

O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA EM TEMPOS DE PANDEMIA¹

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO RELIGIOUS FREEDOM IN TIMES OF PANDEMIC

Lara de Andrade S. RODRIGUES²

Fábio Cantizani GOMES³

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar os Decretos e Leis promulgados desde o início da Pandemia da COVID-19, que estabelecem medidas emergenciais a serem adotadas por Estados e Municípios. A partir disso, será abordado o reflexo de tais medidas no direito à liberdade religiosa e liberdade de culto. Em seguida, será feita uma análise dos direitos fundamentais em conflito, como o direito à saúde e o direito à liberdade religiosa, e os princípios que fundamentam esses direitos. Por fim, é discutida a constitucionalidade das restrições causadas aos direitos fundamentais em comento, sob a ótica da situação excepcional vivenciada atualmente.

Palavras-chave: Pandemia COVID-19. Direitos Fundamentais. Liberdade religiosa. Restrições.

ABSTRACT

The objective of this article is to analyze the Decrees and Laws enacted since the beginning of the COVID-19 Pandemic, which establish emergency measures to be adopted by States and Municipalities. From there, the reflection of such measures on the right to religious freedom and freedom of worship will be addressed. Next, an analysis will be made of the fundamental rights in conflict, such as the right

¹ O presente artigo sintetiza a monografia de conclusão da pesquisa, realizada para o Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2020-2021) da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP.

² Discente da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP. Bolsista do Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2020-2021).

³ Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1994) e mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2004). Doutorando pelo Centro Universitário de Bauru da Instituição Toledo de Ensino (2018). Atualmente é professor titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de Franca e da Universidade de Franca. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional.

to health and the right to religious freedom, and the principles that underlie these rights. Finally, the constitutionality of the restrictions caused to the fundamental rights in question will be discussed, from the standpoint of the exceptional situation currently experienced.

Keywords: *Pandemic COVID-19. Fundamental rights. Religious freedom. Restrictions.*

1 INTRODUÇÃO

Desde o início de 2020, o mundo todo ouviu falar de um vírus até então desconhecido. O novo coronavírus chegou ao Brasil no final de fevereiro e desde então, obrigou a sociedade a se adaptar a uma nova realidade até então inimaginável. O que também não se imaginava até então, era a dimensão que esse vírus poderia tomar.

Diante de um vírus desconhecido, com reações diversas em cada organismo e uma contaminação desenfreada, não houve outra saída senão a proibição de aglomeração em diversos ambientes que antes faziam parte de uma rotina comum, como escolas, faculdades, empresas, restaurantes, bares, entre outros.

Em decorrência disso, foi adotado o home office nos setores que assim permitiam, o ensino à distância no setor da educação e o *take-away* (pegue e leve) e *delivery* (entrega) no ramo alimentício. Como exceção, algumas atividades foram mantidas, como postos de gasolina, supermercados e afins, por serem consideradas essenciais por Decretos e Leis promulgados pelo Governo em seus âmbitos municipal, estadual e federal.

Nesse sentido, tanto a OMS quanto o Governo Federal editaram uma série de medidas provisórias que objetivavam frear a contaminação pelo vírus causador da COVID-19, já que os sintomas e a gravidade quando contraído, eram muito incertos.

Todas as medidas editadas se tratam de evidências científicas, já que o Brasil pôde observar diversos outros países que foram pioneiros do vírus, em que se podia acompanhar a evolução da contaminação e de óbitos decorrentes da COVID-19. Dessa forma, todas as providências tomadas foram com base no princípio da prevenção, para que a situação não se agravasse no nosso país.

Dentre as medidas, houve a suspensão de aulas presenciais em escolas e faculdades, como já mencionado, houve a proibição de frequentar locais como cinemas e teatros e também locais abertos e públicos, como

praias e praças, e, além disso, a restrição à realização de cultos, missas e liturgias coletivos e presenciais.

Essa última medida gerou grande questionamento quanto à licitude de tal restrição, visto que a liberdade de culto e a proteção desses locais estão garantidas como direito fundamental pela Constituição Federal. A controvérsia quanto à legalidade da medida foi tamanha que gerou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 811/SP.

O presente estudo visa analisar o conflito entre dois direitos igualmente garantidos pela Constituição Federal, o direito à saúde e o direito à liberdade religiosa e liberdade de culto, os limites de ambos no caso concreto, visto que estamos diante da pior crise epidemiológica dos últimos cem anos e por fim, a ADPF n. 811/SP, analisando tanto os argumentos para a propositura da ação, quanto os argumentos utilizados na decisão.

