



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIA LETÍCIA SANTOS CHAVES

**O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE RELIGIOSA E AS MEDIDAS RESTRITIVAS
DE REALIZAÇÃO DE CULTOS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 NO
BRASIL**

FORTALEZA

2022

MARIA LETICIA SANTOS CHAVES

O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE RELIGIOSA E AS MEDIDAS RESTRITIVAS DE
REALIZAÇÃO DE CULTOS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. Fernanda Claudia Araújo da Silva.

FORTALEZA

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

C439c Chaves, Maria Letícia Santos.
O conflito entre a liberdade religiosa e as medidas restritivas de realização de cultos durante a pandemia de covid-19 no Brasil / Maria Letícia Santos Chaves. – 2022.
51 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2022.

Orientação: Profa. Ma. Fernanda Cláudia Araújo da Silva.

1. liberdade religiosa. 2. saúde. 3. pandemia. 4. lockdown. I. Título.

CDD 340

MARIA LETICIA SANTOS CHAVES

O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE RELIGIOSA E AS MEDIDAS RESTRITIVAS DE
REALIZAÇÃO DE CULTOS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Msc. Fernanda Claudia Araújo da Silva.

Aprovada em: 09/02/2022

BANCA EXAMINADORA

Prof. Msc. Fernanda Cláudia Araújo da Silva (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dra. Ires Lopes Custódio
Associação Brasileira de Enfermagem (ABEn)

Msc. Vanessa de Lima Marques Santiago
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Aos meus pais, Matilde e Assis.

AGRADECIMENTOS

Finalizar uma graduação não foi tarefa fácil para mim, ainda mais durante uma pandemia. Mas todo o caminho ficou infinitamente mais feliz graças a algumas pessoas que estiveram comigo e encheram de sentido meus dias. Felizmente agora eu tenho muito a agradecer.

Agradeço a minha mãe, Matilde Domingos dos Santos, por ter feito o impossível para que eu chegasse onde estou pelos estudos e, principalmente, por um dia, há tanto tempo que eu nem saberia precisar quando, ter me dito, enquanto passávamos em frente ao prédio da Faculdade de Direito da UFC, que eu estudaria ali. Seu desejo era, na verdade, uma profecia.

Ao meu pai, Francisco de Assis, pela presença e por ter sido símbolo de dedicação e comprometimento, e aos meus irmãos, Maria e João, pela parceria de tantos anos.

Ao Curso Pré-vestibular Paulo Freire, meu grande amor na Faculdade de Direito, por me permitir dar o melhor de mim e me apresentar tanta gente especial, entre elas Larissa Sampaio, Davi Gomes e Robson, a quem também agradeço a amizade tão generosa.

Aos meus amigos de turma do grupo “É confiável?” pela parceria nos corredores da faculdade, por tantas conversas no jardim do amor e pelos milhares de momentos fora da UFC.

Agradeço especialmente aos amigos Thamira Reis, João Vitor Gonçalves e Robson Luiz pelo auxílio na confecção deste trabalho e pelo afeto de sempre.

À Lila, Miria e Juliana por terem, cada uma do seu jeito, me fortalecido, demonstrando tanta fé na minha capacidade de concluir este trabalho.

À Carina, por me ajudar a organizar meus sentimentos desde 2019 e me fazer dar a importância necessária para esse trabalho.

Ao João Mateus por ser tudo o que eu precisava e nem sabia.

Às colegas de estágio na 138ª Promotoria de Justiça, Fabrícia e Celisse, por terem sido tão companheiras e melhorado tanto minha experiência de estágio, e aos servidores Larissa, Rodrigo, Vinícius e Lucy Antoneli, pelo exemplo de empenho e excelência no trabalho.

À Prof.^a Fernanda Cláudia, pela orientação e compreensão disposta desde o início do trabalho.

Aos membros participantes da banca examinadora Ires e Vanessa por terem prontamente se disponibilizado a participarem deste momento tão importante.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a legitimidade da limitação temporária à realização de cultos e outras atividades religiosas presenciais durante a pandemia de Covid-19 e em razão da decretação de *lockdown* em diversas localidades brasileiras. Para tanto, realiza-se um estudo doutrinário e legislativo de alguns aspectos correlacionados ao tema, quais sejam, os direitos fundamentais e suas limitações, a liberdade religiosa e sua proteção constitucional, a laicidade estatal, o direito à saúde e o dever do estado de combater a pandemia. A partir de um raciocínio dedutivo e com base no posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF), chega-se à conclusão de que a liberdade religiosa, no seu aspecto de liberdade de culto ou de organização, pode ser restringida quando colide com um direito fundamental de maior peso, neste caso, a saúde coletiva e, conseqüentemente a vida. Tal restrição, no entanto, não atinge o núcleo essencial do direito.

Palavras-chave: liberdade religiosa; saúde; pandemia; *lockdown*.

ABSTRACT

The present work seeks to analyze the legitimacy of the temporary limitation to the performance of services and other religious activities in person during the Covid-19 pandemic and due to the enactment of lockdown in several Brazilian locations. In order to do so, a doctrinal and legislative study is carried out on some aspects related to the theme, namely, fundamental rights and their limitations, religious freedom and its constitutional protection, state secularism, the right to health and the duty of the state to fight the pandemic. From a deductive reasoning and based on the position of the Federal Supreme Court (STF), it is concluded that religious freedom, in its aspect of freedom of worship or organization, can be restricted when it collides with a fundamental right of greater value, in this case, collective health and, consequently, life. Such restriction, however, does not reach the essential core of the law.

Keywords: religious freedom; health; pandemic; lockdown.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
Art.	Artigo
CNS	Conselho Nacional de Saúde
ESPII	Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional
Fiocruz	Fundação Oswaldo Cruz
LOA	Lei Orçamentária Anual
MP	Medida Provisória
OMS	Organização Mundial da Saúde
PDT	Partido Democrático Trabalhista
PSD	Partido Social Democrático
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS LIMITAÇÕES.....	12
2.1	Do conceito de direitos fundamentais.....	12
2.2	As gerações de Direitos Fundamentais.....	14
2.3	A distinção entre normas, regras e princípios.....	15
2.4	A possibilidade de limitação de direitos fundamentais.....	17
2.5	A ponderação entre princípios durante situações de excepcionalidades.....	19
3	A LIBERDADE RELIGIOSA ANTE O DIREITO CONSTITUCIONAL NO BRASIL.....	21
3.1	A liberdade religiosa ao longo da história constitucional brasileira.....	21
3.2	A laicidade do Estado brasileiro e a proteção da religião.....	25
3.3	A Liberdade Religiosa como Direito Fundamental no Brasil.....	27
4	O CONTEXTO PANDÊMICO E A NECESSIDADE DE RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	30
4.1	A Pandemia e o Direito à Saúde.....	31
4.2	A necessidade de atuação do poder público na contenção da pandemia.....	34
4.3	A decretação de <i>lockdown</i> e a proibição de realização de cultos religiosos...	37
5	AS RESTRIÇÕES DE REALIZAÇÃO DE CULTOS E A LIBERDADE RELIGIOSA	40
5.1	A proibição da realização de cultos religiosos como restrição à liberdade religiosa durante a pandemia.....	40
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
	REFERÊNCIAS.....	46

1 INTRODUÇÃO

A pandemia de Covid-19 alterou significativamente a forma como os indivíduos se relacionam socialmente. Em razão da rápida transmissão do vírus, que pode ocorrer até antes de o infectado começar a apresentar sintomas da doença, em um curto período de tempo estávamos diante de uma das maiores crises sanitárias do mundo e do maior colapso sanitário e hospitalar da história do Brasil¹.

Em 31 de dezembro de 2019 a OMS foi alertada sobre vários casos de pneumonia na cidade de Wuhan, na China. Dias depois foi constatada a existência de um novo coronavírus, denominado SARS-CoV-2, causador da doença Covid-19. No fim de janeiro de 2020, a situação foi enquadrada como Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), sendo o mais alto nível de alerta da OMS. Posteriormente, em março de 2020, o surto passou a ser considerado uma pandemia, em razão da sua alta distribuição geográfica e não da sua gravidade².

