de se desenvolverem plenamente na sociedade contemporânea (DALLARI, 1998).

Todavia, em que pese a importância dos direitos fundamentais, não são raras as situações em que esses direitos entram em via de colisão, tornando necessária a imediata intervenção do Poder Judiciário, a fim de buscar uma solução para o conflito. Nesse cenário, o Poder Judiciário passa a ficar diante de uma verdadeira “escolha trágica”, com a importante tarefa de buscar a harmonização entre os direitos fundamentais colidentes.

Relativo à colisão entre direitos fundamentais, é possível afirmar que ocorre quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular impede ou prejudica o exercício de outro direito fundamental de um outro titular. Nessas situações, não existe um cruzamento ou acumulação de direitos, mas, sim, um autêntico conflito de direitos (CANOTILHO, 2002).

Nessa senda, é imperioso mencionar que os casos de colisões entre direitos fundamentais estão cada vez mais frequentes na prática jurídica brasileira, isso em razão do alargamento do âmbito e da intensidade de proteção dos direitos fundamentais abarcados pela Constituição Federal de 1988. Esta, notadamente, prevendo um extenso catálogo de direitos fundamentais (SARLET, 2012).

Vale destacar que, muito embora as situações de conflitos entre direitos fundamentais tenham, em sua ampla maioria, sido regulamentadas pela legislação ordinária, existem casos em que a ausência de regulação esbarra na necessidade de uma tutela constitucional para a efetiva harmonização dos direitos fundamentais em conflito (SARLET, 2012).

Nessa perspectiva, é necessário ressaltar que as soluções para os conflitos entre direitos fundamentais não poderão ocorrer tão somente a partir de uma ordem hierárquica abstrata dos valores constitucionais. Também não será lícito sacrificar pura e simplesmente um dos direitos fundamentais em favor do outro. Isso posto, a solução amplamente aceita pela doutrina é que existe a necessidade de se respeitar a proteção constitucional dos diferentes direitos, buscando harmonizar preceitos que apontam para resultados diferentes e contraditórios (SARLET, 2012).

Nesse contexto, visando estabelecer parâmetros para a solução de conflitos entre direitos fundamentais, Robert Alexy (2006) defende, com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, o uso da “técnica da ponderação”, aliada ao princípio da proporcionalidade, como alternativa para o problema da colisão entre direitos fundamentais. Destarte, os direitos fundamentais passam a ser estruturados como verdadeiros princípios.

Ressalta-se que a referida técnica tem sido amplamente incorporada ao direito brasileiro, tanto na perspectiva doutrinária quanto na perspectiva jurisprudencial¹.

Partindo do pressuposto de que os direitos fundamentais são considerados como princípios, tem-se a importante análise de Robert Alexy acerca do assunto:

Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas (ALEXY, 2006, p. 103-104).

Evidencia-se, portanto, que a técnica da ponderação (também denominada de “técnica do balanceamento” ou “técnica do sopesamento”) considera que todos os princípios abstratamente possuem importância equivalente. Assim sendo, em casos de colisões entre princípios, deve-se analisar as condições fáticas e jurídicas da situação para, em seguida, chegar-se à decisão de qual princípio deverá prevalecer no caso concreto.

Outrossim, ao explicar a necessária relação entre a teoria dos princípios e a aplicação da máxima da proporcionalidade, Robert Alexy faz as seguintes considerações:

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 (ALEXY, 2006, p. 116-117).

Percebe-se, destarte, que, para sua correta aplicação, o princípio da proporcionalidade deve ser desdobrado em três elementos (subprincípios), quais sejam: I - adequação (um controle de viabilidade acerca da possibilidade de alcance do fim almejado); II - necessidade (a opção

¹ Pode-se observar essa perspectiva no julgado ARE 801676/PE, onde o relator, Ministro Luís Roberto Barroso, aborda que “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do *direito* à saúde dos cidadãos. O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao *direito* constitucional à saúde. O Supremo Tribunal Federal entende que, na *colisão entre* o *direito* à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de *ponderação* impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do *direito* à vida” (BRASIL, 2014).

pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição); III - proporcionalidade em sentido estrito (manutenção de um equilíbrio entre os meios utilizados; razoabilidade ou justa medida).

Nesse sentido, é possível afirmar que a ponderação propriamente dita ocorre na terceira fase, qual seja: “proporcionalidade em sentido estrito”. Isso porque, nesta etapa, verifica-se de fato as possibilidades jurídicas acerca da situação concreta de conflito entre direitos fundamentais.

Acerca do assunto, tem-se a lição de Robert Alexy:

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas (ALEXY, 2006, p. 118).