2 COVID-19

Iniciou-se em 2019, a contaminação da população pelo novo coronavírus. O que até então, era pouco falado e tinha proporção de uma epidemia chinesa, ganhou uma dimensão inimaginável e obrigou a população do mundo todo a se adaptar a uma nova realidade e um novo cotidiano.

Rapidamente, o vírus denominado SARS-COV-2, se alastrou por outros países da Ásia, Europa, da Oceania e chegou às Américas. (TELES; LEUZINGER, 2020; SILVA; BEZERRA JÚNIOR, 2020; TOMELIN, 2020)

Com a proliferação do vírus por todos os países, surgiu a preocupação com os sintomas e a mortalidade causada pelo novo coronavírus. Até então desconhecido, o vírus apresentou sintomas diversos em quem o contraiu, sendo muito dos pacientes assintomáticos, enquanto outros possuíam sintomas mais severos, como febre, tosse, dificuldade para respirar e muitas vezes necessitavam de internação. (AQUINO et al., 2020)

Consequentemente, os países passaram a desenvolver uma série de medidas que visavam reduzir a transmissão do vírus. Exemplos dessas medidas foram: o isolamento de pacientes contaminados (quarentena), higienização das mãos, uso de máscaras faciais e medidas progressivas de distanciamento social, como fechamento de escolas e universidades, proibição de eventos e aglomerações, até mesmo medidas mais severas

como a completa proibição de circulação nas ruas, o chamado *lockdown*. (AQUINO et al., 2020)

É impossível a contenção do vírus, no entanto, é totalmente possível evitar o seu contágio, minorando a proliferação do mesmo através das medidas supracitadas. É evidente que a COVID-19 proporcionou uma verdadeira antinomia real entre normas constitucionais que envolvem direitos fundamentais. Se, por um lado, o dispositivo Constitucional reconheceu expressamente o direito à saúde, por outro lado, ela também determinou que compete ao Poder Público assegurar direitos fundamentais, dentre eles a liberdade de consciência e de crença e o livre exercício de cultos religiosos. (DANELUZZI, 2020; TELES; LEUZINGER, 2020; SILVA; BEZERRA JÚNIOR, 2020)

2.1 A COVID-19 NO BRASIL

Inicialmente, antes mesmo de ter o primeiro caso confirmado no Brasil, foi decretada situação de Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional em decorrência do novo coronavírus, através da Portaria nº188. (TELES; LEUZINGER, 2020; SILVA; BEZERRA JÚNIOR, 2020; TOMELIN, 2020)

Logo após, em 6 de fevereiro de 2020, foi promulgada a Lei n. 13.979, denominada Lei Nacional da Quarentena, que dispunha sobre as medidas para enfrentamento da situação de emergência de saúde pública. Em seu artigo 3º a lei estabelecia uma série de medidas a serem adotadas pelas autoridades públicas, dentre elas, o isolamento, a quarentena, a determinação compulsória de exames médicos e testes laboratoriais, entre outros. (TELES; LEUZINGER, 2020; SILVA; BEZERRA JÚNIOR, 2020; TOMELIN, 2020)

A Lei estabelecia diversas medidas sanitárias e a partir desse artigo 3º, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, deveriam determinar quais seriam as medidas adotadas no território, visando frear o contágio do vírus.

Em seguida, foi editada em 17 de março de 2020, a Portaria Interministerial n. 5, que tratava da compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei n. 13.979/2020.

Em 25 de fevereiro de 2020, foi registrado o primeiro caso da América Latina, sendo um paciente brasileiro que teria acabado de voltar

de viagem na Itália. Em menos de um mês após a confirmação do primeiro caso, já havia transmissão comunitária em algumas cidades. (SILVA; BEZERRA JÚNIOR, 2020)

Com o alastramento radical do SARS-COV-2 por diversos países, a OMS decretou em 11 de março de 2020, que estávamos em estado de Pandemia, traçando uma série de orientações para o combate do novo coronavírus, contidas em um documento denominado “Critical preparedness, readiness and response actions for COVID-19” (Ações críticas de preparação, prontidão e resposta à COVID-19). (TELES; LEUZINGER, 2020; SILVA; BEZERRA JÚNIOR, 2020)

Dentre as medidas, uma das que possuiu maior relevância e eficiência para o combate à propagação da doença foi a suspensão da maioria das atividades econômicas, exceto aquelas consideradas essenciais, e a restrição de convivência social. Tal medida foi adotada em diversos países e reaplicada no Brasil na grande maioria de seus estados. (DANELUZZI, 2020)