No Brasil, a primeira contaminação foi identificada em 26 de fevereiro de 2020 e, menos de um mês depois, em 12 de março, ocorreu a primeira morte pela doença. Neste dia o número de casos confirmados era de 60 e, uma semana depois a quantidade subiu para 533. Esses números evidenciam a gravidade inerente à doença e revelam a necessidade da adoção de medidas emergenciais para a contenção da propagação do vírus e evitar o colapso do sistema de saúde³.

Ressalta-se, ainda, que até 17 de janeiro de 2021⁴, no Brasil não havia vacinas disponíveis para sua contenção, de modo que as medidas não farmacológicas se mostravam como as únicas opções para reduzir sua propagação. Nesse cenário, coube ao Poder Público, além da determinação do uso de máscaras por todos e da recomendação para a constante higienização de mãos e superfícies, a adoção de medidas restritivas de circulação, como a limitação da capacidade de indivíduos dentro dos estabelecimentos simultaneamente, o distanciamento e isolamento social e a quarentena. No entanto, tais medidas não foram

¹ BOLETIM Observatório Covid-19, 16 mar 2021. Boletim extraordinário. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/boletim_extraordinario_2021-marco-16-red-red-red.pdf. Acesso em: 25 jan. 2022.

² ASCOM SE/UNA-SUS. **Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus**: Mudança de classificação obriga países a tomarem atitudes preventivas. UNA-SUS. 2020. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em: 25 jan. 2022

³ MACHADO, Maria Letícia; FREITAS, Rebeca. **O primeiro ano de pandemia no Brasil em 43 eventos**. Nexo Políticas Públicas. 2021. Disponível em: <https://pp.nexojornal.com.br/linha-do-tempo/2021/O-primeiro-ano-de-pandemia-no-Brasil-em-43-eventos>. Acesso em: 2 fev. 2022

⁴ *Ibid.*

suficientes em diversas localidades brasileiras, de modo que a alternativa mais adequada seria uma restrição ainda mais severa, como é o *lockdown*, ou bloqueio total⁵.

O *lockdown* proíbe a circulação de pessoas em quaisquer atividades que não sejam essenciais. Assim, o Estado restringe algumas liberdades individuais por determinado período como uma forma de conter o avanço da doença e resguardar o sistema de saúde. Uma das liberdades que sofreu limitação foi a religiosa, visto que se proibiu temporariamente a realização de cultos e outras atividades religiosas presenciais.

Isso posto, este trabalho se propõe a analisar a regularidade da limitação à liberdade religiosa neste contexto, examinando a evidente colisão entre dois direitos fundamentais, quais sejam a liberdade religiosa e a saúde, defendida através do *lockdown*. Discute-se, assim, se a limitação a determinado aspecto atinente às religiões configura uma lesão ao direito constitucionalmente garantido.

Consiste o objetivo do presente trabalho, portanto, analisar a legitimidade da limitação temporária à realização de cultos e outras atividades religiosas presenciais durante a pandemia de Covid-19 e em razão da decretação de *lockdown* em diversas localidades brasileiras. Para isso, examinou-se os direitos fundamentais envolvidos, bem como a possibilidade de serem limitados em situações excepcionais através, principalmente, da técnica da ponderação. Realiza-se um estudo legislativo e doutrinário a fim de se estabelecer uma compreensão acerca dos direitos fundamentais e suas limitações, da liberdade religiosa e sua proteção constitucional, da laicidade estatal, do direito à saúde e do dever do estado de combater a pandemia. Além disso, se baseia no posicionamento do STF em algumas oportunidades, chegando-se a um entendimento acerca da regularidade da implantação da medida emergencial no que concerne à liberdade religiosa.

O trabalho se desenvolveu em seis partes, sendo a primeira delas a introdução (capítulo 1), seguida de três capítulos (números 2, 3 e 4) através dos quais se buscou desenvolver as bases necessárias para o entendimento a que se chegou no capítulo 5, finalizando-se com as considerações finais, onde se buscou realizar uma síntese do percurso lógico que permitiu chegar ao entendimento exposto no capítulo 5.

Assim, após esta breve introdução, o segundo capítulo deste trabalho monográfico busca delinear uma definição de direitos fundamentais, ressaltando sua associação com a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos, e demonstrando a evolução histórica do

⁵ BOLETIM Epidemiológico n. 08 - COE Coronavírus, **Secretaria de Vigilância em Saúde - Ministério da Saúde**, 09 abr. 2020. Disponível em: <http://www.cofen.gov.br/wp-content/uploads/2020/04/be-covid-08-final.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2022.

âmbito de proteção desses direitos, compreendida em dimensões ou gerações. Além disso, o capítulo analisa a possibilidade de limitação desses direitos em determinadas situações, que se relaciona principalmente ao caráter principiológico a eles atribuídos.

No terceiro capítulo, busca-se analisar o âmbito de proteção da liberdade religiosa no Brasil, discorrendo brevemente acerca do processo de laicização estatal ocorrido com a evolução constitucional e evidenciando como a liberdade religiosa e a laicidade foram sendo modificadas no país até a noção compreendida hoje.

No quarto capítulo, o estudo concentra-se na descrição do contexto pandêmico no qual o Brasil e o mundo estavam situados nos últimos anos, descrevendo a evolução e os efeitos sociais da propagação do SARS-Cov-2 e a necessidade de adoção de medidas cada vez mais restritivas a fim de resguardar o direito constitucional à saúde. Destaca-se a necessidade de limitação temporária de liberdades individuais, como a liberdade religiosa.

No quinto capítulo, com base nas concepções trazidas pelos anteriores e no posicionamento do STF, analisa-se o conflito entre liberdade religiosa e direito à saúde, contestando determinados pontos alegados pelo impetrante da ADPF 811, que questionou a constitucionalidade da imposição de limites à realização de atividades religiosas presenciais e coletivas em prevenção ao avanço da Covid-19. Nesse ponto busca-se dar uma resposta para a alegada ofensa ao direito fundamental e à laicidade esperada pelo Estado, bem como analisa-se a proporcionalidade da medida adotada.

A metodologia adotada tem caráter qualitativo e utiliza-se o raciocínio dedutivo. Desse modo, nos capítulos 2, 3 e 4 realizou-se o levantamento bibliográfico e legislativo referente à temática tratada e, no capítulo 5 utilizou-se os conceitos tratados nos capítulos anteriores e o posicionamento do STF, chegando-se a um entendimento acerca da problemática discutida.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS LIMITAÇÕES

Os direitos e as garantias fundamentais estão dispostos no Título II da Constituição Federal brasileira de 1988, abrangendo os artigos 5º ao 17, e constituem um conjunto que compreende os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, os quais englobam o estatuto constitucional dos partidos políticos e a liberdade de associação partidária, podendo-se considerar estes como espécies do gênero direitos e garantias fundamentais⁶.

2.1 Do conceito de direitos fundamentais

De maneira simplificada, entende-se por direitos fundamentais os direitos básicos dos seres humanos, que visam assegurar a dignidade humana e garantir o mínimo necessário à preservação da vida em suas diversas perspectivas. Conforme salienta Sarlet, trata-se de direitos cujo titular é o ser humano, desse modo, é correto afirmar que, de certa forma, estes são também direitos humanos⁷.

Observa-se, assim, que o conceito de direitos fundamentais está intimamente relacionado aos conceitos de direitos humanos e, ainda, de dignidade humana e, para alguns doutrinadores, estes se confundem. No entanto, apesar das dificuldades, reiteradamente apontadas pela doutrina, na tentativa de se delimitar de modo claro estes termos, é salientado, de igual modo, a imprescindibilidade de buscar uma conceituação e não os deixar abertos a interpretações diversas e potencialmente equivocadas⁸.

