



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
CAMPUS A. C. SIMÕES
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA
CURSO DE DIREITO

LEONARDO FRANCISCO BATISTA LOPES

RESTRIÇÃO DA CIRCULAÇÃO DE PESSOAS QUE RECUSARAM A VACINA DA COVID-19: a constitucionalidade das medidas que restringem o direito fundamental individual à liberdade em benefício do interesse público e coletivo

Maceió/AL
2023

LEONARDO FRANCISCO BATISTA LOPES

RESTRIÇÃO DA CIRCULAÇÃO DE PESSOAS QUE RECUSARAM A VACINA DA COVID-19: a constitucionalidade das medidas que restringem o direito fundamental individual à liberdade em benefício do interesse público e coletivo

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Alagoas (UFAL) como requisito parcial para à obtenção do título de Bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Dr. George Sarmento Lins.

**Maceió/AL
2023**

Catálogo na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

L864r Lopes, Leonardo Francisco Batista.
Restrição da circulação de pessoas que recusaram a vacina da COVID-19 : a constitucionalidade das medidas que restringem o direito fundamental individual à liberdade em benefício do interesse público e coletivo / Leonardo Francisco Batista Lopes. – 2023.
78 f. : il.

Orientador: George Sarmiento Lins.
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2023.

Bibliografia: f. 73-78.

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 2. Brasil. Constituição (1988). 3. Direitos fundamentais. 4. Pandemias. I. Título.

CDU: 342.721:61(81)

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus, causa primeira de todas as coisas, bem como agradeço especial e fervorosamente por toda confiança e esforço de meus pais Francisco e Maria de Lourdes, que venceram todas as adversidades e continuam aqui estendendo sua vibração e energia positiva para cada desafio e conquista. Agradeço também ao apoio da minha irmã, Lidianne, assim como meu sobrinho, Luan Gabriel, que sempre me incentivou a concluir essa etapa e demais familiares.

Agradeço a compreensão e todo incentivo de meus amigos, principalmente ao meu grande amigo, Carlos, que sempre esteve presente em todas as fases da graduação, seja dando apoio técnico quanto psicológico; ao meu avô de coração, Clay Jean, que com sua paciência e simpatia, tornou o processo mais leve, a minha amiga, Fernanda, pelas incontáveis conversas de apoio moral ao longo da faculdade, e ao meu irmão de coração Júlio César, por sempre se fazer presente em todos os momentos, e por todos os demais não citados aqui por toda força e apoio prestados durante toda a jornada da graduação, se mostrando sempre compreensivos e atenciosos nas horas mais difíceis.

Agradeço também ao meu orientador, Prof. Dr. George Sarmento, por sua disponibilidade e por seus ensinamentos, que muito contribuiu para aprimorar e engrandecer o trabalho aqui apresentado.

Por fim, agradeço a todos os professores com quem tive o prazer de estudar e aprender durante essa caminhada, bem como aos demais profissionais da UFAL que estiveram presentes nessa caminhada.

RESUMO

A pandemia causada pela covid-19, um vírus que já ceifou milhares de vidas, desequilibrou o ambiente social, político e econômico em vários países. Devido à sua natureza mortal, entende-se que apenas a vacinação foi capaz de mitigar os efeitos do coronavírus. Ao longo de 2020, houve uma corrida contra o tempo para encontrar uma vacina eficaz por meio de pesquisas clínicas e vários ensaios. No final do ano, em meio à instabilidade política e econômica, iniciou-se a distribuição de vacinas pelo SUS. No entanto, um segmento da população começou a debater a eficácia das vacinas distribuídas. Além disso, discutir e rejeitar a obrigatoriedade da vacinação envolve a defesa do direito à liberdade pessoal, o indivíduo deve poder escolher quais intervenções deseja ter sobre seu corpo sob o viés da autonomia. Nessa esteira houve o terreno propício para o debate acerca dos direitos e garantias preconizados na Constituição Federal de 1988, de um lado os defensores desse direito à liberdade discordam de medidas tomadas devido à não vacinação, em outro lado, o que correntes majoritárias adotam como correto, especialmente o Supremo Tribunal Federal, na garantia do direito à saúde como um direito fundamental, prevalecendo o equilíbrio entre liberdade e autonomia, interesses da coletividade e garantia da segurança como um todo. Nesse sentido, o objetivo da pesquisa é apresentar privilégios como o direito à saúde e à liberdade à luz dos conflitos existentes, a fim de observar a compreensão do equilíbrio desses direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Supremo Tribunal Federal. Constituição. Pandemia.

ABSTRACT

The pandemic caused by covid-19, a virus that has claimed thousands of lives and unbalanced the social, political and economic environment in several countries. Due to its deadly nature, it is understood that only vaccination was able to mitigate the effects of the coronavirus. Throughout 2020, there has been a race against time to find an effective vaccine through clinical research and multiple trials. At the end of the year, in the midst of political and economic instability, the distribution of vaccines by SUS began. However, a segment of the population has begun to debate the efficacy and effectiveness of distributed vaccines. In addition, discussing and rejecting mandatory vaccination involves defending the right to personal freedom, the individual must be able to choose which interventions he wants to have on his body under the bias of autonomy. In this wake, there was a favorable ground for the debate about the rights and guarantees advocated in the Federal Constitution of 1988, on the one hand, the defenders of this right to freedom disagree with measures taken due to non-vaccination, on the other hand, what majority currents adopt as correct, especially the Federal Supreme Court, in guaranteeing the right to health as a fundamental right, prevailing the balance between freedom and autonomy, collective interests and the guarantee of security as a whole. In this sense, the objective of the research is to present privileges such as the right to health and freedom in the light of existing conflicts, in order to observe the understanding of the balance of these fundamental rights.

Keywords: Fundamental rights. Federal Court of Justice. Constitution. Pandemic.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 BREVE HISTÓRICO SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
2.1 Direitos Fundamentais e Direitos Humanos	12
2.2 Dimensões/gerações dos direitos fundamentais	16
2.3 Titularidade dos direitos fundamentais	20
2.4 Características dos direitos fundamentais	21
2.4.1 Universalidade	23
2.4.2 Historicidade	24
2.4.3 Indivisibilidade	25
2.4.4 Inalienabilidade	25
2.4.5 Imprescritibilidade	26
2.4.6 Irrenunciabilidade	26
2.4.7 Relatividade ou limitabilidade	27
2.4.8 Concorrência	27
2.4.9 Efetividade	28
2.4.10 Proibição de retrocesso	28
2.5 Dupla dimensão dos direitos fundamentais	29
2.5.1 Dimensão subjetiva	30
2.5.2 Dimensão objetiva	30
3 LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	32
3.1 Teoria interna ou absoluta	35
3.2 Teoria externa ou relativa	37
4 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	39
4.1 Eficácia vertical	39
4.2 Eficácia horizontal	40
4.3 Eficácia diagonal	42
5 A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CF/88	45
6 FORMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	48
6.1 Ação direta de inconstitucionalidade	50
6.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão	51
7 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	53

8 A NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS QUE RESTRINGEM A CIRCULAÇÃO DE INDIVÍDUOS QUE RECUSARAM A VACINA CONTRA COVID-19 E O STF COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	55
11 CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
REFERÊNCIAS	65

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo principal abordar e discutir as questões relativas acerca das restrições a direitos fundamentais, tema de grande importância dentro do Direito Constitucional, cujo debate se mostra necessário e atual em virtude de acontecimentos recentes que envolveram aspectos do direito à saúde, liberdade e combate à pandemia do Covid-19, perfilando aparentes conflitos entre os direitos fundamentais individuais e coletivos.

Nesse sentido, torna-se complexo o debate e os limites do desafio no combate às emergências como a covid-19 (SARS-Cov-2), no sentido da (in) existência de conflitos entre os direitos fundamentais na adoção das medidas para limitar sua propagação, como a restrição da liberdade de frequentar determinados lugares, assim como a consequência da recusa do imunizante por parte do indivíduo; restrições e consequências que podem ir de encontro, ou não, aos princípios constitucionais.

Os direitos fundamentais são responsáveis por desempenhar um papel de extrema relevância no âmbito da estrutura do Estado Democrático de Direito, considerando que essas garantias são diretamente relacionadas com o acesso aos direitos mais básicos de quaisquer dimensões, assim, é fundamental propiciar o debate e a troca de conhecimento acerca das restrições a essas liberdades.

Visando abordar a problemática sobre o conflito entre direitos fundamentais individuais e coletivos em face da decisão do Supremo Tribunal Federal em decidir que a vacina obrigatória é constitucional, por ser o meio mais efetivo no combate à pandemia do Covid-19, esse trabalho justifica-se do ponto de vista da campanha de imunização contra covid-19, ser parte de uma política estratégica de saúde pública, ou seja, de interesse público, frente a restrição da circulação de pessoas frequentarem lugares públicos, questiona-se, se há fundamentação legal e até mesmo ética que legitime tais medidas que limitam a liberdade individual em face do interesse público e coletivo.

Nesse sentido, o objetivo dessa pesquisa é analisar a existência de uma fundamentação ético-jurídica que legitime a restrição de direitos fundamentais conflitantes em benefício do interesse público e coletivo. De forma mais específica, buscou-se analisar as possibilidades de limitação dos direitos fundamentais, assim como, analisar os argumentos utilizados pelo STF ao proferir entendimento no sentido de a vacina, ou seja, o imunizante, ser obrigatório e constitucional, além

disso, verificar se as medidas adotadas no combate ao Covid-19, trazidas pela Lei nº 13.979/2020, encontram fundamentação no ordenamento jurídico brasileiro, já que tais medidas são revestidas de alta restritividade impostas principalmente aos direitos individuais.

A metodologia utilizada compreendeu uma pesquisa básica de revisão bibliográfica, que possui como método uma abordagem hipotético-dedutiva, valendo-se de procedimento de pesquisa constituído na abordagem qualitativa e de caráter exploratório na doutrina, textos jornalísticos, jurisprudência e demais bibliografias relevantes, que apresentando uma visão geral sobre os conflitos entre direitos fundamentais, tema pertinente ao Direito Constitucional.

Dessa forma, esse trabalho está estruturado em sete capítulos, onde a princípio, no segundo capítulo, esta pesquisa fará uma análise acerca de um breve histórico dos direitos fundamentais, traçando um percurso cronológico revisitando momentos históricos que deram origem aos direitos fundamentais e sua diferenciação quanto aos direitos humanos, assim como também, as suas principais características dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Adiante, o terceiro capítulo aborda uma importante discussão quanto aos limites aos direitos fundamentais, tendo em vista que, embora tais direitos sejam protegidos pela Constituição, ainda assim, não são absolutos, podendo sofrer, a depender do caso concreto, restrições, destacando-se que essas limitações devem ser necessárias e também proporcionais.

O quarto capítulo trata da eficácia dos direitos fundamentais, tema que diz respeito à concretização desses direitos, que por diversas razões como a falta de políticas públicas, fiscalização e controle, podem ter sua efetividade comprometida, sendo necessário então, que medidas sejam tomadas com a finalidade de que os direitos fundamentais previstos na Constituição sejam cumpridos.

Já no quinto capítulo será abordado a aplicação dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, cuja importância se dá na promoção de uma sociedade mais justa e igualitária por meio de mecanismos jurídicos como a jurisprudência, a interpretação do texto constitucional, além disso, a própria Constituição fornece meios como o mandado de segurança, a ação civil pública, o *habeas corpus*, dentre outros, que visam garantir a máxima efetividade na aplicação dos direitos fundamentais.

O sexto e sétimo capítulos, se complementam ao abordarem as formas de controle de constitucionalidade, principalmente a Ação Direta de Inconstitucionalidade

(ADI) e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), e como o Supremo Tribunal Federal (STF) exerce seu papel como guardião da Constituição Federal, respectivamente.

E por fim, o oitavo capítulo aborda a questão da natureza jurídica das medidas que restringem a circulação de indivíduos que recusaram receber o imunizante da Covi-19 e da função precípua do STF como garantidora dos direitos fundamentais

2 BREVE HISTÓRICO SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Direitos Fundamentais e Direitos Humanos

Antes de chegarmos a uma definição do que são os Direitos Fundamentais, devemos inicialmente compreender do que se trata os Direitos Humanos.

A noção de Direitos Humanos era contrária ao pensamento da sociedade na Idade Média. No entanto, foi a partir da Idade Moderna que o atual conceito de direitos humanos começou a ser desenhado, ganhando maior força com o Iluminismo segundo Barroso.¹

Os primeiros diplomas a trazerem em seus textos uma ideia aproximada sobre direitos humanos foram a Declaração da Independência dos Estados Unidos (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Respectivamente, traziam em seu texto as seguintes definições sobre os direitos humanos, com relação a serem os direitos humanos, direitos inalienáveis:

[...] consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos **direitos inalienáveis**, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade [...].² (grifo nosso)

Esse trecho da Declaração de Independência dos Estados Unidos, assinada em 4 de julho de 1776, é conhecida como a Cláusula de Igualdade, e afirma que todos os seres humanos são criados iguais e possuem direitos inalienáveis, ou seja, direitos que não podem ser retirados ou negados. Entre esses direitos estão a vida, a liberdade e a busca pela felicidade.

Essa cláusula é um dos pilares da filosofia política liberal e tem sido amplamente citada como um princípio moral e jurídico em diversos documentos e tratados internacionais. Ela serve como uma declaração de igualdade e liberdade, e reforça a ideia de que todos os seres humanos têm direitos básicos que devem ser protegidos e garantidos.

¹BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 508.

²**Declaração de Independência dos Estados Unidos**. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/declaraindepeEUAHISJNeto.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2022.

E ainda, como direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem:

[...] considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos, resolveram expor em declaração solene os **Direitos naturais**, inalienáveis e sagrados do Homem [...].³(grifo nosso)

Esse trecho é uma citação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 1789 durante a Revolução Francesa, sendo, portanto, um marco na defesa dos direitos humanos, inspirando outras declarações de direitos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU), ao defender que esses direitos são inerentes à condição humana, ou seja, direitos naturais que independem da vontade do homem, devendo, portanto, ser protegidos pelo Estado.

Não obstante, essa afirmação de proteção do ser humano ratificada nesses diplomas, não foram capazes de evitar o holocausto e o genocídio causados por Hitler e Stalin, que levou a milhões de mortos sob justificativas ideológicas. Não cabe nesse momento entrar na discussão ideológica por trás dessas atrocidades, mas vale destacar que politicamente, o ser humano passou a ser considerado um objeto descartável na mão de Estados Totalitários.

Dessa forma, foi a partir da 2ª Guerra Mundial que o maior fundamento dos direitos humanos surgiu: a dignidade humana. Sua origem remonta a religião e a filosofia. Os primeiros diplomas internacionais a fomentarem tal concepção foram a Carta das Nações Unidas (1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), dentre outros, como os pactos e os tratados.

A partir desse momento, em que a dignidade humana, elemento nuclear dos direitos humanos, passou a ser pauta de discussões internacionais, várias Constituições passaram a incorporar em seus textos, um sistema de proteção do ser humano, como por exemplo a Constituição da Alemanha (1949). Em consequência a essa onda de criação de proteção do ser humano, através da positivação leis e artigos com alta densidade axiológica, fez com que vários instrumentos fossem criados com o fim de dar maior proteção a todos os seres humanos, como descreve Barroso:

³ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. p. 1. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2022.

Ao longo dos anos, foram sendo criadas, igualmente, cortes internacionais voltadas à proteção dos direitos humanos, como a Corte Europeia de direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Africano dos direitos do Homem e dos Povos.⁴

A criação dessas Cortes e Tribunais que visam a proteção dos direitos humanos, vieram para garantir que violações de direitos contra qualquer ser humano não venha a ficar impune. Busca-se com os sistemas globais e regionais de proteção dos direitos humanos, a efetivação do cumprimento dos diplomas internacionais.