No âmbito nacional, foi reconhecido pelo Governo Federal em 20 de março de 2020, estado de calamidade pública no país. Em seguida, em 22 de março, foi adotada a quarentena no Estado de São Paulo, sendo essa uma das medidas previstas na referida lei federal e também nas orientações da OMS, para restringir atividades, a fim de evitar a possível contaminação ou propagação do vírus. Dessa forma, ocorreu não só no Brasil, mas no mundo todo, a paralisação de atividades, tanto dos órgãos públicos, quanto do comércio, das instituições de ensino e demais áreas, em razão da necessidade de isolamento social. É inegável que tais medidas trouxeram reflexos à vida de toda a população, que passou por um ano atípico. (DANELUZZI, 2020; TOMELIN, 2020)

3 DIREITOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição é a Lei com a máxima hierarquia no ordenamento jurídico de um país, fundamentada no Poder Constituinte Originário e tendo como titular o seu povo, garantindo a ele, um rol de direitos essenciais que ficaram conhecidos como direitos fundamentais. (CHAGAS; SANTOS, 2020)

Os direitos fundamentais nascem como necessidades básicas da sociedade e visam garantir o mínimo existencial e a proteção da dignidade humana. Dessa forma, esses direitos se encontram no topo do ordenamento

jurídico, de maneira que vinculam a ação do Estado e de particulares e possuem aplicação imediata e igualitária a todos. (CHAGAS, 2020; SANTOS, 2020)

A responsabilidade para garantir a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais é abrangente, de modo que os Poderes Executivo e Legislativo têm, de modo imediato e direto, o dever de concretizar os direitos fundamentais, proporcionando à sociedade o gozo e o exercício dos direitos derivados.

O Poder Judiciário também exerce papel importante na garantia dos direitos fundamentais, pois diante das políticas públicas definidas e implementadas, cabe a ele o dever de garantir aos cidadãos os direitos subjetivos que essas contêm.

3.1. DIREITO À SAÚDE

A Organização Mundial da Saúde, em 07 de abril de 1948 definiu o direito a saúde como sendo não apenas a ausência de doença, mas sim o perfeito estado de bem estar físico, mental e social. Dessa forma, a definição de saúde vai além do fato de não ter doenças, engloba também a saúde mental e social. (MAZZUOLI, 2020, p. 5)

A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. A partir disso, serão apresentadas algumas ferramentas utilizadas pelo Estado brasileiro na garantia ao direito à saúde. (SILVA, 2018, p. 767)

A Constituição Federal garante em seu artigo 196 a saúde a todos os cidadãos, frisando que esta é um dever do Estado, que deve ser garantido através de políticas sociais e econômicas, objetivando a redução do risco de doenças ou o agravamento destas. (TELES; LEUZINGER, 2020; SILVA; BEZERRA JÚNIOR, 2020; TOMELIN, 2020)

Art 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Além disso, em seu artigo 6º, a Constituição Federal define a saúde como um direito social fundamental, juntamente com a educação, segurança, trabalho, lazer, previdência social, a proteção à maternidade e a

infância. Neste momento, o Estado obriga-se a prestações positivas a todos os membros da sociedade brasileira, ou seja, cabe a ele formular políticas públicas sociais e econômicas destinadas à promoção, à proteção e à recuperação da saúde. Não é uma liberalidade ou um favor do Estado, é obrigação, juntamente a outras condições mínimas essenciais à sociedade. (GONÇALVES; CARNEIRO, 2020)

3.1.1 OS REFLEXOS DA COVID-19 NO DIREITO À SAÚDE

O acesso ao direito fundamental à saúde é essencial para a manutenção da ordem social, dessa forma, o Estado deve buscar meios que tornem possível o acesso ao direito à saúde para a população. (CHAGAS; SANTOS, 2020)

A criação do Sistema Único de Saúde constitui uma grande conquista consagrada na Constituição Federal de 1988, pois representa uma revolução social e sanitária. Apesar de o sistema de saúde brasileiro possuir uma natureza híbrida, contando com o atendimento público e privado, 99% destes são públicos, advêm da rede estatal, o que demonstra a necessidade de grandes investimentos no SUS, para que seja possível arcar com a alta demanda de atendimentos. (CHAGAS; SANTOS, 2020)

É importante ressaltar que a alta demanda do Sistema Único de Saúde já teria causado uma sobrecarga ainda antes da Pandemia por COVID-19, devido a grande quantidade de casos e a escassez de recursos. Dessa forma, com o início da pandemia, houve o agravamento dessa sobrecarga, o que levou o Estado a promover ações emergenciais como a implantação de hospitais de alta complexidade em escolas, ginásios e estádios. (NASCIMENTO; PACHECO, 2020)

Naquele momento de sobrecarga e grande demanda, o sistema de saúde brasileiro passou a apresentar diversas falhas ou na verdade, a escancarar as falhas já existentes anteriormente, mas nunca solucionadas, e que naquele momento se tornaram mais visíveis.