Sarlet diferencia os termos considerando a abrangência de sua aplicabilidade, de modo que os direitos fundamentais se referem aos direitos atribuídos à pessoa humana, positivados em ordenamento jurídico interno e os direitos humanos, por sua vez, consistem em direitos protegidos no âmbito internacional, direcionados a todos os seres humanos em todos os locais do mundo. E,

[...] o termo “direitos fundamentais” se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book.

⁷ *Ibid.*

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal [...]”⁹

A respeito disso, Mazzuoli¹⁰ apresenta definições distintas para as expressões “direitos do homem”, “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. Segundo o autor, os direitos do homem seriam aqueles capazes de proteger o homem em qualquer situação e a qualquer tempo, mas que ainda não se encontram positivados, consistindo em direitos “que se sabe *ter*, mas não *por que* se tem, cuja existência se justifica apenas no plano do Direito Natural”. Já os direitos fundamentais se referem à proteção constitucional dada aos direitos dos cidadãos, aqueles que o ordenamento jurídico interno optou por registrar, por positivar. E salienta, ainda:

São direitos garantidos e limitados no tempo e no espaço, objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. Tais direitos devem constar de todos os textos constitucionais, sob pena de o instrumento chamado Constituição perder totalmente o sentido de sua existência.¹¹

Os direitos humanos, por sua vez, além de estarem, também, positivados, seriam aqueles “que já ascenderam ao patamar do Direito Internacional Público”¹². São direitos tutelados a nível internacional contra possíveis violações e arbitrariedades que um Estado venha a cometer contra seus jurisdicionados, situação sujeita a responsabilização perante instâncias internacionais de proteção¹³.

Nesse sentido, Barroso considera que os direitos fundamentais são os direitos humanos que foram incorporados aos ordenamentos jurídicos internos, sendo, os direitos humanos, ainda, “uma combinação de conquistas históricas, valores morais e razão pública, fundados na dignidade humana, que visam à proteção da vida, da liberdade, da igualdade e da justiça”¹⁴.

Acrescenta-se, ainda, que os direitos fundamentais são identificados pelo reconhecimento das seguintes características: pretensão de universalidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, historicidade, irrenunciabilidade e relatividade. Esta última característica é que baseará a noção de ponderação entre os direitos fundamentais, a ser estudada em

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 1552 p.

¹⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1250.

¹¹ *Id.* **Curso de direitos humanos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 28.

¹² *Op. cit.*, p. 1251.

¹³ *Op. cit.*, p. 26.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 429.

momento posterior.

Diante do exposto, adotaremos a distinção acima apontada, sem ignorar a relação entre os termos para a proteção dos indivíduos nas diversas esferas.

2.2 As gerações de Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais costumam ser divididos em gerações ou dimensões, cujas características se relacionam diretamente com o momento em que passaram a ser reconhecidos, sendo acrescentados, a cada período, certos atributos que os constituem. Esses direitos sofreram uma maturação, conferindo-os a característica da historicidade, ou seja, não foram sempre os mesmos em todos os tempos, evoluindo junto à sociedade com o surgimento de novas necessidades humanas básicas¹⁵.

Mazzuoli¹⁶ menciona Karel Vasak como responsável pela caracterização em três gerações de direitos, inspirado no lema da Revolução Francesa - Liberdade, igualdade e fraternidade - onde cada geração corresponderia, respectivamente, a um dos aspectos do lema. Assim, a primeira geração de direitos fundamentais guarda relação com a liberdade e a necessidade de restrição da atuação estatal sobre os indivíduos, sendo estes, individualmente considerados, seus titulares. São direitos que surgiram com a Revolução Francesa e a Americana e objetivavam ressaltar a autonomia dos indivíduos perante os abusos cometidos pelos estados absolutistas. São direitos “de resistência ou de oposição perante o Estado”¹⁷ e pressupõem uma abstenção ou um deixar de fazer por parte deste, por essa razão possuem caráter negativo. Assim são classificados os direitos à vida, à liberdade (inclusive liberdade de crença), à igualdade, à propriedade, ao nome, à nacionalidade, dentre tantos outros.

A segunda geração, de outro modo, consagra os direitos de igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais), que se preocupam com as desigualdades sociais existentes e, por isso, pressupõem a ação positiva do Estado no sentido de corrigi-las.¹⁸ Exemplos desses direitos são aqueles relacionados ao trabalho, à seguridade social, à velhice, entre outros.

A terceira geração, por sua vez, se refere aos direitos de fraternidade ou de solidariedade, chamados direitos difusos ou coletivos (direito a um meio ambiente equilibrado,

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 36.

¹⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book.

¹⁷ *Id.* **Curso de direitos humanos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 53.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. e-pub.

a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos entre outros)¹⁹, visam proteger não só os homens individualmente, mas a uma coletividade de indivíduos indeterminados.

Não obstante a separação dos direitos fundamentais em gerações sucessivas, não se deve considerar que um direito surgido em momento posterior tenha suplantado o anterior, mas, conforme salienta Mendes e Branco (2019), as gerações indicam o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Assim, evidenciam-se “os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica”²⁰.

2.3 A distinção entre normas, regras e princípios

O direito manifesta-se no mundo material através das normas jurídicas. Estas, por sua vez, apresentam múltiplos sentidos ao serem aplicadas cotidianamente, entre os quais está o de que elas consistem em “prescrições, mandamentos, determinações que, idealmente, destinam-se a introduzir a ordem e a justiça na vida social”.²¹

Conforme assevera Alexy²², a distinção entre regras e princípios é indispensável para a compreensão das restrições aos direitos fundamentais assim como as colisões entre eles, segundo o autor, “não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico”.

Assim, Alexy reúne princípios e regras sob o conceito de norma, afirmando que “tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição”²³. Ou seja, trata ambos como espécies distintas de norma, que podem ser diferenciados através de critérios como a determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de surgimento, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, entre outros.

O autor, no entanto, destaca a generalidade, critério utilizado com mais frequência, segundo a qual as regras apresentam “grau de generalidade relativamente baixo”²⁴,

¹⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. e-pub.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 576 p. 192.

²² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2º ed., 4º tiragem—tradução Virgílio Afonso da Silva—São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 85.

²³ *Ibid.*, p. 87.

²⁴ *Ibid.*, loc. cit.

diferentemente dos princípios, que apresentam grau de generalidade “relativamente alto”. Nesse sentido, a liberdade de crença, por exemplo, uma das dimensões da liberdade religiosa, é considerada um princípio; de outra forma, a norma segundo a qual a idade mínima para se candidatar a Presidente da República é de 35 anos seria uma regra.

Não obstante esses critérios, Alexy salienta que “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”²⁵, conseqüentemente são “mandados de otimização”, não precisam ser aplicados totalmente em determinado caso, mas com a maior abrangência possível.

As normas, por outro lado, “são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”²⁶, são, portanto, ordens a serem cumpridas no plano fático e jurídico.

Diante disso, uma colisão entre princípios ou o conflito entre regras seria determinante para evidenciar a diferença entre as normas. Tal conflito ou colisão pode ser entendido como uma situação na qual a aplicação simultânea de duas normas haveria resultados inconciliáveis ou contraditórios, visto que cada uma delas solucionaria determinada questão de maneira distinta.

Nesse cenário as regras se caracterizam por não poderem ser conciliadas, devendo-se, segundo Alexy²⁷, eleger uma das seguintes soluções: a uma das regras é adicionada uma cláusula de exceção que elimine o conflito; uma das regras é declarada inválida; ou a regra mais recente é reconhecida como válida, revogando a anterior. Por outro lado, numa colisão entre princípios nenhum deles precisa ser declarado inválido, há uma ponderação a depender do caso concreto e, em determinadas situações, uns princípios possuem precedência sobre os outros.

A teoria dos princípios de Alexy será a adotada no presente trabalho, sendo reputado aos direitos fundamentais o caráter principiológico, de modo que, quando em colisão com outros direitos fundamentais, haja a conciliação de interesses a fim de melhor atender ao interesse constitucional, não apresentando a característica de serem absolutos.

