



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ - UFPA  
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - ICJ  
FACULDADE DE DIREITO - FAD

ANA LUÍSA BRABO SOARES

**A QUESTÃO DA COLISÃO DE DIREITOS E A PONDERAÇÃO:** A construção de um método e a aplicação ao julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.586/DF e 6.587/DF

BELÉM  
2022

ANA LUÍSA BRABO SOARES

**A QUESTÃO DA COLISÃO DE DIREITOS E A PONDERAÇÃO:** A construção de um método e a aplicação ao julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.586/DF e 6.587/DF

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Pará, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Dr. Ronald Corecha Bastos.

BELÉM  
2022

ANA LUÍSA BRABO SOARES

**A QUESTÃO DA COLISÃO DE DIREITOS E A PONDERAÇÃO:** A construção de um método e a aplicação ao julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.586/DF e 6.587/DF

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Pará, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Direito.

Data da aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Conceito: \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Dr. Ronald Corecha Bastos.  
Universidade Federal do Pará

---

Dr. Francisco Sérgio Silva Rocha  
Universidade Federal do Pará

---

Dra. Maria do Socorro Almeida Flores  
Universidade Federal do Pará

## **RESUMO**

A presente monografia versará sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais e os aspectos conceituais referentes à regras e princípios. De início, tratou-se da evolução histórica do jusnaturalismo ao direito constitucional contemporâneo, e após discussões referentes às espécies de normas, tratou-se da ponderação e do sopesamento de bens a partir de uma análise da regra da proporcionalidade. Por último, para ilustrar as bases teóricas apresentadas, utilizou-se do contexto da pandemia da Covid-19 e o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.586/DF e 6.587/DF para exemplificar um caso de colisão entre os direitos à saúde coletiva e a liberdade de autodeterminação do indivíduo que opta por não se vacinar.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; ponderação; sopesamento; colisão de direitos.

## **ABSTRACT**

This undergraduate thesis will discuss the Theory of Fundamental Rights and the conceptual aspects referring to rules and principles. At first, it will mention the historical evolution of natural law to contemporary constitutional law, and after, it will discuss the species of norms and the balance of the rights stemming from an analysis of the proportionality rule. Finally, to illustrate the theoretical bases presented, the context of the Covid-19 pandemic and the judgment of Direct Actions of Unconstitutionality n. 6.586/DF and 6.587/DF were used to show how to decide in a case of clash between the rights to collective health, freedom of choice and self-determination to not be vaccinated.

Keywords: Fundamental rights; balance; clash of rights.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Art.(s)	Artigo(s)
CRFB	Constituição da República Federal do Brasil
FDA	<i>Food and Drug Administration</i>
PDT	Partido Democrático Trabalhista
PTB	Partido Trabalhista Brasileiro
PNI	Plano Nacional de Imunizações
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>08</b>
<b>2 INTRODUÇÃO AO TEMA .....</b>	<b>10</b>
<b>2.1 O contexto do surgimento da Teoria dos Direitos Fundamentais.....</b>	<b>10</b>
2.1.1 Do jusnaturalismo ao positivismo jurídico.....	10
2.1.2 A conjuntura histórico-filosófica da formação do Direito Constitucional Contemporâneo: o pós Segunda Guerra Mundial e o pós-positivismo .....	12
<b>2.2 O reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais .....</b>	<b>13</b>
<b>3 ASPECTOS DE DIFERENCIAÇÃO E DE CONCEITUAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL .....</b>	<b>15</b>
<b>3.1 As Normas Jurídicas e as Normas de Direito Fundamental.....</b>	<b>15</b>
<b>3.2 As Normas de Direito Fundamental: compreendendo as Regras e os Princípios sob a perspectiva de Robert Alexy .....</b>	<b>16</b>
3.2.1 A distinção entre Regras e Princípios: os Mandamentos de Otimização e os Comandos Definitivos .....	17
<b>3.3 Colisão entre Princípios e conflito entre Regras.....</b>	<b>18</b>
<b>4 AS COLISÕES DE DIREITOS E A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO: A CONSTRUÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO COMO FUNDAMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....</b>	<b>22</b>
<b>4.1 Breves considerações a respeito da ampliação da importância da ponderação como forma de interpretação jurídica na contemporaneidade .....</b>	<b>23</b>
<b>4.2 Aspectos preliminares sobre Técnica da Ponderação .....</b>	<b>24</b>
4.2.1 O que é a Ponderação? como ela se diferencia das técnicas hermenêuticas clássicas?... 24	

4.2.2 A importância da racionalidade e da justificação para a técnica da ponderação.....	26
<b>4.3. A técnica da ponderação e suas três etapas.....</b>	<b>27</b>
4.3.1 Primeira Etapa: identificação dos enunciados normativos em tensão .....	27
4.3.2 Segunda Etapa: identificação dos fatos relevantes .....	29
4.3.3 Terceira Etapa: decisão.....	29
<b>4.4 A regra da proporcionalidade e suas três sub-regras: atribuindo conteúdo à decisão ponderativa .....</b>	<b>32</b>
<b>5 O JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.586/DF E 6.587/DF – UM CASO CONCRETO DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ANÁLISE TEÓRICA/PRÁTICA DA PONDERAÇÃO.....</b>	<b>35</b>
<b>5.1 UM BREVE RETROSPECTO SOBRE A PANDEMIA .....</b>	<b>35</b>
<b>5.2 Considerações sobre o Estudo de caso das ADI’S nº 6.586/DF e 6.587/DF e a colisão de direitos fundamentais.....</b>	<b>36</b>
5.2.1 Do aprofundamento dos fatos.....	39
5.2.2 Dos argumentos da tese vencedora e da tese vencida .....	40
<b>5.3 DAS DIFERENÇAS ENTRE O ACÓRDÃO DO STF E A CONSTRUÇÃO TEÓRICA DA PONDERAÇÃO COM BASE NA REGRA DA PROPORCIONALIDADE .....</b>	<b>46</b>
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>55</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>56</b>
<b>ANEXO A – Ementa da decisão.....</b>	<b>59</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira de 1988 é marcada por um ampliado rol de direitos e garantias fundamentais norteados a partir da preservação da dignidade da pessoa, diante disso, muitas vezes é possível que os bens protegidos constitucionalmente possam entrar em rota de colisão a depender da sua aplicabilidade prática. Assim, é possível se observar a tensão entre esses valores igualmente relevantes e fundamentais à preservação da integridade do ordenamento jurídico, pois isso, tornou-se essencial o desenvolvimento e o aperfeiçoamento de uma teoria dos direitos fundamentais capaz de contribuir para a melhor conceituação das espécies de normas e a construção de métodos de resolução das colisões entre direitos.

Pensando nesse assunto, o presente trabalho visa abordar a Teoria dos Direitos Fundamentais sob a ótica de Robert Alexy e os conceitos de normas jurídicas, regras, princípios, colisões e conflitos, para em seguida enveredar na questão da ponderação e sopesamento de valores em colisão. A partir do conceito de Barcellos (2005, p. 35) que entende a ponderação como uma técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais, será traçado um caminho técnico, metodológico e instrumental sobre como uma decisão judicial pode ser desenhada seguindo parâmetros racionais para uma argumentação decisória sólida, transparente e coerente.

A partir de um estudo metodológico dedutivo, que se desenvolveu com base em pesquisas de cunho doutrinário, legislativo e jurisprudencial sobre o direito constitucional e a teoria dos direitos fundamentais – com ênfase na colisão de direitos e a ponderação – observou-se a bibliografia documental disponível e, a partir dela, criou-se uma maior sistematização da execução da ponderação e sopesamento de valores perante uma situação de colisão de direitos.

Diante disso, a primeira seção do trabalho tratará do histórico e desenvolvimento do Estado constitucional contemporâneo e a construção da importância dos princípios para o ordenamento jurídico no contexto do fim da Segunda Guerra Mundial. Em um segundo momento, serão abordados os aspectos conceituais referentes a teoria dos direitos fundamentais e as normas constitucionais, dentre esses conceitos tem-se a diferença entre os mandamentos de otimização e os comandos definitivos; colisão de direitos e conflitos de regras, entre outros. Após consolidadas as construções teóricas sobre a importância da norma constitucional e o fenômeno da colisão e conflito, em um terceiro momento, será abordada a técnica da ponderação aplicada às decisões judiciais e as divisões metodológicas para se

chegar a uma sentença racional sobre a colisão de direitos por meio da aplicação da regra da proporcionalidade. Por fim, com a intenção de ilustrar as bases teóricas analisadas e, contextualizar a aplicação do método da ponderação à realidade atual, elegeram-se o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.586/DF e 6.587/DF decidiu sobre a determinação da compulsoriedade da vacinação contra o coronavírus no contexto da pandemia da Covid-19.

## **2 INTRODUÇÃO AO TEMA**

### **2.1 O contexto do surgimento da Teoria dos Direitos Fundamentais**

A análise feita sob o prisma da evolução histórica da teoria dos direitos fundamentais se faz importante para a compreensão de muitos sistemas jurídicos da atualidade, em razão de a origem dos direitos fundamentais não ser absolutamente delimitada, compreender o processo evolutivo de reconhecimento gradual dos princípios no ordenamento se faz importante. Assim, será a partir das correntes jusfilosóficas que poderá ser observado de maneira mais clara a contribuição de cada uma delas na tentativa de se construir reflexões acerca do direito, sua função social e suas variadas formas de interpretação e aplicação.

#### **2.1.1 Do jusnaturalismo ao positivismo jurídico**

Com o intuito de introduzir o assunto – qual seja, a questão da colisão de direitos fundamentais – e também construir o encadeamento necessário a compreensão do contexto que propiciou o surgimento da Teoria dos Direitos Fundamentais, se faz necessário iniciar a corrente discussão com uma breve revisão histórica e filosófica que fundamentou o desenvolvimento da teoria jurídica. De início, será abordado como se deu o desenrolar histórico das correntes filosóficas do jusnaturalismo e do positivismo jurídico e como esse marcador filosófico se comunicou com as ideias que propiciaram a formação do conceito do pós-positivismo e do Estado constitucional contemporâneo.

A concepção da existência de um “direito natural” é proveniente da corrente filosófica que acompanhou o Direito ao longo de muitos séculos e remonta desde a Antiguidade Clássica Grega passando pela Idade Média e pela Idade Moderna. Para Bobbio (1995, p. 19) o Direito Natural é entendido como universal e imutável, além disso também estabelece aquilo que é bom e se relaciona com critério de moralidade. Portanto, o que se entende como “jusnaturalismo” está pautado na ideia de que há o reconhecimento social de um conjunto de ideais e parâmetros legítimos e fundamentais à proteção do ser humano que não emana necessariamente da norma jurídica estatal, e por isso independe de qualquer positividade jurídica. Barroso (2017, p. 273) por sua vez, afirma que esse direito natural pode ser apresentado com base nas seguintes características: tem valor em si mesmo, está disciplinado em razão de uma ética superior e também é capaz de estabelecer limites à própria norma estatal.

Importante mencionar que apesar de genericamente o jusnaturalismo ter percorrido diversas fases da história da humanidade, essa corrente filosófica sofreu várias alterações em sua elaboração e “(...) apresenta-se fundamentalmente, em duas versões: a) a de uma lei

estabelecida pela vontade de Deus; b) a de uma lei ditada pela razão” (BARROSO, 2017, p. 274). Assim, o direito natural moderno, que passou a desenvolver-se com melhor propriedade nos séculos XVI e XVII, encontrou na natureza e na razão humana um território fértil para se consolidar e fomentar ideais que versavam sobre liberdade e individualidade, tornando-se um forte fundamento às Revoluções Francesa e Americana, assim deu-se início ao que se entende hoje por constitucionalismo moderno.

“A crença de que o homem possui direitos naturais, vale dizer, um espaço de integridade e de liberdade a ser obrigatoriamente preservado e respeitado pelo próprio Estado, foi o combustível das revoluções liberais e fundamento das doutrinas políticas de cunho individualista que enfrentaram a monarquia absolutista. (...) o Jusnaturalismo racionalista esteve uma vez mais ao lado do iluminismo no movimento de codificação do Direito no século XVIII, cuja maior realização foi o Código Civil francês (...)” (BARROSO, 2017, p. 275).

Após a vigência do Código Civil francês (1805) é possível afirmar que a incorporação da tradição em elaborar códigos fez com que se buscasse maior clareza, unidade, simplificação e organização sistemática aos textos jurídicos. Assim, apesar de o direito natural ter sido fortemente incorporado ao ordenamento jurídico da época, por meio da cultura da positivação das normas jurídicas, esse momento também pode ser considerado como o marco da própria superação do direito natural visto que essa corrente filosófica – considerada metafísica e anticientífica – perdeu espaço para o positivismo a partir do século XIX.

Sendo o direito positivo aquele reconhecido a partir da expressa declaração da vontade do legislador, é possível afirmar que este é particular, a depender do espaço/tempo, e também está relacionado à critérios de bases utilitárias e econômicas, mostrando-se muito diferente do direito natural (BOBBIO, 1995, p. 19-22). Seguindo essa linha de raciocínio, ao se estabelecer no ordenamento – a partir de uma alegada organização de bases racionais dotada de mais segurança jurídica, de modo que seu maior benefício se mostraria a partir da máxima utilidade alcançada – o direito positivo se distanciava das valorações de "bom" e "mau" para adquirir uma conotação mais objetiva e nos moldes do que o legislador intentou. Barroso (2017, p. 277-278) preceitua o mesmo ao mencionar que o positivismo jurídico aplicou as mesmas bases do positivismo filosófico no universo do Direito, com vistas a criar uma ciência jurídica que cuidaria das mesmas premissas das ciências exatas e naturais, deu-se maior ênfase à realidade observável, colocando em último plano o estado de contemplação e especulação da filosofia, o que resultou na separação entre direito e moral.

Portanto, no que concerne ao direito ser uma terminação imperativa que emana do poder de império do Estado, a ideia de “juízo de valor” passa a ser gradativamente substituída pela ideia de “juízo de fato”. Isso se deu uma vez que, a partir da formação do Estado

Moderno e consequente dissolução da sociedade medieval, o juiz que antes poderia resolver as controvérsias que surgiam, valendo-se de um ordenamento jurídico próprio e determinado pelo agrupamento social local e não definido pelo Estado, passou a ser condicionado a um Estado forte e que concentrava todos os poderes em si, a partir de então quando se criou um instrumento jurídico em que o único sujeito legítimo para aplicá-lo era o juiz, este se vinculou ao Estado, seu o órgão legislativo e seu direito positivado. Sobre o assunto, Bobbio (1995, p. 29) afirma que com a formação do Estado moderno, retirou-se do juiz a faculdade de aplicar normas sociais e impôs-se a obrigação de aplicar as normas postas pelo Estado.

Após isso, já em meados das décadas iniciais do século XX, o positivo jurídico tornou-se referência para os juristas. Pautado em conceitos dogmáticos e na busca constante pela cientificidade dos postulados do Direito, sujeitou-se a normatividade em vigor de tal modo que este era considerado um sistema perfeito e suficiente em si mesmo, no entanto a decadência do positivismo jurídico pode ser duramente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha (BARROSO, 2017, p. 280), já que ao surgirem e se consolidarem às custas de um ideal de legalidade vigente, o nazifascismo foi capaz de causar um enorme lastro de violações em nome do estrito cumprimento da letra da lei e a obediência irrestrita ao que se encontrava positivado.