Para Barroso, a dignidade humana é o valor fonte para a idealização dos direitos humanos. Seu *status* de princípio jurídico, torna a dignidade humana um dos pilares de Estados Democráticos cuja observação passa a ser obrigatória, irradiando por todo ordenamento jurídico⁵. Nesse mesmo sentido, Barroso destaca três linhas de raciocínio valorativo sobre a dignidade humana:

[...] (i) o valor intrínseco de toda pessoa, significando que ninguém na vida é um meio para a realização de metas coletivas ou projetos pessoais dos outros; (ii) a autonomia individual – cada pessoa deve ter autodeterminação para fazer suas escolhas existenciais e viver o seu ideal de vida boa, assegurado um mínimo existencial que a poupe da privação de bens vitais; e (iii) a limitação legítima da autonomia por valores, costumes e direitos das outras pessoas e por imposição normativa válida (valor comunitário).⁶

Barroso traz em sua concepção, como se depreende do texto acima, uma junção entre a filosofia moral e o aspecto coercitivo próprio do ordenamento jurídico. Ou seja, a partir do momento em que há a transmutação do valor da dignidade humana como um princípio jurídico, observa-se a simbiose entre a filosofia moral e o Direito, que Habermas, bem descreveu em seus ensinamentos: “uma fusão do conteúdo moral com o poder de coerção do Direito”.⁷

Sendo assim, foi a partir da positivação dos direitos humanos em diplomas internacionais, como tratados e pactos, que os direitos fundamentais passaram a ser positivados nas Constituições. Em suma, os direitos fundamentais são os direitos

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 509.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 509.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 509.

⁷ Jürgen Habermas. **The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights**, *Metaphilosophy*, N. 41, 2010, p. 479.

humanos internalizados e positivados em um ordenamento jurídico formalmente escrito como a Constituição Federal de 1988.

De acordo com Alexandre de Moraes, foi a partir das Declarações dos Direitos do Homem que a concepção de constituição escrita surgiu, com objetivo de limitar o poder político com a inserção de direitos subjetivos do homem a partir de normas formais.⁸

Dessa forma, a proteção da dignidade da pessoa humana que já tinha guarida nos diplomas internacionais, também passa a ser o núcleo dos objetivos de uma Constituição, como a do Brasil.

Portanto, é com esse valor nuclear de proteção da dignidade da pessoa humana, que os direitos fundamentais se destacam das outras normas, irradiando seus valores por todo o sistema jurídico servindo de indispensável baliza para a interpretação da Constituição.

Ademais, foi a partir da Declaração de Direitos de Virgínia (1776)⁹ e da Declaração Francesa (1789)¹⁰, que as ideias sobre os direitos fundamentais começaram a ganhar forma, eclodindo com o *Bill of Rights* (declaração de direitos – tradução nossa) de Virgínia (1776) que trouxe o início da positivação de direitos que eram reconhecidos como inerentes ao homem.

Logo, percebe-se que foi a partir do amadurecimento da ideia de direitos que são inerentes ao homem, que a concepção de direitos fundamentais surgiu como medida de proteção ao indivíduo contra o avassalador poder do Estado que tornava o homem seu submisso, e nesse sentido, afirma Norberto Bobbio que:

A afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade no início da idade moderna.¹¹

⁸ MORAES, Alexandre de. **DIREITO CONSTITUCIONAL**. 36ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 103.

⁹ **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA VIRGÍNIA**, 12 de junho de 1776. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1788/YY2014MM11DD18HH14MM7SS42-Declara_o%20da%20Virginia.pdf. Acesso em: 01 fev. 2023.

¹⁰ **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789**. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2023.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 4.

Para o autor Norberto Bobbio, os direitos do homem surgem a partir da inversão de valores entre Estado e cidadão. Se antes o Estado era supervalorizado, agora o cidadão passa a ser o centro dos objetivos estatais em todos os sentidos, e nesse mesmo sentido, Gilmar Mendes destaca 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.¹²

Ou seja, o Estado existe para com o uso do seu poder, organizar a sociedade para que o convívio seja possível, além de primordialmente, fomentar para que as necessidades das pessoas que compõe esse Estado sejam atendidas da melhor maneira possível.

Ademais, para uma melhor compreensão do que são os direitos fundamentais, segundo Canotilho, os direitos fundamentais podem ser compreendidos de duas formas:

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).¹³

Ou seja, para Canotilho os direitos fundamentais podem ser visto de duas maneiras: primeiro, em um plano jurídico-objetivo, seriam normas que impõem limitações ao poder público, com vistas a impedir que os direitos individuais sejam prejudicados pela ingerência do Estado; segundo, dentro de um plano jurídico-subjetivo, os direitos fundamentais são normas que garantem o exercício dos direitos, sendo essa uma liberdade positiva, ao mesmo tempo que impediria do poder público agir negativamente, exigindo, nesse caso, que o Estado fique paralisado ou omissivo, evitando que cause lesões aos indivíduos, o que caracteriza uma liberdade negativa.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva educação, 2018, p. 199-200.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **DIREITO CONSTITUCIONAL**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 541.

Adiante, no próximo tópico será abordada uma visão meramente didática de uma divisão dos direitos fundamentais que corresponde ao surgimento e evolução destes, para que assim seja melhor contextualizado e compreendido, destacando que, a divisão em dimensões ou gerações dos direitos fundamentais não significa que os direitos fundamentais de uma geração ou dimensão posterior, sobreponha a anterior, pelo contrário, todas as gerações existem e compartilham de mesmo *status* valorativo.

2.2. Dimensões/gerações dos direitos fundamentais

A Constituição Federal de 1988 classifica os direitos fundamentais da seguinte forma: direitos e garantias fundamentais seriam o gênero, do qual derivam cinco espécies – direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos – constantes no Título II da Carta Magna.

Os direitos e deveres individuais e coletivos, constam no art. 5º da CF/1988, espalhados em seus diversos incisos, tratando de temáticas como: igualdade ou isonomia (inciso I); princípio da legalidade (inciso II); vertente do princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III); liberdade de expressão (inciso IV); direito de resposta (inciso V); liberdade religiosa e filosófica (incisos VI e VII); dentre outros.

Há uma classificação moderna acerca dos direitos fundamentais no qual faz uma divisão cronológica e os dividem da seguinte maneira: primeira, segunda e terceira gerações ou dimensões.

O autor Celso de Mello, traz uma breve síntese do conceito dos direitos fundamentais que apresentam a classificação acima:

[...] enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os *direitos de segunda geração* (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os *direitos de terceira geração*, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.¹⁴

¹⁴ STF – Pleno – MS nº 22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206.

Ou seja, segundo o autor Celso de Mello, os *direitos fundamentais de primeira geração* estão relacionados aos direitos civis ou direitos e garantias individuais e, direitos políticos que dizem respeito ao direito de um indivíduo votar ou ser votado em uma eleição, logo, esses direitos protegem as suas liberdades da ingerência do Estado. Já os *direitos fundamentais de segunda geração* estão atrelados aos direitos econômicos, sociais e culturais, que impõe ao Estado um dever de ação, ou seja, nesse caso, faz-se necessária sua intervenção no meio social para que esses direitos possam ser concretizados de forma igualitária. E, por fim, os *direitos fundamentais de terceira geração* dizem respeito a direitos como “meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos”¹⁵, logo, são direitos que pertencem a um grupo indeterminado de pessoas, cuja titularidade não pertence a um único indivíduo e que para serem concretizados é necessária a participação de todos de maneira solidária.

Ainda nesse sentido, o autor Gilmar Mendes traz importantes conceitos acerca das gerações dos direitos fundamentais. Para o autor, os *direitos de primeira geração* servem como mecanismo de limitação do Poder estatal¹⁶, sendo:

[...] postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre os aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. [...] indispensáveis a todos os homens, [...] pretensão universalista. [...] referem-se a liberdades individuais, como a consciência, de reunião, e à inviolabilidade de domicílio.¹⁷

Desse modo, os direitos de primeira geração são medidas protetivas contra a intervenção do Estado na vida privada das pessoas, por isso fala-se em liberdades individuais. Porém, o Estado ao agir de maneira a não intervir na sociedade, acabou por provocar consequências na sociedade, surgindo problemas sociais devido as novas relações que surgiram, sejam decorrentes da industrialização, do crescimento demográfico, ou ainda das diferenças sociais dentro da própria sociedade. Tudo isso serviu de fomento para que reivindicações provocassem uma mudança no papel do

¹⁵ MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 36. Ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 105.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 200.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 200.

Estado para com a sociedade na busca pela justiça social e conseqüentemente, igualdade.

Sendo assim, o Estado, que antes se obrigava a não agir, agora tem o dever de intervir na sociedade, principalmente nos setores da economia e políticas públicas que promovessem a igualdade social, sendo obrigado a agir com prestações positivas.

Nesse sentido, Gilmar Mendes define os *direitos de segunda geração* que tem por objetivo “estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc”.¹⁸

Nota-se claramente que o princípio da igualdade é o pilar dos direitos de segunda geração, por se buscar, através da ação do Estado, medidas que possibilitem que todos possam ter as mesmas condições para se ter acesso aos recursos disponíveis para que as pessoas se desenvolvam plenamente. Essas medidas corretivas vieram a retificar problemas como o acesso à educação, que antes só era possível o acesso às pessoas com melhores condições econômicas, ou ainda a saúde, que só ofertava acesso às pessoas que pudessem pagar por um médico particular.

Por fim, Gilmar Mendes leciona sobre os *direitos de terceira geração*, cuja titularidade é atribuída às coletividades, cujo termo empregado pela maioria dos autores que estudam a temática é difuso ou coletivo. Para o autor, os direitos de terceira geração “são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos. [...] o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural”.¹⁹

Ou seja, os direitos de terceira geração dizem respeito às proteções de bens cujos benefícios são percebidos por um número indeterminado de pessoas, não se destinando ao usufruto de apenas um indivíduo. Por exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, *caput*, CF/88), é uma proteção dada pelo Direito, garantindo que todos possam desfrutar de um meio ambiente sadio que traz reflexos para uma qualidade de vida melhor, como um ar respirável puro e não

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 201.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 201.

poluído, benefício este que não se pode determinar quais os indivíduos que estão respirando o ar puro, portanto, é um direito que beneficia a todos indeterminadamente.

Ainda nesse contexto de classificação dos direitos fundamentais em gerações, para o autor Celso Lafer, acrescenta uma quarta geração, como sendo uma evolução dos direitos de terceira geração cujo objetivo é a preservação da humanidade e a proteção das futuras gerações. Para o autor, a quarta geração é caracterizada pela interdependência entre os indivíduos e pela responsabilidade comum em proteger o planeta para assegurar uma vida digna as próximas gerações. Como exemplos de direitos pertencentes a quarta geração estão o direito à paz, à democracia participativa, ao desenvolvimento sustentável.²⁰

É importante destacar que, essa classificação concebida em forma de gerações serve para compreender a evolução dos direitos humanos ao passar dos anos e a relação com o momento histórico em que as sociedades passavam, cujas reivindicações serviram de fomento para a origem dos direitos como se conhece hoje. Dessa forma, os direitos advindos de uma geração não excluem os direitos que surgiram em geração posterior, logo, os direitos das três gerações coexistem. Nesse sentido, Gilmar Mendes entende que:

[...] a visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. [...] cada direito de cada geração interage com as das outras e, nesse processo, dá-se à compreensão.²¹

Portanto, o caráter cumulativo, de acordo com Gilmar Mendes, indica que os direitos fundamentais, de acordo com sua evolução, foram somando-se, e não sendo substituídos, logo eles não se excluem, pelo contrário, comunicam-se entre si.

2.3 Titularidade dos direitos fundamentais

É notório o fato incontestável de que a Constituição Federal de 1988, possui um conteúdo normativo e axiológico muito marcados que dizem respeito ao ser humano e seu desenvolvimento pleno, com disposições internas e externas

²⁰ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. Apud discurso de posse do Ministro Celso de Mello como presidente do Supremo Tribunal Federal.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 202-203.

(internacionais) que foram transplantadas para o ordenamento jurídico brasileiro através de procedimentos formais que também constam na CF/88, que buscam através da concretização das normativas nela contida, a proteção da dignidade da pessoa humana, valor este que irradia por todo o texto constitucional.

No entanto, faz-se necessário identificar quem são os indivíduos, quer isoladamente, quer coletivamente, que são detentores da proteção máxima conferida pelo texto constitucional. Nesse sentido, utilizaremos os dispositivos da CF/88 para identificar quem são as pessoas que pela sua condição de serem seres humanos, são titulares de direitos e garantias fundamentais que lhes conferem total proteção para que se desenvolvam de forma plena.

Logo no art. 1º, da CF/88, encontram-se os fundamentos que o Estado brasileiro busca, como a soberania (I), a cidadania (II), a dignidade da pessoa humana (III), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (IV) e o pluralismo político.²² Em que pese todos esses princípios serem os pilares para a construção de um Estado Democrático de Direito, merece destaque nesse subtópico (2.2), o inciso III, no qual traz expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este que serve de paradigma para toda interpretação normativa, e é a partir deste princípio que começamos a identificar a quem pertence os direitos fundamentais. A pessoa humana é que guarda proteção pela CF/88, e sua dignidade é o objetivo a ser realizado através das normas e princípios que norteiam a constituição.

O art. 1º da CF/88, genericamente identifica que o titular dos direitos fundamentais é aquele indivíduo considerado ser humano, logo todos aqueles que são considerados seres humanos são titulares dos direitos fundamentais, sem que se faça qualquer ressalva, portanto, é a condição de ser considerado como pessoa que garante a ele a titularidade desses direitos.

O art. 5º, da CF/88, ratifica a ideia de não existir nenhuma ressalva para que a pessoa considerada como tal seja titular dos direitos fundamentais, ao afirmar que “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 [...]”.²³

²² BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

²³ BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

Dessa forma, pelo dispositivo citado acima, tanto o brasileiro quanto o estrangeiro residente no país, possuem guardada pela CF/88. Destaca-se que o STF ampliou o alcance do estrangeiro residente, proferindo entendimento no sentido de que o estrangeiro mesmo não possuindo domicílio no país, a CF/88 assegura o exercício dos direitos fundamentais desde que se encontre em território nacional, e isso não exclui o estrangeiro que esteja transitando o país. Assevera-se que o estrangeiro apesar de ser titular de direitos fundamentais, ainda assim, será titular apenas de direitos compatíveis com a sua natureza.

Da mesma forma, as pessoas jurídicas também são titulares dos direitos e garantias individuais porque a elas é garantido o direito a existência das associações.²⁴ Além disso, se for demandada uma ação judicial contra uma pessoa jurídica, esta possui direito ao contraditório e a ampla defesa, que são direitos fundamentais.

Sendo assim, são titulares dos direitos fundamentais as pessoas naturais, os estrangeiros que se encontram no território nacional e as pessoas jurídicas.

2.4 Características dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais possuem um conteúdo essencial, um núcleo. Segundo o Ministro Celso de Mello:

Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo STF, de critérios que lhe permitiam ponderar e avaliar, *hic 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, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses **não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais**, tal como adverte o magistério da doutrina.²⁵ (grifos nossos)

É a partir desse entendimento nuclear que se depreende das palavras do Min. Celso de Mello, que há um conteúdo mínimo considerado essencial característico de cada direito fundamental que é intocável, irreduzível, inviolável que se o contrário fosse perderia a caracterização de ser um direito fundamental.

²⁴ STJ – Terceira Turma – Resp 959564/SP – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, decisão: 24-5-2011.

²⁵ RTJ 188/858 (912). In. 1.957 e MS 24.369.

Nesse mesmo sentido, o Min. Gilmar Mendes, nos ensinamentos sobre o princípio da individualização da pena e o cumprimento em regime fechado dos crimes hediondos, ratifica sobre a existência de um núcleo essencial, ao afirmar que “o **núcleo essencial desse direito** [à individualização da pena] em relação aos crimes hediondos, *resta completamente afetado*. [...]”.²⁶ (grifo nosso) Ou seja, nota-se que, na jurisprudência brasileira, há um entendimento pacífico quanto à existência/reconhecimento de um conteúdo mínimo essencial ou núcleo essencial, característico dos direitos fundamentais, ainda que abstratamente racionalizado.