²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2º ed., 4º tiragem—tradução Virgílio Afonso da Silva—São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 90.

²⁶ *Ibid.*, p.91.

²⁷ *Ibid.*, p.92.

2.4 A possibilidade de limitação de Direitos Fundamentais

A constituição brasileira vigente buscou conciliar diversos interesses sociais em um único documento, o que significa, a coexistência de normas potencialmente conflitantes. Resultado disso é a eventual colisão entre normas de direitos fundamentais, a ser solucionada de forma variada, dependendo do caso concreto.

Desse modo, em relação aos direitos fundamentais, há duas teorias acerca da origem de suas limitações: a teoria interna e a externa. Segundo a primeira, o direito seria limitado pelo seu próprio texto, sua definição, o que alguns autores chamam de limites imanes ou limites internos, que “consistem[...] na conformação do conteúdo do direito a fronteiras ditadas pelo sentido das palavras, a convivência com outros interesses constitucionalmente protegidos, a finalidade das normas e um senso geral de razoabilidade”.²⁸

Acerca da segunda teoria (teoria externa), adotada neste trabalho, assevera-se que há o direito e, separadamente, sua restrição. Esta restrição pode ser estabelecida pelo próprio texto constitucional ou ser definida por via legislativa, administrativa ou judicial, tratando-se, portanto, de um limite externo²⁹. Assim, “existe inicialmente um direito em si, ilimitado, que, mediante a imposição de eventuais restrições, se converte em um direito limitado.”³⁰

Segundo Alexy³¹, considerar uma ou outra teoria como correta depende da compreensão das normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios. Se forem consideradas regras, a teoria interna será a utilizada; mas se foram consideradas princípios, valerá a teoria externa. Portanto, em razão da natureza principiológica atribuída aos direitos fundamentais, a segunda teoria será a adotada e pode-se afirmar que as posições *prima facie*³² (e não as definitivas) é que poderão ser restringidas³³ quando houver a necessidade de conciliá-los com outros direitos e interesses constitucionais³⁴.

Nesse sentido, Barroso³⁵ assevera que os limites externos aos direitos fundamentais podem ser estabelecidos de três formas: pela própria Constituição, quando ela

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 533.

²⁹ *Ibid.*, p. 535.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 501.

³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2º ed., 4º tiragem—tradução Virgílio Afonso da Silva—São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 278.

³² Aplicação do princípio na maior medida possível, diante das possibilidades jurídicas e fáticas. Assim, a forma como um princípio é aplicado em determinado caso não configura sua aplicação em todos os casos possíveis.

³³ *Ibid.*, p. 280.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 537.

³⁵ *Ibid.*, p.535.

enuncia um direito e, em seguida, prevê uma cláusula de redução ou exceção; pela via legislativa, através da reserva legal simples ou da qualificada; pela via administrativa ou judicial.

Ao exemplificar seu pensamento, o autor menciona o direito de reunião como tipo de restrição pelo próprio texto constitucional, visto que a norma prevê o direito, dispondo que “é plena a liberdade de associação”³⁶, mas o restringe ao vedar a de caráter paramilitar.

No caso da limitação legislativa, Barroso³⁷ afirma que as restrições se encontram implícitas na constituição e sujeitas a reserva legal, sendo “uma consequência natural e necessária do direito geral de liberdade, que deflui da fórmula do art. 5º, II, do texto constitucional, pelo qual somente por lei se podem impor restrições a direitos”³⁸. Nesse sentido, segundo o doutrinador, quando a norma constitucional prevê genericamente que uma lei regulará determinado direito, por exemplo, no inciso XV do art. 5º, ao estabelecer que “a liberdade de locomoção em tempos de paz é livre, na forma da lei”³⁹, estamos diante da reserva legal simples. Por outro lado, os casos de “reserva legal qualificada abrangem as situações em que a restrição tem o seu escopo, objeto ou finalidade definidos na própria Constituição”, por exemplo, a liberdade de exercer qualquer trabalho, assegurada pelo inciso XIII do art. 5º, desde que “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”⁴⁰.

Além disso, a restrição pode se dar via administrativa, “desde que tenha um fundamento constitucional e o faça na forma da lei”⁴¹, por exemplo, o exercício do Poder de Polícia pela administração pública.

A constituição prevê em certos casos, ainda, restrição através da intervenção judicial nos direitos fundamentais, como nos casos de quebra de sigilo de dados e telefônicos (art. 5º, XII) ou de dissolução de associações (art. 5º, XIX), mas, como assevera Barroso⁴², “A intervenção judicial mais típica se dá, no entanto, mediante ponderação, nos cenários em que existam colisões de direitos ou entre direitos e princípios ou interesses coletivos de lastro constitucional”.

A restrição de direitos fundamentais, no entanto, não ocorre de modo desordenado,

³⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 535.

³⁸ CF 1988: “Art. 5º II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

³⁹ op. cit., loc. cit.

⁴⁰ CF 1988: “art. 5º, XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”

⁴¹ *Op. cit.*, p. 536.

⁴² *Ibid.*, loc. cit.

devendo ser compatível formal e materialmente com a Constituição. Apesar de esta não trazer explicitamente um limite às restrições aos direitos, salienta Barroso estar "implícito no sistema constitucional que se um direito for restringido na sua essência, ele terá deixado de ser protegido"⁴³, devendo haver, portanto, a proteção de um núcleo essencial desses direitos.

Nesse sentido, para que determinada limitação a um direito fundamental seja válida, é necessária obediência ao princípio da proporcionalidade, como ressalta Marmelstein:

O princípio da proporcionalidade é [...] o instrumento necessário para aferir a legitimidade de leis e atos administrativos que restringem direitos fundamentais. Por isso, esse princípio é chamado de "limite dos limites". "O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais."⁴⁴

A doutrina aponta três dimensões para uma melhor compreensão do princípio, quais sejam: a adequação, a necessidade ou vedação de excesso e de insuficiência e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação diz respeito ao uso do meio adequado e pertinente para o fim pretendido. A necessidade, por sua vez, se subdivide em vedação de excesso, quando se busca utilizar o meio mais suave possível para atingir determinado resultado; e em vedação de insuficiência, referente ao dever de proteção estatal, não permitindo uma defesa insuficiente por parte do Estado a um direito fundamental. Já a proporcionalidade em sentido estrito diz respeito à técnica de ponderação efetivamente, há uma análise do custo-benefício de determinada limitação, analisando-se suas vantagens e desvantagens.⁴⁵

2.5 A ponderação entre os princípios durante situações de excepcionalidades

Com as mudanças da sociedade, sua modernização e diversidade, novas demandas surgiram, as quais não eram suficientemente atendidas pelo método tradicional de interpretação constitucional (subsuntivo) ou por meio das técnicas tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórica, sistemática e teleológica.

Diante da colisão entre normas de direitos fundamentais, ou dos “casos difíceis, assim chamados por comportarem, em tese, mais de uma solução possível e razoável”⁴⁶, a

⁴³ *Ibid.*, p. 538.

⁴⁴ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 370.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 373-380.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 313.

ponderação mostra-se como a forma mais adequada e eficiente para se atingir um dos possíveis resultados seguintes: preservar ao máximo os interesses em disputa, fazendo concessões em ambos os lados, ou escolher qual interesse irá prevalecer “por realizar mais adequadamente a vontade constitucional”⁴⁷.

O método da ponderação consiste, portanto, na construção de um argumento, de “um itinerário lógico de raciocínio, destinado a dar racionalidade e transparência à construção argumentativa feita pelo intérprete”⁴⁸. Assim, a subjetividade do intérprete estará bastante presente na decisão, mas esta deve ser fundamentada adequadamente, seguindo critérios determinados.