### 2.1.2 A conjuntura histórico-filosófica da formação do Direito Constitucional Contemporâneo: o pós Segunda Guerra Mundial e o pós-positivismo

No século XIX, após a consolidação das bases universalizantes da Revolução Francesa, houve o fortalecimento de um modelo de Estado pautado em direitos e premissas estritamente legais. Já na segunda parte do século XX, foi possível observar uma nova configuração do Estado em que as Constituições adquiriram um forte caráter normativo, a explicação para as mudanças ocorridas nesse meio tempo se encontra em grande parte no contexto de pós Segunda Guerra Mundial e o surgimento das Constituições de caráter rígido, que passam a melhor definir que nem tudo o que é legal pode ser considerado válido.

Ao assumir o comando da Alemanha em 1933, Adolf Hitler aprovou no mesmo ano um instrumento capaz de lhe garantir o poder de edição de normas que pudessem alterar a constituição do país. O chamado "Ato de Habilitação" – apesar de estar em plena conformidade formal – serviu de suporte jurídico para que o então chanceler pudesse cometer as mais variadas e absurdas atrocidades contra judeus, negros, homossexuais, além de diversos outros grupos minoritários encontrados no país.

"As chamadas "Leis de Nuremberg" aprovadas em 1935, no auge do regime nazista, oficializaram o antissemitismo, proibindo, por exemplo, a união matrimonial, a

coabitação e as relações sexuais entre judeus e alemães, além de estabelecer uma divisão social que relegava os judeus a cidadãos de segunda categoria" (MARMELSTEIN, 2014, p. 05-06)

Segundo Marmelstein (2014, p. 06; 08), como a vontade de Hitler enquanto o "líder maior" ou *Führer*, significava por si só o que era considerado lei, todos que se encontravam abaixo dele, estavam apenas cumprindo o que o próprio mandamento normativo ordenava. Após as comprovações trazidas pelo Tribunal de Nuremberg das atrocidades praticadas pelos nazistas, foi possível observar o surgimento de uma nova forma de se tratar o direito e sua capacidade de alçar o conceito de dignidade da pessoa humana, como um valor supra positivo, isto é, que se encontra acima de qualquer lei ou Estado, após o Julgamento de Nuremberg qualquer violação à dignidade humana praticada como política de governo passou a ser encarada como um atentado à humanidade como um todo.

Portanto, face ao cenário em que o positivismo jurídico passa por uma profunda crise em razão da concepção de que as normas positivadas deveriam ser obedecidas incondicionalmente sem levar em consideração a natureza da sua matéria, "não caberia ao jurista formular qualquer juízo de valor acerca do direito. Se a norma fosse válida, deveria ser aplicada sem questionamentos" (MARMELSTEIN, 2017, p. 10). Sabendo que esse entendimento gerou consequências desastrosas como no caso do nazifascismo, os doutrinadores da época passaram a pensar em uma nova corrente filosófica com vistas a superar o positivismo ideológico, surgindo então o chamado pós-positivismo ou positivismo ético. Apresentado com a intenção de incrementar as concepções de direito positivo e as ciências jurídicas com valores éticos e fundamentais à proteção da dignidade e existência humana, entendeu-se por primordial esclarecer que apesar de o legislador apresentar-se claramente como a expressão de uma maioria, esse argumento não poderia servir de base para a institucionalização da opressão e da tirania.

"Ao invés de se pensar em um direito acima do direito estatal (direito natural), trouxeram-se os valores, especialmente o valor dignidade da pessoa humana, para dentro do direito positivo, colocando-os no topo da hierarquia normativa, protegidos de maiorias eventuais. O direito natural, na verdade, positivou-se" (MARMELSTEIN, 2014, p. 10)

Diante desse cenário, o pós-positivismo se configura de modo a corroborar para que princípios constitucionais passassem a ser utilizados como normas jurídicas legitimamente reconhecidas à preservação da dignidade e do respeito de todos os seres humanos de modo a se compatibilizar com ideias de justiça e ética.

## **2.2 O reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais**

Com o processo de redemocratização no pós-guerra, em especial na Itália e Alemanha, redefiniu-se o grau de influência da constituição dentro do ordenamento jurídico dos países. A gradativa retomada da influência do direito constitucional e a reaproximação dos ideais de democracia e constitucionalismo inaugurou a “era” do Estado Democrático de Direito, esse novo constitucionalismo, caracterizado pelo reconhecimento da força normativa atribuída às normas constitucionais, segundo Barroso (2017, p. 284), contribuiu com o rompimento da tradição de se encarar a constituição unicamente como um documento político e atribuiu uma perspectiva de documento jurídico capaz de estabelecer as atribuições do Parlamento e da Administração Pública. Assim, conforme as décadas do século XX sucederam-se, a ética e os valores voltaram a se comunicar com o Direito. Inicialmente, essa vinculação se deu como uma forma de retomada dos preceitos referentes ao direito natural, no entanto, a comunicação entre moral e direito foi se desdobrando no que se entende hoje por pós-positivismo. Sobre isso, vejamos:

“O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente” (BARROSO, 2017, p. 288).

Diante disso, a norma continuou sendo o principal objeto de estudo da ciência jurídica, no entanto, o ponto de diferenciação se dá no fato de que essa norma, que agora apresenta um forte traço ideológico, também demarca uma orientação voltada ao resguardo de bens muito caros a toda sociedade como: dignidade, igualdade, autonomia da vontade, liberdade, democracia, justiça, solidariedade, entre tantos outros preceitos que passam a ter a sua observância tão obrigatória e vinculativa quanto as regras e leis contidas no sistema jurídico, deixando de serem meros conselhos morais ou recomendações de boas intenções.

### **3 ASPECTOS DE DIFERENCIAÇÃO E DE CONCEITUAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL**

#### **3.1 As Normas Jurídicas e as Normas de Direito Fundamental**

As normas jurídicas podem ser compreendidas como um agrupamento de sentidos instituídos que tem a intenção de conduzir a uma dada interpretação sistemática de textos normativos. Como as normas são objeto do Direito, estas tendem a prescrever um mandamento ou conduta que, numa situação ideal, objetivam alcançar a ordem ou até mesmo a justiça. Compreender que as normas jurídicas são em suma atos emanados do Estado é importante visto que dentro de um sistema democrático as instituições devem funcionar de modo a preservar a integridade do ordenamento assim, a expressão dos atos do Estado – no que tange as decisões judiciais, por exemplo – devem estar em consonância com bases racionais de aplicação do direito.

Importante destacar que segundo Ávila (2011, p. 30-32), há situações em que a norma existe mas o dispositivo não; também existem situações em que existe somente um dispositivo, mas dele se extrai mais de uma norma; não bastando, também existem cenários em que há a presença de mais de um dispositivo, no entanto, a partir desse conjunto se constrói somente uma única norma. A partir disso, é possível deduzir que não existe uma correspondência direta entre dispositivo e norma e a desvinculação entre o texto e seus sentidos, faz com que a produção legislativa não esteja condicionada a um único significado pronto, acabado, ou até mesmo previamente fornecido, na verdade, estes sentidos conduzem ao entendimento de que a atividade interpretativa da norma – dedicada ao julgador e também aos doutrinadores das ciências jurídicas – pode estar relacionados a uma enorme gama de significados.

Apesar de o intérprete e a Ciência Jurídica construírem significações para os enunciados normativos, é importante esclarecer que estes estão propensos a esbarrarem em limites pré-estabelecidos para que não atuem em desconformidade entre a prescrição da norma e a sua efetiva aplicação. O intérprete não pode ignorar o que o ordenamento prescreve e deve agir de modo a executar suas ações com o intuito de alcançar a finalidade almejada pelo dispositivo constitucional.

"é necessário ultrapassar a credence de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto." (ÁVILA, 2011, p. 34)

Dito isso, ao longo do presente tópico será abordado de modo mais aprofundado quais os elementos característicos que definem a norma (gênero) e seus desdobramentos em espécies enquanto princípios e regras, seguindo para tanto a perspectiva da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy.

### **3.2 As Normas de Direito Fundamental: compreendendo as Regras e os Princípios sob a perspectiva de Robert Alexy**

Decorrido o processo de desenvolvimento histórico das normas jurídicas em três grandes fases – quais sejam: i) natureza metafísica e de abstração do direito natural; ii) juspositivismo e o "império da lei" com formalismo legal e natureza subsidiária dos princípios – finalmente, na terceira fase, chamada pós-positivista, esta é vista como garantidora do reconhecimento da normatividade dos princípios em que pode-se finalmente começar a explorar o desenvolvimento da norma jurídica enquanto gênero que se divide nas espécies regra e princípios.

As regras e os princípios são considerados normas pois tanto um quanto o outro prescrevem o *dever-ser* e expressam uma possibilidade de permissão ou proibição. Conforme afirma Barroso (2017, p. 241) os princípios funcionam para ciência jurídica contemporânea como uma espécie de canal em que determinados juízos e valores “se convertem” do aspecto ético e contemplativo para o aspecto puramente jurídico, desse modo conduzem a interpretação e também a aplicação do pensamento jurídico por um caminho moralmente aceitável.

A partir desse raciocínio, é fundamental abordar as diferenças entre regras e princípios, e sobre isso, preliminarmente, salienta-se que são diversas as formas de se estabelecer as diferenças entre esses dois institutos, por exemplo: é possível mencionar o grau de importância de cada um perante o ordenamento jurídico, além do grau de abstração e generalidade deste em relação aquele, ou qualquer outro tipo de gradação. No entanto, a teoria sobre a distinção entre regras e princípios aqui tratada não abordará o grau de importância ou generalidade, já que Alexy e Silva adotam diversamente para o critério de diferenciação a dicotomia entre direito definitivos e direitos *prima facie*. Sobre isso, Cristovam (2005, p. 40-41) afirma que os critérios de distinção entre regras e princípios podem ser amplamente numerosos, sendo os critérios de generalidade e abstração, por exemplo, muito utilizados. No entanto, a análise do pensamento de Alexy apontará para desdobramentos diferentes tais como a concepção de mandamentos definitivos (regras) e normas que alcancem a máxima possibilidade fática e jurídica (princípios) (CRISTOVAM, 2005, p. 50-51). Importante

ênfatizar também que a abordagem sobre a diferenciação entre as normas de direito fundamental destina-se a embasar os estudos referente à teoria dos direitos fundamentais e principalmente a questão das colisões de direitos e o conflito de regras.

### 3.2.1 A distinção entre Regras e Princípios: os Mandamentos de Otimização e os Comandos Definitivos

Diante do fato de que a teoria jurídica de Alexy é altamente influente no que tange o modelo pós-positivista e o neoconstitucionalismo, e como já mencionado anteriormente, existem variadas formas de se distinguir regras e princípios, (2014, p. 89-90) sua obra enumera algumas formas de distinção muito comuns para tais institutos. Quanto a generalidade, chega-se a três teses a respeito da distinção entre os elementos mencionados: i) a primeira entende estar fadada ao fracasso a diferenciação em razão de haver uma infinidade de possibilidades de se comparar as normas em questão; ii) a segunda tese versa sobre o fato de o grau de generalidade ser um critério decisivo de distinção; por fim, iii) a terceira tese, considerada como a mais adequada pelo autor, reforça a ideia de que a diferenciação de natureza qualitativa entre regras e princípios fornece maior precisão na individualização entre as espécies da norma.

Portanto, inicia-se a diferenciação entre regras e princípios da seguinte forma: em primeiro lugar os princípios – por se tratarem de direcionamento ou valores que indicam uma dada finalidade norteada pelo legislador dentro de um ordenamento jurídico aberto e plural – podem figurar em uma Constituição de diversas maneiras, a carta magna pode abrigar uma série de princípios que eventualmente são capazes de apontar para direções diferentes e com isso desencadear em tensões e conflitos. Por esses princípios serem de mesmo valor jurídico e possuírem o mesmo *status* hierárquico, a prevalência de um perante o outro não pode ser definida em situações abstratas. Alexy preceitua a questão da seguinte forma:

“O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes” (ALEXY, 2014, p. 90).

Em outras palavras, isso significa dizer que não se pode sempre falar da realização total daquilo que é exigido pelo princípio. Inclusive sobre a não realização da totalidade do que demanda a norma principiológica Afonso da Silva (2017, p. 45-46) afirma que, de maneira geral, a realização de um princípio é quase sempre parcial por natureza, já que há

uma sensível diferença entre aquilo que é imposto *prima facie* e aquilo que é garantido em definitivo no caso concreto visto que as condições fáticas e jurídicas disponíveis, nas circunstâncias da realidade, são variáveis ao se verificar a aplicabilidade do princípio. Além disso, ainda relacionado a ideia de “mandamentos de otimização” e as condições fáticas e jurídicas, por mais que houvesse uma situação ideal – de condições jurídicas plenamente possíveis – a total realização do princípio encontraria barreiras na proteção de outro(s) princípio(s), isso resultaria em uma situação de colisões de direitos e daí, se explica o porquê da afirmação de a realização do princípio se dar na maior medida possível dentro das possibilidade jurídicas e fáticas existentes, e não como um mandamento definitivo mas somente mandamento *prima facie*.

Sobre essa questão, Cristovam levanta uma importante observação ao admitir que o conceito de princípios como mandamentos de otimização, apesar de não ser um critério infalível para a distinção das normas jurídicas, tem em sua aplicação no processo de argumentação jurídica e justificação das decisões judiciais forte utilidade para a teoria dos direitos fundamentais.

“(...) Alexy desempenha um importante papel na resolução das colisões entre princípios constitucionais, servindo de parâmetro e baliza conformadora a uma teoria dos direitos fundamentais com pretensões de solidez e eficácia.” (CRISTOVAM, 2005, p. 55)

Por sua vez, em se tratando das regras, a estrutura do direito garantido por esse tipo de norma é do tipo definitivo. Isto é, o direito definitivo deverá ser realizado totalmente no caso concreto, exatamente nos termos definidos pela regra – apesar de as regras possuírem cláusulas de exceções – na maioria dos casos, o raciocínio é de completude na execução do que o mandamento institui. Sobre regras, Alexy expõe o seguinte.

“Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma qualitativa, e não uma distinção de grau.” (ALEXY, 2014, p. 91)

Nesse caso, como não há muito espaço para valorações ou interpretações teóricas por parte do operador do direito, cabe a ele a aplicação clara e objetiva do que é prescrito por esse tipo de norma. Além disso, em razão de as regras exigirem a exata execução daquilo que ordenam, já possuem uma delimitação clara da extensão de seu conteúdo e também levam em consideração as condições fáticas e jurídicas, daí o motivo de valerem definitivamente na medida em que está prescrita.

### **3.3 Colisão entre Princípios e conflito entre Regras**

Para além das diferenciações até aqui elencadas, também é possível observar evidentes distinções entre regras e princípios quando se analisa a forma como se caracterizam os casos de colisões entre direitos e conflitos entre regras. Em geral, esses dois fenômenos se apresentam quando em um dado cenário de aplicação isolada de uma regra ou de um princípio, sua observância levaria a resultados inconciliáveis. Isto é, o *dever-ser* que se apresentaria no caso da aplicação isolada de uma regra ou de um princípio levaria a direções completamente opostas. Entretanto, a forma como o magistrado resolve a ocorrência da colisão ou do conflito é de natureza diferenciada.

Em se tratando de um conflito entre regras, a solução da questão é possível de duas formas: com a inclusão de uma cláusula de exceção em uma das regras, essa cláusula eliminaria o conflito ao antever uma situação e excepcioná-la para que o conflito seja resolvido. Também é possível resolver a situação de conflito por meio de uma medida mais extrema, qual seja a declaração de invalidade de uma das regras em conflito, desde que o primeiro método tenha sido tentado e não tenha logrado êxito. Alexy (2014, p. 92) apresenta muito bem essa colocação da seguinte maneira:

“Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida.”