A criação do Sistema Único de Saúde constitui uma grande conquista consagrada na Constituição Federal de 1988, pois representa uma revolução social e sanitária. Apesar de o sistema de saúde brasileiro possuir uma natureza híbrida, contando com o atendimento público e privado, 99% destes são públicos, advêm da rede estatal, o que demonstra a necessidade de grandes investimentos no SUS, para que seja possível arcar com a alta demanda de atendimentos. (CHAGAS; SANTOS, 2020)

É importante ressaltar que a alta demanda do Sistema Único de Saúde já teria causado uma sobrecarga ainda antes da Pandemia por COVID-19, devido a grande quantidade de casos e a escassez de recursos. Dessa forma, com o início da pandemia, houve o agravamento dessa sobrecarga, o que levou o Estado a promover ações emergenciais como a implantação de hospitais de alta complexidade em escolas, ginásios e estádios. (NASCIMENTO; PACHECO, 2020)

Naquele momento de sobrecarga e grande demanda, o sistema de saúde brasileiro passou a apresentar diversas falhas ou na verdade, a escancarar as falhas já existentes anteriormente, mas nunca solucionadas e que naquele momento se tornaram mais visíveis.

3.2 DIREITO AO LIVRE EXERCÍCIO DA RELIGIÃO

De maneira geral, a religião pode ser entendida como um sentimento de confiança, adoração por um ser superior, que não precisa ser necessariamente Deus, pois há uma grande diversidade de religiões e de Deuses. A religião se externaliza por orações, ritos, confissões, adorações, sacrifícios, entre outros.

De certa forma, o direito à liberdade religiosa sempre esteve garantido nas Constituições brasileiras, no entanto, nem sempre de maneira igualitária para todas as religiões.

A Constituição Federal de 1988, atualmente vigente no país, consagra, em seu artigo 5º, inciso VI, que: “VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;”

A liberdade religiosa não consiste apenas no fato de o Estado não impor religião ou determinada crença. Consiste, na verdade, em o Estado permitir ou propiciar aos seguidores de determinada religião, o cumprimento de deveres que dela decorrem. (MIRANDA, 1998, p.359)

Dessa forma, se o Estado conceder aos cidadãos o direito de ter uma religião, mas submetê-los a condições que os impeçam de praticá-la, então não estará concedendo o direito à liberdade religiosa. (FILHO; ALVES, 2020)

Além disso, a liberdade de crença, garantida pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso VI, abrange também a liberdade de exteriorizar práticas e rituais, liberdade de organização religiosa, liberdade

para prestar assistência religiosa em estabelecimentos prisionais e hospitalares (garantida pelo artigo 5º, inciso VII da Carta Magna), liberdade de matrícula em disciplina facultativa de ensino religioso na escola (garantida pelo artigo 210, §1º do referido dispositivo), entre outras liberdades. (SCHERKERKEWITZ, 1996)

Nesse sentido, sabe-se que toda religião possui um segundo elemento, sendo configurado pelo rito ou culto. Para que a liberdade religiosa seja efetiva, todo cidadão deve ser inteiramente livre para praticar qualquer culto religioso, não havendo impedimento direto ou indireto de praticar o culto correspondente a suas crenças religiosas. (FILHO; ALVES, 2020)

O culto é o elemento o qual externaliza e identifica o fenômeno religioso, sendo, portanto, um elemento essencial da liberdade religiosa. Nesse sentido, entende-se que a liberdade de culto se insere no dever prestacional do Estado de assegurar a assistência religiosa.

Desse modo, por ser livre o exercício de cultos religiosos, o Estado tem o dever de proteger suas diversas formas de expressão, inclusive o direito de o indivíduo adotar e exteriorizar as condutas compatíveis com sua crença.

Isso posto, é possível perceber que o ordenamento jurídico brasileiro confere proteção especial ao direito fundamental à liberdade religiosa e de culto, ao ponto de garantir sua concretização e exercício a todos os cidadãos, seja em tempos de paz e estabilidade, seja em cenários de incerteza, calamidade, crise ou até mesmo guerra.