Barroso definiu três fases para o exercício do raciocínio ponderativo, nas quais o intérprete agirá das seguintes maneiras:

(i) na primeira, ele identifica as normas que postulam incidência sobre o caso concreto; (ii) na segunda, ele identifica os fatos relevantes; e (iii) na terceira, testa as soluções possíveis, atribuindo pesos aos diversos elementos em disputa, na busca da solução constitucionalmente mais adequada. Para tanto, ele deverá fazer concessões recíprocas, com vistas a harmonizar os interesses em jogo, com o menor sacrifício possível dos princípios envolvidos. Em muitas situações, porém, será inevitável que ele realize escolhas fundamentadas, decidindo qual interesse prevalecerá integralmente, com sacrifício do outro.⁴⁹

É certo que a ponderação é incapaz de estabelecer uma resposta segura e absolutamente objetiva para os casos difíceis e, principalmente por esta razão, costuma receber críticas. A técnica, no entanto, quando utilizada com ética argumentativa apresenta-se como a melhor maneira de interpretar direitos fundamentais, oferecendo meios para aguçar o senso de justiça⁵⁰.

⁴⁷ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴⁸ *Ibid.*, p. 539.

⁴⁹ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁵⁰ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 382-383.

3 A LIBERDADE RELIGIOSA ANTE O DIREITO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

A religião pode ser entendida como um “conjunto de crenças e de práticas que têm Deus, ou deuses, por objeto”⁵¹. No mesmo sentido, Moraes a compreende como “o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus”⁵², de modo que a liberdade religiosa, prevista na Constituição Federal brasileira de 1988, compreenderia abrangentemente a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto.

O âmbito de proteção da religião no Brasil foi sendo modificado de acordo com as constantes tensões presentes na sua relação com o Estado. Essa relação nem sempre é clara e compreensível a todos os indivíduos, de modo que frequentemente os conceitos de laicidade do Estado e de liberdade religiosa vêm sendo empregados de maneira confusa e equivocada por grupos diversos, o que, por vezes, gera discursos que buscam inibir o direito de expressão das religiões ou faz com que grupos religiosos ajam com arbitrariedade sob a justificativa de liberdade religiosa.⁵³

Por essa razão, ambos os conceitos serão adequadamente diferenciados e definidos oportunamente, sendo necessária, para isso, a breve descrição do contexto histórico a partir do qual os institutos evoluíram para a forma que se conhece hoje no Brasil.

Diante disso, será realizado, no presente capítulo, um breve apanhado da relação entre direito e religião no Brasil através das constituições vigentes nos períodos históricos, visualizando o processo de laicização do Estado e como decorreu a construção da noção atual liberdade religiosa.

3.1 A liberdade religiosa ao longo da história constitucional brasileira

A liberdade religiosa evoluiu historicamente em sincronicidade com as transformações no relacionamento existente entre a Igreja Católica e o Estado. No Brasil colônia, por exemplo, as instituições eram bastante próximas, havendo gradual separação, ou a autonomia das esferas sociais em relação à religião⁵⁴.

Até 1889, o Brasil possuía como religião oficial o catolicismo, ou seja, a relação entre Igreja e Estado era tão próxima a ponto de haver essa indissociação entre ambos,

⁵¹ COMTE-SPONVILLE, André. **Dicionário Filosófico**. 2. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2011. p. 512.

⁵² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 136.

⁵³ GABRIEL, José Luciano. **Liberdade religiosa e estado laico brasileiro: uma abordagem à luz de Habermas e do direito**. Rio de Janeiro: Gramma, 2018. p. 02-03.

⁵⁴ *Ibid.*, *loc. cit.*

situação que foi observada no período colonial (1500-1882) e se manteve no Brasil Império (1882-1889)⁵⁵.

Oro⁵⁶, em *Considerações sobre a liberdade religiosa no Brasil*, menciona a ausência de liberdade religiosa no Brasil colônia, visto que o Estado teria estabelecido o catolicismo como religião oficial, concedeu a esta religião “o monopólio religioso, subvencionou-o, reprimiu as crenças e práticas religiosas de índios e escravos negros e impediu a entrada das religiões concorrentes, sobretudo a protestante, e seu livre exercício no país.”⁵⁷

Neste período, portanto, a constituição vigente (Constituição Imperial de 1824) externava a eleição da religião católica como a “religião do império”, entretanto, apresentava também certa tolerância aos cultos religiosos não católicos, proibindo a perseguição por motivos religiosos, desde que se respeitasse a religião oficial do Estado e não ofendesse a moral pública e que se realizasse por meio de culto particular, como se vê a seguir:

Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fôrma alguma exterior do Templo.

[...]

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

V. Ninguem póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica. (BRASIL, 1824) (sic!)

Apesar do aparente avanço no sentido da separação entre Estado e religião, foi apenas com a instalação da república em 1889 e a promulgação da primeira constituição de 1891 que houve a oficialização da mencionada separação e o fim da exclusividade católica e de vários de seus benefícios.

Com a promulgação da república, então, foi publicado o Decreto nº 119-A de 1890 que, segundo sua ementa, proíbe a “[...] intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em materia(sic) religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado

⁵⁵ ORO, Ari Pedro. **Religião e política no Brasil**. Cahiers Des Amériques Latines, [s. l], p. 204-222, 15 ago. 2017. Disponível em: <https://journals.openedition.org/cal/7951>. Acesso em: 25 jan. 2022.

⁵⁶ *Id.* Considerações sobre a liberdade religiosa no Brasil. **Ciências & Letras**, Porto Alegre, n. 37, p. 433-477, 05 jun. 2005. Semestral. p. 437.

⁵⁷ MARIANO, 2001 *apud*. ORO, 2005, p. 437.

e estabelece outras providencias(sic).”⁵⁸ Esse ato normativo proibia, por exemplo, que as autoridades estabelecessem uma religião oficial, que realizassem distinções entre os habitantes do país “por motivos de crenças, ou opiniões filosóficas, ou religiosas”⁵⁹.

Trata-se de um marco da separação entre religião e estado, sendo a primeira vez na legislação brasileira que a liberdade religiosa é garantida para todos os cultos, expressamente descrita no art. 2º do referido decreto, além de ser garantida também a liberdade de organização religiosa sem a intervenção estatal.⁶⁰

Posteriormente, com a publicação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 1891, pode-se falar em oficialização, com o rompimento jurídico desta separação⁶¹. No texto desta constituição foi assegurado o direito à liberdade religiosa, não podendo a União ou os Estados “estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício dos cultos religiosos”⁶². Além disso, apenas o casamento civil era reconhecido, o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos deveria ser leigo e os cemitérios públicos passaram a ter caráter secular, mas a prática de ritos e cultos religiosos seria livre, desde que não ofendesse a moral pública e as leis.⁶³

As constituições brasileiras posteriores unanimemente continuaram a prever a liberdade de crença e de consciência.

Apesar de reproduzir o que consta nas constituições do Império e da República acerca da liberdade de crença e de consciência, a constituição de 1934 deu um passo no sentido de reaproximar a igreja católica e o Estado ao introduzir a “colaboração recíproca” entre ambos no art. 17 do seu texto. Nesse contexto, a igreja católica conseguiu “avançar de tal maneira na retomada de sua privilegiada relação com o Estado, que alcançou o status de religião ‘quase oficial’”⁶⁴. A constituição trouxe, ainda, a disposição que passaria a ser

⁵⁸ BRASIL. Decreto n.º 119-A, promulgado em 7 de janeiro de 1890.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Art. 3º A liberdade aqui instituída abrange não só os individuos nos actos individuaes, sinão tabem as igrejas, associações e institutos em que se acharem agremiados; cabendo a todos o pleno direito de se constituirem e viverem collectivamente, segundo o seu credo e a sua disciplina, sem intervenção do poder publico.