Complementar a isso, ainda se tratando do conflito entre regras, o critério a ser adotado para a declaração de invalidade da regra deve seguir o brocardo “*lex posterior derogat legi priori e lex specialis derogat legi generali*”, isto é, a declaração de invalidade seguirá o sentido em que a lei mais recente repele a lei mais antiga, além da lei especial que repele a lei geral, não bastando, também é cabível proceder de modo que a lei mais importante prevaleça face da lei menos importante.

Por outro lado, no que se refere a colisão entre princípios, quando dois princípios descrevem condutas contrapostas, um dos dois deverá necessariamente ceder. O ato de ceder, decorre do processo de análise da precedência de um princípio em face de outro, tudo isso dependendo das condições do caso concreto e seguindo um processo instrumental de movimentos que deve ser adotado pelo magistrado para que se construa a argumentação adequada e coerente para determinação de qual princípio será preterido. É importante frisar que em nenhum momento o princípio cedente está diante de uma situação de invalidade ou determinação de cláusula de exceção – como ocorre no caso do conflito entre regras – como se está diante de uma dimensão e estabelecimento de pesos das disposições principiológicas

em um dado caso concreto, esta precedência torna-se completamente inconcebível em âmbito abstrato ou de modo definitivo. De acordo com Alexy (2014, p. 95):

“Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, por si só, de prioridade. O "conflito" deve, ao contrário, ser resolvido "por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes". O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto (...).”

Não bastando, também existem situações de colisões aparentes de direitos fundamentais, que se caracterizam por meio de situações em que se acreditava haver proteção da norma de direito fundamental no entanto, esta foge do âmbito de atuação ou proteção da mesma norma. Desse modo, a mera fixação de parâmetros de proteção elucidada suficientemente a situação a ponto de corrigir a aparência de tensão, sobre o assunto Bessa (2005, p. 01) menciona o seguinte:

"(...) deve-se atentar para o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, cuja incorreta compreensão gera as chamadas colisões aparentes. É mister que se verifique qual parcela da realidade está protegida pelo texto constitucional (...)"

Ainda para o referido o autor, o balizamento do "âmbito de proteção do direito fundamental" contribui para a fixação dos limites de proteção que o valor constitucional abarca, com isso se tem uma melhor noção do seu âmbito e amplitude de proteção (BESSA, 2005, p. 04).

Sendo assim, ao ser estabelecida a precedência condicionada, em se tratando de colisões autênticas – em aspecto concreto – nenhum dos valores contrapostos é declarado inválido já que inexistente o conceito de precedência absoluta. Na realidade, o que ocorre é a fixação de condições específicas capazes de estabelecerem a precedência de um princípio em face do outro, mas essa mesma colisão, em outro caso concreto eventualmente pode ser resolvida de forma completamente diversa se as condições forem outras. É neste ponto que o assunto se torna importantíssimo para o desdobramento do objeto do presente trabalho, qual seja: a colisão de direitos fundamentais e a ponderação como forma de solução.

Optou-se em realizar uma investigação mais aprofundada a respeito de como a nova hermenêutica constitucional, construída a partir de um raciocínio que preza pela aplicação da proporcionalidade e suas máximas parciais, pode ser utilizado para que se estabeleça uma teoria da justificação jurídica que tenha capacidade suficiente de embasar o discurso jurídico racional, além de estar apto a contribuir para a resolução dos problemas referentes a colisão de direitos/princípios fundamentais. A técnica argumentativa adotada aqui, estará pautada em uma sistematização da resolução de colisões concebida a partir de um cenário em que os

métodos clássicos de resolução de antinomias não mais são suficientes, além de buscarem a preservação da unidade do ordenamento, nas palavras de Cristovam (2005, p. 142): "nessas situações de colisão, um princípio constitucional deve ser afastado para a aplicação de outro, como forma de garantir a harmonia e a coerência do ordenamento constitucional." Por isso, o próximo tópico buscará apresentar desdobramentos do método de resolução de colisões por meio de uma técnica ponderativa, racional e coerente.

#### **4 AS COLISÕES DE DIREITOS E A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO: A CONSTRUÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO COMO FUNDAMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS**

No primeiro capítulo, falou-se da contextualização histórica que fundamentou como a dogmática jurídica partiu do jusnaturalismo e chegou até ao chamado pós-positivismo em meados dos eventos que sucederam a Segunda Guerra Mundial. Assim, com a superação da cultura jurídica que adotava a rigidez legalista e a passagem para uma fase em que a constituição se encontrava no topo do sistema jurídico, verificou-se uma nova forma de se entender os princípios constitucionais. Diante dessa conjuntura, viu-se como propícia a possibilidade do desenvolvimento de novas técnicas de argumentação jurídica relacionada com a teoria dos direitos fundamentais – pautada a partir da devida observância do princípio da dignidade humana – e retomada da harmonização entre direito e ética.

O segundo capítulo por sua vez, refere-se às questões conceituais das normas jurídicas, nele são evidenciados aspectos de diferenciação entre princípios e regras com base na Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, nele também se aborda o fato de uma colisão entre princípios constitucionais encontrar solução no campo dos valores e faz referências a ponderação de interesses como forma de solucionar essa tensão. Menciona-se que ao se buscar a resolução de uma colisão, devem ser consideradas as circunstâncias do caso prático e para melhor elucidação dos institutos que serão abordados no presente capítulo, optou-se por primeiramente construir conceitos referentes as regras e princípios e suas diferenciações para que, em seguida, fossem desenvolvidos os aspectos que permeiam a questão do processo de ponderação e sopesamento de valores.

A partir de agora, o objetivo central do presente capítulo será apresentar uma ordenação metodológica e racional de como se pode desenvolver considerações adequadas à solução de uma colisão de direitos. Com base principalmente nos conceitos referentes à relação entre ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, construiu-se uma investigação que tem o propósito de ordenar a ponderação jurídica – técnica de solução de conflitos normativos em tensão que não são resolvidas por técnicas hermenêuticas tradicionais – e para tanto serão introduzidas questões relativas a racionalidade e justificação das decisões judiciais, formas de identificação dos enunciados normativos em tensão; identificação dos fatos relevantes e sua comunicação com os enunciados normativos sobre os fatos e por fim, a forma propriamente dita de se delinear a fase ponderativa e decisória, de modo que se busque o encurtamento da influência da subjetividade nas decisões e se amplie a controlabilidade das determinações que limitam direitos fundamentais.

#### **4.1 Breves considerações a respeito da ampliação da importância da ponderação como forma de interpretação jurídica na contemporaneidade**

A gradativa utilização da ponderação como uma técnica de solução para conflitos normativos pode ser brevemente abordada a partir de aspectos de cunho sociológico, jurídico e político. O primeiro aspecto, pode ser detectado a partir do retorno da comunicação entre direito e uma nova moral – no contexto pós segunda guerra mundial e os horrores praticados pelo nazismo – aliado a superação do positivismo e a modificação na aplicação do direito positivado. O resgate do reconhecimento à importância atribuída aos princípios e valores se deu de tal forma que se buscou o desenvolvimento de novas técnicas hermenêutica capazes de preservar ideais tão caras à toda a sociedade por meio da inserção de princípios jurídicos no ordenamento.

Diante dessa realidade, houve uma grande expansão da forma como se compreendia a interpretação jurídica de modo que, diante de um ordenamento jurídico mais aberto e com maior abstração, a aplicação dos valores na realidade prática exigiu maior comprometimento por parte do intérprete do direito na hora de fundamentar a construção da norma jurídica conforme o tempo, o espaço e as circunstâncias do caso, o que pode levar à ocorrência de colisões. Sobre esse aspecto sociológico, Barcellos (2005, p. 10-11) faz a seguinte colocação:

“(...) cartas compromissórias – como é o caso da Constituição de 1988 – refletem, de forma nítida ou distorcida, sociedades plurais, em vários níveis. O mesmo texto constitucional consagra valores diferentes, opções e interesses políticos diversos e direitos que, em vários de seus desenvolvimentos, poderão se chocar reciprocamente. Essa pluralidade exigirá do intérprete um esforço todo especial – e também técnicas próprias – a fim de preservar cada uma das disposições envolvidas, definir-lhes os contornos e manter a unidade da Constituição”.

A partir desse contexto de maior indeterminação dos conceitos jurídicos se nota a utilização de cláusulas e expressões gerais como um elemento chave para a ampliação do papel da interpretação jurídica no ordenamento. Assim, em relação com o ponto de vista político, pode-se assinalar o fenômeno da transferência da discussão política do âmbito das esferas de representação política para o judiciário de modo que se exige ainda mais daquele que aplica a lei a preservação da intenção do legislador sem que o contexto social atual seja abandonado o ignorado. Sobre isso, menciona-se o seguinte:

“(...) parte da sociedade (no Brasil e também em outros países), descrente do processo político normal, alimenta a expectativa de que o Judiciário seja afinal um espaço onde possam desenvolver-se de maneira mais lisa a discussão e a definição de políticas públicas.” (BARCELLOS, 2005, p. 16)

Importante ressaltar que a judicialização da política e das relações sociais não é o melhor caminho pois os Poderes Legislativo e o Executivo são as instâncias políticas tradicionalmente instituídas para discutirem sobre os aspectos referentes às causas

sociopolíticas. Este chamado ativismo jurídico não é preferível dentro do ordenamento, já que existem outros Poderes do Estado constituídos para fomentar as discussões sobre os mais variados temas importantes à sociedade, no entanto também é importante mencionar que, por outro lado, a judicialização também se mostra como uma característica do fortalecimento da democracia e do Judiciário no país.

Sobre essa questão Barroso (2017, p. 445-446) e Streck (2016, p. 723) versam sobre o fato de o STF – além do Judiciário como um todo – ter se feito presente em uma enorme gama de decisões de relevância política, social ou moral. Esta participação marcante, que se desenhou muitas vezes em virtude das características do próprio sistema jurídico brasileiro e não por uma mera faculdade, está diretamente relacionada aos instrumentos de controle de constitucionalidade (concentrado e difuso), assim, uma vez feita a provocação não há como deixar de se pronunciar sobre a lide. Para tanto, é importante prezar pelo respeito aos liames democráticos da decisão de modo que esta deva estar em consonância com as exigências do ordenamento de modo que as escolhas exercidas na sentença judicial deverão representar não só uma mera livre escolha motivada mas também deve considerar a observância da responsabilidade política do juiz.

Sendo assim, perante esse apanhado de constatações, é possível desde já embasar a afirmação da necessidade do melhor desenvolvimento possível da técnica da ponderação. Este procedimento, tão caro à atual sociedade, permite ressaltar que a investigação feita no presente trabalho buscará responder a questionamentos referentes ao motivo que justifica a utilização da ponderação, a importância dessa ferramenta, a sua necessidade de aplicação, além de seus limites e parâmetros de aplicabilidade, além disso, também se buscará a apresentação de elementos capazes de distinguir a ponderação de modelos clássicos de hermenêutica, entre outros aspectos.

## **4.2 Aspectos preliminares sobre Técnica da Ponderação**

### **4.2.1 O que é a Ponderação? como ela se diferencia das técnicas hermenêuticas clássicas?**

De imediato já é possível afirmar que a ponderação se trata de uma técnica jurídica que visa a solução de conflitos normativos em caso de tensão entre valores que a princípio representam decisões políticas. Esses conflitos, por sua vez, não podem ser resolvidos por meio dos métodos hermenêuticos clássicos. Sendo esse aspecto, o primeiro ponto que demarca a diferenciação entre a ponderação e os outros métodos de interpretação jurídica.

Conforme a lógica de Alexy, uma vez que os princípios são caracterizados como comandos de otimização e sua realização somente pode ser executada dentro das máximas

possibilidades, a ponderação atua de modo a sopesar e regular como se consolidará a dimensão de aplicação de fato em caso de uma situação real de tensão. Barcellos (2005, p. 28) afirma que apesar de os critérios de ordem temporal, hierárquica e especialidade continuarem sendo de plena utilidade para a resolução de antinomias, seja em âmbito constitucional ou infraconstitucional, a ponderação não se confunde com aqueles métodos e também não visa substituí-los. Sendo assim, uma das primeiras grandes questões na presente atividade visa explorar quais são os aspectos que diferenciam a ponderação das fórmulas hermenêuticas tradicionais. Sobre isso, tem-se o seguinte:

“(...) há uma distinção metodológica entre a ponderação e essas outras técnicas e há também uma distinção material entre os conflitos normativos de que elas se ocupam. Na verdade, a distinção material provoca, de certa forma, a metodológica.” (BARCELLOS, 2005, p. 29)

Uma vez que os elementos de interpretação tradicionais – temporal, hierárquico e especialidade – agem sob o método da subsunção e da lógica ordinária do direito, alternativamente a isso, a ponderação não se vale da subsunção para resolver a tensão normativa. Sobre o raciocínio subsuntivo Barcellos (2005, p. 30-31) faz uma descrição mencionando que, em primeiro lugar identifica-se uma premissa maior (compostas por um ou mais enunciados normativos), esta premissa maior incide sobre uma premissa menor (composta por um conjunto de fatos relevantes) e da sobreposição entre premissas se tem uma consequência, qual seja: a aplicação de uma norma específica ao caso e o afastamento de qualquer outra incidência normativa.

Mas, para o caso da ponderação, por sua vez – nas palavras da mesma autora – como não é possível se reduzir o conflito normativo à incidência de uma única premissa maior, em virtude de existirem diversas premissas maiores, igualmente válidas e vigentes (situação fruto da ausência de hierarquia entre os princípios, edição simultânea das disposições e inexistência da relação de generalidade e especialidade entre elas), acaba-se ficando diante de diversas soluções contraditórias, nascendo a colisão entre direitos. Assim, diante desse cenário, ao considerar todas as premissas maiores, a lógica da ponderação reside justamente no fato de ser alternativa à subsunção de modo que visa encontrar uma solução para a colisão (BARCELLOS, 2005, p. 31-33).

Além do aspecto metodológico que diferencia a ponderação das técnicas clássicas, também é possível mencionar a questão da natureza dos conflitos normativos. As situações de tensão resolvidas pela ponderação são reflexo de um confronto entre valores que coexistem na constituição e que entraram em rota de colisão em virtude de uma conjuntura particular. É perante essa situação de particularidade e a busca pela preservação da unidade constitucional

que os critérios de resolução da colisão não são facilmente extraídos do ordenamento, com isso, percebe-se mais uma característica que expõe a impossibilidade de a subsunção atuar nessa forma solução, com isso se abre caminhos para que a ponderação possa agir de modo mais eficiente na resolução da problemática.

Dito isso, finalmente se chega ao conceito mais completo e adequado de ponderação, qual seja: "técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais" (BARCELLOS, 2005, p. 35), a partir desse conceito, será possível chegar-se a uma melhor delimitação do objeto de investigação deste capítulo, e aprofundar o desenvolvimento da técnica instrumental de resolução de colisão de direitos direcionada ao intérprete do direito para que este lance mão de um recurso procedimental que oriente e limite a decisão jurisdicional dentro de parâmetros racionais.

#### 4.2.2 A importância da racionalidade e da justificação para a técnica da ponderação

Pelo fato de a técnica da ponderação exigir uma ordenação metodológica e formulação de parâmetros para a sua aplicação adequada, questões relacionadas a racionalidade e justificação das decisões se tornam fundamentais ao tema. Barcellos (2005, p. 41) faz levantamentos pertinentes quanto a racionalidade e justificação das decisões que empregam a ponderação como método de resolução do problema já que a técnica em questão se propõe a solucionar antinomias complexas que estão amplamente relacionadas a valores e orientações políticas contrastantes mas igualmente positivados constitucionalmente. O fato de as decisões não serem definidas com base na subsunção e utilizarem critérios que não são podem ser encontrados explicitamente no texto jurídico faz com que a sua legitimidade decorra quase que completamente da racionalidade empregada e também da capacidade de justificação da escolha e da precedência empregada pelo intérprete do direito, tudo isso manuseado de forma organizada e construída metodologicamente.