Nota-se, portanto, a complexidade da implementação da técnica da ponderação na busca de soluções para os conflitos entre direitos fundamentais. Ressalta-se que, neste processo, deve-se garantir a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais colidentes, uma vez que, sem ele, o direito perde sua mínima eficácia, deixando, assim, de ser reconhecido como direito fundamental.

É importante mencionar que todo esse processo de busca pela harmonização entre direitos fundamentais colidentes só será possível em um ambiente democrático onde esses direitos sejam de fato respeitados, ou seja, no Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva, dar-se-ão os estudos a seguir.

3 DEMOCRACIA E POSIÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA PARA EFETIVAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ao tratar do princípio democrático, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, parágrafo único, utilizou uma linguagem clara e objetiva para indicar a fonte do poder, afirmando que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988). Nesse âmbito, é possível afirmar que o constituinte brasileiro adotou a chamada fórmula de Lincoln: “governo do povo, pelo povo e para o povo” (FACHIN, 2015).

Outrossim, vale mencionar que o princípio democrático comporta estudos sob vários enfoques, contudo, não pode deixar de ser compreendido como um princípio informador do

Estado e da sociedade (FACHIN, 2015). Nesse mesmo sentido, tem-se a lição de José Joaquim Gomes Canotilho:

O princípio democrático, constitucionalmente consagrado, é mais do que um *método* ou *técnica* de os governados escolherem os governantes, pois, como princípio normativo, considerados nos seus vários aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais, ele aspira e torna-se *impulso dirigente* de uma sociedade (CANOTILHO, 2002, p. 288).

Percebe-se, portanto, que a adoção de um governo democrático se dá justamente em razão da correlação entre democracia e direitos fundamentais. Embora não seja imune a críticas e nem possa ser visto como um modelo perfeito, pode-se afirmar que o governo democrático é o melhor modelo para a efetivação dos direitos fundamentais (ALVES; OLIVEIRA; DINIZ, 2016).

Nesse contexto, torna-se imprescindível a análise da posição contramajoritária como meio de efetivação do Estado Democrático de Direito. É importante ressaltar que “[...] a democracia não é um fim em si mesmo, de tal sorte que a vontade da maioria, à luz dum pensamento crítico, não pode prevalecer em detrimento do bem comum.” (OLIVEIRA; ALVES, 2014, p. 39).

No entanto, é imperioso mencionar que a função contramajoritária não pode ser vista tão somente como limitadora do poder da maioria em detrimento da minoria democrática. Isso porque ocorre de forma equilibrada e devidamente sopesada, a fim de evitar a prática de abusos, conforme o caso concreto (SANTOS, 2019).

Ademais, embora a função contramajoritária seja inerente ao Tribunal Constitucional, isso não impede, em momento algum, a realização de um julgamento coincidente com a decisão da maioria democrática. Ressalta-se, contudo, que é inadmissível a decisão constitucional cujo fundamento seja unicamente a vontade da maioria, haja vista que o princípio da constitucionalidade se sobrepõe ao princípio majoritário (SANTOS, 2019).

Nota-se, portanto, o quão complexa e necessária é a atuação contramajoritária no âmbito do Tribunal Constitucional, sempre com o objetivo de assegurar o respeito aos direitos fundamentais em suas diversas dimensões.

Nesse âmbito, é possível afirmar que, algumas vezes, para buscar um equilíbrio entre direitos colidentes, a lei poderá restringir os direitos fundamentais desde que preservado o seu núcleo essencial; ou seja, a restrição, embora legítima do ponto de vista constitucional, não representa uma “carta em branco” para as instâncias legislativas. O respeito aos requisitos das

reservas legais e aos critérios da proporcionalidade constituem mecanismos indispensáveis para reforçar a proteção dos direitos fundamentais (SARLET, 2012).

Ainda ao tratar do tema “democracia”, torna-se imperioso lembrar o conceito de “Neoconstitucionalismo”. Este tem como ponto de partida, para a construção de um método mais atual e eficiente de interpretação e compreensão do direito, o consenso formado, a partir da segunda metade do século XX, que a Constituição tomou o lugar dos Códigos e passou a ocupar o centro do ordenamento jurídico (CAMBI, 2012).

Todavia, mesmo a Constituição ocupando lugar de destaque no ordenamento jurídico, é evidente que o constituinte não previu e nem tinha como resolver, antecipadamente, as colisões de interesses e de direitos. Por essa razão, torna-se necessária uma interpretação que busque a máxima efetividade dos direitos fundamentais quando figurarem em situações de conflito.