Art. 5º A todas as igrejas e confissões religiosas se reconhece a personalidade juridica, para adquirirem bens e os administrarem, sob os limites postos pelas leis concernentes á propriedade de mão-morta, mantendo-se a cada uma o dominio de seus haveres actuaes, bem como dos seus edificios de culto. (*sic.*)

⁶¹ MORAIS, Marcio Eduardo Pedrosa. Religião e direitos fundamentais: o princípio da liberdade religiosa no Estado Constitucional Democrático Brasileiro. **Revista brasileira de direito constitucional**: revista do programa de pós-graduação “lato sensu” em direito constitucional. n. 18, p. 225-242, 2º semestre 2011. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-225-Artigo_Marcio_Eduardo_Pedrosa_Morais_\(Religioao_e_Direitos_Fundamentais_o_Principio_da_Liberdade_Religiosa\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-225-Artigo_Marcio_Eduardo_Pedrosa_Morais_(Religioao_e_Direitos_Fundamentais_o_Principio_da_Liberdade_Religiosa).pdf). Acesso em: 4 jan. 2022. p. 236.

⁶² BRASIL. Constituição (1891). Constituição da república dos estados unidos do Brasil. Promulgada em 24 de fevereiro de 1891.

⁶³ *Cf.* art. 72 §5 da Constituição Brasileira de 1891.

⁶⁴ MARIANO, 2002 *apud*. ORO, 2005, p. 441.

repetida nas posteriores de que “Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias (sic.) políticas.”⁶⁵ Além disso, houve a previsão de educação religiosa facultativa, a ser ministrada nas escolas e o reconhecimento do casamento religioso com efeitos civis.⁶⁶

A constituição posterior, de 1937, durante o Estado Novo, apenas se diferenciava da anterior por passar a considerar os cemitérios com caráter exclusivamente secular, com administração dos municípios.⁶⁷

A constituição de 1946, por sua vez, menciona Deus no seu preâmbulo, inova ao trazer a imunidade tributária⁶⁸ em relação aos impostos aos templos de qualquer culto e ao prever a escusa de consciência⁶⁹. Oro acrescenta que, apesar da separação entre Estado e Igreja e da garantia de liberdade religiosa pelo texto constitucional, na prática o cenário não se configurava o mesmo:

[...] outras religiões encontraram dificuldades para serem socialmente aceitas, entre elas as evangélicas e sobretudo as mediúnicas (afro-brasileiras e espíritas), tendo sido inúmeras vezes acusadas de perturbação da ordem pública, de prática de curandeirismo e de exercício ilegal da medicina.⁷⁰

A constituição posterior, de 1967, não trouxe novidades em relação à liberdade religiosa. Foi promulgada no decorrer do regime militar brasileiro (1964-1985) e, a esse respeito, Oro⁷¹ ressalta que, inicialmente, a Igreja Católica apoiou o golpe militar “sob o pretexto de ele ter evitado a implantação do comunismo no Brasil”, no entanto, em 1968, mudou de posicionamento e passou a se opor ao regime, sendo “não só contra a violência utilizada pelos órgãos de repressão, mas também contra a estrutura econômica vigente, preconizando atenção aos setores excluídos da população e defendendo o retorno da democracia”. Posteriormente, em 1988, foi promulgada a constituição vigente, que será estudada, no que tange à liberdade religiosa, em tópico pospositivo.

Examinados, brevemente, os textos constitucionais e o modo como a liberdade religiosa foi abordada em cada um deles, é possível concluir que o processo brasileiro de laicização não ocorreu de modo linear, “as relações entre os dois poderes continuaram sendo

⁶⁵ Cf. art. 113, 1 da Constituição Brasileira de 1934.

⁶⁶ Cf. art. 146 da Constituição Brasileira de 1934.

⁶⁷ Cf. art. 122, §5 da Constituição Brasileira de 1937.

⁶⁸ Cf. art. 31, V, “b” da Constituição Brasileira de 1946.

⁶⁹ Cf. art. 141, § 8 da Constituição Brasileira de 1946.

⁷⁰ ORO, Ari Pedro. Religião e política no Brasil. *Cahiers Des Amériques Latines*, [s. l], p. 204-222, 15 ago. 2017. Disponível em: <https://journals.openedition.org/cal/7951>. Acesso em: 25 jan. 2022.

⁷¹ *Ibid.*

ora de separação, ora de aproximação, de fato e de direito”⁷², mas houve desde o início certo grau de liberdade religiosa, pelo menos formalmente.

3.2 A laicidade do Estado brasileiro e a proteção da religião

A Constituição Federal brasileira de 1988 estabeleceu a laicidade como característica do Estado, ou seja, trata-se de um estado laico, que não possui uma religião oficial nem proíbe a existência de qualquer uma.⁷³

Dada a presença marcante da religião na cultura brasileira⁷⁴, eventualmente algumas tradições religiosas poderão colidir com interesses de parte da população que não segue as mesmas orientações, o que levanta discussões sobre a participação de grupos religiosos em questões atinentes a interesses coletivos: por um lado, grupos religiosos pretendendo que suas visões e valores morais sejam aplicados a toda a sociedade, por outro lado, parcela da sociedade assumindo que a laicidade do Estado não admite a participação de grupos religiosos nessas questões, devendo a religião se ater apenas à vida privada dos indivíduos.

Pode-se afirmar que ambas as posições se mostram equivocadas e diferentes do entendimento aplicado no Brasil, como visto, desde a Constituição Republicana (1891) o Estado não manifesta qualquer religião como oficial, bem como as religiões não estão mais restritas pela lei somente à vida privada dos indivíduos.

Como citado anteriormente, a laicidade do Estado brasileiro, base da liberdade religiosa, nem sempre apresentou o significado empregado hoje, tendo sido este alterado com as transformações havidas na legislação, mas desde a constituição de 1891 “pode-se dizer que há, do ponto de vista jurídico-constitucional, uma estabilidade ou coerência quanto ao instituto da laicidade do Estado”.⁷⁵

Um Estado laico é aquele que separa assuntos políticos de religiosos, colocando-os em campos autônomos. Desse modo, o Estado se coloca como neutro frente às religiões, tolerando a existência e a manifestação de todas as formas de culto, bem como respeitando a escolha individual da prática religiosa (ou de não praticar nenhuma), mas não se iguala,

⁷² ORO, Ari Pedro. Considerações sobre a liberdade religiosa no Brasil. *Ciências & Letras*, Porto Alegre, n. 37, p. 433-477, 05 jun. 2005. Semestral. p.440.

⁷³ GABRIEL, José Luciano. **Liberdade religiosa e estado laico brasileiro: uma abordagem à luz de Habermas e do direito**. Rio de Janeiro: Gramma, 2018. p.5.

⁷⁴ 50% dos brasileiros são católicos, 31%, evangélicos e 10% não têm religião, diz Datafolha. **G1**. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/01/13/50percent-dos-brasileiros-sao-catolicos-31percent-evangelicos-e-10percent-nao-tem-religiao-diz-datafolha.ghtml>. Acesso em: 22 jan. 2022.

⁷⁵ GABRIEL, José Luciano. *op. cit.*, p. 20.

entretanto, a um Estado ateu ou intolerante à religião. À essa postura antirreligiosa do Estado dá-se o nome de laicismo, consistindo em “[...] uma forma agressiva, combativa de laicidade que procura eliminar, extirpar a religião da vida social”⁷⁶.

Nesse sentido, Barbier⁷⁷ ressalta que a neutralidade do Estado pode se apresentar de duas maneiras:

Esta neutralidade apresenta dois sentidos diferentes, o primeiro já destacado acima: exclusão da religião do Estado e da esfera pública. Pode-se falar, então, de **neutralidade-exclusão**. O segundo sentido refere-se à imparcialidade do Estado com respeito às religiões, o que resulta na necessidade do Estado em tratar com igualdade as religiões. Trata-se neste caso da **neutralidade-imparcialidade**.
(grifou-se)

Portanto, conclui-se que a neutralidade do Estado não deve ser entendida como a total exclusão das religiões da esfera pública, mas como a imparcialidade perante elas.