Inicialmente é possível afirmar que a racionalidade das decisões jurídicas está conectada a duas situações: i) a capacidade de o intérprete conectar-se com o sistema jurídico; e, ii) a racionalidade construída na argumentação capaz de explicar a escolha de um dado viés em face de outro, caso haja uma variedade de possibilidades dentro do sistema jurídico. Isto é, quando o sistema indica mais de uma solução possível não basta somente se conectar com o sistema jurídico, também é fundamental que se responda racionalmente a motivação da escolha dentro das possibilidades existentes. Sobre o assunto, temos o seguinte:

“(...) a vinculação da decisão judicial ao sistema jurídico em vigor é um primeiro elemento de racionalidade; ao demonstrar essa vinculação de forma consistente, a

decisão judicial se beneficia da presumida racionalidade do sistema jurídico e, sobretudo, da contida em seu elemento central: a Constituição” (BARCELLOS, 2005, p. 44).

A justificação, por sua vez, está relacionada à necessidade de se explicar as razões pelas quais a decisão foi tomada frente as outras possíveis, também compreendida como o dever de motivar, muito além da disposição constitucional, o magistrado encontra-se na posição de exercício de uma justificação da decisão na qualidade de agente do Poder Público, "quando o juiz emprega a técnica da ponderação, essa necessidade é potencializada: se há uma variedade de soluções nesses casos, é preciso demonstrar o motivo [da escolha]" (BARCELLOS, 2005, p. 47). Deriva daí a importância de se construir uma decisão sólida e racional por meio do aprimoramento da metodologia de aplicação da ponderação nos casos em que a técnica é exigida, desse modo busca-se consequentemente a redução da interferência da subjetividade daquele que interpreta e aplica o direito, preservando-se o conteúdo das normas e atribuindo-se máxima previsibilidade a decisão.

### **4.3. A técnica da ponderação e suas três etapas**

Por meio da construção de um modelo tecnicamente ordenado, a ponderação pode ser empregada nas decisões judiciais de forma mais racional, conclusiva e aprimorada. Barcellos (2005, p. 91-92) concebe a proposta em três etapas sucessivas da seguinte forma: i) primeiramente: identificam-se os enunciados normativos em tensão com o intuito de agrupá-los em função da solução normativa que sugerem para o caso concreto; ii) em seguida: procede-se na feitura de uma apuração dos fatos relevantes e sua repercussão em face das diferentes soluções indicadas pelos grupos da fase anterior; finalmente, iii) em um terceiro momento: decide-se sobre a colisão e é nesse momento que verifica-se qual das soluções prevalecerá, sua motivação e como se dará a restrição ao direito que cedeu em face do outro.

#### **4.3.1 Primeira Etapa: identificação dos enunciados normativos em tensão**

Inicia-se a técnica da ponderação pela identificação dos enunciados em colisão já que são eles que dão razão à utilização do mencionado recurso. Como já dito, a adoção da técnica da ponderação somente entrará em cena caso os métodos clássicos/ordinários não sejam capazes de dirimir o problema, sendo assim, após efetivamente verificado que a ocorrência da disputa entre valores políticos de fato não é passível de solução por vias tradicionais, cuida-se para que os dispositivos colidentes sejam cuidadosamente identificados. Nas palavras de Barcellos (2005, p. 96) temos o seguinte: "o importante é que todos os enunciados normativos pertinentes sejam identificados nesse primeiro momento da ponderação, ou ao menos que se tente produzir o quadro mais completo possível (...)”.

Uma observação importante a respeito da primeira fase da ponderação, tange a questão dos interesses/valores/bens/argumentos legitimados a compor o processo de ponderação judicial. Isso é, para que um elemento seja autêntico o suficiente a ponto de figurar nesta primeira fase é fundamental que estes interesses encontrem suporte no ordenamento jurídico. Dito isso, vejamos:

“É certo que não basta a indicação ritualística de um enunciado normativo qualquer para que se encontre satisfeita a exigência. A consistência do vínculo entre a pretensão e o ordenamento jurídico será submetida a controle argumentativo ao longo da ponderação, sobretudo tendo-se em conta que pretensões opostas podem justificar-se a partir do mesmo sistema.” (BARCELLOS, 2005, p. 101).

Também é importante atentar-se para a diferença entre norma e enunciado normativo. Quando se fala em enunciado normativo significa dizer que está se referindo ao texto propriamente dito da legislação, é a proposição jurídica constante no documento oficial, por sua vez, quando se trata da norma, fala-se em outras palavras do desencadeamento da solução para o caso concreto, isto é, fala-se no produto que deriva da incidência, apreciação ou até mesmo aplicação do enunciado normativo, portanto, é possível que se encontre fundamentos em um ou mais enunciados normativos ou até mesmo no sistema como um todo, no entanto, não é possível afirmar que um mesmo enunciado desencadeie normas diversas. Barcellos (2005, p. 106-107) menciona que a norma corresponde ao comando extraído do enunciado que incidirá na circunstância do fato, assim o que deverá ser identificado na primeira fase da ponderação será o enunciado normativo e não a norma. Assim, já que a ponderação versará sobre o resultado/solução do caso, isto é, qual norma deve ser extraída da gama de enunciados capazes de incidirem na hipótese em discussão, não se pode iniciar o processo pelo fim ou pela identificação direta da eventual norma que prevalecerá no caso concreto.

Importante dizer que o propósito dessa ordenação do raciocínio ponderativo objetiva submeter a "intuição" do intérprete a controles de racionalidade e juridicidade de modo que se teste a consistência da decisão. Além disso, ainda nesta fase primeira, após identificados os enunciados pertinentes, orienta-se à uma ordenação no sentido de indicar as possíveis soluções preliminares ao caso de modo que desde já se inicie a observação a respeito de qual valor terá precedência mais a diante.

No mais, é na primeira etapa que haverá a observação de alguns aspectos que conduzirão à decisão, tais como a identificação dos enunciados normativos que fundamentam as normas em tensão, a análise da existência de uma colisão autêntica e a consideração de todos os enunciados pertinentes ao caso, além disso, também deve-se observar se de fato não

é possível a aplicação de métodos hermenêuticos tradicionais (já que estes continuam sendo a “regra primeira” na resolução de antinomias).

#### 4.3.2 Segunda Etapa: identificação dos fatos relevantes

Em se tratando da segunda fase, a análise recai sobre os aspectos concretos do caso e sua relação com os elementos normativos. A primeira tarefa a ser executada refere-se ao levantamento dos fatos relevantes, esses mesmos fatos exercerão considerável influência no peso ou grau de importância a ser reconhecido aos enunciados normativos – estes que foram identificados na fase anterior – pois é no atual momento que se estabelecerá a relação entre os aspectos jurídicos e a realidade fática. Em um segundo momento, será feita a análise da repercussão dos fatos sobre os enunciados normativos, pois sabe-se que essa repercussão pode se dar de formas distintas a depender das possíveis soluções preliminares encaradas na primeira fase. Explica-se melhor da seguinte forma, na segunda fase o intérprete deverá cogitar todas as possibilidades fáticas que incidem sobre soluções diversas apresentadas na primeira fase, assim, desde que se observe qual atende o mais amplamente possível às pretensões do caso até a que mais restringe direitos (BARCELLOS, 2005, p. 122).

Ora, é a partir da correlação entre os enunciados normativos e os fatos concretos propriamente ditos – que englobam todas as particularidades relevantes do caso – além do leque de soluções possíveis apresentadas na primeira fase, que será possível sustentar racionalmente a última fase que trata do momento decisório. Quando se observa como cada solução para a tensão se comportará diante das respectivas restrições que opera em face do direito que cedeu, é evidente que essas possibilidades produzirão equilíbrio diferenciado para os enunciados em tensão. Isto é, sempre que possível, o intérprete deverá cogitar todas as possibilidades, do maior grau ao menor grau de conformação/limitação aos direitos em rota de colisão, assim esses dados levantados permitirão apurar melhor, na terceira etapa, como se chegará à concordância prática entre os valores colidentes.

#### 4.3.3 Terceira Etapa: decisão

Identificados os elementos fáticos e normativos fundamentais para a caracterização do caso em tensão, enfim chega-se à fase decisória. É nesse estágio da ponderação que “(...) se estará examinando conjuntamente os diferentes grupos de enunciados, a repercussão dos fatos sobre eles e as diferentes normas que podem ser construídas” (BARCELLOS, 2005, p. 123), é nesse momento que os pesos a serem atribuídos aos elementos em disputa servirão de embasamento para conciliar ou preponderar os elementos normativos de modo que se definirá qual norma dará solução ao caso concreto.

Sobre esse momento, é importante fazer uma observação: em razão de a ponderação não ser capaz de oferecer respostas objetivas e materiais do caso, tais como: qual peso deve ser atribuído a cada elemento normativo, qual solução deve prevalecer, entre outros, deve-se ter em mente que a presente técnica é de natureza instrumental de modo que a organização da construção de um raciocínio ponderativo apesar de vazia de conteúdo, é capaz de auxiliar amplamente no processo decisório já que torna os elementos normativos e fáticos mais visíveis para se tomar uma decisão. Em outras palavras, as etapas aqui descritas são úteis na condução do raciocínio e ordenação da argumentação, mas não fornecem parâmetros materiais para fundamentar uma escolha diante dos elementos em colisão – esses critérios serão desenvolvidos mais a diante a partir da análise da regra da proporcionalidade e suas sub-regras – o que importa no momento é mencionar que existem três diretrizes capazes de orientar o intérprete ao se proferir uma decisão, que a partir das perspectivas de Barcellos (2005) são: i) pretensão de universalidade; ii) concordância prática dos enunciados normativos em rota de colisão; e, por fim, iii) núcleo dos direitos e sua limitação a ponderação.

Ao se falar em expressão da pretensão de universalidade, o que se aspira enfatizar é a questão da argumentação jurídica e o emprego de uma generalidade que seja capaz de traduzir a intenção do magistrado. Isto é, os argumentos e as razões devem fazer sentido para todas as pessoas e não somente para um grupo específico, assim as razões que justificariam a decisão devem ser acessíveis para toda a comunidade e o raciocínio empregado deve “(...) utilizar categorias comuns a todos e, nesse sentido, ser universal, de modo a ser compreendido racionalmente por todos dentro de um determinado sistema jurídico” (BARCELLOS, 2005, p. 129). Não bastando, também existe uma outra face do universalismo da decisão, este tange a capacidade de a solução ser generalizada a ponto de se aplicar para outras situações semelhantes ou equiparáveis em caso de existirem casos similares.

A segunda diretriz, que trata da busca pela concordância prática, tem como o principal objetivo alcançar a harmonização dos elementos em choque de modo que nenhum deles saia completamente prejudicado na hipótese em decisão. Entende-se a concordância prática como uma forma de justificação jurídica capaz de atender às exigências de coerência no processo de justificação, e em outras palavras, ao combinar os bens evita-se o sacrifício total de um deles em relação ao outro e preserva-se a integridade do ordenamento (BARCELLOS, 2005, p. 133). Diante das variadas possibilidades de decisão oferecidas pelo caso, o intérprete deverá escolher a solução que produz o melhor equilíbrio e a menor restrição aos elementos em discussão, mas é evidente que essa tarefa não é fácil, sobre os empecilhos da realidade

prática/fática Barcellos (2005, p. 137) preceitua que inexiste um instrumento capaz de medir e verificar se há ou não igualdade em um dada restrição aplicada, não bastando, é possível perceber que alguns elementos normativos podem apresentar maior relevância em abstrato ou em concreto do que outros, assim a sua restrição – mesmo que mínima – poderá ser inconcebível, aliado ao fato de que as circunstâncias de cada caso, qualificadas por variados fatores jurídicos, podem atribuir maior ou menor relevância aos elementos em tensão.

O terceiro aspecto é o que trata do núcleo ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Apesar de não possuir previsão formal no Brasil, sobre o assunto é possível partir do pressuposto de que nem o legislador, muito menos o juiz, podem restringir os direitos fundamentais a ponto de os tornarem vagos ou insignificantes, vinculando isso a garantia do núcleo do direito, existe a possibilidade de aplicação de conformações, isto é, mesmo que haja a vedação à “inutilização” do direito, é plenamente possível restringir valores em caso de tensões específicas. E é exatamente nesse ponto que a conformação se relaciona com o núcleo essencial já que essa restrição não pode esvaziar o sentido essencial dos direitos e seu "sentido último" deverá ser sempre respeitado (BARCELLOS, 2005, p. 141).

Sendo assim, em resumo do que foi apresentado sobre os passos que conduzem à decisão da ponderação, tem-se o seguinte: i) identificação dos enunciados normativos em colisão; ii) seleção das circunstâncias fáticas relevantes; e, ii) decisão. No momento da decisão, apesar de a técnica não fornecer parâmetros materiais de decisão por se tratar de uma técnica instrumental, deve se atender à três diretrizes: a) pretensão de universalização da decisão; b) alcance da concordância prática dos enunciados em tensão; e, c) respeito ao núcleo dos direitos fundamentais onde a decisão que deriva do processo de ponderação jamais poderá violar o núcleo dos direitos fundamentais.

Refletindo-se a respeito do aspecto técnico e instrumental da ponderação, elegeu-se o próximo tópico para versar a respeito da regra da proporcionalidade e suas sub-regras, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, com o intuito de trazer mais “conteúdo” à decisão final da ponderação, como afirma Silva, o exame da terceira sub-regra significa literalmente a análise do mandamento de ponderação ou sopesamento propriamente dito, isto é: "quando dois ou mais direitos fundamentais colidem, a realização de cada um deles depende do grau de realização dos demais e o sopesamento entre eles busca atingir um grau ótimo de realização [sendo essa otimização o próprio resultado do sopesamento]" (p. 44, 2002).

#### **4.4 A regra da proporcionalidade e suas três sub-regras: atribuindo conteúdo à decisão ponderativa**

A análise da regra da proporcionalidade e seus três desdobramentos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) tem a intenção de tornar sua aplicação melhor aproveitada em situações concretas. De imediato, inicia-se mencionando sobre a importância de se atentar para o ordenamento pré estabelecido desses sub-regramentos, quais sejam: a análise primeira se dá no campo da adequação, em seguida da necessidade e por fim da proporcionalidade em sentido estrito. Este ordenamento, por sinal, torna-se ainda mais importante quando se reporta ao caráter de subsidiariedade dessas sub-regras, já que se o intérprete observar durante a decisão a existência de abusividade já no campo da adequação, por exemplo, as análises da necessidade e proporcionalidade estrita tornam-se desnecessárias pois a medida adotada já pode ser considerada desproporcional. Sobre o assunto Virgílio da Silva (2002, p. 34-35) reflete da seguinte forma:

"(...) análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito."

Dito isso, agora parte-se para um balanço individualizado de cada um dos sub-regramentos da proporcionalidade.

##### **a) Adequação**

Uma decisão adequada é aquela em que o meio utilizado para que sua realização seja fomentada ou promovida, ainda que não seja completamente realizado. Segundo Virgílio da Silva (2002, p. 36-37), uma medida estatal adequada é aquela capaz de fazer com que seu emprego atinja seu objetivo pretendido de forma legítima ou ao menos (esse mesmo objetivo) seja fomentado, por sua vez, uma medida inadequada seria aquela em que sua utilização não seja capaz de em nada contribuir para fomentar seu propósito.