Nas palavras de Benjamin N. Cardozo:

O juiz, mesmo quando livre, não o é totalmente. Ele não pode inovar a seu bel-prazer. Não é um cavalheiro-errante, vagando à vontade em busca de seu próprio ideal de beleza ou de bondade. Deve deixar extrair sua inspiração de princípios consagrados. Não deve ceder ao sentimento de justiça espasmódico, à benevolência indefinida e desgovernada. Deve exercer uma discricção informada pela tradição, metodizada pela analogia, disciplinada pelo sistema e subordinada à necessidade primordial de ordem na vida social (apud CAMBI, 2012, p. 91).

Percebe-se, portanto, que a liberdade e a responsabilidade caminham juntas no Estado Democrático de Direito. Ressalta-se que é necessária muita cautela, pois a liberdade sem responsabilidade é anarquia, e a responsabilidade sem liberdade é autoritarismo (CAMBI, 2012).

Assim sendo, o juiz deve buscar interpretar a lei em cotejo com a realidade histórico-cultural e com o propósito de promover a justiça. Dessa maneira, acaba por desempenhar papel fundamental na sociedade e no equilíbrio de forças e tensões entre os demais poderes do Estado, mas principalmente em benefício do cidadão, que é o destinatário central e razão de existir do Estado (VIANNA, 2017).

Nesse âmbito, o exercício pleno da democracia não se limita a atender interesses da maioria. É preciso que minorias, por igual, possam participar do processo democrático. Neste ponto, o Poder Judiciário desempenha relevante papel contramajoritário ao ampliar o debate social, assegurando voz às minorias, sem qualquer distinção (VIANNA, 2017).

Aliás, o papel de efetivação de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, seja em prol de minorias ou não, tem ocorrido há algum tempo. Não são raras as vezes em que o Poder

Judiciário é provocado a se pronunciar sobre assuntos que envolvem praticamente todas as esferas da sociedade. São assuntos ligados à discriminação por cor, sexo ou idade, até à criminalidade organizada; ainda sobre atos de improbidade administrativa, questões ligadas à bioética ou matérias com reflexos diretos no desfecho de eleições para preenchimento de cargos eletivos vinculados aos demais poderes (VIANNA, 2017)².

Diante do exposto, percebe-se que o respeito à democracia, em sentido substancial, justifica o protagonismo judicial responsável e a posição contramajoritária no Estado Democrático de Direito. Ressalta-se que sua utilização não implica o incentivo de decisionismos ou voluntarismos. Ao contrário, pretende-se salvaguardar a posição da jurisdição na efetivação da Constituição, tendo, para tanto, que obstruir os empecilhos contrários à realização dos direitos fundamentais.

Fica claro, portanto, a importância da democracia e da posição contramajoritária para efetivação do Estado Democrático de Direito, uma vez que é apenas nesse contexto que se torna possível a implementação e efetividade dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, pretende-se, a seguir, analisar a ponderação de direitos fundamentais a partir da realidade pandêmica.

4 TEORIA DA PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DA REALIDADE PANDÊMICA

A crise sanitária mundial decorrente da pandemia de COVID-19, como é sabido, causou diversas consequências negativas nos mais variados aspectos da sociedade contemporânea, as quais atingiram, por conseguinte, o mundo do Direito. Para lidar com os

² Pode-se observar a atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no julgado HC 172136/SP, onde o relator, Ministro Celso de Mello, aborda que “Há, lamentavelmente, no Brasil, no plano do sistema penitenciário nacional, um claro, indistigável e anômalo “estado de coisas inconstitucional” resultante da omissão do Poder Público em implementar medidas eficazes de ordem estrutural que neutralizem a situação de absurda patologia constitucional gerada, incompreensivelmente, pela inércia do Estado, que descumpra a Constituição Federal, que ofende a Lei de Execução Penal, que vulnera a essencial dignidade dos sentenciados e dos custodiados em geral, que fere o sentimento de decência dos cidadãos desta República e que desrespeita as convenções internacionais de direitos humanos (como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção Americana de Direitos Humanos e as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos – “Regras de Nelson Mandela” –, entre outros relevantes documentos internacionais). – O Estado brasileiro, agindo com absoluta indiferença em relação à gravidade da questão penitenciária, tem permitido, em razão de sua própria inércia, que se transgrida o direito básico do sentenciado de receber tratamento penitenciário justo e adequado, vale dizer, tratamento que não implique exposição do condenado (ou do preso provisório) a meios cruéis, lesivos ou moralmente degradantes (CF, art. 5º, incisos XLVII, “e”, e XLIX), fazendo-se respeitar, desse modo, um dos mais expressivos fundamentos que dão suporte ao Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III)” (BRASIL, 2020).

diversos impasses jurídicos surgidos no contexto pandêmico, não foram raras as situações em que se fez necessário o uso, pelo Poder Judiciário, da chamada “teoria da ponderação de direitos fundamentais”.