Nesse contexto, a doutrina também traz entendimento no mesmo sentido, onde podemos confirmar utilizando as palavras de Carlos Ari Sundfeld quando ao afirmar que no tocante a intervenção mínima do Estado na vida privada das pessoas, seria de grande importância que o Estado não afetasse “o conteúdo essencial de algum direito fundamental”.²⁷ Nesse mesmo sentido, Daniel Sarmento também afirma a existência de um conteúdo essencial que os direitos fundamentais possuem: “[...] núcleo essencial [que] traduz o ‘limite dos limites’, ao demarcar um reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição”²⁸.

Há uma parte da doutrina, minoritária, que confronta esse entendimento sobre a existência de um conteúdo mínimo essencial, e nesse contexto estão os autores Gilmar Ferreira Mendes e Mortati. Para Gilmar Ferreira Mendes, que não nega a existência desse núcleo essencial como visto nos parágrafos anteriores, também entende que pensar na existência de um núcleo essencial seria:

[...] preocupação exagerada do constituinte, pois é fácil ver que a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais deriva da supremacia da Constituição e do significado dos direitos fundamentais na estrutura constitucional dos países dotados de Constituições rígidas.²⁹

²⁶ HC 84.682.

²⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. 1ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 67 e ss.

²⁸ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 111.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2ª ed.. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 39.

Já para Mortati, “[...] proclamar a inviolabilidade [de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais] em face da lei ordinária não faz sentido, já que a Constituição, por sua própria natureza, é intangível pelo legislador ordinário”.³⁰

Ambos os autores defendem que pela natureza da Constituição ser rígida, a definição de um conteúdo mínimo essencial dos direitos fundamentais seria desnecessária, haja vista, o conteúdo da própria Constituição ser inviolável pelo constituinte ordinário. Porém, nem todo conteúdo presente na Carta Magna, refere-se aos direitos fundamentais, além disso, não se está querendo proteger as mudanças que supervenientemente venham a acontecer conforme a sociedade evolui, mas sim proteger a concretização dos direitos fundamentais contidos na Carta Magna em seu mínimo essencial.

Nos tópicos seguintes serão brevemente abordadas as principais características dos direitos fundamentais.

2.4.1 Universalidade

A característica da universalidade dos direitos fundamentais está ligada ao sentido de pertencimento a todos os seres humanos, da mesma forma, Ingo Sarlet afirma que o princípio da universalidade compreende a todas as pessoas justamente porque como pessoas, são por si só, titulares de direitos e deveres fundamentais, o que não exclui a existência de diferenças entre os indivíduos que necessitem ser observadas devido ao princípio da igualdade, assim como outras exceções expressas em uma Constituição.³¹

Os direitos fundamentais incluem uma série de garantias fundamentais que sustentam a dignidade de todo ser humano. Portanto, a universalidade como uma de suas características assevera que, embora sejam alvo de muitas críticas, considerando a discussão sobre a hegemonia cultural ocidental, são responsáveis por impor a necessidade de concretização dos direitos fundamentais de todas as pessoas, independentemente das características de sua personalidade.

³⁰ MORTATI, Costantino. *Istituzioni di diritto pubblico*. Vol. II, 8ª ed.. Padova: Cedam, 1969, p. 1127, nota 1.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 256.

2.4.2 Historicidade

Os direitos são o resultado de diversas lutas com perdas e conquistas em buscas de determinadas liberdades contra os poderes que massacravam a parcela mais vulnerável da sociedade. Portanto, o surgimento de um direito está diretamente ligado a um contexto histórico, na medida em que as interações entre as pessoas vão se tornando mais complexas, é comum que surjam novos interesses ou pretensões que por vezes possam conflitar-se entre si.

Portanto, a característica da historicidade presente nos direitos fundamentais informa que os direitos surgem a partir de um contexto social que se passa em determinada época, e que são frutos também de uma evolução histórica, e esse fator faz com que outros direitos possam nascer revestidos de fundamentalidade para novas realidades sociais, de acordo com Flávio Martins.³²

Ademais, como exemplo dessa evolução histórica, Gilmar Mendes faz um comparativo ao afirmar que a pena de caráter perpétuo, que de acordo com o surgimento de novos valores a serem defendidos pelas constituições, o caráter perpétuo passou a não ser mais permitido, o que pode ser vislumbrado na Constituição Federal de 1988 e na anterior, de 1967.³³

Ainda nesse sentido, Norberto Bobbio contribui nesse estudo afirmando que os direitos não surgem de uma única vez, mas que:

[...] nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação de poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.³⁴

Portanto, para Norberto Bobbio, os direitos surgem da necessidade de controlar o poder arbitrário do homem que conflita com a liberdade individual do indivíduo, ou seja, surge de uma demanda que precisa ser controlada.

³² NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 874-876.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 212.

³⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro : Campus, 1992, p. 298.

2.4.3 Indivisibilidade

A indivisibilidade dos direitos fundamentais demonstra a necessidade de respeitar e desenvolver todas as suas categorias, porque há uma interdependência e inter-relação entre esses direitos. Dessa forma, os direitos fundamentais não podem ser vistos de forma hierarquizada, pois nenhum se sobrepõe ao outro, e nem de maneira separada, porque se assim fosse, poderia ser causada uma violação a algum direito, afetando também os demais.

O processo de acumulação dos direitos fundamentais demonstra a indivisibilidade e a interdependência de seu conteúdo. O conteúdo desses direitos é, portanto, mais importante do que o momento do reconhecimento nas respectivas gerações.

É discutível a validade dogmática de teoria que, ignorando completamente a estrutura própria dos direitos, utiliza o momento histórico como fator exclusivo de classificação dos direitos fundamentais, não exteriorizando caráter suficientemente precioso para poder ser utilizada como noção jurídica válida.³⁵

Nesse sentido, os direitos fundamentais podem ser classificados de acordo com suas respectivas afinidades, que só podem ser compreendidas por meio de um estudo cuidadoso do conteúdo dos diversos direitos. Assim, uma perspectiva evolutiva geracional sobre os direitos fundamentais não apenas inclui a evolução histórica desses direitos, mas também reúne seu conteúdo dentro dessa taxonomia particular, ou seja, dentro de sua identificação, classificação e descrição de acordo com suas características.

2.4.4 Inalienabilidade

A característica da inalienabilidade em relação aos direitos fundamentais significa que uma pessoa não pode dispor de seus direitos, ou seja, não pode abrir mão deles, porque tais direitos são inerentes à pessoa humana, logo, não são objetos de negociação.

³⁵ PIZZORUSSO, Alessandro. Las <> de derechos. Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, nº 5, 2011, p. 291-307, p. 291.

Nesse sentido, John Locke, filósofo político, entende que os direitos naturais são inalienáveis pois independem da vontade humana, não sendo possível sua transmissão para outra pessoa.³⁶ Da mesma forma pensa Carl Schmitt, jurista alemão, ao defender que tais direitos são inalienáveis justamente devido a sua natureza de serem inerentes ao ser humano, não podendo ser um objeto passível de renúncia.³⁷

Como exemplo, podemos analisar o direito à vida, que é um direito fundamental inalienável, portanto não pode ser transferido para outra pessoa, assim como, a liberdade de pensamento.

No entanto, há direitos fundamentais que podem ser relativizados, como por exemplo, quando um jogador de futebol cede sua imagem para a produção de peças publicitárias, nesse caso seu direito de imagem nada mais é do que um direito básico, envolvendo cessão. Claro, os direitos de propriedade são outro exemplo de um direito fundamental que pode ser atribuído.

Assim, em regra, os direitos fundamentais são intransmissíveis e inegociáveis, uma vez que não têm conteúdo de propriedade econômica, embora existam exceções quando se trate de direitos que deem lugar à exploração notadamente econômica.

Portanto, essa característica da inalienabilidade tem o objetivo de proteger as pessoas contra determinadas coações que as levem a abrir mão de direitos que são essenciais, apenas para se obter alguma suposta vantagem pessoal. Dessa forma, visa-se garantir que tais direitos não sejam comprometidos por razões individuais.

2.4.5 Imprescritibilidade

A característica da imprescritibilidade significa que os direitos fundamentais não se perdem com o tempo, pois estão sempre disponíveis para serem exercidos, ou seja, não se perdem por falta de uso. Por exemplo, no direito civil, o direito à personalidade não se perde se não for utilizado. Afinal, via de regra, os direitos da personalidade não são limitados no tempo, como o direito à honra e o direito ao nome. Em outras palavras, o estatuto de limitações é claramente um sistema jurídico que afeta apenas os direitos de característica patrimonial.

³⁶ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Petrópolis: Vozes, 2001, pp.83-90.

³⁷ SCHMITT, Carl. **Teoría de La Constitución**. Presentación de Francisco Ayala. Primera edición em "Alianza Universidad Textos" 1982. Cuarta reimpressão em "Alianza Universidad Textos". Madrid. España. 2003.

Nesse sentido, o jurista e professor português, Jorge Miranda, entende que os direitos fundamentais não possuem prazo de validade para que possam ser exercidos, e que independente do tempo continuarão sendo exigíveis e também válidos.³⁸

Então, por exemplo, não é só porque alguém passa 40 anos sem usar a liberdade de expressão que perde esse direito. No entanto, esta é uma regra geral, não uma regra absoluta, uma vez que alguns direitos são prescritivos, como os direitos patrimoniais.

2.4.6 Irrenunciabilidade

Em regra, os direitos fundamentais não podem ser renunciados por seus titulares. No entanto, o STF reconheceu que certos direitos, como intimidade e privacidade, são renunciados em casos excepcionais.³⁹ É o caso dos *reality shows*, onde os participantes são monitorados 24 horas por dia, cedendo temporária e expressamente seus direitos de imagem e privacidade.

Portanto, é necessário enfatizar que a renúncia aos direitos fundamentais é apenas temporária se não afetar a dignidade da pessoa humana.

Assim, a irrenunciabilidade está enraizada na dignidade humana. Os legisladores especificaram essa característica para evitar situações em que os indivíduos administrem seus bens pessoais de forma irresponsável, colocando em risco sua própria dignidade.

2.4.7 Relatividade ou limitabilidade

Em um sistema jurídico democrático e pluralista, os direitos fundamentais não são absolutos, mas sim relativos e limitáveis. Isso significa que, em determinadas circunstâncias, como no caso de conflito entre os direitos fundamentais, um direito fundamental pode ser restringível ou limitável a fim de proteger outro direito ou interesse público.

³⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5.ed. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 90-135.

³⁹ADI nº 4.815/DF. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 17 abril de 2023.

No entanto, essa limitação deve ser feita de forma proporcional e razoável, portanto, deve ser necessário e adequado, de modo que não comprometa a essência do direito fundamental em questão. Além disso, deve-se buscar a harmonização entre os direitos fundamentais em conflito, de forma a garantir a máxima proteção possível a todos os direitos envolvidos.

Essa concordância prática ou harmonização entre os direitos fundamentais é fundamental para assegurar a coexistência pacífica e equilibrada dos diferentes interesses em uma sociedade pluralista.

Portanto, em caso de colisão entre direitos fundamentais, devem ser aplicadas a ponderação e harmonização, como se esses direitos fossem colocados em uma balança. Desta forma, em um caso específico, será analisado qual deles tem maior peso.

Nesse sentido, Robert Alexy defende que os direitos fundamentais são relativos, ou seja, seus conteúdos e limites variam de acordo com as circunstâncias concretas em que são aplicados, portanto, não podem ser aplicados de forma absoluta e ilimitada, devendo, desse modo, haver o equilíbrio com outros direitos e interesses em conflito.⁴⁰

Por exemplo, o direito à liberdade de expressão pode ser mais restrito em casos de discurso de ódio ou incitação à violência do que em outros casos. Da mesma forma, o direito à privacidade pode ser mais amplo em relação às comunicações pessoais do que em relação às atividades realizadas em espaços públicos.

Ademais, Robert Alexy enfatiza que a relatividade dos direitos fundamentais não implica que eles sejam relativizados em termos de sua importância e proteção. Pelo contrário, a relatividade é um aspecto essencial da sua aplicação concreta, pois permite que sejam efetivamente harmonizados com outros valores constitucionais e sociais.

2.4.8 Concorrência

De acordo com Robert Alexy, os direitos fundamentais são princípios, e como tal, têm um peso moral que deve ser levado em consideração na resolução de conflitos entre eles. Ele argumenta que, em certas situações, os direitos fundamentais podem

⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 595-604.

entrar em conflito uns com os outros, o que pode levar a uma situação de concorrência.

Na visão de Alexy, quando há concorrência entre direitos fundamentais, deve-se buscar a solução que ofereça a maior proteção possível para todos os direitos envolvidos. Isso pode requerer uma ponderação cuidadosa dos interesses em jogo e a busca de um equilíbrio entre os direitos conflitantes.⁴¹

Nesse mesmo sentido, Ronald Dworkin, teórico do direito e filósofo, argumenta que os direitos fundamentais não são absolutos porque estão sujeitos entrar em conflito com outros direitos fundamentais, e nesse caso a resolução de conflitos entre direitos deve ser feita com base em uma interpretação coerente do sistema de direitos e princípios constitucionais como um todo, observando sempre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, para que se encontre uma solução justa⁴².

Quanto à igual importância de cada direito fundamental nas situações atuais e à possibilidade de concorrência (conflito positivo) ou oposição (conflito negativo), é necessário ajustar especificamente os respectivos escopos normativos e equilibrar seus respectivos pesos, em um esforço para chegar a um acordo ou coordenação real. A concorrência ou colisão (oposição) de direitos fundamentais que não possa levar ao sacrifício final de nenhum deles é, na prática, resolvida pelo critério da proporcionalidade, buscando a maior aplicação ao mesmo tempo em que causa o mínimo indispensável de dano aos direitos fundamentais envolvidos. Considere, por exemplo, a tensão contenciosa entre o direito à informação pública e o direito à privacidade.

2.4.9 Efetividade

A efetividade dos direitos fundamentais é uma medida da capacidade desses direitos de serem implementados e garantidos na prática, e não apenas existirem no papel. Algumas das principais características da efetividade dos direitos fundamentais incluem: acesso dos indivíduos a mecanismos que permitam a reivindicação de seus direitos fundamentais; participação nas tomadas de decisões que afetem os direitos

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 91-94.

⁴² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 45-51.

⁴³ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 150-178.

fundamentais; a eficácia na proteção dos direitos fundamentais, devendo ser capaz de prevenir e até mesmo remediar violações; etc.

Nesse sentido, Alexy defende que a efetividade dos direitos fundamentais é fundamental para que eles cumpram sua função de proteger os indivíduos contra o poder estatal. Segundo ele, a efetividade está relacionada a três dimensões: a dimensão subjetiva, a dimensão objetiva e a dimensão institucional.⁴⁴

Ainda de acordo com Alexy, enquanto a dimensão objetiva está atrelada à proteção individual dos direitos humanos, onde os indivíduos devem ter condições reais de exercer seus direitos, sem que incorram impedimentos ou restrições injustificadas, a dimensão objetiva relaciona-se com a proteção coletiva dos direitos fundamentais, e para isso, o Estado seria o principal agente garantidor do respeito aos direitos fundamentais em relação a toda a sociedade. Ademais, a dimensão institucional está ligada a proteção dos direitos fundamentais por meio de instituições estatais.

2.4.10 Proibição de retrocesso

O princípio jurídico da proibição do retrocesso aplicado aos direitos fundamentais significa que os direitos que já foram incorporados ao ordenamento jurídico não possam sofrer mudanças que retroajam negativamente, ou seja, que seus conteúdos não sejam enfraquecidos, a não ser que se apresente uma justificativa adequada.

O progresso em direitos fundamentais faz parte da formação de um patrimônio jurídico de conquistas ao longo da história por direitos e garantias que visam proteger o indivíduo contra determinadas arbitrariedades, e, por isso, não devem ser prejudicados ou negados. Dado o dinamismo social, juntamente com as proteções básicas, que são protegidas e nunca revogadas, a sociedade se desenvolve de acordo com a evolução histórica e social dessas conquistas.

Nesse contexto, como marcos da conquista civilizatória, os direitos fundamentais, uma vez reconhecidos, não podem ser renunciados ou diminuídos: o desenvolvimento alcançado não pode ser revertido. Há aqui uma proteção contra o

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 85-141.

retrocesso, cujo efeito é imediato (negativo) e é ele próprio capaz de manter o controle constitucional (seja ele relativo a ação ou omissão).