##### **b) Necessidade**

Um dado ato proveniente do Estado que enseja na limitação de um direito fundamental somente seria necessário se a realização do objetivo a ser perseguido não fosse promovida com a mesma intensidade por outro meio "menos limitador". Para Virgílio da Silva a

distinção entre a primeira sub-regra, adequação, e a necessidade está na necessidade de comparação, vejamos:

"A diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto que o da adequação é um exame absoluto." (SILVA, 2002, p. 38)

Ao vislumbrar outras medidas menos invasivas, por assim dizer, e que sejam capazes de igualmente promoverem o objetivo inicial com a mesma intensidade, entende-se que a primeira medida – a mais invasiva – não é cabível e por isso não é necessária. Ao fazer um levantamento de todos os direitos atingidos pela medida, deve-se buscar outra igualmente eficaz que evite ao máximo o comprometimento de direitos, ou que os comprometa em menor veemência. Assim, em resumo, a análise da necessidade perpassa dois momentos: i) a verificação de qual direito está na iminência de sofrer alguma restrição; em seguida, ii) investigação da possibilidade de adoção de medidas alternativas e menos restritivas.

#### c) Proporcionalidade em sentido estrito

Por fim, ainda que uma medida limitadora de direitos com a intenção de promover outro(s) direito (s), seja adequada e necessária com base nos conceitos mostrados até o momento, para ser considerada proporcional, é necessário passá-la pelo crivo da proporcionalidade em sentido estrito, segundo menciona Virgílio da Silva (2002, p. 40) a proporcionalidade em sentido estrito representa um processo de "sopesamento entre a intensidade da restrição ao direitos fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva". Assim, para que uma medida seja considerada desproporcional no sentido estrito do regramento basta que os motivos que fundamentam a adoção de alguma medida não sejam capazes de justificar a restrição ao direito fundamental atingido. Sendo assim, em outras palavras, deve ser analisado se a proteção almejada inicialmente justifica a limitação de outro direito para o alcance do primeiro.

Isto posto, e atravessados os aspectos de caracterização de cada uma das sub-regras, é possível compreender o motivo de a aplicação da regra da proporcionalidade para solução de colisões entre direitos fundamentais ser tão importante. Sendo essa técnica decorrente da estrutura dos direitos fundamentais e considerando os princípios mandamentos de otimização, é justamente por isso que estes devem ser realizados em sua maior possibilidade fática e jurídica. A abordagem da proporcionalidade se dá justamente com a intenção de se aplicar os direitos fundamentais de modo otimizado conforme a realidade de cada caso concreto. Assim, após passar por três blocos de análise doutrinária a respeito da colisão de direitos

fundamentais, no quarto e último momento será abordada uma questão concreta a respeito do assunto de colisões a partir da análise e contextualização do acórdão que decidiu sobre as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.586/DF e 6.587/DF referentes a determinação da obrigatoriedade/compulsoriedade da vacinação da população brasileira contra o vírus da Covid-19.

## **5 O JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.586/DF E 6.587/DF – UM CASO CONCRETO DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ANÁLISE TEÓRICA/PRÁTICA DA PONDERAÇÃO**

### **1. UM BREVE RETROSPECTO SOBRE A PANDEMIA**

A pandemia<sup>1</sup> causada pela *Covid-19* é uma epidemia que até o momento encontra-se em curso e que se alastrou por todos os continentes do globo terrestre, os primeiros diagnósticos são datados do ano de 2019, com localização na cidade de Wuhan situada na planície ocidental da China. Causada pelo coronavírus ou *SARs-CoV-2*, a doença é capaz de desencadear a chamada "síndrome respiratória aguda grave", um quadro complexo de sintomas que pode evoluir à morte da pessoa infectada. Até o dia 12/07/2022 o registro realizado pela organização “*Our World in Data*”<sup>2</sup> apontava um total de 557 milhões de casos no mundo inteiro, além de 6,35 milhões de vidas perdidas ao redor de todo o planeta terra, além disso, os três países com os maiores índices de casos e mortes indicados eram Estados Unidos, Índia e Brasil.

Em se tratando dos elevados índices de contaminação pela doença, segundo mostram pesquisas na área, estes números se dão em virtude da elevada capacidade de transmissibilidade e consequente distribuição global do vírus que, na maioria das vezes, se espalha entre as pessoas por meio do contato direto com gotículas produzidas pelas vias respiratórias dos infectados. Além disso, também a partir das análises dos índices de letalidade, a *Covid-19* se apresentou como uma doença de grande transmissibilidade e gravidade clínica (FREITAS; NAPIMOGA; DONALISIO, 2020).

De maneira direta e com base em informativos presentes no *site* do Ministério da Saúde, as evidências apontam que – tal qual outros vírus que atacam as vias respiratórias – o *SARS-CoV-2* é transmitido principalmente de três modos: por meio de contato direto, contato com gotículas ou aerossóis. A transmissão por contato se dá, como dito, pelo contato direto com uma pessoa infectada seguida do toque em regiões da face como olhos, nariz ou boca, além disso, também é possível se contaminar a partir de objetos, no entanto, a transmissão por gotículas – mais eficiente para o contágio – pode ser desencadeada por meio da exposição a gotículas respiratórias propagadas pela tosse ou espirro.

---

<sup>1</sup>Conceito compreendido como uma epidemia, isto é, um aumento do índice de uma dada doença infecciosa, que se alastra por uma ampla área e afeta uma quantidade considerável de pessoas (SILVA, 2022, p. 07; 28)

<sup>2</sup> Dados levantados pela organização “*Our World in Data*” sob tutela da Universidade de Oxford, é especializada na divulgação de dados analíticos de relevância mundial.

Por último, em se tratando da transmissão por aerossol, é possível afirmar que gotículas respiratórias menores são capazes de ficar em suspensão no ar e, por sua vez, gerarem a contaminação de um grande grupo de pessoas. Diante dessa realidade, surgiu a importância de se buscar medidas sistemáticas de resposta e enfrentamento à situação de emergência causada pela pandemia do coronavírus, entre as medidas não farmacológicas indicadas pode-se mencionar: a) distanciamento social; b) etiqueta respiratória e atenção à higiene pessoal; c) uso adequado de máscaras faciais; d) limpeza e desinfecção de ambientes; e, por fim, e) isolamento de casos suspeitos e confirmados, combinado com a quarentena para aqueles que tiveram contato com casos confirmados.

Quanto as medidas de combate que tem caráter farmacológico, existiam à época do início da crise da doença somente medicamentos capazes de tratar pontualmente os sintomas causados pela infecção do vírus, além disso, também não houve até o momento a distribuição de medicamentos capazes de prevenir adequadamente a infecção de modo que, ainda que existam remédios experimentais, nenhum foi capaz de ser desenvolvido o suficiente a ponto de ser fornecido em massa para a população geral. No entanto, em meados do fim do ano de 2020, houve o eficiente desenvolvimento de diversas vacinas aptas a promoverem o desenvolvimento de anticorpos capazes de combaterem a infecção do coronavírus.

Em novembro de 2020, as empresas Pfizer Inc., Moderna e a Universidade de Oxford (em colaboração com a AstraZeneca) anunciaram resultados satisfatórios quanto às análises provisórias das vacinas de Fase III. Mais tarde, em dezembro do mesmo ano, sucedeu-se a aprovação pela agência reguladora competente do Reino Unido da vacina Pfizer-Biontec, que na prática significaria a confirmação oficial de que o imunizante seria seguro e eficaz (BATISTA; GUEDES, 2021, p. 92). Enquanto isso, na mesma época no Brasil, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ainda não havia aprovado nenhum imunizante no país. Somente mais tarde, em 17/01/2021, houve a autorização para uso emergencial das vacinas CoronaVac e da Universidade de Oxford contra a Covid-19 (G1, 2021).

E é no ponto que tange a questão das vacinas de combate a Covid-19 que o presente trabalho pretende estabelecer uma análise relacionada ao assunto da colisão de direitos fundamentais. A abordagem jurídica sobre as vacinas – e a possibilidade legal de sua obrigatoriedade e aplicação compulsória – no contexto da pandemia da Covid-19, será capaz de estabelecer uma ilustração a respeito da questão das colisões e da ponderação de valores por meio da análise do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.586/DF e 6.587/DF.

### **5.1 Considerações sobre o estudo de caso das ADI'S nº 6.586/DF e 6.587/DF e a colisão de direitos fundamentais**

O julgado aqui apresentado trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.586 Distrito Federal julgada em conjunto com a ADI nº 6.587/DF, que teve a deliberação feita no plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) no dia 17/12/2020. A relatoria em questão ficou a cargo do Ministro Ricardo Lewandowski e as partes que compunham a ação foram: o Partido Democrático Trabalhista (PDT) que figurou como autor da ADI nº 6.586/DF e o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) autor da ADI nº 6.587/DF, enquanto a legitimidade passiva, em ambas, foi composta pelo Presidente da República e o Congresso Nacional.

Preliminarmente ressalta-se que o STF é o órgão mais adequado para a apreciação da matéria visto que, conforme atribuição expressa da Constituição (art. 101, *caput* e I, a, CFRB), cabe ao STF a guarda da carta magna brasileira além do processamento e julgamento originário das ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Dada a natureza constitucional dos bens em colisão, quais sejam em suma: a liberdade individual e a proteção à saúde coletiva em sede da Lei 13.979/2020 – que dispôs sobre as medidas de enfrentamento da pandemia da Covid-19 – desde agora é possível afirmar que se entende por fundamental a análise das questões aqui presentes por meio da ótica do controle concentrado.

Em se tratando da data do julgamento da ação, realizado em meados de dezembro do ano de 2020, fica evidente que o contexto da realidade brasileira à época se tratava de muita instabilidade causada pela pandemia da Covid-19, inclusive o país contava com os piores índices de mortes e contaminação até aquele momento (G1, 2020). Pode-se afirmar que além dos problemas causados pela sobrecarga dos serviços de saúde da rede pública e privada, também percebeu-se que a economia do país se encontrava enfraquecida em razão do fechamento de empresas, restrição do funcionamento de empreendimentos nos mais diversos setores; redução do tempo de funcionamento de lojas, comércios e serviços; a mão-de-obra em geral encontrava-se adoecida ou impedida de trabalhar devido as medidas de restrição, entre outros aspectos relacionados indiretamente, tais como impedimento do acesso à faculdades, escolas e creches e também dificuldade no acesso à serviços públicos não essenciais.

Assim, perante essas circunstâncias, fica claro que ao se julgar sobre a constitucionalidade da determinação da obrigatoriedade/compulsoriedade da vacinação da Covid-19, o Poder Público, além de estabelecer uma modulação sobre como o conceito de obrigatoriedade seria encarado, também contribui para o retorno seguro e gradual da

população às atividades básicas de trabalho, estudo e lazer, a partir do controle das mortes e contaminações pelo vírus.

Quanto aos aspectos referentes a identificação dos dispositivos questionados – este é o primeiro passo para se iniciar a ponderação de uma decisão<sup>3</sup> –, o PDT ajuizou a ADI com pedido de interpretação conforme os arts. 6º, 22, 23, 24, 26, 30, 196 e 198, da Constituição Federal, ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020<sup>4</sup>, por sua vez, o PTB arguiu pela suspensão da eficácia do mesmo art. 3º, III, d, da Lei nº 13.979/2020 e, alternativamente, a interpretação do dispositivo legal conforme a Constituição para impedir a realização de vacinação compulsória. As disposições dos mencionados enunciados constitucionais versam, resumidamente, sobre direitos sociais – incluindo entre eles o direito à saúde enquanto dever do Estado e direito de todos –, além da organização político-administrativa, dentre ela as competências privativas, comum e concorrentes dos entes e também de suas respectivas competências administrativas.

A partir da leitura da ementa da decisão (Anexo A), é possível afirmar que o STF elaborou apontamentos referentes aos aspectos essenciais do acórdão e também é possível afirmar que a ementa é clara e capaz de levantar os argumentos que melhor definem a decisão dos Ministros. Ao apresentar a tensão de direitos, principalmente entre a determinação da compulsoriedade da vacinação (art. 3º, III, d, da Lei nº 13.979/2020) – com vistas a promover a proteção da saúde coletiva (art. 196 CRFB) – e o contraste com os direitos à liberdade e a vedação ao tratamento degradante (art. 5º incisos II e III CRFB), também buscou-se ponderar sobre o termo “vacinação compulsória” prevista na Lei nº 13.979/2020, de modo que fosse exigida de maneira proporcional e executada indiretamente, de modo não invasivo à integridade corporal daquele submetido à imunização. Portanto, o entendimento formado pelos ministros deu-se a partir da ideia de que o Estado estava autorizado a agir para alcançar o direito à saúde de toda a população, principalmente em circunstâncias tão atípicas como as causadas pela pandemia da Covid-19, mas desde que exercesse essa obrigação dentro das amarras constitucionalmente possíveis e sem descuidar da proteção dos direitos individuais principalmente no que tange a liberdade, dignidade e integridade do sujeito.

### 5.2.1 Do aprofundamento dos fatos

<sup>3</sup> Vide tópico 4.3.1

<sup>4</sup> Art. 3º 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, as seguintes medidas:

(...)

III - determinação de realização compulsória de:

(...)

d) vacinação e outras medidas profiláticas

Perpassadas as questões preliminares sobre o acórdão – quais sejam: identificação do órgão julgador; identificação da ação; as partes; ementa e dispositivos questionados – em um segundo momento, optou-se por desenvolver o aprofundamento dos fatos levantados pelos julgadores de modo a observar a repercussão destes em face dos enunciados normativos em tensão<sup>5</sup>. De início é possível enumerar os seguintes argumentos alegados pelo PDT na ADI nº 6.586/DF:

a) Se faz fundamental o estabelecimento da interpretação conforme à Constituição do enunciado da Lei nº 13.979/2020 que trata da compulsoriedade da vacinação como medida de combate à proliferação do coronavírus frente a um contexto em que o Presidente da República afirma reiteradamente que a vacinação contra a covid-19 não será obrigatória (contrariando a opinião de especialistas da área médica e também a própria literalidade da lei);

b) Também se alegou que a compulsoriedade determinada pelo art. 3º, III, d, da Lei nº 13.979/2020 está amparada em seu §1º pela determinação de embasamento científico e análise de informações estratégicas em saúde que deverão respeitar um lapso temporal mínimo indispensável à promoção e preservação da saúde coletiva, e por isso, a compulsoriedade estaria claramente condicionada a garantia de aspectos referentes à biossegurança;

c) Por fim, quanto ao “princípio da prevenção” que incide na tutela da saúde coletiva amparado pelo art. 6º da Lei nº 8.080/1990 – legislação que dispõe sobre a promoção, proteção e recuperação da saúde, além da organização e funcionamento dos serviços correspondentes – alegou-se que a eficácia da vacinação se encontrava na imunização em massa e por isso garantir o alcance de bons números era fundamental para o enfrentamento do vírus.

De forma divergente, quanto aos argumentos do PTB, sustentou-se principalmente a alegação de que era imperioso determinar que a aplicação dos imunizantes contra a Covid-19 – à época do julgamento ainda não aprovados nem autorizados pelas autoridades competentes do Brasil – fosse facultativa, e não compulsória. Ao invocar a possibilidade de inconstitucionalidade do comando, alegou-se que a permissão da imunização impositiva violaria direitos fundamentais principalmente os referentes à vida, a liberdade individual e a saúde pública da coletividade, de modo que afrontava os arts. 5º, *caput*, 6º e 196 e seguintes da Constituição Brasileira.

---

<sup>5</sup> Vide tópico 4.3.2

De modo subsidiário, requisitou-se a interpretação conforme a constituição do art. 3º, III, d, da Lei nº 13.979/2020 com o intuito de declarar a facultatividade de vacinação pelo fato de inexistirem, segundo alegou o requerente, segurança suficiente quanto aos efeitos colaterais das vacinas e nem certeza quanto à sua eficácia contra o Covid-19.