3.3 A LIBERDADE DE CRENÇA E SUAS RESTRIÇÕES EM TEMPOS DE COVID-19

Inicialmente, o Decreto Federal n. 10.282, promulgado em 20 de março de 2020 classificou as atividades religiosas de qualquer natureza como atividade essencial. É válido ressaltar que atividades essenciais são classificadas como aquelas que se não atendidas, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

Em consonância com o referido Decreto Federal, foram promulgados Decretos estaduais e municipais no sentido de que as igrejas e templos religiosos evitassem a realização de cultos, missas, celebrações e aglomerações, de modo a manter os locais abertos, mas apenas com sugestão de evitar grandes números de frequentadores.

Com o crescimento do número de casos da COVID-19 e a ocorrência da transmissão comunitária, estratégias de mitigação passaram a ser adotadas, buscando-se evitar a ocorrência de casos graves e óbitos pela doença.

Dessa forma, diversos decretos a níveis estadual e municipal foram promulgados no sentido de restringir aglomerações, inclusive atividades religiosas como igrejas, cultos, células, entre outras. Entre eles, o Decreto do Estado de São Paulo n. 65.563, de 11 de março de 2021, que em seu artigo 2º, alínea “a” veda, como medida emergencial, a realização de cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo:

Artigo 2º - As medidas emergenciais instituídas por este decreto consistem na vedação de:

II - realização de:

a) cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo. (ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2021).

Desta feita, muitas instituições religiosas suspenderam os serviços presenciais, passando a transmitir suas celebrações por videoconferência, nas mídias sociais, na televisão e no rádio. Adotando uma medida contemporânea, sofisticada e massiva, que em tese atende aos fiéis/seguidores, propicia acolhimento e conforto espiritual. (SILVA; BEZERRA JÚNIOR, 2020)

Tais restrições e limitações levantaram dúvidas sobre até onde o Estado pode intervir na atividade religiosa, levando em consideração a característica que o Brasil é um Estado laico, ou seja, sem poder para intervir nas práticas religiosas.

Ainda que se trate de um direito fundamental, o referido direito pode entrar em colisão com outros direitos garantidos pela Constituição Federal, como o direito fundamental à vida, à saúde, à integridade física, entre outros, e nesse momento de colisão, estará sujeito ao sopesamento. (SILVA; BEZERRA JÚNIOR, 2020)

3.4 O SOPESAMENTO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais à saúde e a liberdade de exercício da religião não são sempre absolutos, ou seja, podem sofrer restrições em determinadas circunstâncias, quando necessário para o interesse coletivo,

saúde e segurança pública. Assim, o sopesamento e o exame de proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) justificam que essa restrição seja constitucionalmente legítima, ou melhor, é possível fazer um sopesamento em situações concretas antes de decidir pela proteção definitiva. (SILVA; BEZERRA JÚNIOR, 2020)

O jurista Robert Alexy, em sua obra “Teoria dos direitos fundamentais” estabelece alguns critérios para solucionar a colisão entre dois princípios constitucionais, o conflito entre regra e regra e a colidência entre princípio e regra. (ALEXY, 2015)

Inicialmente, é necessário ressaltar que norma constitui o gênero, sendo suas espécies, os princípios e as regras. Os princípios são mais amplos, chamados de normas de otimização, enquanto as regras são mais restritas, específicas para os casos por elas abrangidos. (ALEXY, 2015)

Dessa forma, Alexy determina que quando ocorre a colisão entre dois princípios previstos na mesma Constituição, há que se fazer um sopesamento, a fim de se verificar qual dos dois princípios possui maior peso no caso concreto; este princípio considerado de “maior peso” prevalecerá na aplicação à hipótese concreta, mas ambos os princípios continuarão convivendo, coexistindo na mesma Constituição. No exame de outro caso concreto, esse princípio ora considerado de “menor peso” poderá ser considerado o de maior peso e relevância na situação fática, tratando-se da extensão do peso. (ALEXY, 2015)

4 A ADPF 811/SP

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, a chamada ADPF, trata-se de uma ação que tem o objetivo de evitar ou reparar possível lesão a um preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, ainda que sejam atos anteriores à promulgação da Constituição Federal. (BRASIL, 1999)

Nesse sentido, faz-se necessário entender o conceito de “preceito fundamental”. O vocábulo preceito deriva do latim *praeceptum*, que traduz a ideia de regra, conselho, mandamento, diretriz, linha de conduta. Assim, tem o sentido de uma razão a qual se firmam as coisas ou em que se justificam as ações. No ordenamento jurídico, foi previsto o alcance dessa expressão, seja como normas, princípios ou regras. Como alguns princípios

são mais relevantes para o direito, é possível elencar um rol de normas consideradas fundamentais. (ÂMBITO JURÍDICO, 2017)

Compreende-se como fundamental, o preceito que seja imprescindível, essencial ou basilar. Nesse sentido, são considerados como fundamentais, os princípios constitucionais que agregam a sua condição, a natureza de fundamentalidade. (ÂMBITO JURÍDICO, 2017)

Após entendimento do que consiste a arguição de preceito fundamental e quais são as violações que podem provocá-la, será abordada a ADPF n. 811, proposta pelo Partido Social Democrático, no Estado de São Paulo.