Note-se que, no plano normativo, a eficácia da prevenção do retrocesso apresenta uma barreira à simples abolição de normas consagradoras de direitos fundamentais ou à sua substituição por outras menos generosas em relação a esses direitos; por exemplo, a implementação de políticas públicas que visem enfraquecer os direitos fundamentais.

Nesse sentido, José Afonso da Silva aponta que a proibição do retrocesso aplicado aos direitos fundamentais, tem como objetivo a proteção desses direitos conquistados⁴⁵. Ainda nesse mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet, entende que a proibição do retrocesso é um requisito de efetividade dos direitos fundamentais.⁴⁶

2.5 Dupla dimensão dos direitos fundamentais

A compreensão da dupla dimensão dos direitos fundamentais é uma ideia chave no estudo do Direito Constitucional e dos Direitos Humanos. Essa dupla dimensão está relacionada à possibilidade de compreender que os direitos fundamentais podem ser visualizados sob duas perspectivas: uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais possui conteúdo relacionado aos direitos individuais, ou seja, são aquelas normas que tem como objetivo a proteção do indivíduo contra as ingerências de terceiros e do Estado (contra abusos de poder). Essa dimensão subjetiva possui como exemplares os direitos à privacidade, à vida, à liberdade de expressão, dentre outros.

Já dimensão objetiva dos direitos fundamentais está vinculada aos direitos econômicos, sociais e culturais, portanto, são direitos que em sua concretude, permitem que as pessoas possam ter condições existenciais mínimas para a realização de seu bem-estar e de sua dignidade. Tal dimensão – objetiva – possui como exemplos, o acesso a direitos como à moradia, à saúde, ao trabalho, à educação, dentre outros.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 286-287.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 25.

Após essa visão geral acima, acerca da dupla dimensão dos direitos fundamentais – dimensão subjetiva e dimensão objetiva – vale destacar que a análise dessas duas perspectivas permite ampliar a visão da abrangência e alcance desses direitos, ou seja, permite compreender melhor a extensão dos direitos individuais, sob a perspectiva do indivíduo em relação à sociedade, e dos direitos coletivos (sociais, culturais e econômicos), na perspectiva do grupo social em relação ao Estado.

De tal modo, é possível identificar que, por meio da ideia da dupla dimensão dos direitos fundamentais, a proteção da liberdade individual e o acesso a condições existenciais mínimas, possuem aplicação direta na adoção de políticas públicas que promovam a efetivação desses direitos de acordo com a realidade social em que estejam sendo aplicados, de tal forma que alcance o equilíbrio justo na busca pela realização individual do indivíduo e todo o corpo social. Portanto, a aplicação prática dessa compreensão visa a melhor orientar as políticas públicas e também as decisões judiciais que venham a surgir em virtude da realização desses direitos para uma justiça social eficaz.

Nesse sentido, o reconhecimento da natureza normativa dos princípios é um passo decisivo para traduzir os direitos fundamentais das palavras que denotam esses direitos para a realidade social permeada, como se depreende do entendimento a seguir: “não basta enumerar, definir, explicitar, assegurar só por si direitos fundamentais; é necessário que a organização do poder político e toda a organização constitucional estejam orientadas para a sua garantia e a sua promoção”⁴⁷.

Portanto, conforme Jorge Miranda, citado no parágrafo anterior, não basta apenas a inserção de direitos fundamentais nas constituições ou nas demais legislações, deve existir dentro do ordenamento jurídico em que esses direitos estejam inseridos, uma estrutura capaz de efetivamente promover a realização desses direitos.

Nesse sentido, Norberto Bobbio ratifica o entendimento da existência dessa dupla dimensão ao destacar que:

Os direitos sociais não são direitos em sentido estrito, pois não têm por objeto o reconhecimento de um espaço de liberdade individual, mas sim de um espaço de bem-estar coletivo. (...) a distinção entre liberdades negativas e liberdades positivas, ou seja, entre liberdades como não interferências e liberdades como possibilidades de ação, já não é suficiente para captar todas as dimensões dos direitos fundamentais.⁴⁸

⁴⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 177.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 12-37.

Portanto, segundo Norberto Bobbio, enquanto os direitos individuais protegem a liberdade individual, os direitos sociais protegem o bem-estar social, ou seja, enquanto os direitos individuais impõe uma abstenção por parte do Estado, os direitos sociais impõe uma ação ativa do Estado, no entanto, esse diferenciação entre liberdades positivas e negativas, não bastam para que seja possível compreender as possíveis dimensões dos direitos fundamentais, e isso se justifica em virtude da complexidade que esses direitos passam a apresentar conforme a sociedade evolui.

Ainda nesse sentido, é possível identificar a dupla dimensão em destacada lição do autor Luigi Ferrajoli: “A garantia dos direitos fundamentais deve ter em vista tanto a limitação do poder e a proteção da liberdade quanto a promoção da igualdade, visando ao bem-estar social e à satisfação das necessidades básicas dos cidadãos”.⁴⁹

Portanto, a partir da lição de Luigi Ferrajoli, pode-se visualizar a existência da dupla dimensão dos direitos fundamentais, sendo a primeira referente à dimensão subjetiva ao se referir a limitação do poder que está ligado aos direitos individuais, e a segunda referente a dimensão objetiva ao referir-se à promoção da igualdade ao garantir o bem-estar social.

Logo, compreender a dupla dimensão dos direitos fundamentais faz-se necessário em um cenário contemporâneo onde as relações sociais estão cada vez mais complexas, e nesse caso, apresentando uma maior proteção na promoção da dignidade humana, aja vista que, a proteção dos direitos individuais não é suficiente para que a sociedade se desenvolva de forma igualitária, necessário se faz, também, garantir o acesso a condições que permitam o bem-estar do corpo social, e tal objetivo só se torna concreto quando as desigualdades econômicas e sociais são, quando não possível a sua erradicação, reduzidas.

2.5.1 Dimensão subjetiva

A dimensão subjetiva possui conteúdo ligado aos aspectos da individualidade, são direitos que tem como princípio à proteção da liberdade de cada indivíduo, privilegiando a sua autonomia ao exercer suas liberdades, sem que haja interferência do Estado ou de outras pessoas. Essa dimensão agrupa os direitos civis e políticos,

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías**: La Ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999, p.55-65.

que dizem respeito a normas cuja proteção se destina à vida, à liberdade de expressão, à propriedade, dentre outros mais.

Dessa forma, a dimensão subjetiva gira em torno do status legal de um indivíduo e incorpora a capacidade de um detentor de direitos de exigir ação ou abstenção do estado ou de outros indivíduos, para fazer valer seu status particular, ou seja, “o direito subjectivo consagrado por uma norma de direito fundamental reconduz-se, assim, a uma relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objecto do direito”⁵⁰. Portanto, de acordo com Canotilho, o direito subjetivo, que é parte intrínseca da dimensão subjetiva, e formada por uma relação que envolve três elementos: aquele que é titular do direito (indivíduo), aquele a quem se destina esse direito (Estado ou terceiro), e o objeto protegido pelo direito.

A dimensão subjetiva está relacionada à noção clássica de direitos fundamentais, entendidos como formas de resistência civil contra o Estado. A perspectiva subjetiva remonta às origens do Estado liberal e do próprio constitucionalismo moderno, período em que as constituições tinham a função primordial de limitar o poder do Estado e os direitos fundamentais passaram a estar associados à imposição de limites ao Estado.

2.5.2 Dimensão objetiva

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais possui como conteúdo os direitos sociais, como educação, saúde, trabalho, e etc. Essa dimensão traduz a promoção, por parte do Estado, de condições existenciais mínimas para a realização do bem-estar do corpo social, portanto, há uma obrigação por parte do Estado e de suas instituições em ações que permitam que seus cidadãos possam ter acesso a direitos de forma igualitária.

Um aspecto da dimensão objetiva é que esta dimensão independe do titular, ou seja, a perspectiva objetiva não obriga o sujeito a exigir determinados dispositivos legais. Esse aspecto é interessante porque a falta de um tema positivo apenas reforça a importância da ação preventiva do próprio Estado.

⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992,p. 544.

Nas palavras de Martins:

A Função ou dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais encerra outras funções, algumas também já tornadas 'clássicas', como as garantias de organização. Como 'dimensão objetiva', define-se a dimensão dos direitos fundamentais, cuja percepção independe de seus titulares, vale dizer, dos sujeitos de direito. Os direitos fundamentais seriam, quando observados por essa dimensão objetiva, critérios de controle da ação estatal, que devem ser observados, independentemente de possíveis intervenções e violações concretas. Não é, destarte, equivocado afirmar que tenha, em geral, um caráter preventivo. A escolha do termo 'dimensão' por Horst Dreier foi, nesse sentido, bem consciente, pois a dimensão objetiva não afasta, muito menos reduz a importância da dimensão subjetiva. A terminologia da função, ao contrário, dá margem a uma possível hierarquização que não condiz com o conceito clássico (liberal) de direito fundamental.⁵¹

Portanto, Martins entende que a compreensão dessa dimensão objetiva nos direitos fundamentais permite o controle das políticas públicas, antes mesmo da possibilidade de haver uma intervenção de fato, ou até mesmo antes de existir alguma ação que viole tais direitos. Logo, há também uma função preventiva, garantindo que as ações estatais sejam direcionadas na proteção desses direitos.

Com efeito, a antiga noção de que basta a ausência do Estado para que os direitos fundamentais sejam respeitados não subsiste mais, revelando-se de um ponto de vista objetivo que, de fato, é necessária uma postura ativa do Estado na proteção desses direitos. Como afirmado anteriormente, a nova perspectiva, apelando para uma atuação vigilante e ativa do Estado na proteção dos direitos fundamentais, produziu uma série de desdobramentos que podem ser tomados como principais: a irradiação dos direitos fundamentais para o ordenamento jurídico, a constituição que produz a globalização das leis e a efetividade dos direitos fundamentais individuais; vinculando as funções do Estado (executivo, legislativo e judiciário) à efetivação dos direitos fundamentais; fortalecendo uma perspectiva processual sobre os direitos fundamentais.

Do ponto de vista objetivo, os direitos fundamentais costumam se manifestar como valores objetivos da sociedade, fruto de um acordo entre os diversos interesses existentes em uma sociedade pluralista e democrática, e contribuem para o alcance de objetivos comuns.

⁵¹ MARTINS, Leonardo. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005, p. 81.

3 LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A prática do direito pode atuar nos conflitos generalizados em direitos constitucionalmente protegidos. Portanto, é necessário definir o escopo ou núcleo de proteção e, quando for o caso, especificar as limitações ou restrições a esses direitos.

O escopo de proteção dos direitos fundamentais abrange inúmeros fatos e pressupostos jurídicos observados nas normas jurídicas e suas consequências na realidade fática, sendo que a proteção dos direitos fundamentais deve estar assentada na proteção das garantias desses mesmos direitos.

De acordo com Gilmar Mendes:

Nos direitos fundamentais de proteção ou de defesa, cuida-se de normas sobre elementos básicos de determinadas ações ou condutas explicitadas de forma lapidar: propriedade, liberdade de imprensa, inviolabilidade do domicílio, dentre outros.⁵²

Ou seja, para Gilmar Mendes, os direitos fundamentais que se destinam a proteção ou defesa, constituem um grupo de normas que tem, essencialmente, objetivo de salvaguardar o indivíduo de qualquer ingerência que possa mitigar suas liberdades fundamentais.

Portanto, certos direitos individuais, como de propriedade, direitos de proteção judicial, pertencem ao escopo da proteção estritamente normativa, e o legislador ordinário não pode restringir nenhum desses direitos, mas apenas defini-los e deliberar sobre sua amplitude e seu alcance para estruturar esses direitos individuais. Ou seja, o poder de conformar é diferente das infinitas premissas de disposição.

O que difere, quando da limitação das garantias fundamentais, é o escopo de proteção da igualdade de direitos que se orienta por base na relação das pessoas e das diferentes posições perante o poder público e o caso concreto no qual sejam vistos.

Tanto quanto sabemos, a análise das limitações dos direitos individuais pressupõe a delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Este processo requer procedimentos específicos para cada direito fundamental e não pode ser construído em regras gerais.

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35.

O escopo de proteção é geralmente baseado em interpretação sistemática, abrangendo outros direitos e dispositivos constitucionais. No entanto, a definição do escopo de proteção precisa ser comparada com as limitações implicadas a esse direito.

Porém, para melhor compreensão, podemos definir o escopo da proteção analisando as normas constitucionais que garantem os direitos fundamentais:

- a) identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (âmbito de proteção da norma);
- b) A verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (expressa restrição constitucional) e identificação das reservas legais de índole restritiva.⁵³

Portanto, é a partir da identificação do bem jurídico protegido – vida, integridade física e moral, liberdade de religião, e etc. – que pode ser compreendido o seu alcance, tendo em vista que a depender do caso concreto o nível de proteção pode mudar dentro de determinados contextos, podendo ser mais restritivo ou mais amplo. A seguir, deve-se observar quais restrições são permitidas dentro da Constituição, expressamente, ou, em legislação infraconstitucional.

Vê-se, assim, que a discussão sobre o alcance da proteção de direitos particulares constitui um dos pontos centrais da doutrina dos direitos fundamentais, embora nem sempre a proteção de direitos a objetos particulares possa ser afirmada definitivamente, como um bem ou uma conduta.

Dessa forma, entendemos que a definição precisa do escopo de proteção de um direito fundamental requer frequentes esforços interpretativos específicos para a aplicação de casos concretos. Não podendo sua restrição encontrar método disposto em fórmulas gerais e genéricas.

A necessidade de limitar o alcance dos direitos fundamentais é bastante comum. Assim, podemos citar a exemplo o princípio da reserva legal disposto no art. 5º, II da Constituição Federal, como uma das possibilidades de se estabelecerem restrições legais a direitos, bem como os incisos XII (inviolabilidade do sigilo postal, telegráfico, telefônico e de dados), XIII (liberdade de exercício profissional) e XV (liberdade de locomoção).

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

A forma como as restrições foram inseridas na própria Carta Magna reside em como o constituinte emprega expressões variadas, a saber: “nos termos da lei” (art. 5º, VI e XV), “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer” (art. 5, XII), “atendidas às qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, XIII), “salvo nas hipóteses previstas em lei” (art. 5º, LVIII).

E desse modo, em outras referências menos explícitas, a norma fundamental cita um conceito jurídico indeterminado, deixando ao poder público a função de interpretar e aplicar o que deve delimitar um direito específico. É o que pode ser verificado com a cláusula da “função social” no art. 5º, inciso XXIII.

De acordo com Gilmar Mendes:

Tais normas permitem limitar ou restringir posições abrangidas pelo âmbito de proteção de determinado direito fundamental. Assinale-se, pois, que a norma constitucional que submete determinados direitos à reserva de lei restritiva contém, a um só tempo, (a) uma norma de garantia, que reconhece e garante determinado âmbito de proteção, e (b) uma norma de autorização de restrições, que permite ao legislador estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente assegurado.⁵⁴

Portanto, de acordo com Gilmar Mendes, há normas constitucionais que autorizam a limitação ou a restrição de direitos fundamentais, no entanto, também adverte a mesma norma que impõe essas mitigações de alcance a amplitude dos direitos fundamentais, apresentam dois aspectos: reconhecimento da garantia da proteção de determinado direito e também a sua possível limitação ou restrição.

Nesse contexto, o eminente doutrinador José Afonso da Silva foi o primeiro a classificar o grau de eficácia das normas constitucionais em sua obra “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, em 1967, classificação essa adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, para este eminente professor, existem normas de plena eficácia, ou seja, que produziram toda a sua eficácia desde que a Constituição entrou em vigor; normas de eficácia contida, têm plena vigência, mas podem ser limitadas pelo legislador; e as normas de eficácia limitada, que têm efeito limitado, são dependentes de complementação legislativa.⁵⁵

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 181-182.