Feito este apanhado fático, fica melhor evidenciado o motivo de o presente trabalho, nos seguintes tópicos, tratar principalmente da questão da colisão entre os direitos individuais à liberdade e integridade e o direito social à saúde. Adianta-se desde agora que no último tópico do capítulo será executada uma análise a respeito da aplicabilidade dos regramentos que compõem a técnica da ponderação – e a aplicação da regra da proporcionalidade e suas sub-regras – de modo a se comparar a forma como os ministros do STF decidiram pelo caso e como a argumentação sobre a decisão poderia se dar, se fundamentada conforme as bases teóricas apresentadas neste trabalho.

#### 5.2.2 Dos argumentos da tese vencedora e da tese vencida

Os principais argumentos proferidos pelo Relator Ministro Ricardo Lewandowski no acórdão em análise tratam sobre o fato de a questão da vacinação obrigatória no Brasil ser uma realidade há anos percebida, estando presente em diversos dispositivos do ordenamento jurídico pátrio. Ademais, sobre isso, também se observou que o autor da ADI nº 6.587/DF não fez qualquer menção às determinações de vacinação compulsória previstas em outras legislações ou atos infralegais brasileiras anteriores a “lei da pandemia”, tais como: Lei nº 6.259/1975, arts. 3º e 5º; Lei nº 8.069/1990, art. 14, § 1º; Portaria nº 597/2004, do Ministério da Saúde, entre outros (STF, 2020, p. 14; 24).

Seguindo com seu voto, o ministro também fez um balanço histórico da Revolta da Vacina (STF, 2020, p. 15-16), e mencionou que o levante popular ocorrido no Rio de Janeiro em 1904 – que teve como estopim uma lei que obrigava a vacinação da população contra a varíola – refletia a insatisfação da população com o poder público em razão das constantes invasões a domicílios perpetradas pelos agentes de saúde, além das internações compulsórias feitas em face dos doentes na época. Não bastando, havia o agravante de muitos estarem aterrorizados com boatos a respeito da vacina e conduta dos agentes públicos. Sobre as evidentes diferenças existentes entre o contexto atual e o do século XX, o ministro menciona o seguinte:

“Atualmente, não pairam dúvidas acerca do alcance de duas garantias essenciais asseguradas às pessoas: a intangibilidade do corpo humano e a inviolabilidade do domicílio. Tais franquias, bem sopesadas, por si sós, já excluem, completamente, a possibilidade de que alguém possa ser compelido a tomar uma vacina à força, contra a sua vontade, *manu militari*, no jargão jurídico. Isso porque elas decorrem, assim como outros direitos e liberdades fundamentais, do necessário e incontornável

respeito à dignidade humana, que constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a teor do art. 1º, III, da Constituição de 1988." (STF, 2020, p. 17-18)

O relator faz menções importantes sobre a questão da dignidade da pessoa humana e a excepcionalidade nas limitações ao exercício de direitos fundamentais: "[o princípio da dignidade foi] concebido para inspirar a convivência pacífica e civilizada entre as pessoas de todo o mundo e, mais precisamente, para impor limites à atuação do Estado e de seus agentes" (STF, 2020, p. 18-20). Dessa forma, como a Constituição Brasileira assegura expressamente os direitos à vida, liberdade, segurança, propriedade e ainda a vedação à tortura e tratamento desumano ou degradante (art. 5º CRFB), aliado à inúmeros tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e que versam também sobre o direito à incolumidade física, psíquica e moral, o ministro também se reporta a questões de biossegurança e o livre convencimento informado do paciente que tem o direito de manifestar sua autonomia decorrente das informações adequadas e suficientes fornecidas pelo profissional de saúde, tudo isso com vistas a desenvolver o raciocínio de que o conceito de vacinação obrigatória/compulsória não pode atacar a vida e/ou a integridade do indivíduo por meio de qualquer medida invasivas, aflitivas ou coativas.

Ainda sobre o esclarecimento dos limites ao termo “compulsório”, o ministro relator aduz acertadamente, no que concerne o art. 3º, §2º, III da Lei nº 13.979/2020 que além de outros direitos, também ficam asseguradas às pessoas afetadas pelas medidas de combate à pandemia na legislação referida, o pleno respeito à dignidade, direitos humanos e liberdade fundamentais, decorrente dessa disposição. Portanto, "as vacinas contra a Covid-19 (...) não só deverão observar escrupuloso respeito à intangibilidade do corpo humano (...) como também as demais cautelas estabelecidas na própria Lei 13.979/2020." (STF, 2020, p. 25).

Além disso, sobre a questão da obrigatoriedade da vacinação no Brasil, o relator menciona um dado importante sobre a questão: a vacinação obrigatória foi instituída em meados da década de 70, pela Lei nº 6.259/1975<sup>6</sup> que dispôs sobre vigilância epidemiológica e o Programa Nacional de Imunizações (PNI), dentre outros regramentos, estabeleceu-se que:

---

<sup>6</sup>Art. 4º O cumprimento da obrigatoriedade das vacinações será comprovado por meio de atestado de vacinação (...).

Art. 5º, §1º Para efeito de pagamento de salário-família será exigida do segurado a apresentação dos atestados de vacinação (...).

§ 2º Para efeito de matrícula em creches, pré-escola, ensino fundamental, ensino médio e universidade o comprovante de vacinação deverá ser obrigatório, (...).

§ 3º Para efeito de Alistamento Militar será obrigatória apresentação de comprovante de vacinação atualizado.

§ 4º Para efeito de recebimento de benefícios sociais concedidos pelo Governo, deverá ser apresentado comprovante de vacinação (...).

§ 5º Para efeito de contratação trabalhista, as instituições públicas e privadas deverão exigir a apresentação do comprovante de vacinação (...).

“[é] dever de todo o cidadão submeter-se e os menores dos quais tenha a guarda ou responsabilidade, à vacinação obrigatória”, esta lei demarca a configuração da compulsoriedade da determinação sem absolutamente qualquer menção à legalização da imunização forçada do indivíduo. Assim, já que o Estado não poderia usar da força para obrigar o cidadão a proceder com a vacinação, contemplou-se a aplicação de sanções indiretas em caso de descumprimento da obrigação sanitária.

Frente a essa realidade, fica demonstrado que o processo de obrigatoriedade da vacinação já é uma realidade em nossa sociedade muito antes da lei que dispôs sobre as medidas de enfrentamento contra a Covid-19, de modo que ao impedir que se frequente determinados locais ou que se exerça certas atividades – desde que constante em lei –, se configura como método legítimo para que se estimule a vacinação em massa da população. O relator ainda completa que, se o rigor da legislação fosse encarado de modo estrito, a previsão de vacinação compulsória contra a Covid-19 nem mesmo seria necessária já que legislações sanitárias anteriores já contemplam o aspecto obrigatório da imunização (STF, 2022, p. 28).

Por último, o ministro também menciona a importância da vacinação coletiva como forma de prevenção ao espalhamento do vírus da Covid-19. Como a vacinação em massa constitui-se um método de intervenção preventiva, reduzir a contaminação e a transmissão do vírus até se atingir o famoso "índice ótimo" que configura a “imunidade de rebanho”, somente seria possível com o estímulo à imunização do maior número de pessoas – inclusive, esta seria uma eficiente forma de se proteger aqueles que, por restrições médicas, estão impedidos de tomar o imunizante – assim, com o PNI e campanhas fielmente seguidas e implementadas, se visualiza a vacinação obrigatória como uma formas de se alcançar índices satisfatórios de imunizados no país.

"Por isso, a saúde coletiva não pode ser prejudicada por pessoas que deliberadamente se recusam a ser vacinadas, acreditando que, ainda assim, serão beneficiárias da imunidade de rebanho." (STF, 2020, p. 29)

De forma complementar ao voto do relator, a Ministra Carmem Lúcia também levantou um ponto pertinente no que tange a solidariedade e a garantia da saúde coletiva.

"A Constituição Brasileira, desde o preâmbulo, afirma e reafirma o princípio da solidariedade. Não há democracia em um sistema egoísta, egoísmo não se compadece com democracia. (...) Acho que este é um fundamento mais que suficiente, expresso na Constituição [art. 196 da constituição e o direito à saúde], para dizer que, no caso de um vírus com alto índice de transmissibilidade, e que, não cumpridos os protocolos, tem altíssimo e elevado risco de letalidade, a Constituição não garante liberdade para todos para a pessoa ser soberanamente egoísta. Ela vive no meio de todos, responde por si e pelo outro." (STF, 2020, p. 114-115).

Assim, ainda que a vacinação fosse obrigatória – mas lembre-se, em hipótese alguma forçada – esta não pode se configurar de algum modo que ameace a integridade física e moral

daquele que resiste a determinação do Poder Público, pois a adoção de políticas de saúde pública que recorram a informação e a educação da população em geral, também devem ser usadas como método de combate à desinformação, medo ou ressalvas quanto ao esquema vacinal.

Dito isso, decidiu o Relator pela parcial procedência das ADI's de modo a se conferir interpretação conforme à Constituição do art. 3º, III, d, da Lei nº 13.979/2020, da seguinte maneira (STF, 2020, p. 48-50): “i) vacinação compulsória é diferente de vacinação forçada, assim, exige-se a plena consciência e autorização do usuário para administração do imunizante, além do respeito à dignidade da pessoa humana e integridade física e moral; ii) A implementação de medidas indiretas de sanção em decorrência da não vacinação está autorizada e é legal desde que previstas em lei ou dela decorram; iii) As vacinas administradas devem ter base científica e análises estratégicas, além de serem amplamente acompanhadas de informações necessárias e suficientes sobre: eficácia, segurança, efeitos colaterais e contraindicações; iv) Por último, tais medidas de limitação e implementação podem ser praticadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as esferas de competência.”

Quanto ao restante do colegiado, com exceção do Ministro Nunes Marques, que divergiu em seu voto, os demais ministros seguiram o relator e fizeram algumas considerações pertinentes. A Ministra Carmem Lúcia – que também votou pela parcial procedência das ações – ao mencionar Robert Alexy e sua teoria dos direitos fundamentais (STF, 2020, P. 140-141) esboçou colocações oportunas a respeito da ideia das colisões de princípios constitucionais, acertadamente discursou-se a respeito do fenômeno da tensão entre dois ou mais valores e que no momento da decisão algum deles deverá ceder sem que nenhum deles seja invalidado por completo. Aplicando a situação ao julgado em questão, ressaltou-se que a garantia constitucional do direito à saúde pública, reforçada pelo princípio da solidariedade, justifica que todos são responsáveis pela efetivação do princípio à saúde de todos e de cada um. Portanto, ainda que seja dever do Estado inibir a propagação de doenças para que se preserve a saúde de toda a comunidade, jamais será aceitável desrespeitar a integridade do ser humano de modo a se alcançar uma imunização forçada.

Neste momento é perceptível que a ministra estabeleceu uma estreita relação com o tema do presente trabalho de modo que assentou colocações pertinentes sobre os conceitos de ponderação dos valores e o alcance ao meio termo, ou a justa medida entre a liberdade do indivíduo e a busca pela saúde coletiva. Aliado a isso, por óbvio entendeu-se que a vacinação

deve ser precedida da devida comprovação científica e políticas públicas embasadas por sólidas evidências científicas. Sobre o assunto mencionou o seguinte:

“A vacina cuja segurança e efetividade tenham sido comprovadas cientificamente e regularmente aprovada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa protege a comunidade como um todo, inclusive aqueles que, por algum motivo de saúde, não podem ser vacinados e dependem da imunidade de rebanho para não serem contaminados.” (STF, 2020, p. 146)

Assim, deixou-se claro que não basta que o Poder Judiciário e/ou o Poder Público determinarem medidas como essa somente com base jurídica, ficou evidente que se deve também resguardar a decisão a partir de um cunho técnico e científico robusto.

Quanto ao voto do Ministro Luís Roberto Barroso, este acompanhou o voto do Relator Ricardo Lewandowski em sede das ADIs, entretanto em sede do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 1.267.879, a cargo de sua relatoria, que se optou por proferir o voto conjuntamente, negou-se provimento. No caso do Recurso Extraordinário, tratou-se de uma situação – não relacionada com a vacinação da Covid-19 e sim com a vacinação em geral – em que pais veganos recusaram vacinar os filhos em razão de os imunizantes constantes no PNI terem em sua composição componentes de origem animal. Nesse caso, o tribunal por unanimidade, negou provimento ao recurso e fixou a tese de que a obrigatoriedade da imunização é constitucional desde que: tenha sido incluída no PNI; tenha sido objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município; e, tenha base científica. Desse modo, não se configuraria violação às liberdades de consciência e convicção filosófica dos pais, nem mesmo violação do poder familiar (STF, 2020, p. 64-65).

Já a respeito das ADIs, o ministro Barroso mencionou a importância da ponderação entre direitos e a inexistência de hierarquia entre valores em ambiente abstrato, também focou na importância de se construir a decisão a partir da precedência de um direito sobre o outro, e nesse caso, decidiu pela precedência do direito à vida e da saúde coletiva. Sobre a ponderação, mencionou-se o seguinte:

“Ponderar significa atribuir pesos a direitos contrapostos. Abstratamente, inexistente hierarquia entre direitos fundamentais, mas, diante das situações concretas, é possível sim, até porque senão não haveria solução, atribuir pesos e verificar qual deles deve ter precedência naquela situação concreta. Na ponderação, o intérprete, idealmente, deve fazer concessões recíprocas entre os direitos em disputa de modo a preservar o máximo possível de cada um deles e, no limite, preservando, pelo menos, o núcleo essencial daquele direito. Desse modo, ponderar significa, em primeiro lugar, tentar fazer uma acomodação na maior intensidade possível entre os direitos contrapostos.” (STF, 2020, p. 56)

Dito isso, é a partir dessa escolha de valores que surge a necessidade de se construir um método de argumentação e decisão coerente e racional que justifique de forma oportuna e consistente a decisão da procedência de um ou outro direito perante a situação de colisão.

Por último, o Ministro Kassio Nunes Marques – em voto divergente – levantou em seus argumentos questões contrárias ao conhecimento da ação. Inicialmente menciona que até aquele momento – dezembro de 2020 – não havia nenhuma vacina autorizada em solo brasileiro e por isso não existiam motivos para se decidir sobre a faculdade ou obrigação da aplicação da vacina. Muito embora o próprio ministro em seguida, tivesse argumentado que o contexto de autorização proferida pelo *Food and Drug Administration* (FDA) na mesma época, para a utilização da vacina produzida pelo laboratório *Pfizer* em território estadunidense, justificasse o debate proposto pelas ADIs em questão.

Em um segundo momento, o Ministro Nunes Marques também se atenta para o fato de a Lei nº 6.259/1975, que trata sobre o PNI, por ser anterior à Constituição de 1988, torna o tema da vacinação obrigatória impossível de ser debatido na seara de uma ADI (STF, 2020, p. 73). Além disso, quanto a adoção da obrigatoriedade, tal qual os outros Ministros, Nunes Marques também mencionou que sob nenhuma hipótese a aplicação da vacina pudesse se dar por meios de constrangimento físico, mas também foi além e preceituou que a vacina obrigatória devesse ser utilizada como último recurso para o controle epidemiológico.