A presente arguição foi proposta pelo PSD, em cumprimento ao requisito de legitimidade para propositura da ação e distribuída ao Relator Ministro Gilmar Mendes. A ação contesta o artigo 2º, inciso II, “a”, do Decreto n. 65.563/2021 do Estado de São Paulo, que estabelece algumas medidas restritivas para enfrentamento da Pandemia da COVID-19 no estado de São Paulo. O referido inciso estabelece restrição a missas e outras atividades religiosas na sua modalidade presencial.

Nesse sentido, o partido alega que há restrição total à realização de cultos, missas, liturgias, de modo que há restrição total ao direito constitucional da liberdade religiosa, criando tanto proibição inconstitucional quanto discriminação inconstitucional, pois apenas as religiões que possuem a realização de cultos e exteriorização da fé de maneira coletiva seriam atingidas por essa restrição. Por essa razão, a ação possui pedido de medida cautelar a fim de que fosse suspensa imediatamente a eficácia do artigo 2º, II, “a” do decreto n. 65.563/2021 do Estado de São Paulo, bem como de outros decretos estaduais e municipais que contenham a mesma proibição quanto à realização de cerimônias religiosas por todo o país.

O partido proponente alega que em momentos de calamidade como o atualmente vivenciado, a religião oferece conforto e suporte àqueles que dela necessitam, de modo que a restrição total de frequentar presencialmente igrejas, templos e cultos, poderia afetar a saúde mental e espiritual da população.

Por essa razão, o partido o qual propôs a arguição alega que a mesma não passa no teste de proporcionalidade, por impor restrição total à realização de cultos e missas presenciais, de modo que seria possível a adoção de medidas menos restritivas e menos gravosas.

Alega que no juízo de ponderação, ao analisar ambos os direitos conflitantes, não é justificável a restrição total da liberdade de culto para

que o direito à saúde possa ser resguardado, pois tal restrição está sendo aplicada em extensão e alcance maiores do que seria necessário para a preservação da saúde coletiva.

Nesse sentido, o requerente da arguição cita o exemplo do Distrito Federal, esclarecendo que não foram vedadas as atividades religiosas na cidade, mas sim, implantadas regras específicas aplicáveis aos cultos, missas e rituais de quaisquer credos ou religião.

Desse modo, o requerente afirma que a adoção de medidas razoáveis destinadas à prevenção da transmissão da Covid-19, como ocorreu no Distrito Federal, conferem efetividade e concretização à liberdade de culto, sem causar prejuízos à saúde pública. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2021)

Ainda, o proponente da arguição salienta que há cultos e rituais religiosos que podem ser realizados à distância sem prejuízos na realização, no entanto, existem também cultos, liturgias, cerimônias e atividades de determinadas religiões que só podem ser realizadas de modo presencial. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2021)

Por essa razão, o requerente afirma que o decreto paulista, ao impedir a realização presencial de atividades religiosas, cria indevido privilégio para os adeptos de determinadas religiões ou segmentos cujas liturgias e crenças permitem atos sacros e cultos coletivos online, enquanto prejudica aquelas crenças, as quais não possuem tal deliberalidade. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2021)

Além disso, alega também quanto à desigualdade de acesso à tecnologia, que mesmo nas religiões em que os cultos podem ser realizados de maneira virtual, representa um empecilho de natureza econômica e técnica para que os líderes possam transmitir e que os adeptos possam participar dos eventos. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2021)

Por fim, o partido requerente ressalta que deve ser assegurada a realização de cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo em todas as esferas da Federação, sem exceções, desde que respeitados os protocolos sanitários já estabelecidos ou de outros dispostos no artigo 3º, §1º da Lei n. 13.979/2020, como medida adequada e suficiente para garantir a saúde física da coletividade, mas também, a saúde mental e espiritual, em momento de instabilidade, como ora enfrentado. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2021)

4.1 A DECISÃO DA ADPF N. 811/SP

O Brasil, por diversos momentos durante a pandemia, foi eleito o líder mundial em mortes diárias por COVID-19. E diante desse cenário, ainda houve aqueles que pretendiam a reabertura de tempos e cultos, defendendo a prática de atividades religiosas de modo presencial. Como dito pelo próprio relator, um fúnebre julgamento. (CONJUR, 2021)