De uma perspectiva não discursiva, pelo menos no que diz respeito aos direitos fundamentais, alguns autores utilizam o argumento da internalidade para declarar normativamente o conteúdo dos próprios direitos, analisando a noção desses direitos em termos de restrições internas ou externas. Nesse sentido, Gilmar Mendes destaca que:

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.⁵⁶

Daqui podemos extrair que a teoria das limitações internas refere-se ao conceito de que o conteúdo dos direitos fundamentais se revela autonomamente, independentemente do conteúdo de outros enunciados normativos, por meio da interpretação e análise do próprio texto. Já os limites externos podem ser entendidos como os limites compartilhados pela própria lei e outras instituições, como a ordem pública, a ética e a moral. Eles fazem fronteira com outros sistemas, diferentes do mundo jurídico.

3.1 Teoria interna ou absoluta

A teoria interna pressupõe que não existem restrições aos direitos fundamentais, cujo conteúdo é definido no momento da legislação, pelo que, qualquer restrição ao conteúdo dos direitos fundamentais não pode ser juridicamente legitimada. Nesse sentido, para José Carlos Vieira de Andrade:

Para a teoria interna, [...] os limites não seriam elementos externos ao conteúdo dos direitos fundamentais, mas antes concretizações, sendo as eventuais previsões normativas de elementos negativos meramente declaratórios, já que, conforme essa compreensão, a legislação elaborada com fundamento nas reservas não constitui limites ao conteúdo dos direitos,

⁵⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 5ª Ed., Coimbra: Almedina, p. 292-293.

mas sim mecanismo de interpretação e revelação de seus limites máximos de conteúdo.⁵⁷

Dessa forma, a doutrina interna não permite restrições ao conteúdo dos direitos fundamentais que enfraqueceriam/violariam os próprios direitos. Válidas para esta teoria são as limitações inerentes aos próprios direitos fundamentais.

As restrições são inerentes, por exemplo, quando o legislador ordinário restringe um direito fundamental, está apenas reafirmando a restrição implícita do próprio direito fundamental, e o processo legislativo ordinário apenas deixa clara a restrição previamente criada na norma, não trazendo quaisquer inovações com novas restrições a direitos fundamentais.

Nesse sentido, não há distinção entre o conteúdo dos direitos fundamentais e suas inerentes limitações.

A colisão de direitos fundamentais é refutada pela teoria interna que não faz menção à ponderação dos bens protegidos. O executor da lei pode interpretar o que diz a constituição, dar-lhe contornos e sua relação com os casos concretos, não cabendo aqui qualquer ponderação ou limitação de mercadoria de qualquer espécie.

A análise deve ser sempre uma extensão do conteúdo dos direitos fundamentais, nunca admitindo o conceito de interferência externa no conteúdo dos direitos.

De acordo com Serna e Toller:

[...] os direitos, ainda que não sejam ilimitados – no sentido de que todo o coberto por seu âmbito material seria por isso mesmo legítimo -, propriamente não são tampouco limitados, isto é, não tem nem necessitam de limites externos, mas são delimitáveis: através da tarefa legislativa e da decisão judicial é possível traçar-lhes contornos precisos, um âmbito onde é justo exercê-los, de maneira que transpor essa esfera de atuação regular implicará um exercício abusivo.⁵⁸

O objetivo central da teoria é eliminar do processo de interpretação das normas dos direitos fundamentais todo o subjetivismo que possa levar ao enfraquecimento dos direitos fundamentais devido ao equilíbrio de interesses.

⁵⁷ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais**: limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.49.

⁵⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 113.

3.2 Teoria externa ou relativa

Em poucas palavras, a teoria externa (também conhecida concepção ampla de limites dos direitos fundamentais) baseia-se em distinguir o conteúdo dos direitos fundamentais de seus limites, que são externos ao conteúdo.

Distinguindo conteúdos e limitações, a teoria externa preocupa-se com a legitimidade das inferências a que estão sujeitos os direitos fundamentais.

O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição –, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida dessa forma, então, 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.⁵⁹

Para a teoria externa, não há direitos sem restrições, assim há relação necessária entre direitos e restrições, portanto não podem haver direitos ilimitados. O que acontece é que pode ser restringido por exigências previstas em lei.

A interpretação normativa para identificar as situações em que os direitos fundamentais são protegidos é realizada em duas etapas. O primeiro é o conteúdo dos direitos básicos e a extensão do escopo de proteção. Na segunda etapa, após a indispensável conciliação dos direitos conflitantes, tenta-se delinear os limites externos desses direitos.

Aqui, busca-se uma indicação do conteúdo originalmente protegido, cujo conteúdo foi cortado de acordo com suas restrições legais e que, em última instância, é protegido.

É preciso ressaltar que a oposição de direitos ou bens cria um determinado conteúdo do direito, pois a aparente proteção do mesmo conteúdo foi alterada por outra categoria jurídica, qual seja, a restrição.

Vê-se assim que, na teoria externa, o conteúdo dos direitos fundamentais antes da aplicação das restrições expressa uma posição indeterminada. Tais posições podem ser deslocadas por meio de mecanismos que ponderam os interesses legítimos protegidos, pelo que se conclui que essas posições anteriores à restrição são posições *prima facie*.

⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 124.

[...] não há vinculação entre maior proteção prima facie e proteção definitiva, pois a abrangência das restrições costuma ser diretamente proporcional à primeira. [...] é bem de ver que a circunstância de uma situação concreta inserir-se no âmbito de proteção prima facie não significa que será objeto de proteção definitiva, mas tão somente que a restrição deverá ser justificada mediante a demonstração de que outros princípios de igual hierarquia possuem, à luz do caso concreto, maior peso específico.⁶⁰

No que diz respeito à estrutura das normas de direitos fundamentais, há uma clara distinção entre teorias internas e externas. Na teoria interna, os direitos fundamentais são vistos como fundamentos claros, verdadeiros imperativos categóricos. Na teoria externa, os direitos fundamentais são vistos como princípios, aplicados em graus variados da melhor maneira possível, cuja observância pode ser revogada ou reduzida, e são imperativos ótimos que suportam restrições.

⁶⁰ BRANDÃO, Rodrigo. Emendas Constitucionais e Restrições aos Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, nº 246, 2007, p.6.

4 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A positivação dos direitos fundamentais nas constituições modernas é um passo importante para o reconhecimento e desenvolvimento desses direitos. Vai da simples aceitação de características processuais à irradiação da consciência dos direitos fundamentais em todo o ordenamento jurídico.

Seus planos de eficácia se encontram diretamente relacionados com essa irradiação no ordenamento jurídico, a força das normas constitucionais, nas palavras de Konrad Hesse:

(...) a norma constitucional mostra-se eficaz, adquire poder e prestígio se for determinada pelo princípio da necessidade. Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida.⁶¹

É desse modo que a norma constitucional adquire, pelo princípio da necessidade, a capacidade de dar força vital à constituição. Desse modo, é comum encontrar na doutrina a definição de três tipos de eficácias aplicáveis aos Direitos Fundamentais, a saber, a eficácia vertical, eficácia horizontal e a eficácia diagonal

4.1 Eficácia vertical

A eficácia vertical dos direitos fundamentais é compreendida como a aplicação de tais direitos na relação entre o indivíduo e o Estado. Esta é a medida em que o poder público está vinculado aos direitos básicos. Todo movimento do poder público deve ter os direitos básicos como guia e referência.

A vinculação que é estabelecida ao estado pode ser vista do ponto pela premissa da forma ou do sistema, ou seja, as restrições dos cidadãos se relaciona com os três poderes, mas também podem ser vistas do ponto de vista do material ou de sua funcionalidade, pois todas as funções estatais são vinculadas aos direitos fundamentais.

⁶¹ KONRAD HESSE, **A Força Normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes, p. 18.

A Carta Magna passou a sustentar um entendimento de que os direitos fundamentais nela consagrados são harmônicos e unificados, e que os direitos individuais se encontram imbuídos de dimensões sociais.

Visto sob esta ótica, parece fácil perceber que os direitos fundamentais são atualmente influenciados pelos avançados alçados pela sociedade de todos os tipos, não apenas pelo Estado. Esta realidade ganhou ainda mais força com o desenvolvimento da globalização econômica, que se tem vindo a intensificar e que tem vindo a provocar a concentração do poder económico e a instauração de um poder genuinamente privado.

Neste caso, portanto, a afirmação de que os direitos fundamentais se aplicam apenas entre indivíduos e Estados (eficácia vertical) e não nas relações entre particulares (eficácia horizontal) é amplamente rebatida, conforme veremos no próximo subitem.

4.2 Eficácia horizontal

A eficácia horizontal diz respeito aos direitos fundamentais na esfera jurídico-privada, ou seja, no âmbito das relações jurídicas entre os indivíduos. A eficácia horizontal representa o reconhecimento de que a opressão e a violência emanam não apenas do Estado, mas também de múltiplos atores privados, levando à extensão da ocorrência dos direitos fundamentais às relações privadas.

No Estado Social de Direito, não só o Estado expande as suas atividades e funções, como também a sociedade se torna cada vez mais ativa no exercício do poder. Isso torna necessário proteger a liberdade individual não apenas contra o poder público, mas contra as forças mais poderosas da sociedade.

A constituição é, assim, um marco para a construção de um direito privado mais social e voltado para os atores sociais mais vulneráveis (em outras palavras, a CF como limite e garantia do direito privado). Em teoria, os indivíduos são iguais perante a lei, mas o próprio texto da constituição reconhece certas distorções na sociedade que podem afetar a forma como os direitos fundamentais são aplicados.

De acordo com o grau de incidência, podemos destacar os três modelos de eficácia horizontal mais discutidos na doutrina:

Primeiro, a Teoria da Ineficácia Horizontal: nega a possibilidade de produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (teoria menos prestigiada).

Também conhecida como doutrina do "state action", esta é uma teoria baseada na lei estadunidense. Promove o entendimento de que, com exceção da 13ª Emenda (que proíbe a escravidão), os direitos fundamentais impõem limites apenas ao poder público, e não à conduta dos indivíduos.

A teoria é baseada no texto da Constituição dos Estados Unidos (1787). A doutrina parte da premissa de que os direitos fundamentais protegem os indivíduos do Estado e, portanto, não devem se aplicar às relações privadas.

Em seguida, tem-se a Teoria da Eficácia Horizontal Indireta: reconhece um direito geral de liberdade.

O modelo adotado por grande parte da doutrina e na Alemanha, reconhece um direito geral à liberdade. Os participantes em um relacionamento privado podem abrir mão de parte dos direitos fundamentais em voga da liberdade contratual, na busca por mais liberdade. Assim, essa linha de pensamento traz a possibilidade de relativização dos direitos fundamentais nas relações contratuais em prol da "autonomia privada" e da "responsabilidade individual".

Para essa doutrina, os direitos fundamentais não podem ser invocados a partir da constituição porque não adentram ao cenário privado como direitos subjetivos. A influência direta dos direitos fundamentais nas relações pessoais destruiria a autonomia da vontade e levaria à desfiguração do direito privado.

Nesse sentido, cabe ao legislador mediar a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas por meio de normas (efeito indireto) que se conformem com os valores constitucionais.

E por fim, a Teoria da Eficácia Horizontal Direta: incidência dos direitos fundamentais mais ampla, estendida.

Surge em meados de 1950, possui maioria na Espanha, Itália e Portugal. De acordo com essa teoria, a ocorrência dos direitos fundamentais deve se estender às relações entre os indivíduos, independentemente de qualquer intermediário legislativo, sem negar a existência de certas particularidades nessa aplicação (o peso dos direitos fundamentais versus a autonomia da vontade).

A inerente validade dos direitos fundamentais faz com que a sua aplicação às relações pessoais não necessite de maiores explicações. No entanto, a teoria

reconhece diferenças na forma e na força dos direitos fundamentais quando se aplicam aos poderes públicos e as relações privadas.

Os críticos também apontam que se deve preocupar em estabelecer parâmetros concretos para a aplicação desses direitos nas relações privadas, evitando o subjetivismo judicial e a insegurança jurídica.

4.3 Eficácia diagonal

Ao contrário da supracitada teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a teoria que trata da eficácia diagonal dos direitos fundamentais ainda é pouco explorada em nosso ordenamento jurídico, com exceção da Justiça do Trabalho que a reconhece.

Se trata de uma construção teórica oriundas de observações sobre a relação de trabalho, segundo seu ímpeto, a relação de trabalho não pode ser descrita como válida horizontalmente, pois as duas não estão no mesmo patamar de igualdade tanto econômica quanto jurídico:

Esse poder consiste num conjunto de atribuições do empregador na relação de trabalho, tão intenso que desequilibra a relação empregador/empregado, subtraindo-lhe uma eficácia horizontal e colocando-lhe mais bem em um horizonte de uma eficácia diagonal dos direitos fundamentais entre particulares.⁶²

A eficácia diagonal também pode ser observada diante de desequilíbrios juridicamente relevantes em determinadas relações. Assim, poderemos observar que se estende às relações de consumo, onde também se observa um polo de desigualdade, vulnerabilidade em detrimento de outro, nas palavras de Fortes:

No âmbito das relações de consumo, portanto, não há que se falar propriamente em uma eficácia horizontal – visto que as partes não estão em situação de igualdade de forças – nem em uma eficácia vertical – já que não é caso de relação direta do Poder Público com o particular –, mas sim em uma eficácia diagonal, na qual as desigualdades entre as partes e a sujeição ao poder do fornecedor não permitem que existam condições plenas de autonomia para a celebração do contrato.⁶³

⁶² NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 258.

⁶³ FORTES, Pedro Rubim Borges. O consumidor contemporâneo no Show de Truman: a geodiscriminação digital como prática ilícita no direito brasileiro, **Revista de Direito do Consumidor - RDC**. vol. 124, Julho - Agosto 2019, Ano 28, São Paulo, 2019.

Diante do exposto, a eficácia diagonal se manifesta em relacionamentos entre indivíduos caracterizados por desequilíbrios causados pela desigualdade e/ou vulnerabilidade de uma parte em relação à outra.

Nesse ínterim, o posicionamento das cortes superiores no Brasil, tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça, a menção à eficácia diagonal ainda é rara. Contudo, sua aceitação é evidente diante da maneira como é abordada, ainda que monocraticamente.

No Superior Tribunal de Justiça, no AREsp 1.630.263, contando com relatoria do ministro João Otávio de Noronha, havia discussão acerca da cobrança de valores por parte de concessionária de serviço de distribuição de energia elétrica ao consumidor, e no relatório o ministro faz menção a eficácia diagonal dos direitos fundamentais, vejamos:

No ordenamento positivo, a eficácia diagonal se expressa nas relações onde estão pressupostas a vulnerabilidade, inerente a todo consumidor (art. 4º. I, CDC), bem como a hipossuficiente, que é uma marca pessoal do consumidor a ser aferido pelo juízo no caso concreto (art. 6º, VIII, CDC).⁶⁴

Entretanto, a aplicação da teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais em outros ramos não se mostra presente, sendo que no âmbito das Cortes Superiores, possui maior incidência no Tribunal Superior do Trabalho, a exemplo do E-ED-ARR-AIRR-20679-88.2015.5.04.0024, conforme ver-se:

RECURSO DE EMBARGOS. NORMA REGULAMENTAR. OPÇÃO VÁLIDA POR NOVO REGRAMENTO (SIRD). DIFERENÇAS DE ADICIONAL DE HORAS EXTRAS E ANUÊNIO INDEVIDAS. ALTERAÇÃO CONTRATUAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 51, II, DO TST. 1.1. Nos termos do item II da Súmula 51 desta Corte, "havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro". 1.2. A construção jurisprudencial está lastreada no princípio da boa-fé objetiva, do qual é consectária a proibição do "venire contra factum proprium", também vigente entre empregado e empregador, ainda que a eficácia dos direitos fundamentais, em tais relações, seja diagonal e não horizontal. 1.3. Na hipótese, consta do acórdão embargado ser incontroverso que o reclamante aderiu livremente ao SIRD. 1.4. Inexistindo vício na manifestação de vontade do empregado ou registro de que a norma empresarial não trouxe outros benefícios aos optantes que compensassem a redução do adicional de horas extras e o congelamento dos

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática nº 1630263. Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Brasília, DF, 10 de fevereiro de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=ARESP+1630263&b=DTXT&p=true&tp=T>. Brasília, 13 fev. 2020.

anuênios, mantém-se válida a opção por um dos regulamentos de empresa. Precedentes envolvendo a reclamada. Recurso de embargos conhecido e desprovido.⁶⁵

Ou seja, trata-se de situação que ainda não se aplica a pessoas físicas que se encontrem em polos opostos numa lide, porém, já que existe essa possibilidade no caso de trabalhadores domésticos, assim verificamos que na maioria dos casos essa eficácia é mais utilizada quando se trata de lide envolvendo pessoa física e jurídica em lados opostos.