Em um difícil momento de crise mundial decorrente de uma terrível doença que vitimou milhões de pessoas, colocou-se à prova a capacidade de o Direito, em especial dos direitos fundamentais, de reagir de modo ao mesmo tempo eficaz e constitucionalmente consistente às complexas demandas que emergiram em torno da contenção e combate à pandemia. Nesse cenário, os diversos direitos fundamentais ficaram mais vulneráveis às restrições, legitimadas, evidentemente, pela busca em resguardar a saúde pública.

Outrossim, vale mencionar que houve um volume exagerado de informações relativas ao novo vírus e à sua letalidade, fazendo com que houvesse a necessidade de se tomar iniciativas inéditas na sociedade. Assim sendo, hábitos novos foram adotados e liberdades foram cerceadas em prol da saúde pública.

Destarte, a pandemia de COVID-19 afetou diretamente a saúde, a educação, o meio ambiente, a economia, as relações de trabalho, entre outras áreas. Destaca-se que a prática religiosa em igrejas e templos também foi afetada, em razão da necessidade de isolamento social, impedindo, por conseguinte, a aglomeração de pessoas nessas reuniões.

No Brasil, após a confirmação, pela Organização Mundial da Saúde (OMS), de que o isolamento social era a medida mais eficaz para a contenção do vírus, foram editados os primeiros decretos por prefeitos determinando o fechamento de estabelecimentos comerciais, escolas, templos religiosos, entre outros. Permitindo-se tão somente a continuidade dos serviços considerados essenciais, como, por exemplo, supermercados e farmácias. Nesse contexto, diversas ações judiciais foram propostas em busca da revogação dos referidos decretos com a alegação de desrespeito aos direitos fundamentais, culminando em uma situação caótica e contraditória de aberturas e fechamentos dos estabelecimentos supramencionados.

Assim sendo, evidenciaram-se as chamadas “colisões entre direitos fundamentais”, as quais, considerando o cenário pandêmico, necessitavam de respostas céleres do Poder Judiciário. Nesse sentido, a teoria da ponderação passou a ser o instrumento adequado na busca de uma interpretação constitucional para a harmonização dos conflitos entre direitos fundamentais.

Robert Alexy (1999) entende que a maioria das constituições contém um catálogo de direitos fundamentais escritos, sendo a primeira tarefa da ciência dos direitos fundamentais, como uma disciplina jurídica, a interpretação desses catálogos. Para isso, valem as regras tradicionais da interpretação jurídica. Estas, contudo, na interpretação dos direitos

fundamentais, chocam-se com limites. Uma razão essencial para isso é a colisão de direitos fundamentais.

Nesse âmbito, o objetivo da ciência dos direitos fundamentais ampla não é, de nenhum modo, a nivelação das ordens dos direitos fundamentais. Pelo contrário, as diferenças lhe dão estímulos. Seu intento busca a revelação das estruturas dogmáticas e o destacamento dos princípios e valores que estão atrás das codificações e da jurisprudência. O intrincado e complicado pode, assim, converter-se em uma multiplicidade sistematicamente preenchida e, com isso, entendida no melhor sentido que, dessa forma, compreende-se, simultaneamente, como unidade (ALEXY, 1999).

Acerca do conceito de colisão entre direitos fundamentais, tem-se a lição de Robert Alexy:

O conceito de colisão de direitos fundamentais pode ser compreendido estrita ou amplamente. Se ele é compreendido estritamente, então são exclusivamente colisões nas quais direitos fundamentais tomam parte colisão de direitos fundamentais. Pode-se falar aqui de colisões de direitos fundamentais em sentido estrito. Em uma compreensão ampla são, pelo contrário, também colisões de direitos fundamentais com quaisquer normas ou princípios, que têm como objeto bens coletivos, colisões de direitos fundamentais. Isso é o conceito de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo. Ambos os tipos de colisão são temas centrais da dogmática dos direitos fundamentais (ALEXY, 1999, p. 268-269).

Nota-se, portanto, a complexidade do fenômeno da colisão entre direitos fundamentais e os diversos aspectos que devem ser considerados na busca por uma solução adequada para o conflito. Isso, obviamente, intensifica-se ainda mais quando a colisão entre direitos fundamentais ocorre em um contexto de pandemia.

Nessa perspectiva, emerge-se a “teoria da ponderação de direitos fundamentais” que, aliada ao princípio da proporcionalidade, acaba por dar uma resposta satisfatória aos conflitos entre direitos fundamentais decorrentes da pandemia de COVID-19. No que concerne à solução do problema da colisão entre direitos fundamentais, tem-se o entendimento de Robert Alexy:

O olhar sobre o fenômeno da colisão de direitos fundamentais deu à luz constelações altamente diferentes que, porém, têm algo em comum: todas as colisões podem somente então ser solucionadas se, ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira, limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos. A questão é como isso deve ocorrer. Na resposta a esta questão devem ser tomadas decisões fundamentais sobre a estrutura fundamental da dogmática dos direitos fundamentais (ALEXY, 1999, p. 273).