O relator da Arguição em comento foi o Ministro Gilmar Mendes, que aborda exemplos de outros países que também tiveram que impor restrições a diversos direitos, dentre eles a França, Estados Unidos, Coreia do Sul, Japão e Austrália, de modo a demonstrar que as medidas decretadas no Brasil não se tratam de restrições descabidas, visto que foram tomadas em evidências científicas. Ressalta também outras decisões que versam sobre tema semelhante no que diz respeito à pandemia da COVID-19, como as ADIs n. 6.586 e 6.587 e o de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, e o ARE n. 1.267.879, de relatoria do Ministro Roberto Barroso.

À vista disso, é evidente que a ponderação de interesses entre direitos individuais e direitos coletivos tem recebido contornos particulares diante da excepcional situação de emergência pública. (CONJUR, 2021)

Sendo assim, em sua decisão, o Relator da presente arguição ressalta que diante da pandemia ora vivenciada, ao se analisar as restrições impostas à locomoção, à reunião em público e outros direitos fundamentais restringidos, é necessário um questionamento quanto à ponderação dos direitos constitucionais em jogo, a fim de se buscarem os limites da juridicidade de tais restrições.

Desse modo, as medidas legislativas e administrativas que visam assegurar o direito à saúde também colidem com outras posições jurídicas que refletem direitos fundamentais, de forma que em observância ao princípio da Unidade da Constituição, devem ser objeto de ponderação com outros bens constitucionais. (WHITTINGTON, 2002)

Nesse sentido, quanto ao juízo de proporcionalidade, dispõe o Ministro Mendes:

O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção. (CONJUR, 2021)

Dessa forma, conclui o presente relator que não convence a tentativa de imputar desproporcionalidade à medida restritiva, nos seguintes termos da petição inicial da ADPF n. 811/SP: “Ora, se é possível limitar o número de pessoas que participam das atividades religiosas coletivas e, assim, inibir a transmissão do vírus sem esvaziar por completo o direito à liberdade religiosa, a proibição total não pode subsistir”. (CONJUR, 2021)

Isso porque, trata-se de medida temporária e necessária diante da dimensão tomada pela pandemia do novo coronavírus, além de outros argumentos como o fato de o Decreto impugnado não impedir que as pessoas respondam à própria consciência, em matéria religiosa, além de ser uma restrição imposta a todas as religiões, indistintamente, de modo que não há benefício a certa religião ou prejuízo a outra.

Além disso, a decisão se fundamenta no razoável consenso científico de que os riscos de contaminação decorrentes de atividades religiosas coletivas são superiores ao de outras atividades econômicas, mesmo aquelas realizadas em ambientes fechados.

Desse modo, o relator expõe o seu voto contrário à ocorrência de violação de preceito fundamental. Alega que as medidas restritivas impostas pelo Decreto 65.563 do Estado de São Paulo visam à interrupção da cadeia de contaminação do SARS-COV-2, procurando afastar o risco de colapso do sistema de saúde. (CONJUR, 2021)

Além disso, evidente que não foi apenas a liberdade de culto que sofreu restrições, já que o próprio decreto, em seu artigo 2º, restringe diversas outras atividades essenciais, como o atendimento presencial ao público, inclusive retirada mediante “pegue e leve” em bares, restaurantes, shopping centers, galerias e estabelecimentos congêneres e comércio varejista de materiais para construção, permitidos tão somente o serviço de entrega e *drive-thru*, e ainda, em seu inciso I, proíbe a permanência, reunião ou concentração de pessoas em espaço público, como praias, praças e parques. (ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2021)

Por fim, diante do verdadeiro quadro de calamidade pública, as restrições impostas pelo Decreto paulista visam evitar aglomerações, e não o exercício do direito à liberdade religiosa, o que se mostra adequado, necessário e eficaz.

É evidente, portanto, que a COVID-19 ameaça os indivíduos de diferentes formas, expondo-os a danos de ordem física, psicológica e até culturais. Desse modo, é impossível ignorar todas as mudanças trazidas com o novo coronavírus, resistir às medidas necessárias no presente momento e persistir em levar a mesma vida levada antes da pandemia.

Com tantas mudanças causadas, foi necessária a imposição de restrições aos locais que recebiam grande número de pessoas, dentre eles, igrejas, templos e locais de realização de atividades religiosas coletivas. Não houve impedimento quanto ao exercício da fé ou quanto à externalização de crenças, mas sim, impedimento à aglomeração de pessoas no mesmo ambiente.