⁶⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2018. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**: Brasília, 16 fev. 2018.

5 A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CF/88

É preciso entender que a luta pela efetivação desses direitos não termina com sua aceitação legal e instituição na Constituição, mas com sua efetivação nas relações sociais.

Desse modo, nossa constituição imprimiu também como uma de suas características, quando do retorno à normalidade democrática, o respeito e atenção aos direitos humanos, essa perspectiva é fundamental para a presença dos direitos fundamentais na constituição cidadã.

Os direitos sociais consagrados na Constituição de 1988 são fruto do contexto histórico em que surgiram nas conquistas políticas e sociais, e pretendem ser sempre pautados pelo trabalho e pela maior dignidade e valores humanos. Foi finalmente promulgada em 5 de outubro de 1988, após um longo período de exceções decorrentes da ditadura de 1964-1985.

De acordo com Gebran Neto:

Aos poderes públicos incumbe a tarefa e o dever de extrair das normas que consagram os direitos fundamentais a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição. O gozo e a fruição dos direitos fundamentais continuam a depender exclusivamente de sua densidade normativa, forma de positivação e dos princípios de máxima efetividade e força normativa da constituição.⁶⁶

O cerne da questão da validade das normas constitucionais concentra-se no grupo dos direitos sociais, pois esses direitos estão relacionados diretamente com a disponibilidade econômica e integração das normas constitucionais. A partir daí, busca-se encontrar a origem dos motivos que impedem a efetividade, pois os direitos fundamentais devem ser aplicados de forma plena, imediata e irrestrita, mas o texto constitucional não estipula as condições em que todos esses direitos sejam exercidos. Entende Fachin que “[...] da atuação estatal em prol da promoção, do respeito e da proteção dos direitos fundamentais possui um campo amplo de tutela que se estende

⁶⁶ GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 155.

desde a sua própria não-ingerência à seara individual até a proteção destes de transgressões de qualquer natureza praticada por quaisquer sujeitos.”⁶⁷

Na luta permanente pela concretização dos direitos fundamentais, é necessário encontrar as medidas adequadas para adequar a aplicação dos direitos fundamentais às novas realidades, respeitando as necessidades de cada época e de cada caso concreto. Infelizmente, é claro que os direitos fundamentais surgem antes de terem sido criadas as condições adequadas para o seu exercício, o que termina por dificultar a plena e imediata realização dos direitos fundamentais.

A Constituição foi promulgada em 5 de outubro de 1988, e contou com destaque em seu preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.⁶⁸

O preâmbulo de uma constituição é caracterizado por uma série de declarações traçadas pelo constituinte, transmitindo a formulação, origem, justificação, objetivos, valores e reflexões da constituição, servindo como um guia para entender o significado de suas disposições normativas e resolver problemas.

O artigo 1º da Constituição Federal estabelece que a República Federativa do Brasil consiste em uma união indissolúvel entre estados, municípios e o Distrito Federal, elegendo os seguintes fundamentos de sustentação do estado democrático brasileiro: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho, livre iniciativa e pluralismo político.

Além de incluir os direitos fundamentais do Título I, as normas constitucionais também foram inovadoras, elencando os direitos econômicos, sociais e culturais. Isso demonstra a intenção do legislador de defender e preservar a dignidade humana de forma ampla e abrangente, englobando uma ampliação dos direitos e garantias.

De acordo com Alessandra Gotti Bontempo:

⁶⁷ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e fundamentais**: do discurso à prática efetiva: um olhar por meio da literatura. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007, p. 99.

⁶⁸ BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

Ao integrar os direitos civis, políticos, sociais e culturais destaca a concepção contemporânea de direitos humanos, demarcada pela Declaração Universal de 1948, reafirmada pelo Programa de Ação de Viena de 1993, acolhendo, por conseguinte, princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade conjuga ao valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade.⁶⁹

A integração dos direitos civis, políticos, sociais e culturais é uma das principais características da concepção contemporânea de direitos humanos, e dessa maneira, o reconhecimento da interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos tem sido amplamente aceito pela comunidade internacional. Essa visão destaca que os direitos de liberdade (como a liberdade de expressão, de associação e de religião) não podem ser alcançados sem os direitos de igualdade (como a igualdade perante a lei, a igualdade de oportunidades e a não discriminação), e vice-versa

Já a professora Flávia Piovesan enfatiza que:

[...] sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a mera categoria formais, enquanto que, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar liberdade divorciada da justiça, como também infrutífero pensar na justiça divorciada da liberdade. Em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que diferentes direitos estão necessariamente interrelacionados e são interdependentes entre si.⁷⁰

Portanto, de acordo com Piovesan, para que os direitos sejam efetivamente respeitados, é necessário que também sejam garantidos os direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito à saúde, à educação e ao trabalho, além disso, todos os direitos humanos são interdependentes e constituem um complexo integral e indivisível.

Nesse contexto, o Estado deve defender e fazer valer os direitos sociais por meio de políticas públicas voltadas para a melhoria das condições de vida e promoção da igualdade.

Sendo a constituição brasileira democrática, sua primeira tarefa é implementar e reconhecer os direitos fundamentais na modernidade, respeitando os princípios da

⁶⁹ BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais - Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 43.

⁷⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 135.

igualdade e da justiça social, cabendo ao Estado planejar e implementar esses direitos no contexto social, buscando mitigar ou eliminá-los. Além de possíveis soluções para as dificuldades, essas dificuldades precisam ser abordadas para que funcionem.

6 FORMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle da constitucionalidade a partir da Constituição de 1988 trouxe mudanças que ampliaram significativamente os meios de proteção judicial.

Ao tratar da Constituição estamos compreendendo um conjunto de normas que organizam um país, distribuem o poder e definem a forma de governo e os direitos dos cidadãos; em suma, uma constituição trata das questões mais fundamentais, aquelas que constituem a sociedade.

De acordo com José Afonso da Silva:

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, constitui conduta inconstitucional.⁷¹

Partindo da ideia de supremacia constitucional, busca-se a validade fundamental da constituição por meio do estudo da teoria da hierarquia normativa. Posteriormente, a compreensão do espaço e importância da constituição no ordenamento interno investigará a necessidade de meios de proteção desta norma contra os crimes ou injúrias ao poder público, e esta proteção se dará por meio do controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público.

O professor e Ministro do STF, Gilmar Mendes, assevera:

A Constituição preservou a representação interventiva, destinada à aferição da compatibilidade de direito estadual com os chamados princípios sensíveis (CF, art. 34, VII, c/c o art. 36, III). Esse processo constitui pressuposto da intervenção federal, que, nos termos do art. 36, III, e § 1º, da Constituição, há de ser executada pelo Presidente da República. Tradicionalmente, é o Supremo Tribunal Federal competente para conhecer as causas e conflitos entre a União e os Estados, entre a União e o Distrito Federal ou entre os Estados entre si (art. 102, I, f). Tal como outros países da América Latina, não dispõe a ordem jurídica brasileira de instrumento único para defesa de direitos subjetivos públicos. A Constituição consagra o habeas corpus como instrumento processual destinado a proteger o indivíduo contra atos arbitrário do Poder Público que impliquem restrições ao direito de ir e vir (art. 5º, LXVIII). Ao lado do habeas corpus, dispõe a ordem jurídica brasileira, desde 1934, do mandado de segurança, destinado, hodiernamente, a garantir direito líquido e certo não protegido por habeas data ou habeas corpus (CF, art. 5º, LXIX, a). O mandado de segurança pode ser, igualmente, utilizado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação em funcionamento há pelo menos um ano,

⁷¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 48.

em defesa dos interesses dos seus membros (mandado de segurança coletivo). A Constituição de 1988 criou, ao lado do habeas data, que se destina à garantia do direito de autodeterminação sobre informações (art. 5º, LXXII), o mandado de injunção, remédio especial que pode ser utilizado contra a omissão de órgão com poder normativo que impeça o exercício de direito constitucionalmente assegurado (art. 5º, LXXI). Até a entrada em vigor da Constituição de 1988 era o recurso extraordinário — também quanto ao critério de quantidade — o mais importante processo da competência do Supremo Tribunal Federal. Esse remédio excepcional, desenvolvido segundo o modelo do writ of error americano e introduzido na ordem constitucional brasileira pela Constituição de 1891, pode ser interposto pela parte vencida, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição e julgar válida lei local contestada em face de lei federal (CF, art. 102, III, a a d). A Constituição de 1988 reduziu o âmbito de aplicação do recurso extraordinário, confiando ao Superior Tribunal de Justiça a decisão sobre os casos de colisão direta entre o direito estadual e o direito federal ordinário.⁷²

O legislador constitucional estava particularmente preocupado com a inércia legislativa, assim além do mandado de injunção, é introduzido um processo de controle abstrato de omissão.

De acordo com Maluf (2012, p. 219) sintetiza a finalidade do controle de constitucionalidade

A lei ordinária ou o ato administrativo que colidir, no todo ou em parte, com um preceito constitucional expreso ou implícito considerar-se-á inconstitucional. A lei ou o artigo de lei ordinária, quando inconstitucional, não será aplicado; e o ato administrativo será anulado.⁷³

Ou seja, ao atribuir um grau superior a uma norma constitucional, deve-se garantir que as violações a essa norma não detenham qualquer efeito, garantindo assim a supremacia constitucional.

Segundo a teoria de Bernardo Gonçalves Fernández⁷⁴, pode-se considerar que “a inconstitucionalidade é a ação positiva que viola as normas estabelecidas pela Constituição”, enquanto “a inconstitucionalidade da omissão decorre da atuação passiva dos poderes públicos”. Ou seja, eles não agem, permanecem inertes e, assim, deixam de concretizar os direitos consagrados na Constituição.

Controle concentrado, que visa teoricamente obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ação normativa, independentemente da existência de

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 241-242.

⁷³ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 212.

⁷⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 1307.

caso concreto; aqui, busca-se invalidar a lei para assegurar relações jurídicas que não possam ser fundadas em normas inconstitucionais. Portanto, a declaração de inconstitucionalidade é o objeto principal da ação direta de inconstitucionalidade.

6.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade no Brasil é combinado porque é ao mesmo tempo preventivo e repressivo. A função dos controles preventivos é verificar a constitucionalidade de leis ou atos normativos antes que eles integrem o ordenamento jurídico de nossa nação, exercidos pelos poderes legislativo (comissões) e executivo (veto presidencial). O controle repressivo, por outro lado, tem a função de retirar do ordenamento jurídico normas já vigentes, mas incompatíveis com o texto constitucional, podendo ser exercido pelo Judiciário de forma centralizada e incidental.

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que muitas controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

A presença de uma extensa lista de legitimados para propositura da ADI no texto constitucional reforça a impressão de que o instituto visa fortalecer o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como uma ferramenta especial para corrigir o sistema geral incidente.

Sabemos que podem ser impugnados por ação direta de inconstitucionalidade leis ou atos normativos federais ou estaduais. Com isso, utilizou-se o constituinte de formulação abrangente de todos os atos normativos primários da União ou dos Estados.

Assim, nos termos do art. 103 da CF de 1988, encontram legitimidade para propor a ação direta de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembleia Legislativa, o Governador de Estado, o Governador do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

No parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/99 prevê que "a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal".

6.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) foi criada para tratar de questões relacionadas à validade de direitos constitucionais negligenciados decorrentes da omissão do poder público.

A ADO é um veículo para o controle abstrato (centralizado) do Judiciário por meio de um processo constitucional objetivo para garantir a supremacia constitucional. Essa ação deve ser utilizada para apontar omissões na legislação de certas normas constitucionais com eficácia limitada, resultando na impossibilidade de efetivação dos direitos.

A ADO, prescrevendo remédios constitucionais individuais específicos para a omissão em face da omissão, e ação constitucional abstrata para resolvê-la. Pela medida cautelar prevista, diante da inércia dos entes, qualquer pessoa pode valer-se do judiciário para exercer seus direitos por falta de normas reguladoras.

De acordo com o Pedro Lenza:

Dessa forma, tal como a ADO - ação direta de inconstitucionalidade por omissão [...], o mandado de injunção surge para "curar" uma "doença" denominada síndrome de inefetividade das normas constitucionais, vale dizer, normas constitucionais que, de imediato, no momento em que a Constituição entra em vigor (ou diante da introdução de novos preceitos por emendas à Constituição, ou na hipótese do art. 5.º, § 3.º), não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de ato normativo integrativo e infraconstitucional⁷⁵

Assim, para uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão, presume-se que o poder público que tem o poder de legislar em determinado caso falhou em seu dever.

Na ADO a omissão pode ser total ou parcial. A omissão total (ou absoluta) ocorre quando não é cumprido o dever de regulamentar as medidas que dão efeito às

⁷⁵ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1269.

normas constitucionais. Por exemplo, a norma que dispõe sobre o direito de greve dos servidores públicos (art. 37, inciso VIII, da CRFB/88), o que ainda não foi regulamentado em lei. Para melhor entendimento: o dispositivo diz literalmente que “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”, que é uma lei específica que ainda não existe. Daí resulta a omissão.

A omissão parcial refere-se à omissão que ocorre quando há normatização infraconstitucional, mas de modo insuficiente. Ou seja, quando há ação normativa regulatória, mas não consegue satisfazer plenamente o que a ordem constitucional lhe reserva.

Os legitimados ativos para propor uma ADO são os mesmos que podem propor uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), de acordo com o artigo 103 da Constituição Federal: Presidente da República; Mesas da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Câmara Legislativa do Distrito Federal e das Assembleias Legislativas dos Estados; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Partidos políticos com representação no Congresso Nacional; Confederação Sindical ou Entidade de Classe de âmbito nacional

Cabe destacar que, para propor uma ADO, é necessário demonstrar que houve uma omissão inconstitucional por parte do Poder Público e que essa omissão está causando prejuízos aos direitos ou interesses coletivos.

7 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO GUARDIÃO DA CF/88

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi concebida e elaborada por cidadãos após uma ditadura militar e visava “impedir a volta de um regime autoritário, afirmar ampla gama de interesses, reforçar o poder do Judiciário, promover a democratização da sociedade, incorporar os excluídos, cujo número tinha aumentado nos últimos vinte anos, assegurar direitos adquiridos e ampliar seu rol”⁷⁶.

A Carta Constitucional de 1988 não trouxe grandes mudanças na espinha dorsal do STF. Aqueles que esperavam pela criação de um tribunal constitucional dentro dos limites dos Tribunais Europeus contaram com desilusão, o que não exclui a afirmação de que o Supremo Tribunal adquiriu uma prerrogativa credível. Certamente, a Carta Magna deu garantias institucionais e funcionais, bem como mudanças em sua jurisdição, ao redefinir amplamente seu lugar no atual sistema político constitucional.

Exemplo disso é o alargamento dos mecanismos previstos para a jurisdição constitucional, atribuindo a Excelsa Corte a responsabilidade de dar a palavra final em inúmeras questões, seja validando e/ou legitimando as decisões dos órgãos representativos, seja deslocando a escolha da maioria.

Se esta é uma atribuição comum de outras cortes constitucionais ao redor do mundo, então a diferença na Suprema Corte é de tamanho e natureza pela quantidade de questões de natureza constitucional no Brasil e reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização.

O conceito clássico de corte ou tribunal constitucional envolve o aspecto de uma instituição encarregada de julgar a constitucionalidade das ações legais e políticas, tendo a palavra final sobre a interpretação, implementação e salvaguardas da constituição. Assim, o Tribunal Constitucional trata de assuntos de grande importância política, de natureza constitucional, como conflitos de tratados federais, separação de poderes, constitucionalidade de leis, validade e supremacia de direitos fundamentais, etc.