Para tanto, a ponderação deve acontecer em três fases. Na primeira fase, deve ser determinada a intensidade da intervenção. Na segunda fase, trata-se da importância das razões

que justificam a intervenção. Somente na terceira fase sucede, então, a ponderação no sentido estrito e próprio (ALEXY, 1999).

Todavia, é importante mencionar que muitos pensam que a ponderação não é um procedimento racional. Porém, a possibilidade do exame de três fases mostra que o ceticismo acerca da ponderação é injustificado, haja vista o seu caráter técnico científico, que exige uma aplicação organizada por intermédio de etapas (ALEXY, 1999).

Ante o exposto, é possível afirmar que a teoria da ponderação entre direitos fundamentais, em consonância com o princípio da proporcionalidade, tornou-se a ferramenta ideal para a solução de conflitos entre direitos fundamentais surgidos no contexto da pandemia de COVID-19.

Nessa perspectiva, dando continuidade ao presente estudo, torna-se imprescindível, na sequência, a análise do direito fundamental à saúde e do direito fundamental à liberdade religiosa, haja vista a notoriedade do conflito existente entre esses dois direitos fundamentais no cenário pandêmico.

5 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA

A preservação da saúde pública e a liberdade da prática religiosa (liberdade de culto) constituem direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. É importante ressaltar que ambos os direitos fundamentais estão inseridos no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

De acordo com o art. 196 da Constituição Federal de 1988, a saúde é considerada como um direito de todos. Assim sendo, trata-se de um direito fundamental que deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (FACHIN, 2015).

Em outras palavras, é possível afirmar que a Constituição Federal de 1988 proclamou a saúde como direito fundamental e dever do Estado, destacando as prioridades a serem observadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Destarte, cabe ao Poder Público o dever de fornecer não apenas medicamentos, mas também os tratamentos, incluindo exames e cirurgias, que se fizerem necessários para a efetivação do direito fundamental à saúde.

Nesse sentido, tem-se o entendimento de Alejandro González-Varas Ibáñez e Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes:

O Estado deve proteger a saúde (direito fundamental) de seu elemento humano, conforme previsão do texto constitucional brasileiro e estrangeiros. Essa proteção deve ocorrer nas esferas pública e privada, ou seja, pelo princípio da solidariedade, todos devem cuidar de todos, no sentido de se protegerem, questão tipificada, inclusive, pelo Direito Penal (IBÁÑEZ; MORAIS, 2020, p. 696-697).

Evidencia-se, portanto, a relação de solidariedade e fraternidade (direitos fundamentais de terceira dimensão) no que concerne ao direito fundamental à saúde, haja vista que, além de ser considerado como um direito social, também é considerado como um direito de todos (direito coletivo).

Ademais, conforme mencionado, a saúde constitui um direito social (direitos fundamentais de segunda dimensão), conforme previsto do caput do art. 6º da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, é importante mencionar que possui competência comum, por determinação do art. 23 da Constituição, cabendo à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: “[...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência [...]” (BRASIL, 1988).

Outrossim, é imperioso mencionar que, em seu Título VIII (Da Ordem Social), a Constituição Federal de 1988 também estabeleceu a saúde como um dos tripés da seguridade social no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa maneira, destacando a importância do Sistema Único de Saúde (SUS) para o atendimento, de forma universalizada, de todos que necessitarem de serviços de saúde (BRASIL, 1988).

Posto isso, considerando as menções em diversas partes do texto constitucional acerca do direito fundamental à saúde, não há dúvidas de que a saúde é um dos mais importantes patrimônios de uma sociedade, devendo ser resguardada ao máximo. Ressalta-se que a proteção da saúde pública não se trata de uma liberalidade, mas, sim, um imperativo estatal.

Não obstante, a Constituição Federal de 1988 também trata a liberdade religiosa como um direito fundamental, conforme previsto no inciso VI do art. 5º, que preceitua ser “[...] 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 [...]” (BRASIL, 1988).

Assim sendo, percebe-se que a Constituição atual protege, da forma mais ampla possível, a liberdade religiosa. Nesse sentido, pode-se afirmar que o Estado brasileiro é um

Estado laico, ou seja, não possui uma religião oficial. Contudo, vale destacar que nem sempre foi assim:

Somente em 1891, com a proclamação da República, houve uma desvinculação do Estado para com a religião, sendo vedado ao Estado estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos (Art. 11, § 2º.), instituindo no Brasil a laicidade do Estado. Além disso, trouxe uma série de regras em relação a liberdade religiosa tais como a liberdade de culto; a exclusividade do casamento civil para fins de reconhecimento pelo Estado; administração pública dos cemitérios; e ensino leigo nos estabelecimentos públicos (BREGA FILHO; ALVES, 2009, p. 78).