A laicidade não se confunde, ainda, com a liberdade religiosa. Como assevera Ranquetat Jr.⁷⁸, tanto a liberdade religiosa, quanto o pluralismo e a tolerância são consequências da laicidade, podendo estes existirem sem que haja aquela. O autor cita como exemplo a Constituição Brasileira de 1824, que garantiu o direito a outras religiões diferentes da católica e “apesar da união entre Estado e Igreja Católica, sendo esta a religião oficial do império, já existia neste período um determinado grau de liberdade religiosa”⁷⁹

Diante disso, no que pese o cenário de não interferência recíproca entre religião e Estado, este possui um papel importante na garantia da liberdade religiosa dos indivíduos nas suas diversas perspectivas. Além do “[...]dever de não fazer, de não atuar, de abster-se [...], naquelas áreas reservadas ao indivíduo”⁸⁰, “o Estado tem a obrigação de atuar positivamente, impedindo que, entre si, os cidadãos interfiram na liberdade individual dos demais”⁸¹.

⁷⁶ RANQUETAT JÚNIOR, César Alberto. Laicidade, laicismo e secularização: definindo e esclarecendo conceitos. IN: **Revista Tempo da Ciência** (15) 30: 59-72, 2º semestre, 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/sociais/humanas/article/view/773/532>. Acesso em: 25 jan.2022. p.11.

⁷⁷ BARBIER, 2005, *apud* RANQUETAT JR. 2008, p.5.

⁷⁸ RANQUETAT JÚNIOR, César Alberto. *Op. cit., loc.cit.*

⁷⁹ MARIANO, 2002, *apud* RANQUETAT JR. 2008.

⁸⁰ BASTOS, *apud* OLIVEIRA, 2015. p.14.

⁸¹ OLIVEIRA, Warton Hertz de. **Liberdade religiosa no estado laico: abordagem jurídica e teológica**. 2015. 89 f. Dissertação (Mestrado em Teologia) - Faculdades EST, São Leopoldo, 2015. *Loc. cit.*

3.3 A Liberdade Religiosa como Direito Fundamental no Brasil

A liberdade religiosa, na Constituição Federal de 1988, corresponde a um direito fundamental de primeira geração e está compreendida, principalmente, no capítulo “dos direitos e deveres individuais e coletivos”. José Afonso da Silva⁸² afirma que a liberdade religiosa se exterioriza de três maneiras: a liberdade de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa. As três estão previstas no texto constitucional e serão devidamente definidas.

O constituinte previu, no inciso VI do artigo 5º da constituição vigente, o seguinte: “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”. Pelo teor do artigo, observa-se a proximidade entre a liberdade de consciência e de religião, as duas, no entanto, não se confundem. A liberdade de consciência (ou de pensamento) se relaciona “com a faculdade de o indivíduo formular juízos e ideias sobre si mesmo e sobre o meio externo que o circunda”⁸³, não podendo o Estado invadir a esfera individual e impor um ponto de vista aos cidadãos. A liberdade religiosa, por sua vez, comporta a liberdade de crença, a de aderir a alguma religião e a de exercer determinado culto, cabendo ao Estado “[...]proteger os templos e não [...]interferir nas liturgias”⁸⁴. Gilmar Mendes e Paulo Branco afirmam, nesse sentido, que a liberdade de consciência encontra no aspecto religioso “expressão concreta de marcado relevo”⁸⁵. Ou seja, a liberdade de consciência constitui um princípio mais amplo, que comporta a liberdade de possuir uma crença religiosa.

Percebe-se, assim, que ao trazer a liberdade de consciência e a de crença a constituição buscou preservar também aqueles que não possuem crença, como assevera Pontes de Miranda “o descrente também tem liberdade de consciência e pode pedir que se tutele juridicamente tal direito”⁸⁶.

Acerca da liberdade de consciência, ainda, o texto constitucional vigente traz o instituto da “escusa de consciência”, no inciso VIII do artigo 5º, segundo o qual “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”. Depreende-se do inciso que nenhum indivíduo sofrerá

⁸² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 248.

⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. e-pub.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ MIRANDA apud SILVA, 2005, p. 249.

restrição de direitos por motivos de crença religiosa, política ou filosófica, havendo apenas uma exceção para tal disposição, que consiste em recusar-se a cumprir uma obrigação a todos imposta e descumprir prestação alternativa, fixada em lei, nesse caso poderá o Estado restringir os direitos.

A liberdade de culto, de outro modo, busca defender um importante elemento da liberdade religiosa que é a exteriorização da crença na “prática dos ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida”⁸⁷. O inciso VI do art. 5º, nesse sentido, tanto assegura a liberdade de exercício dos cultos religiosos quanto protege os locais de culto e suas liturgias, podendo, ainda, a prática do direito ser estendida a locais públicos, onde também haverá proteção da lei. Nesse sentido, o inciso I do artigo 19 estabelece a seguinte vedação à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal, visando a proteção da liberdade de culto:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

O artigo também se relaciona com o terceiro aspecto da liberdade religiosa, a liberdade de organização, que corresponde ao direito de estabelecer igrejas e suas relações com o estado. Nesse sentido, Pontes de Miranda esclarece:

[...] estabelecer cultos religiosos está em sentido amplo: criar religiões ou seitas, ou fazer igrejas ou quaisquer postos de prática religiosa, ou propaganda. Subvencionar cultos religiosos está no sentido de concorrer, com dinheiro ou outros bens da entidade estatal, para que se exerça a atividade religiosa. Embaraçar o exercício dos cultos religiosos significa vedar, ou dificultar, limitar ou restringir a prática, psíquica ou material, de atos religiosos ou manifestações de pensamento religioso.⁸⁸

Configura-se, portanto, a liberdade de organização sem a intervenção do Estado de qualquer maneira, destacando a característica de laicidade estatal.

Ademais, ainda se estabeleceu no inciso a vedação às relações de dependência ou de aliança do Estado com qualquer culto, igreja ou seus representantes, ressalvada a colaboração de interesse público, que deve ocorrer na forma da lei, devendo “ser geral a fim de não discriminar entre as várias religiões”⁸⁹. Para evitar possíveis tentativas por parte do Estado de instituir obstáculos tributários, a Constituição estabeleceu, ainda, a imunidade tributária dos templos de qualquer culto (art. 150, VI, b).

⁸⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 249.

⁸⁸ MIRANDA *apud*. SILVA, 2005, p.251-252.

⁸⁹ *Op.cit.*, p.252.

Não foram esgotadas aqui todas as possibilidades trazidas pelo constituinte para proteção da liberdade religiosa, mas o exposto serve ao propósito do presente trabalho. Conclui-se, portanto, que o Estado reconhece a importância de assegurar aos crentes a livre manifestação de suas religiões ou convicções e, da mesma forma, acolhendo a liberdade dos indivíduos que não aderem a nenhuma fé. Desse modo, é preservada a pluralidade de pensamentos e o convívio social harmônico.

4 O CONTEXTO PANDÊMICO E A NECESSIDADE DE RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em 30 em janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS)⁹⁰ declarou que o surto de infecções pelo vírus Sars-Cov-19(ou Coronavírus) constituía uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), consistindo em “um evento extraordinário que pode constituir um risco de saúde pública para outros países devido a disseminação internacional de doenças; e potencialmente requer uma resposta internacional coordenada e imediata”⁹¹. Posteriormente, em 11 de março de 2020, a organização elevou à pandemia o estado de contaminações pelo vírus, em razão da sua rápida disseminação geográfica⁹², tendo sido identificado pela primeira vez em dezembro de 2019, em Wuhan, na China. Configura-se pandemia quando uma enfermidade “[...] atinge níveis mundiais, ou seja, quando determinado agente se dissemina em diversos países ou continentes, usualmente afetando um grande número de pessoas”⁹³.

A doença (Covid-19) é transmitida, principalmente, pelo contato direto com pessoa infectada, por meio de gotículas respiratórias e por aerossóis contendo vírus⁹⁴ e, dada a sua alta transmissibilidade, pode provocar, para o sistema de saúde, “[...] uma situação extremamente crítica ou mesmo [...] colapso, como se vê em quase todo país, sendo [o sistema de saúde] incapaz de atender às necessidades de todos os pacientes graves e levando os trabalhadores da saúde a situações de exaustão [...]”⁹⁵.