⁷⁶ COSTA, E. V. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. São Paulo: Unesp, 2006, p. 15.

Exames a atribuição do STF, iremos verificar que a Corte desempenha as funções típicas de um tribunal constitucional, deixando dúvidas acerca de sua natureza política-institucional.

Ao longo do século XX, mecanismos começaram a ser gradualmente incorporados de forma centralizada, criados na Europa a partir da década de 1920, que permitiam a discussão abstrata da constitucionalidade dos atos normativos em um número limitado de ações, apenas perante o STF, para efeito geral (erga omnes).⁷⁷

Entende Guilherme Pupe da Nóbrega:

O STF, no Brasil, acumula as duas técnicas de controle de constitucionalidade consagradas pelos modelos europeu e americano: concentrado e difuso. Em decorrência deste perfil híbrido adotado, a Constituição reservou ao STF um feixe de competências, além de algumas estranhas ao próprio mecanismo de controle, que faz com que esse Tribunal tenha que conciliar duas funções: a de cúpula do Poder Judiciário (funcionando como verdadeira Corte de Apelação, face à banalização de sua condição de instância extraordinária) e a de Corte Constitucional.⁷⁸

Este hibridismo está em conflito direto com uma das características fundamentais de qualquer tribunal constitucional, nomeadamente “o órgão incumbido, nos sistemas constitucionais de jurisdição concentrada, de realizar a jurisdição constitucional, sem que se possa, de sólito, exercê-la nas instâncias da jurisdição ordinária”⁷⁹.

Assim, diante dessa soma de poderes do Supremo Tribunal Federal, o Brasil parece ter empregado um sistema diferenciado e complexo em termos de jurisdição constitucional, resultando em um modelo híbrido com características próprias, acabando por formar um terceiro modelo, com a natureza de instituições políticas autônomas.

Por meio dessa forma de organização do poder, portanto, o supremo tem sua esfera de atividade, e somente quando devidamente provocado evita possíveis abusos e remove qualquer tentativa de insurgência contra os direitos e garantias fundamentais.

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva educação, 2018, p. 565.

⁷⁸ NOBREGA, G. P. **O Supremo Tribunal Federal é uma Corte Constitucional?** Parte II. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/2009/10/o-stf-e-uma-corte-constitucional-parte.htm>. Acesso em: 28 jan. 2023.

⁷⁹ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisprudência constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 55.

8 A NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS QUE RESTRINGEM A CIRCULAÇÃO DE INDIVÍDUOS QUE RECUSARAM A VACINA CONTRA COVID-19 E O STF COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O objeto de estudo desta seção terá como principal norma legal a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, lei que “Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”, e demais dispositivos legais que serão citados conforme a necessidade de fundamentação jurídico-positiva acerca do tema tratado.

Dessa forma, vale destacar que a Lei nº 13.979/2020, é uma norma jurídica federal e possui natureza jurídica de lei ordinária, ou seja, lei editada pelo poder legislativo federal que regulamenta sobre as medidas de enfrentamento a pandemia causada pelo covid-19.

Ademais, a título de contextualização, no início da pandemia de covid-19, no Brasil, em março de 2020, além da crise sanitária devido ao surto viral, o país sofria com tensões no nível federal, acumulando uma emergência de saúde pública do coronavírus no nível da crise política. No entanto, dinâmicas em crises políticas e sociais são inerentes aos governos de coalizão no Brasil, mas isso aumentou a ponto de se falar em disputas políticas entre governantes e conflitos federativos que demandaram decisões do Supremo Tribunal Federal (STF).

Dentre essas diversas decisões que foram proferidas, destacam-se as que se encontram em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), reservada sua importância pelo impacto direto dos controles abstratos na centralização do exame de constitucionalidade das ações normativas relacionadas à covid-19; foi um momento eloquente ante a interpretação judicial em caso de calamidade pública generalizada no país (e no mundo).

Nesse sentido, Andreas J. Krell e José Erick Gomes da Silva, buscam refletir sobre a necessidade das medidas restritivas no combate a pandemia, estarem devidamente fundamentadas, e nesse sentido observam que, é necessário analisar:

[...] critérios que carecem de observância, por parte da autoridade julgadora, para fins de atribuição de suficiência da fundamentação de decisões que apreciem a necessidade de adoção de determinadas medidas restritivas por parte do Poder executivo, seja da esfera federal, estadual ou municipal.

Portanto, a fundamentação adequada das decisões judiciais é um pré-requisito fundamental para a manutenção do estado de direito e a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. A atribuição de fundamentação suficiente para decisões que julguem a necessidade de o Executivo adotar determinadas medidas restritivas, seja na esfera federal, estadual ou municipal, deve respeitar alguns critérios importantes.

Esses critérios incluem requisitos objetivos como: uma justificativa clara e objetiva, possibilitando um melhor entendimento das razões que motivam determinada situação; uma fundamentação fidedigna com os fatos e dispositivos aplicados no caso concreto, evitando-se dúvidas; a fundamentação deve conter argumentos jurídicos pertinentes ao caso, devendo-se valer da jurisprudência e dispositivos legais aplicáveis ao caso concreto; nas decisões que veiculem medidas restritivas, devem ser respaldadas em evidências científicas, como as adotadas em relação à saúde pública, creditando dessa maneira, maior confiabilidade.

O respeito a esses critérios valida e legítima a autoridade judiciária para adotar decisões que ratifiquem a necessidade de o executivo adotar determinadas medidas restritivas, salvaguardando os direitos fundamentais dos cidadãos e preservando o estado de direito.

Ademais, em resposta às emergências de saúde pública causadas pela pandemia de covid-19, as autoridades estavam legalmente autorizadas a tomar medidas como isolamento, quarentena, inspeção obrigatória e testes laboratoriais, restrições temporárias de entrada e saída e demais ações de controle e enfrentamento à infecção por covid-19, de acordo com a Lei nº 13.979/2020.⁸⁰

No entanto, assinalou-se que tais medidas, uma vez introduzidas, não impediram o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais (art. 3º, §

⁸⁰ BRASIL. LEI Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020. **Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 04 de maio de 2023.

1º)⁸¹. Essas disposições foram incorporadas à referida lei pelo Decreto nº 10.282/2020, posteriormente revogado pelo Decreto nº 11.077/2022.⁸²

No entanto, opositor ao governo do Partido Social Liberal (PSL/PL), o Partido Democrático Trabalhista (PDT), ajuizou ação direta, alegando, dentre outras coisas, a inconstitucionalidade de tais dispositivos normativos, sob o fundamento de que a matéria requer lei complementar e que medidas provisórias não podem ser utilizadas para este fim, além de ferir o disposto no artigo 18 da Constituição da República⁸³, sobre a autonomia federal, além de extinguir a competência administrativa comum dos estados, distritos federais e municípios para adotar medidas como isolamento, quarentena, restrição de circulação, proibição de atividades e serviços essenciais, e concentra-os no âmbito federal, especialmente nas mãos do Presidente da República.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ajuizada pelo PDT é a ADI 6.586/DF⁸⁴, em dezembro de 2020, que teve como relator o Min. Ricardo Lewandowski. A ADI nº 6.586/DF, tem como objeto o questionamento da Medida Provisória nº 926/2020, que determinava normas para enfrentamento do estado de emergência de saúde pública provocado pelo novo coronavírus.

A ADI nº 6.586/DF, em seu teor, questionava, dentre outras coisas, a constitucionalidade da vacinação compulsória contra a covid-19. Em virtude de tal ato atentar contra a dignidade humana por se tratar da intangibilidade do corpo humano, sendo, portanto, inconcebível a realização da imunização sem que haja o consentimento do indivíduo.

Primeiramente, quanto a autonomia de cada ente da federação, o STF adotou, por maioria de votos, a Constituição para interpretar o polêmico dispositivo para deixar claro que as atribuições de cada ente da Federação serão preservadas nos termos do

⁸¹ BRASIL. DECRETO Nº 10.282, DE 20 DE MARÇO DE 2020. **Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais.** Diário Oficial a União, Brasília-DF, 20 de março de 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/decreto/d10282.htm. Acesso em: 4 de maio de 2023.

⁸² BRASIL. DECRETO Nº 11.077, DE 20 DE MAIO DE 2022. **Declara a revogação, para os fins do disposto no art. 16 da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, de decretos normativos.** Diário Oficial a União, Brasília-DF, 20 de maio de 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2022/Decreto/D11077.htm#art1. Acesso em: 05 de maio de 2023.

⁸³ BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: DF, Senado, 1988.

⁸⁴ ADI 6586. Ação direta de inconstitucionalidade. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Julgamento em 17 de dezembro de 2020. Publicação em 17 de dezembro de 2020 no Diário da Justiça Eletrônico (DJE) do Supremo Tribunal Federal, Edição 81, p. 1-4.

artigo 198, inciso I⁸⁵, do texto constitucional que estabelece a descentralização, em todas as áreas de governo.

Portanto, o Presidente da República tem competência para tratar dos serviços públicos e atividades essenciais por decreto, observada a descentralização do SUS prevista na Constituição. Isso faz sentido pela importância de priorizar as ações preventivas nessa área, seguindo as diretrizes do SUS, por motivos de saúde pública, disciplinando o que constitui ou não serviço ou atividade essencial, conforme política prevista desde a Constituição de 1988.

Outra ação direta de constitucionalidade foi ajuizada pelo partido Rede Sustentabilidade, outro partido político de oposição ao governo, que também questionou a constitucionalidade das mudanças feitas pela medida provisória. Na ADI 6343⁸⁶, a Rede Sustentabilidade questionou as inovações normativas introduzidas na Lei 13.979/2020, como violação as competências municipais e estaduais, violando diretamente o pacto federativo, restringindo a circulação intermunicipal, limitando-se a recomendar vigilância sanitária, de acordo com os requisitos cautelares Autorização do Órgão Regulador (ANVISA) e o Ministério da Saúde, além disso, a determinação das restrições requer atuação conjunta dos Ministros de Estado da Saúde, Justiça, Segurança Pública e Infraestrutura do Governo Federal.

Nesse julgamento de ação direta, o STF votou por maioria pela adoção de medida cautelar, de suspensão parcial e não redução do texto, para afastar a necessidade de os estados e municípios em se submeterem à União. Os dispositivos acima mencionados da Lei nº 13.979/2020 são interpretados no sentido de que seja prestada assessoria técnica e sólida antes da adoção das providências nela previstas, desde que garantidos as necessidades essenciais de circulação de bens e serviços previstos no respectivo decreto, respeitando a constituição e o pacto federativo.

O tratamento dado pelo STF às técnicas que envolvem controle constitucional nos julgados acima, todos relacionados a ações decorrentes da pandemia de covid-19, sugere que o Tribunal está exercendo “o papel de árbitro constitucional do

⁸⁵ BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

⁸⁶ ADI 6343. Ação direta de inconstitucionalidade. Relator Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Julgamento em 20 de agosto de 2020. Publicação em 28 de agosto de 2020 no Diário Oficial da União (DOU), Seção 1, p. 2.

federalismo”⁸⁷, ao interpretar as alterações do STF verifica-se que o tribunal adota a repartição de competências para aferir a eficácia do sistema.

Isso porque a federação é um grande sistema de repartição de competência, que, nas palavras dos doutrinadores, dá substância para a descentralização das unidades autônomas⁸⁸. No caso brasileiro, um modelo constitucional bastante complexo e estruturado com competências exclusivas distribuídas horizontalmente e competências paralelas distribuídas verticalmente.

A partir de 2020, em meio à crise sanitária, a necessidade de centralização da regulamentação parece à primeira vista plausível diante de orientações municipais e estaduais e de uma excessiva diversidade de ações administrativas e/ou regulatórias. É certo que sobre assuntos relacionados, aliás, cada um está à sua maneira, divergindo.

Se cada ente da Federação (5.570 municípios, 26 estados, Distrito Federal) orienta a seu modo o rol de serviços essenciais, não há coordenação frente às emergências de saúde, nem orientação e atividades com o objetivo de isolar e restringir a circulação, sem abordar questões de ativismo judicial sobre a necessidade deste ou daquele serviço e atividade.

Justamente no controle da constitucionalidade das medidas provisórias, a realidade fática e a orientação político-administrativa do governo não escapam à consideração judicial. Isso porque, em crises sanitárias de importância internacional, os interesses nacionais e locais devem convergir para prevenir e proteger as pessoas, e se a orientação político-administrativa no nível central colidir com esse direito fundamental ou for sobrepujada por outro interesse (interesses econômicos, por exemplo) em detrimento de prevenir, proteger e promover a saúde pública, a fiscalização da constitucionalidade pode sancionar essa orientação político-administrativa inconstitucional, visando afastar os efeitos devastadores da pandemia.

Outro aspecto que precisa ser verificado é que o Tribunal Pleno do STF julgando a Ação promovida pela oposição (Rede Sustentabilidade) em face da Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020⁸⁹, que dispôs sobre a responsabilização de

⁸⁷ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 135.

⁸⁸ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 14.

⁸⁹ BRASIL. Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020. **Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da Covid-19**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 de maio de 2020. Disponível em:

agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19.

Na decisão sobre a liminar da ADI 6421, o STF votou por maioria pela adoção de medidas cautelares, com interpretação constitucional de dispositivos que tratam de erros grosseiros, de modo que, segundo o Supremo Tribunal Federal, as autoridades devem considerar o cumprimento de normas, normas e padrões técnico-científicos, exemplos incluem padrões estabelecidos por organizações internacionais e entidades nacionais reconhecidas, e princípios constitucionais de prevenção e precaução.

Com efeito, nesse julgamento, durante a pandemia, o STF fixou duas teses relevantes para a jurisprudência da crise:

1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos.⁹⁰

Assim, destacam-se importantes condições para que a Administração adote os cuidados e precauções, haja vista o teor do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de decisão em ação direta questionando a constitucionalidade de medida provisória relativa à responsabilidade de agentes públicos por condutas relacionadas ao coronavírus, temerárias, registre-se.

Pode-se falar em condicionalidade da política pública em tempos de crise, pois o agente público estará, portanto, sujeito à responsabilização se agir sem observância das normas técnico-científicas estabelecidas pelo conhecimento reconhecido no campo das entidades e organizações internacionais ou nacionais.

Durante a pandemia do coronavírus no Brasil, o STF foi instado a julgar diversos casos envolvendo ações de combate à covid-19, um conjunto de decisões

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm. Acesso em: 05 de maio de 2023.

⁹⁰ADI 6421. Ação direta de inconstitucionalidade. Relatora Ministra Rosa Weber. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Julgamento em 25 de junho de 2020. Publicação em 9 de setembro de 2020 no Diário da Justiça Eletrônico (DJE) do Supremo Tribunal Federal, Edição 190, p. 4-7.

que podem ser chamadas de jurisprudência de Crise, tanto política quanto econômica. Como se depreende dessa jurisprudência, há aspectos que impactam diretamente no desenvolvimento das políticas públicas, tanto durante a pandemia quanto no futuro.

Por um lado, o STF atua como árbitro da federação, no sentido de que não há hierarquia entre um ente federado e outro ente; o nível local não está subordinado ao governo federal, seja ministérios ou órgãos reguladores, em de forma descentralizada atuar com foco na prevenção e proteção, respeitando-se o pacto federativo.

De fato, outro aspecto é a condição da política pública em tempos de crise: as instituições públicas devem aderir a normas técnicas e padrões científicos, não há margem para discricionariedade administrativa, nem para opção por ações negacionistas ou anticientíficas, especialmente quando o foco é o respeito aos direitos e garantias fundamentais.

De igual modo, poderemos trazer à tela as restrições às pessoas que não se imunizaram contra a covid-19, assim, as pessoas que não se vacinaram funcionam como vetores de disseminação da pandemia.

Em uma crise sanitária de importância internacional, os interesses nacional e local devem confluir para a prevenção e a proteção das pessoas, e se a orientação dos indivíduos não prezar com o direito fundamental de proteção e saúde, ou é sobreposto por outro, interesse (o econômico-financeiro) à prevenção, proteção e promoção da saúde pública, não poderia a fiscalização da constitucionalidade agir diretamente contra os efeitos devastadores da pandemia.