A medida tomada no Brasil, mais especificamente no estado de São Paulo, imposta pelo Decreto n. 65.563/2021, é semelhante à decisão tomada em diversos outros países que comprovaram pessoalmente o quanto a reunião de pessoas nesses locais oferece risco e acelera a transmissão do vírus.

Sendo assim, como dispõe a própria decisão da ADPF n. 811/SP, não há violação de preceito fundamental, visto que em um dado caso concreto, quando ocorre o conflito entre dois direitos fundamentais, é realizado o sopesamento, de modo a descobrir qual direito deve prevalecer na situação em específico. Através deste, chegamos à conclusão de que em se tratando do contexto atual, os direitos à vida e à saúde devem prevalecer aos direitos de liberdade, seja ela de locomoção, de reunião, ou religiosa e de culto.

Como dispõe Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi sobre o tema, “o bom senso e a lógica do razoável não permitem outra conclusão senão um esforço coletivo para a proteção da vida humana, principalmente dos mais vulneráveis.” (DANELUZZI, 2020).

Por fim, importante ressaltar o pensamento de Schauer (2015):

A Constituição não existe apenas para nos proteger de ilícitos cometidos pelos maus agentes públicos; serve também, a Constituição, para impedir que bons agentes públicos façam coisas que são até boas e desejáveis no curto prazo, mas que depõem contra o interesse público no longo prazo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2. Ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

ÂMBITO JURÍDICO. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alcance da expressão “preceito fundamental” segundo a visão do STF*. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-alcance-da-expressao-preceito-fundamental-segundo-a-visao-do-stf/amp/>

AQUINO, E. M. L. et al. *Medidas de distanciamento social no controle da pandemia de*

COVID-19: potenciais impactos e desafios no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, n. 25, supl. 1, p. 2423-2446, 2020.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. DECRETO Nº 65.563, DE 11 DE MARÇO DE 2021. *Institui medidas emergenciais, de caráter temporário e excepcional, destinadas ao enfrentamento da pandemia de COVID-19, e dá providências correlatas*. 2021. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2021/decreto-65563-11.03.2021.html>

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Portal de Legislação Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.ht

Acesso em: 23 de mai. 2021.

BRASIL. *LEI Nº 9.882 DE 03 DE DEZEMBRO DE 1999*. Portal de Legislação Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm

CHAGAS, D. R.; SANTOS, J. E. S. O Direito Fundamental à saúde no Brasil e a pandemia do Novo Coronavírus: errou quem previu que “pior que tá não fica”. *Brazilian Journal of Development*, v. 6, n. 8, p. 58529-58552, 2020.

CONJUR. *Liberdade de culto restringida em prol à saúde*. Voto relator ADPF 811/SP. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/liberdade-culto-restringida-prol-saude.pdf>

DANELUZZI, M. H. M. B. As Implicações da COVID-19 no Direito Civil. In: WARDE, W.; VALIM, R. *As Consequências da COVID-19 no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

FILHO, V. B.; ALVES, F. de B. DA LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: LIMITES, PROTEÇÃO E EFETIVIDADE. *Brasília: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2008.

GONÇALVES, A. B.; CARNEIRO, E. F. V. COVID-19 DESAFIA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. *Revista dos Tribunais*, v. 1016, pp. 307-326, 2020.

MAZZUOLI, V. de O. RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS POR EPIDEMIAS E PANDEMIAS TRANSNACIONAIS: O CASO DA COVID-19 PROVINDA DA REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 23, 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 811/SP*. 2021.

MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra, 1998.

NASCIMENTO, F. L.; PACHECO, A. do E. S. D. SISTEMA DE SAÚDE PÚBLICO NO BRASIL E A PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS. *Boletim de Conjuntura (BOCA)*, ano 2, v. 2, n. 5, 2020.

SCHERKERKEWITZ, I. C. O Direito de Religião no Brasil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 45/46, p. 87-110, 1996.

SCHAUER, Frederick. *The Force of Law*. Cambridge: Harvard University Press, pp. 91-92, 2015.

TELES, S.; LEUZINGER, M. D. COVID-19 à Luz do Direito Ambiental. In: WARDE, W.; VALIM, R. *As Consequências da COVID-19 no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

TOMELIN, G. A. Escassez geral nas catástrofes: cidadãos sufocados pelas prerrogativas da administração pública. In: WARDE, W.; VALIM, R. *As Consequências da COVID-19 no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

WHITTINGTON, K. Extrajudicial Constitutional Interpretation: three objections and responses. *North Carolina Law Review*, v. 80, n. 3., pp. 773- 852, 2002. sequências da COVID-19 no Direito Brasileiro. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020