"Nesse sentido, é manifesto que a vacinação obrigatória não pode ser medida inaugural de uma política sanitária. De fato, por seu caráter invasivo, a vacinação obrigatória não pode ser primeira medida sanitária, senão *ultima ratio*, justificável pelo contexto epidemiológico e vacinal. Aqui não pode haver precipitação: se, por exemplo, uma alta percentagem das pessoas resolverem voluntariamente se vacinar – se e quando houver a vacina –, pode ser desnecessária a vacinação obrigatória. Esta deve ser medida extrema, apenas para uma situação grave e cientificamente justificada, e esgotadas todas as formas menos graves de intervenção sanitária." (STF, 2020, p. 78)

Sobre isso, já é possível relacionar a fala do Ministro com o subprincípio da necessidade<sup>7</sup> em que se menciona que durante a análise da regra da proporcionalidade, o cabimento da necessidade de uma ação que possa limitar direitos, somente é cabível se não for possível identificar alternativas capazes de promoverem o objetivo almejado – nesse caso, o enfretamento da pandemia – com igual ou maior eficiência, além de serem menos limitadoras aos direitos à liberdade e autodeterminação do indivíduo. O exame da sub-regra da necessidade será melhor analisado adiante, mas desde já, menciona-se que, com exceção da vacinação facultativa, o ministro não aborda outros cenários alternativos a essa medida impedindo que se aprofunde nas outras possibilidades menos limitadoras de direitos. No mais,

---

<sup>7</sup>Vide tópico 4.4.b

semelhante aos ministros que acompanharam o voto da relatoria, Nunes Marques também destacou que somente sanções indiretas poderiam ser cabíveis em caso de descumprimento da obrigatoriedade da vacina.

De forma subsidiária, o ministro argumentou pela procedência parcial das ações, para dar interpretação conforme de modo que: a) a instituição da obrigatoriedade da vacina contra Covid-19 somente pudesse ser possível mediante prévia oitiva do Ministério da Saúde; b) as sanções pelo descumprimento da vacinação fossem de natureza indireta, temporária, razoáveis e proporcional; c) a impossibilidade de obrigação da aplicação de vacinas concebidas por processos científicos inéditos e nunca antes utilizados em massa; e por fim, d) acesso gratuito às vacinas objeto da obrigatoriedade.

Assim, perante a análise do voto divergente, fica evidente que apesar de contrário, em vários momentos o voto vencido apresentou argumentos em consonância com os argumentos da relatoria e daqueles que o acompanharam, de modo que as ressalvas feitas se concentraram no aval da União para a eventual determinação da vacinação obrigatória e impossibilidade de compulsoriedade em caso de desenvolvimento da vacina por métodos inéditos.

### **5.3 DAS DIFERENÇAS ENTRE O ACÓRDÃO DO STF E A CONSTRUÇÃO TEÓRICA DA PONDERAÇÃO COM BASE NA REGRA DA PROPORCIONALIDADE**

Após percorrer um caminho teórico/doutrinário nas três primeiras seções do desenvolvimento, além de nas subseções iniciais da atual seção desenvolver a contextualização do caso concreto a respeito da pandemia e o julgado das ADIs nº 6.586/DF e 6.587/DF, agora se pretende finalizar esta monografia estabelecendo uma abordagem comparada entre os conceitos de colisões de direitos e a técnica da ponderação e a forma como os ministros expuseram a decisão sobre a vacinação obrigatória/compulsória perante uma situação de tensão entre os valores de liberdade e saúde coletiva.

Em um importante trabalho a respeito da regra da proporcionalidade aplicável às jurisprudências do STF, Virgílio da Silva (2002, p. 31) faz menção ao fato de a proporcionalidade ser usada nos julgados da corte como um mero recurso retórico e não sistemático. Ao se falar em colisão de direitos fundamentais, com base nos estudos do referido autor, o STF não aplicou a ideia de forma estruturada mas apenas limitou-se a citá-la como instrumento retórico. E isso também, lamentavelmente, foi percebido em alguns momentos da análise do acórdão das ADIs ADI nº 6.586/DF e 6.587/DF.

No voto do ministro Barroso, por exemplo, (STF, 2020, p. 35-36) se faz menção à razoabilidade enquanto uma forma de emprego de critérios aceitáveis e baseados no senso normal de pessoas equilibradas; enquanto à proporcionalidade, este instituto é entendido como a extensão e intensidade do cumprimento de uma finalidade pública atrelada, por fim, também faz menção à proporcionalidade em sentido estrito como uma comparação entre a importância da realização do fim e da intensidade da restrição à direitos fundamentais, no entanto, não há um efetivo aprofundamento do que esses recursos podem significar para a construção da racionalidade e justificação da decisão.

Também é possível mencionar que em nenhum outro voto se constrói a estrutura de controle de proporcionalidade do ato questionado por meio da análise das sub-regras da proporcionalidade, mostrando-se que, se os ministros alegam na própria ementa da decisão que: “a vacinação compulsória não significa vacinação forçada (...) [desde que] (iv) atenda aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade” (STF, 2020, p. 03) parece-nos cabível que a decisão fosse desenvolvida a partir de critérios argumentativos racionais compatíveis com a aplicação da regra da proporcionalidade.

A ministra Carmem Lúcia também faz menções ao instituto da proporcionalidade no caso das restrições perpetradas pelo poder público, no entanto se atém somente ao campo da citação, vejamos:

"Todavia, para além da dimensão legislativa, não se pode negligenciar situações em que as medidas do poder público podem suscitar conflitos entre direitos ligados à liberdade individual e aqueles relacionados à saúde coletiva. Nesses casos, a ponderação dos interesses e das restrições individuais deve ser buscada à luz da proporcionalidade, conforme se depreende da experiência comparada." (STF, 2020, p. 162)

Percebe-se o uso da palavra mais como um artifício de construção do discurso – que se exaure em si mesmo – que possui um tom mecânico e sem premissas ordenadas, sobre isso Virgílio da Silva (2002, p. 31) menciona que muitas vezes os juízes se atém a um discurso simplista estruturado da seguinte forma: a constituição consagra a proporcionalidade; o ato questionado não é proporcional, logo: o ato questionado é inconstitucional (inverso também é verdadeiro), tornando a fundamentação das premissas pouco sólida e fragilizada.

Para se considerar um dispositivo constitucional ou inconstitucional (um ato estatal proporcional ou desproporcional), é primordial que se passe pelas análises individualizadas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, lembrando que esses sub-regramentos são subsidiários e em caso da identificação da inadequação, por exemplo, os outros regramentos nem mesmo são observados.

Ressalta-se que a apreciação das ADIs aqui mencionadas, pouco levou em consideração o exame concreto e isolado das mencionadas sub-regras e por isso, o que se pretende fazer é a construção de uma análise que poderia ser executada no exame da matéria em comento, mas além disso, também salienta-se que esta análise não corresponde à única possível ou única correta, mas apenas visa demonstrar como poderiam suceder-se os elementos racionais da aplicação da regra da proporcionalidade que vai muito além da mera retórica, mas que funcione como um “guia auxiliar” para a construção da decisão racional e com parâmetros de previsibilidade.

a) Análise da sub-regra da adequação.

Uma dada medida estatal será adequada quando o seu emprego consolida/efetiva ou no mínimo fomenta o objetivo almejado. Seguindo essa lógica, sob uma perspectiva absoluta, uma medida será inadequada se sua aplicação não for capaz de em nada contribuir para ao menos fomentar a realização do objetivo pretendido (SILVA, 2002, p. 36-37).

No caso das ADIs 6.586/DF e 6.587/DF é evidente que a determinação da vacinação de maneira obrigatória/compulsória, com base no que determina o art. 3º, III, d, da Lei nº 13.979/2020 é plenamente capaz de fomentar o objetivo a que se propõem, qual seja: combater o espalhamento do coronavírus e promover e preservação da saúde coletiva, além de promover a garantia de redução das infecções e mortes causados pela Covid-19. Importante observar que apesar de ao tempo de o julgado não haver aprovação de nenhuma vacina no Brasil, os testes preliminares já apresentavam números animadores a respeito da eficiência dos imunizantes na mesma época. A farmacêutica Pfizer e o laboratório alemão BioNTech fizeram publicação no periódico “*New England Journal of Medicine*” em dezembro de 2020 a respeito dos estudos preliminares e conclusões da fase três dos testes com a vacina, e a principal conclusão alcançada versava sobre o fato de, com duas doses do imunizante, ser possível atingir até 95% de proteção contra a Covid-19 em pessoas de 16 anos de idade ou mais. Além disso, o estudo feito com 43.548 pessoas obteve baixa incidência de efeitos adversos e, dentre aqueles que se infectaram, nove dos dez casos foram observados entre pacientes que tomaram placebo, isto é, não tomaram efetivamente o imunizante estudado (POLACK; THOMAS; KITCHIN et al., 2020).

Com vistas a reforçar o caráter de conformidade com a adequação da medida, buscou-se dados posteriores a decisão do STF e também à autorização dos imunizantes no país para mostrar – mesmo que superficialmente – como a imunização foi muito eficaz para o enfrentamento da doença, assim fica enfatizado que a adoção de um plano de vacinação

amplo e obrigatório gerou impactos positivos nos índices da pandemia no Brasil. No primeiro semestre, por exemplo, o número de mortes em decorrência da Covid-19 no país caiu mais de 83% se comparado ao mesmo período de 2021 (CNN, 2022).

Ressalta-se que o objetivo do presente trabalho não é discutir a fundo os dados de eficácia das vacinas mas, como forma de sustentar o que aqui se afirmou, mostrou-se fundamental a abordagem de vacinação obrigatória para a consolidação do esquema vacinal, mesmo que simplificarmente, os números mostram que a vacinação influenciou em larga escala o modo como o país lidou com o enfrentamento da pandemia. Dito isso, fica claro que a medida prevista no art. 3º, III, d, da Lei nº 13.979/2022 (objeto de questionamento) é adequada nos termos exigidos pela regra da proporcionalidade.

Quanto ao que se viu efetivamente no acórdão, em dois momentos do julgado se chega bem próximo de uma análise pura a respeito da adequação enquanto sub-regra da proporcionalidade. No voto de Gilmar Mendes, quando o ministro discorre a respeito da vacinação compulsória e faz uma identificação doutrinária a respeito do excesso de poder por parte do legislativo, da violação do princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso, estes elementos são abordados como uma "contrariedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meio e fins" (STF, 2020, p. 168). Além disso, para Mendes:

"A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (*Erforderlichkeit*) e adequação (*Geeignetheit*) da providência legislativa. (...) Cotejando no caso concreto se a lei devidamente prevê uma intervenção voltada a uma finalidade legítima e que atende ao requisito de "necessária na sociedade democrática" fixado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, não antevejo solução que se afigure superior àquela proposta pelo eminente relator Ministro Ricardo Lewandowski, no sentido de que, sob o ângulo estritamente constitucional, a previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada é compatível com o ordenamento jurídico." (STF, 2020, p. 169-170)

Já no voto da Ministra Rosa Weber, também se menciona elementos referentes a ponderação da seguinte forma:

"Ao restringir a autonomia da vontade individual, a limitação efetivada pelo preceito normativo questionado no âmbito de eficácia de normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, de modo, repito, a conformá-las com os demais postulados constitucionais – direito à saúde e à vida –, preserva satisfatoriamente o seu núcleo essencial. A atuação do legislador, no caso, acomoda-se adequadamente ao propósito claro do constituinte de promover a proteção da saúde, em absoluto desequilibrando a delicada arquitetura que permite a convivência concomitante dos direitos fundamentais em discussão." (STF, 2020, p. 205-206)

Diante disso, fica claro que apesar de haver considerável alusão à sub-regra da adequação, até então, a maioria dos ministros nem mesmo fazem alguma citação sobre as sub-regras da proporcionalidade, seja direta ou indiretamente, e aqueles que a fazem, argumentam

de forma muito breve e resumida. Dito isso, apesar de a primeira regra ser muito direta, e somente exigir responder se a medida seria capaz ou não de fomentar o combate a pandemia ou até mesmo fomentar a proteção da saúde coletiva, pouco se discorreu a respeito, ficando somente a cargo da Ministra Rosa Weber estabelecer uma relação concreta entre a adequação da medida de vacinação obrigatória e o fomento/promoção a saúde coletiva.

b) Análise da sub-regra da Necessidade.

Um ato proveniente do poder público somente pode limitar um direito fundamental quando a realização do objetivo a ser perseguido não pode ser promovido, com a mesma intensidade ou eficiência, por meio de outro que limite direitos em menor medida (SILVA, 2002, p. 38). Em poucas palavras, a sub-regra da necessidade trata do exame comparativo entre as possíveis soluções para a tensão de valores. Neste momento fica claro que, diferente do primeiro exame, que se dava de modo absoluto, agora, o exame da sub-regra da necessidade exige uma análise de correspondência entre as alternativas de solução que podem ser menos restritivas de direitos fundamentais mas que podem ser igualmente eficientes para o objetivo posto.

Em um primeiro momento foi possível perceber que a adoção da vacinação compulsória é adequada pois ajuda a promover o combate à pandemia e reduz a taxas de contaminação e mortes pela doença da Covid-19. Agora, na análise da necessidade, é fundamental que se busque outras medidas capazes de promoverem o mesmo objetivo – qual seja o enfrentamento da pandemia – desde que também sejam capazes de, na mesma intensidade, promoverem o objetivo em questão e restringirem menos direitos dos cidadãos.

A princípio se faz necessário levantar quais direitos são limitados a partir da imposição da vacinação compulsória. O PTB na ADI nº 6.587/DF alega que a norma que define a compulsoriedade da vacinação é incompatível com uma série de direitos fundamentais, tais como: o direito à vida, à saúde, à liberdade individual, e também com o princípio da dignidade humana positivados nos arts. 5º, *caput*, 6º, *caput*, e 196 da CRFB. Porém, as argumentações não prosperam no que tange a violação da vida, saúde e dignidade humana pois a determinação da vacinação visa justamente a preservação dos dois primeiros bens jurídicos, como pode-se perceber por meio dos números mostrados no tópico anterior.

Além disso, sem a vacinação os índices de contaminação e morte pela doença seriam muito maiores e, desde os estudos preliminares sabe-se que os índices de transmissibilidade e óbitos foram satisfatoriamente reduzidos graças a vacinação. Por sua vez, em se tratando da dignidade da pessoa humana – e aqui faz-se um desdobramento também para a intangibilidade

física e moral – consolidou-se entre os ministros que a inoculação de qualquer imunizante somente se daria com o pleno consentimento do usuário sendo vedada qualquer conduta por parte do Poder Público que pudesse forçar o indivíduo a vacinar-se sob meios de coerção direta.

Quanto ao direito à liberdade individual, é possível afirmar que a limitação desse direito é inegável, mas como já explicado, na análise da necessidade indaga-se sobre a possibilidade de serem adotadas outras medidas menos limitadoras ao direito fundamental, e o rol do art. 3º da Lei n 13.979/2020 pode servir de exemplo de medidas alternativas à vacinação compulsória, mas é importante ressaltar que somente será uma alternativa genuína se for capaz de atingir índices de igual ou maior eficácia, para o enfrentamento do coronavírus.

Quanto aos incisos I e II que tratam das medidas não farmacológicas e visam a diminuição da circulação do vírus, entende-se que estas atingem outros direitos tais como: restrição ao direito de ir e vir, direito de reunião, precarização do acesso à educação, direitos econômicos em virtude da restrição ao acesso ao trabalho e renda – por exemplo, trabalhadores das áreas comerciais, ambulantes e informais, ficam na maioria dos casos impedidos de trabalhar seja pela não existência da modalidade remota, seja pelo fechamento dos estabelecimentos de serviços não-essenciais – além disso, também é possível observar a incidência de efeitos negativos na saúde mental daqueles que ficam isolados, entre outros direitos. Ainda sobre essa enorme gama de limitação de direitos, também é possível mencionar que em casos de contaminação, o indivíduo corre sérios riscos de infectar outras pessoas e desenvolver a forma grave da doença que pode evoluir a óbito, evidenciando-se que

---

<sup>8</sup>“Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, poderão ser adotadas, entre outras, as seguintes medidas:

I - isolamento;

II - quarentena;

III - determinação de realização compulsória de:

a) exames médicos;

b) testes laboratoriais;

c) coleta de amostras clínicas;

d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou

e) tratamentos médicos específicos;

IV - estudo ou investigação epidemiológica;

V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;

VI - restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos;

VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa;

(...)”

a vacinação obrigatória se apresenta como uma medida mais eficiente que as consideradas alternativamente.