O direito à saúde está consagrado no artigo 6º da nossa Constituição Federal de 1988 e é definido como um dos direitos sociais que devem ser garantidos a todo cidadão. Além disso, o Capítulo VIII da Constituição Federal, que trata da ordem social, dispõe sobre o direito à saúde em seu segundo inciso. O artigo 196 da referida seção reconhece que “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.”

É nessa esteira que “por ser indissociável do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, o direito à saúde possui um caráter de fundamentalidade que o inclui, não apenas dentre os direitos fundamentais sociais (CF, art.6.º), mas também no

seleto grupo de direitos que compõem o mínimo existencial.”⁹¹ O direito à saúde é um dos direitos fundamentais e essenciais que constituem nosso ordenamento jurídico, e além de ser uma obrigação do Estado, os cidadãos devem atuar para garantir a vigência desse direito. Nas circunstâncias que nossa sociedade e o mundo enfrentam, os cidadãos devem cooperar para prevenir a propagação de doenças.

Por fim, quanto a vacinação obrigatória, o STF firmou entendimento no sentido de considerar sua obrigatoriedade constitucional, no entanto conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, *d*, da Lei nº 13.979/2020, reiterando que a compulsoriedade da vacinação não comporta o uso da força, ficando o indivíduo livre para escolher entre receber o imunizante ou não, devendo no entanto, sujeitar-se a determinadas restrições, como a restrição de sua livre circulação em ambiente fechados, desde que tais restrições estejam previstas em lei⁹². Nesse sentido, foram impostas restrições para aqueles que se recusam a ser vacinados para incentivar a vacinação e reduzir a propagação do vírus. De acordo com Santos e Almeida:

Os direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro não são absolutos, sendo limitados até onde se colida com outro direito. Deste modo, o direito à liberdade do indivíduo em rejeitar a vacina, que em tese surgiu para recuperar o sistema de saúde do colapso, se esbarra no direito difuso à saúde.⁹³

Assim sendo, o cidadão tem o direito de escolher não se vacinar, mas terá que se sujeitar às regras impostas pelo poder público.

Dependendo da situação vivenciada, normas, princípios e garantias precisam ser ajustados para tentar dar a melhor solução para cada caso, e quando nos deparamos com conflitos de direitos fundamentais, utilizamos a ponderação como forma de solucionar esse aparente conflito de direitos.

⁹¹ NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 998.

⁹² ADI 6586. Ação direta de inconstitucionalidade. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Julgamento em 17 de dezembro de 2020. Publicação em 17 de dezembro de 2020 no Diário da Justiça Eletrônico (DJE) do Supremo Tribunal Federal, Edição 81, p. 1-4.

⁹³ SANTOS, G. O.; ALMEIDA, F. C. de. DIREITO À LIBERDADE VS DIREITO À SAÚDE: ANÁLISE DA RESTRIÇÃO ÀS PESSOAS QUE REJEITARAM A VACINA DA COVID-19. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, [S. l.], v. 8, n. 5, p. 2387–2400, 2022. DOI:10.51891/rease.v8i5.5683. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/5683>. Acesso em: 10 jan. 2023, p. 2389

Nos casos relativos ao combate à pandemia, temos o direito à liberdade individual de um lado e o direito da coletividade de outro. A função do Judiciário é analisar os pontos negativos e positivos de cada caso e verificar qual lado da “balança” é mais importante, ou seja, mais prejudicial à proteção do direito do cidadão individual de não ser vacinado, e, portanto, propício à infecção e propagação do vírus ou para garantir que a maioria da população seja imunizada para reduzir o impacto da doença, proteger vidas e evitar maiores danos à sociedade.

Aqui também é utilizado como parâmetro o princípio da proporcionalidade, que deve ser atendido para que a restrição seja legal, não tome medidas desproporcionais, atue apenas quando necessário e não ultrapasse o limite imposto. O objetivo é coordenar e conciliar ao máximo as questões suscitadas, para que as medidas tomadas sejam realmente eficazes, garantindo a manutenção dos direitos de X, restringindo o menos possível os direitos de Y.

Embora seja um direito fundamental, à livre circulação no ambiente público, restrições podem ser impostas quando esse direito coloca em risco a vida da coletividade, e tais ações não são inconstitucionais.

Como mencionado anteriormente, existem normas e princípios que regulam e sustentam esse entendimento. Algumas jurisprudências trataram dessa questão, demonstrando que tais medidas não são ilegais, uma delas é a ADPF 756, que tratou da exigência de passaporte sanitário para retorno às atividades acadêmicas presenciais.

Nas palavras de Oliveira e Cardoso:

O STF por maioria, assinou medida cautelar determinando a suspensão do despacho do Ministério da Educação que aprovou um parecer proibindo a exigência de vacinação contra a covid-19 como requisito para retorno às atividades acadêmicas presenciais. O entendimento do STF foi no sentido de que o parecer contraria o que determina a lei 13.979/2020 que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. O artigo 3º, III, “d”, da referida lei prevê que para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, a vacinação e outras medidas profiláticas. Além disso, as instituições Federais de Ensino têm autonomia universitária para exigir o comprovante de vacinação, sendo um ato legítimo, não podendo ser vedado pelo Ministério da Educação.⁹⁴

⁹⁴ OLIVEIRA, R. A. da S. ., & FRAGOSO, Jusemar P.C. (2022). DIREITO À LIBERDADE VS DIREITO À SAÚDE: ANÁLISE DA RESTRIÇÃO ÀS PESSOAS QUE REJEITARAM A VACINA DA COVID-19. **Revista Ibero-Americana De Humanidades, Ciências E Educação**, 8(11), 2023–2033. <https://doi.org/10.51891/rease.v8i11.7787>

Outro caso a favor da constitucionalidade dessas ações é a ADPF 754 do STF⁹⁵, que articula o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade das restrições impostas àqueles que se recusam a se vacinar sem justa causa. Para o STF, tais medidas são constitucionais, dada sua ênfase na imunização em massa visando a proteção da vida e da saúde das comunidades. Além disso, como já existem evidências científicas sobre a segurança e eficácia das vacinas demonstradas pela ANVISA, fica claro que os riscos de não se vacinar são muito maiores do que os riscos de se vacinar.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal argumentou que os países representados por suas entidades não devem agir de forma que dificulte ou desacredite as vacinações, pois quanto mais pessoas vacinadas, maior o nível de imunidade e menor o nível de contágio.

Ao contrário do que parcela do governo defendeu, a vacinação é uma forma eficaz e necessária de combate a uma pandemia, sendo extremamente prejudicial a falta de imunização à população como um todo, principalmente àquelas consideradas mais vulneráveis.

⁹⁵ ADPF 754. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Julgamento em 03 de fevereiro de 2021. Publicação em 08 de março de 2021 no Diário da Justiça Eletrônico (DJE) do Supremo Tribunal Federal, Edição 44, p. 9-11.

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fica evidente, pela análise desta pesquisa, que em situações atípicas, como as enfrentadas pela Covid-19, os direitos coletivos devem prevalecer quando confrontados com os direitos individuais. Seria uma grande irresponsabilidade do poder público colocar milhares de vidas em risco para garantir a unidade dos direitos de um indivíduo.

A vacinação obrigatória não fere as diretrizes da Constituição Federal e os princípios que regem a matéria, pois apesar de ser obrigatória, a compulsoriedade não comporta o uso da força, portanto a pessoa tem o direito de recusar a vacinação, mas deve obedecer às regras e consequências que sua recusa pode acarretar, como a restrição a circulação em locais com propensão a aglomeração, desde que essas medidas restritivas estejam dispostas em leis.

Entende-se que a vacinação compulsória não é o mesmo que a vacinação forçada. A vacinação no Brasil depende do consentimento do indivíduo. A vacinação obrigatória pode manifestar-se através de medidas indiretas, como restrições à realização de determinadas atividades cívicas ou à frequência de atividades em determinados locais.

As leis existem para garantir que os direitos dos indivíduos sejam efetivamente aplicados e respeitados, ao mesmo tempo em que estabelecem as regras para o funcionamento harmonioso da sociedade. Por exemplo, o direito à saúde é um direito de todos e um dever do Estado, mas todos precisam cooperar para implementá-lo de forma efetiva. Quando uma pessoa se recusa a ser vacinada, não está apenas prejudicando a si, está prejudicando uma grande porcentagem da população, porque uma doença como o coronavírus se espalha com muita rapidez e facilidade, e uma das formas mais eficazes de controlar esse contágio é através da imunização.

Como afirmado ao longo deste trabalho de conclusão de curso, os direitos fundamentais não são absolutos e limitações podem e devem ser impostas quando necessário.

Todos têm direito à liberdade de locomoção, mas as restrições são constitucionais quando esse direito coloca em risco a vida de outras pessoas. A Lei nº 13.979/2020, que visa regulamentar as medidas de enfrentamento à emergência de saúde pública causada pelo coronavírus, justificou esse entendimento ao atribuir

poderes ao Estado para impor restrições aos indivíduos que se recusarem a se vacinar.

Sem dúvidas, a recusa a vacina colocou em risco a saúde e o direito à vida, pois somente a imunização em massa foi capaz de conter a propagação do vírus. A sociedade poderá, assim, atuar, amparada em princípios, normas e fundamentos constitucionais, para garantir a proteção do bem mais precioso que temos – a vida.

Da pesquisa realizada, podem ser tiradas conclusões que confirmam as suposições feitas no início do estudo. Restrições razoáveis e proporcionais a pessoas que não foram vacinadas contra a covid-19 são lícitas e consistentes – inclusive ir a determinados locais e fazer determinadas atividades – desde que a lei estipule, desde que comprovada cientificamente a segurança da imunização e respeitada a dignidade humana.

Espera-se que o presente trabalho sirva de base para pesquisas futuras que tratem desse tema, especialmente quanto a questões de restrições que envolvam os direitos fundamentais, quando em tela se observa conflitos entre direitos individuais e coletivos.

A defesa da garantia da saúde e do bem-estar social na Constituição Federal como um direito social fundamental por meio dos artigos 6º, 196 e 198 são indicativos dos caminhos que a Suprema Corte adotou. Como o Estado não encontra desculpas para desproteger tais interesses, também é impossível que terceiros atentem contra a saúde alheia. Desta forma, o Estado é obrigado a fornecer ações positivas para a saúde de toda a população, e as vacinas tornam-se um meio de garantir a vida e as condições mínimas de vida.

REFERÊNCIAS

- ADI nº 4.815/DF. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>.
Acesso em: 17 abril de 2023.
- ADI 6343. Ação direta de inconstitucionalidade. Relator Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Julgamento em 20 de agosto de 2020. Publicação em 28 de agosto de 2020 no Diário Oficial da União (DOU), Seção 1, p. 2.
- ADI 6421. Ação direta de inconstitucionalidade. Relatora Ministra Rosa Weber. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Julgamento em 25 de junho de 2020. Publicação em 9 de setembro de 2020 no Diário da Justiça Eletrônico (DJE) do Supremo Tribunal Federal, Edição 190, p. 4-7.
- ADPF 754. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Julgamento em 03 de fevereiro de 2021. Publicação em 08 de março de 2021 no Diário da Justiça Eletrônico (DJE) do Supremo Tribunal Federal, Edição 44, p. 9-11.
- AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: densificação da jurisprudência constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 3ª ed. São Paulo: Malheiros.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2020.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais - Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2007.
- BRANDÃO, Rodrigo. Emendas Constitucionais e Restrições aos Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, nº 246, 2007.

BRASIL. DECRETO Nº 11.077, DE 20 DE MAIO DE 2022. **Declara a revogação, para os fins do disposto no art. 16 da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, de decretos normativos.** Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Decreto/D11077.htm#art1.

Acesso em: 05 de maio de 2023.

BRASIL. DECRETO Nº 10.282, DE 20 DE MARÇO DE 2020. **Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais.** Diário Oficial a União, Brasília-DF, 20 de março de 2020.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10282.htm. Acesso em: 4 de maio de 2023.

BRASIL. LEI Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020. **Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.**

Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 04 de maio de 2023.

BRASIL. LEI Nº 14.035, DE 11 DE AGOSTO DE 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14035.htm. Acesso em: 04 de maio de 2023.

BRASIL. Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da Covid-19. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 de maio de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm. Acesso em: 05 de maio de 2023.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática nº 1630263. Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Brasília, DF, 10 de fevereiro de 2020.

Diário da Justiça Eletrônico:

<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=ARESP+1630263&b=DTXT&p=trua&tp=T>. Brasília, 13 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 22.164-0**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 30 de outubro de 1995. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>.

Acesso em 15 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2018. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**: Brasília, 16 fev. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **DIREITO CONSTITUCIONAL**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

COSTA, E, V. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. São Paulo: Unesp, 2006.

Declaração de Independência dos Estados Unidos. Disponível em:

<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/declaraindepeEUAHISJNeto.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2022.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA VIRGÍNIA, 12 de junho de 1776. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1788/YY2014MM11DD18HH14MM7S42-Declara_o%20da%20Virginia.pdf. Acesso em: 01 fev.2023.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2023.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e fundamentais**: do discurso à prática efetiva: um olhar por meio da literatura. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías: La Ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FORTES, Pedro Rubim Borges. O consumidor contemporâneo no Show de Truman: a geodiscriminação digital como prática ilícita no direito brasileiro, **Revista de Direito do Consumidor - RDC**. vol. 124, Julho - Agosto 2019, Ano 28, São Paulo, 2019.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais**: limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JÜRGEN HABERMAS. **The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights**, *Metaphilosophy*, N. 41, 2010.

KONRAD HESSE, **A Força Normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes.

KRELL, Andreas J.; SILVA, José Erick da. A JUDICIALIZAÇÃO DAS MEDIDAS RESTRITIVAS DE ENFRENTAMENTO À COVID-19: análise da suficiência da fundamentação de decisões. **A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS SOB A ÓTICA DO DIREITO**: desafios e transformações em pauta. Maceió, Alagoas, p. 31 – 40, dez. 2021.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. Apud discurso de posse do Ministro Celso de Mello como presidente do Supremo Tribunal Federal.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Leonardo. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira.; COELHO, Inocêncio Mártires.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2ª ed.. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

- MORAES, Alexandre de. **DIREITO CONSTITUCIONAL**. 36^a ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- MORTATI, Costantino. *Istituzioni di diritto pubblico*. Vol. II, 8^a ed.. Padova: Cedam, 1969.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- NOBREGA, G. P. **O Supremo Tribunal Federal é uma Corte Constitucional?** Parte II. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/2009/10/o-stf-e-uma-corte-constitucional-parte.htm>. Acesso em: 28 jan. 2023.
- NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.
- NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.
- OLIVEIRA, R. A. da S. ., & FRAGOSO, JusemarP.C. (2022). RESTRIÇÃO DA CIRCULAÇÃO DE PESSOAS QUE SE RECUSARAM A TOMAR A VACINA CONTRA COVID-19. **Revista Ibero-Americana De Humanidades, Ciências E Educação**, 8(11), 2023–2033. <https://doi.org/10.51891/rease.v8i11.7787>
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PIZZORUSSO, Alessandro. *Las <> de derechos*. Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2011.
- SANTOS, G. O.; ALMEIDA, F. C. de. DIREITO À LIBERDADE VS DIREITO À SAÚDE: ANÁLISE DA RESTRIÇÃO ÀS PESSOAS QUE REJEITARAM A VACINA DA COVID-19. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, [S. l.], v. 8, n. 5, p. 2387–2400, 2022. DOI:10.51891/rease.v8i5.5683. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/5683>. Acesso em: 10 jan. 2023, p. 2389
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SCHMITT, Carl. **Teoría de La Constitución**. Presentación de Francisco Ayala. Primera edición em “Alianza Universidad Textos” 1982. Cuarta reimpressão em “Alianza Universidad Textos”. Madrid. España. 2003.
- STF – Pleno – MS nº 22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206.
- STJ – Terceira Turma – Resp 959564/SP – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, decisão: 24-5-2011.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. 1ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 5ª Ed., Coimbra: Almedina.