Percebe-se, portanto, que o Estado brasileiro respeita todas as religiões, tratando-as de forma igual, sem distinções ou vantagens específicas para determinado grupo religioso, o que assegura a liberdade religiosa formal no País. Ressalta-se, contudo, que, na prática, infelizmente, ainda é possível notar o preconceito em relação às religiões de matrizes africanas.

Partindo da análise do inciso VI do art. 5º da Constituição Federal de 1988, pode-se afirmar que a liberdade religiosa se manifesta por três perspectivas, quais sejam: I - liberdade de crença; II - liberdade de culto; e III - liberdade de organização religiosa (FACHIN, 2015). Para melhor compreensão, cada uma dessas perspectivas será tratada de forma pormenorizada a seguir.

Relativo à liberdade de crença, pode-se afirmar que diz respeito ao foro íntimo de cada pessoa. Dessa forma, o Estado não pode interferir para ditar como devem agir as pessoas em sua crença religiosa. Nesse sentido, a liberdade passa a ter grande dimensão, abrangendo a liberdade de escolha de religião, a liberdade de não mais professar determinada religião, a liberdade de aderir a outra religião, a liberdade de não professar nenhuma religião, a liberdade de descrer, a liberdade de ser agnóstico e a liberdade de ser ateu (FACHIN, 2015).

No que se refere à liberdade de culto, pode-se afirmar que é garantida a todas as religiões com o fim de assegurar o exercício exterior da crença. Dessa maneira, materializa-se na fé exercida por intermédio de ritos, formas, procedimentos e métodos próprios, cuja escolha fica ao livre arbítrio de cada religião. Ressalta-se que a Constituição atribui ao legislador ordinário a tarefa de estabelecer proteção aos locais de culto e a suas liturgias (FACHIN, 2015).

Quanto à liberdade de organização religiosa, é possível afirmar que permite às igrejas se organizarem da maneira que entenderem mais adequada. Também possibilita que as igrejas mantenham relações com o Estado, quando houver interesse público. Salienta-se que o limite dessas relações é exatamente o interesse público, pois a Constituição proíbe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estabeleçam cultos religiosos ou igrejas, subvencione-os, embarace-lhes o funcionamento ou mantenha com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança (FACHIN, 2015).

Nesse âmbito, é imperioso lembrar que:

O reconhecimento da liberdade religiosa como direito fundamental, no Brasil, é uma luta histórica que remonta a Proclamação da República, quando houve um reposicionamento das relações que haviam entre o Estado e a Igreja. E foi decorrência da evolução do reconhecimento a liberdade de pensamento e manifestação” (BREGA FILHO; ALVES, 2009, p. 80).

Nota-se, portanto, a evolução histórica do reconhecimento da liberdade religiosa como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. Percebe-se que o culto religioso é condição fundamental para a efetivação da dignidade religiosa, princípio decorrente da dignidade da pessoa humana.

Por dignidade religiosa entende-se o respeito decorrente da liberdade de crença, de culto e de consciência, reforçando a liberdade religiosa. Ressalta-se que a dignidade religiosa impõe o respeito em relação ao crer e também em relação ao não-crer de um indivíduo (IBÁÑEZ; MORAIS, 2020).

Ante o exposto, é notória a importância do direito fundamental à saúde e do direito fundamental à liberdade religiosa, pois, do contrário, não estariam presentes nesse seleto rol de direitos fundamentais, que são assegurados constitucionalmente no ordenamento jurídico pátrio.

Ocorre que, em decorrência da pandemia de COVID-19, o Poder Público foi obrigado a limitar e, em períodos críticos, até mesmo vedar o acesso de pessoas a alguns estabelecimentos, inclusive em estabelecimentos religiosos, objetivando, é claro, evitar que houvesse aumento dos casos de contágio da doença. Todavia, essas restrições impostas ao exercício de direitos e liberdades fundamentais, especificamente da liberdade religiosa (ou liberdade de culto), culminaram em diversas ações judiciais com a alegação de colisão entre direitos fundamentais.

Mas diante de uma pandemia terrível, com milhões de mortos, com hospitais lotados, sem leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) e sem remédios eficazes contra a doença, qual a melhor decisão para a colisão entre direito fundamental à saúde e direito fundamental à liberdade religiosa?