Segundo estudo feito em doze hospitais do Estado de São Paulo, ainda que a implantação de medidas de prevenção – tais como protocolos e treinamento – tivessem impactado na redução de infecção pela Covid-19 entre os trabalhadores da área da saúde, somente a vacinação conseguiu reduzir significativamente a transmissão da doença entre esses indivíduos mesmo em fases de maior número de internações pela doença (LILLA; AMARAL; TRANCHESI et al.; 2022). A partir dessa conclusão se evidencia que a ausência ou insuficiência da atividade estatal na promoção da saúde coletiva também pode ser identificada como uma forma de restrição a diversos outros direitos fundamentais já que ao se omitir em adotar medidas eficazes, restringe-se muito mais outros direitos. Quanto ao inciso III alíneas "a", "b" e "c"; além dos incisos IV, V, VI e VII, medidas que também não são farmacológicas, e por isso não são capazes de reduzir de maneira tão eficaz a taxa de óbitos e contaminação como a vacinação.

No acórdão proferido pelo STF, em alguns poucos momentos os ministros mencionam medidas alternativas, tais como adoção de campanhas de conscientização e divulgação de informações sobre a vacinação mas para além disso, também ressaltam que são medidas que não conseguem ser tão eficientes ou suficientes quanto à vacinação em massa da população, por isso a omissão quanto a consolidação de um esquema vacinal enérgico acaba por limitar tantos outros direitos (STF, 2020, p. 33;35). Sendo assim, levando-se em consideração a maior eficiência da vacinação para a finalidade a que se propõem, nos termos da regra da proporcionalidade, a adoção da vacinação obrigatória/compulsória – sem adoção de medidas que violem a integridade física ou moral – pode ser considerada necessária.

#### c) Análise da sub-regra da Proporcionalidade em Sentido Estrito

Por fim, ainda que uma medida restritiva se enquadre em aspectos de adequação e necessidade, ela somente será considerada proporcional se for compatível com o exame da proporcionalidade em sentido estrito. Neste momento, o que se faz é o sopesamento da intensidade da restrição de um direito com a importância do outro direito, aquele a ser realizado, de modo que será decidido sobre a colisão a partir de uma fundamentada decisão (SILVA, 2002, p. 40). Assim, examina-se o quanto a restrição proferida tem "peso" suficiente para se justificar perante a limitação ao direito fundamental atingido, então, se a restrição ao direito fundamental não conseguir superar em importância a realização do outro direito fundamental, então a medida será desproporcional e não se justificará.

Dito isso, vejamos como isso se aplica ao caso em tela: a implementação de uma medida que implique na obrigatoriedade/compulsoriedade da aplicação da vacina da covid-19 é adequada por conseguir fomentar os fins perseguidos e também é necessária pois, ainda que haja medidas alternativas para o enfrentamento da pandemia, estas não são capazes de preservar a eficiência garantida pela imunização em massa, de modo que a omissão do Estado nesse ponto implica em até mais restrições de direitos fundamentais do que a limitação a autodeterminação daqueles que não tem a intenção de se vacinar.

Além disso, quanto a análise da proporcionalidade em sentido estrito, deve ser indagado como a balança hipotética que mensura os direitos fundamentais em jogo irá se comportar. De um lado se perde em autonomia e liberdade individual pois o sujeito estará suscetível a sanções indiretas em caso de desrespeito a imposição da vacinação, no entanto, por outro lado, deve ser analisado o quanto se evita em prejuízos à saúde pública ao se combater a pandemia dessa forma. Não bastando, a partir da vacinação de grandes grupos com vistas a se alcançar um “índice ótimo” ou de “imunidade de rebanho”, também é possível observar que se diminui consideravelmente os danos a economia causados pelas medidas de restrição e isolamento social, visto que com a imunização previne-se contágios descontrolados, formas graves da doença e mortes.

Frente a afirmação de que a vacinação compulsória é proporcional, parte-se para a última observação a respeito da estrutura da decisão, dividida em três aspectos<sup>9</sup>, tem-se o seguinte: i) pretensão de universalidade; ii) concordância prática; e, iii) preservação do núcleo essencial.

Para o primeiro aspecto – pretensão de universalidade da decisão – pode-se afirmar que o STF foi capaz de construir uma argumentar compreensível pela comunidade, esta argumentação foi aceitável e inteligível pela sociedade e se encontra de acordo com a realidade vivida por todos dentro do contexto da pandemia que atingiu o país, portanto, não é possível dizer que de alguma forma decidiu-se com vistas a atingir irregularmente somente um público específico, além disso, quanto ao teste de universalidade, também é plenamente possível aplicar a decisão para casos semelhantes já que: preservada a integridade do indivíduo e garantida a biossegurança do produto, é plausível aplicar a decisão para casos futuros semelhantes. Para o segundo e terceiro ponto – garantia da concordância prática e preservação do núcleo essencial do direito – a harmonização dos enunciados em colisão foi alcançada pois em nenhum momento se decidiu pela exclusão de nenhum direito e também se

---

<sup>9</sup> Vide tópico 4.3.3

modulou a forma como a expressão "vacinação compulsória" pode ser encarada. Com a preservação da integridade física e moral do indivíduo e a aplicação de sanções indiretas em caso de inobservância da obrigatoriedade, a disputa entre autodeterminação do indivíduo e proteção a saúde coletiva se viu resolvida sem que houvesse o esvaziamento de nenhum dos enunciados.

Sendo assim, é inegável que a pandemia trouxe muitos problemas, tais como a perda de vidas, contaminações e sequelas às populações do mundo inteiro, além do forte impacto na economia, educação e sistema de saúde de países inteiros inclusive o Brasil, diante disso parece-nos claro que a limitação a liberdade individual, neste caso concreto e específico, parece ser proporcional e possível sob a ótica constitucional. Ao longo de todos os votos proferidos, em vários momentos os ministros reconhecem a constitucionalidade da decisão a partir da defesa de um viés que respeitasse “critérios de proporcionalidade”, que apesar de não aprofundarem a arquitetura desses critérios, deixou claro que é possível afirmar que buscou-se o fomento das discussões sobre o tema de modo que a decisão tratasse da “liberdade e o direito de não se vacinar” de forma transparente e que superasse as possíveis obscuridades que poderiam perdurar principalmente quanto ao termo "vacinação compulsória", tudo isso com o evidente intuito de se proteger os direitos dos indivíduos e também de toda a comunidade brasileira face a pandemia da Covid-19.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da Teoria dos Direitos Fundamentais aplicada a questão da colisão de direitos e a ponderação se mostrou como um tema de muita importância para a sociedade atual dado o caráter ampliado e exemplificativo dos direitos resguardados na Constituição brasileira. Em se tratando das não raras situações de incidência de tensão entre os valores postos que, para serem solucionados, devem ser colocados perante a aplicação da ponderação e da regra da proporcionalidade, a partir da pesquisa feita, foi possível a observação da construção de um método de decisões de colisão capaz de se apresentar de forma técnica e instrumental e que objetiva trazer maior clareza e racionalidade para a argumentação desenvolvida pelo intérprete do direito.

Aliado aos aspectos teóricos, também foi possível estimular a discussão sobre a pandemia da Covid-19 que ainda se encontra corrente no mundo e no Brasil, de modo que se buscou esclarecer eventuais inconsistências e obscuridades presentes na legislação competente para o enfrentamento da doença e as medidas de prevenção, assim, por meio da análise do controle da proporcionalidade da decisão proferida pelo STF, foi possível entender até que ponto os ministros da corte estão atuando em conformidade e observância das bases doutrinárias que tratam da teoria dos direitos fundamentais, da colisão de direitos e da ponderação.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

**ANVISA AUTORIZA POR UNANIMIDADE USO EMERGENCIAL DAS VACINAS CORONAVAC E DE OXFORD CONTRA A COVID-19**. G1. São Paulo, Brasil.

17/01/2021. Disponível em:

<https://g1.globo.com/bemestar/vacina/noticia/2021/01/17/relatora-na-anvisa-vota-a-favor-do-uso-emergencial-das-vacinas-coronovac-e-de-oxford.ghtml> Acesso em: 13 jun. 2022

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporânea: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BATISTA, Ian Rebouças; GUEDES, Marilene Ruth. **Imunização na periferia do globo: A corrida pela vacina na América do Sul**. Revista Espirales (Edição Especial, maio 2021) - Foz do Iguaçu, PR.

Universidade Federal da Integração Latino-americana. 206 páginas.

Disponível em: <https://revistas.unila.edu.br/espirales/index>. Acesso em: 17 fev. 2022

BRASIL. Ministério da Saúde. **Como é transmitido?**. 2021. Disponível em:

<https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/como-e-transmitido>. Acesso em: 03 mai. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Como se proteger?**. 2021. Disponível em:

<https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/como-se-protger>. Acesso em: 03 mai. 2022..

BRASIL. Ministério da Saúde. **Sintomas**. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/sintomas> Acesso em: 03 mai. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 6586**. Brasília, DF: 2020. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038> Acesso em: 20 fev. 2022

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 6587**. Brasília, DF: 2020. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038> Acesso em: 20 fev. 2022

BRASIL. **Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020**. Brasília, DF: Presidente da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm) / Acesso em: 03 maio 2022.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BESSA, Leandro Sousa. **Colisões de Direitos Fundamentais: Propostas de Solução.** 2005. Disponível em: <https://11nq.com/tZAFU> Acesso em: 09 jun. 2022

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre Princípios Constitucionais: Uma abordagem a partir da Teoria de Robert Alexy.** 233 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005.

**DEZEMBRO TEM MAIOR NÚMERO DE MORTES POR COVID-19 NO BRASIL DESDE SETEMBRO, INDICAM SECRETARIAS DE SAÚDE.** G1. 29/12/2020.

Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/12/29/dezembro-tem-maior-numero-de-mortes-por-covid-19-no-brasil-desde-setembro-indicam-secretarias-de-saude.ghtml> Acesso em: 12 jun. 2022

FREITAS, André Ricardo Ribas; NAPIMOGA, Marcelo; DONALISIO, Maria Rita. **Análise da gravidade da pandemia de Covid-19.** Epidemiologia e Serviços de Saúde, [S.L.], v. 29, n. 2, p. 1-5, abr. 2020. Trimestral. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.5123/s1679-49742020000200008> Acesso em: 10 jul. 2022

LILLA, José A.C.; AMARAL, Amanda Capellari; TRANCHESI, Regina Aparecida Medeiros; MANSUR, Nacime Salomão; LARANJEIRA, Ronaldo; MEDEIROS, Eduardo Alexandrino Servolo. **Impacto da vacinação e das medidas de prevenção para Covid-19 em trabalhadores da área da saúde de 12 hospitais do Estado de São Paulo.** The Brazilian Journal Of Infectious Diseases, [S.L.], v. 26, p. 101797, jan. 2022. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.1016/j.bjid.2021.101797> Acesso em: 17 jul. 2022

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 5. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

**MORTES POR COVID CAEM 83,2% NO 1º SEMESTRE; ESPECIALISTAS ATRIBUEM QUEDA À VACINAÇÃO.** CNN Brasil, 2022. Disponível em:

<https://www.cnnbrasil.com.br/saude/mortes-por-covid-caem-832-no-1o-semester-especialistas-atribuem-queda-a-vacinacao/> Acesso em: 30 jun. 2022

SILVA, Melissa Miriam David. **Sistema Inteligente de Predição Espaciotemporal para avaliação de risco no Combate ao SARS-CoV-2 em Portugal Continental.** 2022. 66 f.

Dissertação (Mestrado) - Curso de Geografia, Instituto de Geografia e Ordenamento do Território, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2022. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/51880> Acesso em: 17 jul. 2022

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2. ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v.91, n.798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em:

<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/36159> Acesso em: 07 fev. 2022

STRECK, Lenio Luiz. **Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada.** Espaço Jurídico Journal Of Law [Ejll], [S.L.], v. 17, n. 3, p. 721-732, 20 dez.

2016. Universidade do Oeste de Santa Catarina. <http://dx.doi.org/10.18593/ejll.v17i3.12206>. Acesso em: 17 jul. 2022

OUR WORLD IN DATA. “**Coronavirus (COVID-19): cases**”. Our World in Data 12/07/2022. Disponível em: <https://ourworldindata.org/covid-cases> Acesso em: 12/07/2022.

OUR WORLD IN DATA. “**Coronavirus (COVID-19): deaths**”. Our World in Data 12/07/2022. Disponível em: <https://ourworldindata.org/covid-deaths> Acesso em: 12 jul. 2022.

POLACK, Fernando P.; THOMAS, Stephen J.; KITCHIN, Nicholas; ABSALON, Judith; GURTMAN, Alejandra; LOCKHART, Stephen; PEREZ, John L.; MARC, Gonzalo Pérez; MOREIRA, Edson D.; ZERBINI, Cristiano. *Safety and Efficacy of the BNT162b2 mRNA Covid-19 Vaccine*. *New England Journal Of Medicine*, [S.L.], v. 383, n. 27, p. 2603-2615, 31 dez. 2020. Massachusetts Medical Society. <http://dx.doi.org/10.1056/nejmoa2034577> Acesso em: 17 jul. 2022

**ANEXO A – Ementa da decisão**

Ementa: AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19 PREVISTA NA LEI 13.979/2020. PRETENSÃO DE ALCANÇAR A IMUNIDADE DE REBANHO. PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE, EM ESPECIAL DOS MAIS VULNERÁVEIS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE. PROIBIÇÃO DE VACINAÇÃO FORÇADA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CONSENTIMENTO INFORMADO DO USUÁRIO. INTANGIBILIDADE DO CORPO HUMANO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA, LIBERDADE, SEGURANÇA, PROPRIEDADE, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. VEDAÇÃO DA TORTURA E DO TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE. COMPULSORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO A SER ALÇANÇADA MEDIANTE RESTRIÇÕES INDIRETAS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E ANÁLISES DE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SEGURANÇA E EFICÁCIA DAS VACINAS. LIMITES À OBRIGATORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO CONSISTENTES NA ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS PARA CUIDAR DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA PÚBLICA. ADIS CONHECIDAS E JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES.

I – A vacinação em massa da população constitui medida adotada pelas autoridades de saúde pública, com caráter preventivo, apta a reduzir a morbimortalidade de doenças infecciosas transmissíveis e a provocar imunidade de rebanho, com vistas a proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis.

II – A obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expreso consentimento informado das pessoas.

III – A previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas às quais se sujeitam os refratários observem os critérios constantes da própria Lei 13.979/2020, especificamente nos incisos I, II, e III do § 2º do art. 3º, a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao “pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas”,

bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a não ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes.

IV – A competência do Ministério da Saúde para coordenar o Programa Nacional de Imunizações e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunização não exclui a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para estabelecer medidas profiláticas e terapêuticas destinadas a enfrentar a pandemia decorrente do novo coronavírus, em âmbito regional ou local, no exercício do poder-dever de “cuidar da saúde e assistência pública” que lhes é cometido pelo art. 23, II, da Constituição Federal.

V - ADIs conhecidas e julgadas parcialmente procedentes para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: (A) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (B) tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência. (STF, 2020, p. 01-03)