Por intermédio da técnica da ponderação, o entendimento do Poder Judiciário foi de que a vedação à realização de cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo considerou a existência de consenso científico no sentido de que o *lockdown*³ é uma medida

³ Em português: confinamento. Expressão que se refere a uma medida de restrição de circulação de pessoas, com a finalidade de se evitar uma ameaça de evento externo.

adequada para minimizar a circulação de doenças contagiosas, a exemplo da COVID-19. Além disso, sabia-se que, naquele momento, fora o distanciamento social, a única medida que seria capaz de enfrentar suficientemente a doença era a vacinação, mas a maioria da população ainda não estava vacinada. De modo que o distanciamento social continuava a ser uma medida necessária. No plano da proporcionalidade em sentido estrito, era fora de dúvida que a vida deveria ter precedência, sobre o exercício do culto, notadamente porque se estava falando de uma restrição temporária a uma das manifestações do sentimento religioso, que é a louvação coletiva. Portanto, não existindo dúvidas de que a restrição foi adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar a colisão entre direitos fundamentais no contexto da pandemia de COVID-19 e se a alternativa encontrada para solucionar esse conflito foi adequada, necessária e proporcional, de modo a ponderar os direitos fundamentais em colisão, evitando maiores consequências negativas para a sociedade. O estudo, em seu todo, levou em consideração a dignidade da pessoa humana como garantia fundamental presente na Constituição Federal de 1988.

Após a declaração da pandemia de COVID-19 pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 11 de março de 2020, diversos países impuseram severas restrições aos seus habitantes, com o único objetivo de conter o avanço dessa terrível doença. Nesse contexto, a proteção social dos direitos fundamentais se tornou essencial para garantir a sobrevivência principalmente dos grupos menos favorecidos, visto que, sem dúvida alguma, foram os que mais sofreram diante da crise decorrente da pandemia. No Brasil, não foi diferente, as autoridades também adotaram diversas medidas restritivas para o enfrentamento da pandemia.

Diante desse cenário pandêmico, mostrou-se que determinadas restrições impostas pelo poder público encontraram legitimidade em razão da colisão entre o direito fundamental à saúde/vida e outros direitos fundamentais. Isso porque a proteção da sociedade como um todo deve, primordialmente, ser considerada como um fim maior (bem comum).

Malgrado a importância dos direitos fundamentais, revelou-se que não são raras as situações em que esses direitos entram em via de colisão, tornando necessária a imediata intervenção do Poder Judiciário, a fim de buscar uma solução para o conflito. Nesse cenário, o

Poder Judiciário passa a ficar diante de uma verdadeira “escolha trágica”, com a importante tarefa de buscar a harmonização entre os direitos fundamentais colidentes.

Visando estabelecer parâmetros para a solução de conflitos entre direitos fundamentais, citou-se a Teoria de Robert Alexy, a qual defende, com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, o uso da técnica da ponderação, aliada ao princípio da proporcionalidade, como alternativa para o problema da colisão entre direitos fundamentais. Destarte, os direitos fundamentais passam a ser estruturados como verdadeiros princípios. Ressaltou-se que a referida técnica tem sido amplamente incorporada ao direito brasileiro, tanto na perspectiva doutrinária quanto na perspectiva jurisprudencial.

Mostrou-se que, para sua correta aplicação, o princípio da proporcionalidade deve ser desdobrado em três subprincípios, quais sejam: I - adequação (um controle de viabilidade acerca da possibilidade de alcance do fim almejado); II - necessidade (a opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição); III - proporcionalidade em sentido estrito (manutenção de um equilíbrio entre os meios utilizados; razoabilidade ou justa medida).

No que se refere à democracia e à posição contramajoritária para efetivação do Estado Democrático de Direito, revelou-se que a adoção de um governo democrático se dá justamente em razão da correlação entre democracia e direitos fundamentais. Embora não seja imune a críticas, e nem possa ser visto como um modelo perfeito, afirmou-se que o governo democrático é o melhor modelo para a efetivação dos direitos fundamentais.

Apontou-se que o respeito à democracia, em sentido substancial, justifica o protagonismo judicial responsável e a posição contramajoritária no Estado Democrático de Direito. Ressaltou-se que sua utilização não implica o incentivo de decisionismos ou voluntarismos. Ao contrário, visa salvaguardar a posição da jurisdição na efetivação da Constituição, tendo, para tanto, que obstruir os empecilhos contrários à realização dos direitos fundamentais. Evidenciou-se, portanto, a importância da democracia e da posição contramajoritária para efetivação do Estado Democrático de Direito, uma vez que é apenas nesse contexto que se torna possível a implementação e efetividade dos direitos fundamentais.

Ficou claro que, em um difícil momento de crise mundial decorrente de uma terrível doença que vitimou milhões de pessoas, colocou-se à prova a capacidade de o Direito, em especial dos direitos fundamentais, de reagir de modo ao mesmo tempo eficaz e constitucionalmente consistente às complexas demandas que emergiram em torno da contenção e combate à pandemia. Nesse cenário, os diversos direitos fundamentais ficaram mais

vulneráveis às restrições, legitimadas, evidentemente, pela busca em resguardar a saúde pública. Nessa perspectiva, veio à tona a teoria da ponderação de direitos fundamentais que, aliada ao princípio da proporcionalidade, buscou dar uma resposta satisfatória aos conflitos entre direitos fundamentais decorrentes da pandemia de COVID-19.

Afirmou-se que a preservação da saúde pública e a liberdade da prática religiosa (liberdade de culto) constituem direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Salientou-se, ainda, que ambos os direitos fundamentais estão expressamente previstos no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Contudo, mostrou-se que, em decorrência da pandemia de COVID-19, o poder público foi obrigado a limitar e, em períodos críticos, até mesmo vedar o acesso de pessoas a alguns estabelecimentos, inclusive em estabelecimentos religiosos, objetivando, é claro, evitar que houvesse aumento dos casos de contágio da doença. Essas restrições impostas ao exercício de direitos e liberdades fundamentais, especificamente da liberdade religiosa (ou liberdade de culto), culminaram na propositura de diversas ações judiciais com a alegação de colisão entre direitos fundamentais. Com isso, o Poder Judiciário passou a ter a importante tarefa de examinar a situação em torno da aparente colisão entre direito fundamental à saúde e direito fundamental à liberdade religiosa.

Por meio deste estudo, confirmou-se que, diante da colisão entre direitos fundamentais no contexto da pandemia de COVID-19, a ponderação entre direitos fundamentais é a melhor técnica a ser utilizada para se evitar consequências ainda mais danosas para a sociedade. Assim sendo, pode-se afirmar que a hipótese de pesquisa, levantada no início deste trabalho, foi confirmada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 15 set. 2025.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 801676/PE. Relator: Min. Luís Roberto Barroso - Primeira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília-DF, 03 set. 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur275170/false> Acesso em: 22 out. 2025.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 172136/SP. Relator: Min. Celso de Mello - Segunda Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília-DF, 01 dez. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur437386/false> Acesso em: 23 out. 2025.

BREGA FILHO, Vladimir; ALVES, Fernando de Brito. Da liberdade religiosa como direito fundamental: limites, proteção e efetividade. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 11, p. 75-94, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/144>. Acesso em: 12 set. 2025. doi: <http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v11i11.144>.

CAMBI, Eduardo. Protagonismo judiciário responsável. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 16, p. 83-97, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/215>. Acesso em: 25 set. 2025. doi: <http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v16i16.215>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo, 1998.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

IBÁÑEZ, Alejandro González-Varas; MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. A liberdade de culto em tempos de pandemia: a necessária limitação da liberdade religiosa em prol da saúde humana. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 5, n. 62, p. 678 - 708, mar. 2021. ISSN 2316-753X. Disponível em:

<<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4428>>. Acesso em: 10 out. 2025. doi: <http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v5i62.4428>.

OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de; ALVES, Fernando de Brito. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 20, p. 33-45, ago. 2014. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/432>. Acesso em: 10 set. 2025. doi: <http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v0i20.432>.

OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de; ALVES, Fernando de Brito; DINIZ, Lucas Thainan Mendes. História, democracia e pensamento crítico na aplicação dos direitos fundamentais. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 15, p. 35-54, dec. 2016. ISSN 1984-7858. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/1648>. Acesso em: 17 set. 2025. doi: <https://doi.org/10.26729/et.v15i0.1648>.

SANTOS, João Paulo Marques dos. Justiça constitucional e a sua função contramajoritária: da limitação à sua legitimação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 116/2019, p. 107-132, nov. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Joao-Paulo-Marques-Santos/publication/337940296_JUSTICA_CONSTITUCIONAL_E_A_SUA_FUNCAO_CONTRAMAJORITARIA_DA_LIMITACAO_A_SUA_LEGITIMACAO/links/5df63b83a6fdcc2837229752/JUSTICA-CONSTITUCIONAL-E-A-SUA-FUNCAO-CONTRAMAJORITARIA-DA-LIMITACAO-A-SUA-LEGITIMACAO.pdf. Acesso em: 12 out. 2025.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. A função social do poder judiciário no estado democrático de direito. In: **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. Ano IX, n°. 16, jan./jun. 2017. ISSN 2175-7119. Disponível em: <https://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/anima16/5.Funcao-Social-do-Poder-Judiciario-no-Estado-Democratico-de-Direito-Jose-Ricardo-Alvarez-Vianna.pdf>. Acesso em: 11 out. 2025.