⁹⁰ **OMS DECLARA emergência de saúde pública de importância internacional por surto de novo coronavírus.** OPAS. Brasília, 2020. Disponível em: [https://www.paho.org/pt/news/30-1-2020-who-declares-public-health-emergency-novel-coronavirus#:~:text=30%20de%20janeiro%20de%202020,de%20Import%C3%A2ncia%20Internacional%20\(ESPII\)](https://www.paho.org/pt/news/30-1-2020-who-declares-public-health-emergency-novel-coronavirus#:~:text=30%20de%20janeiro%20de%202020,de%20Import%C3%A2ncia%20Internacional%20(ESPII).). Acesso em: 25 jan. 2022.

⁹¹ **OPAS. Histórico da pandemia de COVID-19.** Organização Pan-Americana da Saúde. Brasília. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 27 jan. 2022.

⁹² **ASCOM SE/UNA-SUS. Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus:** Mudança de classificação obriga países a tomarem atitudes preventivas. UNA-SUS. 2020. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em: 25 jan. 2022.

⁹³ **ENTENDA** o que é uma pandemia e as diferenças entre surto, epidemia e endemia. Instituto Butantan. São Paulo. Disponível em: [https://butantan.gov.br/covid/butantan-tira-duvida/tira-duvida-noticias/entenda-o-que-e-uma-pandemia-e-as-diferencas-entre-surto-epidemia-e-endemia#:~:text=Uma%20enfermidade%20se%20torna%20uma,Mundial%20da%20Sa%C3%BAde%20\(OMS\)](https://butantan.gov.br/covid/butantan-tira-duvida/tira-duvida-noticias/entenda-o-que-e-uma-pandemia-e-as-diferencas-entre-surto-epidemia-e-endemia#:~:text=Uma%20enfermidade%20se%20torna%20uma,Mundial%20da%20Sa%C3%BAde%20(OMS)). Acesso em: 25 jan. 2022.

⁹⁴ **COMO** é transmitido? Vírus pode ser transmitido durante um aperto de mão (seguido do toque nos olhos, nariz ou boca), por meio da tosse, espirro e gotículas respiratórias contendo o vírus. Governo Federal. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/como-e-transmitido>. Acesso em: 25 jan. 2022.

⁹⁵ **BOLETIM** Observatório Covid-19, 16 mar 2021. Boletim extraordinário. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/boletim_extraordinario_2021-marco-16-red-red-red.pdf. Acesso em: 25 jan. 2022.

Por esta razão e diante da ausência inicial de vacina ou tratamento eficazes e específicos para a doença, o recomendado para sua contenção seria evitar a propagação do vírus através de medidas não-farmacológicas como o distanciamento social, o uso de máscaras faciais e a constante higienização das mãos. Nesse cenário, a Fiocruz, no Boletim Extraordinário do Observatório da Covid-19 de 16 de março de 2021 destacou que:

Este conjunto de ações se faz necessário de forma coordenada e com monitoramento do panorama epidemiológico nos estados, até que a vacinação seja intensificada e seja atingida uma ampla cobertura vacinal. Também é importante a comunicação efetiva dos riscos de transmissão, cuidados necessários e a justificativa das medidas.

Nesse sentido, como será melhor estudado adiante, o responsável por coordenar as ações, monitorar resultados e realizar uma comunicação segura acerca da doença é o Estado, através, principalmente, dos poderes executivos federais, estaduais, municipais e distritais.

4.1 A Pandemia e o Direito à Saúde

Em um contexto de pandemia, o direito à saúde é evidenciado e a discussão acerca da efetividade de sua prestação se mostra bastante presente na sociedade. A OMS, em 1947, definiu a saúde considerando tanto aspectos pessoais e individuais quanto sociais: “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”⁹⁶. Os aspectos sociais e ambientais da definição de saúde, no entanto, possuem maior peso sobre a sua caracterização, por exemplo, quando se trata de doenças transmissíveis que podem afetar toda a população, como a Covid-19, a conduta ou atitudes individuais não produzem efeitos consideráveis, conforme destaca Dallari⁹⁷:

A maior força dos fatores e características ambientais, econômicas e sociopolíticas fica evidente nas doenças transmissíveis, onde existe uma ameaça à saúde de toda a população e as pessoas individualmente pouco podem fazer para se protegerem, pois ainda que suas condições físicas e psicológicas possam tornar mais fácil ou dificultar seu adoecimento é fácil perceber a predominância da organização social, nacional e global, produzindo doenças.

Fica demonstrada, assim, a importância da saúde e a sua estreita relação com a

⁹⁶ 5/8 – DIA NACIONAL da Saúde. Biblioteca Virtual em Saúde MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <https://bvsm.sau.de.gov.br/05-8-dia-nacional-da-sau.de/#:~:text=Em%201.947%20a%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial,apenas%20a%20aus%C3%Ancia%20de%20doen%C3%A7a%E2%80%9D>. Acesso em: 25 jan. 2022.

⁹⁷ DALLARI, S.G. A construção do Direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo v. 9, n. 3 p. 9-34 Nov. 2008 /Fev. 2009. p.12.

vida humana, podendo-se afirmar que esta será plenamente exercida caso aquela esteja garantida.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 elevou a saúde à categoria de direito fundamental social, dispondo-a no rol dos direitos presentes no artigo 6º, consistindo esses direitos em prestações positivas proporcionadas pelo Estado [...], enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”⁹⁸, ou seja, são direitos de segunda geração, que buscam reduzir as desigualdades sociais através, principalmente, da ação estatal. Além disso, o bem jurídico também é considerado como parte de um panorama maior, a Seguridade Social, que o texto constitucional compreende ser “[...] um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

O direito à saúde é detalhado nos arts. 196 a 200, onde há a prescrição da saúde como um direito de todos e um dever do Estado, garantida “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” (art. 196), além da disposição sobre a criação de um sistema único de saúde (art. 198), entre outros pontos.

Nesse contexto, para além de um direito fundamental resguardado pela Constituição, a saúde é também um dever, como expresso no art. 196, denotando a obrigação precípua do poder público para sua efetivação. Sarlet (2007, p. 5) acrescenta, ainda, um dever que recai sobre os particulares em relação à efetivação da saúde:

[...] também haverá se se reconhecer que a saúde gera um correspondente dever de respeito e, eventualmente até mesmo de proteção e promoção para os particulares em geral, igualmente vinculados na condição de destinatários das normas de direitos fundamentais.

Nesse sentido, Sarlet⁹⁹ afirma que o direito à saúde pode ser concretizado de duas maneiras: sob uma dimensão negativa e sob uma positiva. A dimensão negativa reconhece a saúde como um direito de defesa, desse modo, o Estado “tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de nada fazer (por isto direito negativo) no sentido de prejudicar a

⁹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 286.

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 11, 2007. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf. Acesso em: 25 jan. 2022. p.8.

saúde”¹⁰⁰. No mesmo sentido deve haver o respeito ao princípio da vedação ao retrocesso social (ou irreversibilidade dos direitos fundamentais), o qual impede que o legislador recue de uma proteção dada a um direito social e venha a “revogar (no todo ou em parte essencial) uma ou mais normas infraconstitucionais que concretizaram o direito à saúde constitucionalmente consagrado”¹⁰¹. Por outro lado, a dimensão positiva do direito à saúde, que é a que mais importa para o presente trabalho, considera a saúde como um direito a prestações materiais, pressupõem uma ação positiva do Estado para dar efetividade ao direito, por exemplo, através da disponibilização de unidades de saúde e medicamentos gratuitos para toda a população.

Dada a importância do direito em comento, a constituição atribuiu a todos os entes federativos a responsabilidade para sua efetivação. Em seus arts. 23 e 24 atribui, respectivamente as competências executivas comuns aos entes e as competências legislativas concorrentes sobre a saúde. Sobre esse assunto, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário nº 855178 RG/SE (Tema 793/ STF)¹⁰² em regime de repercussão geral, firmou o entendimento de que o dever de prestar assistência à saúde é responsabilidade solidária dos entes federados.

Além disso, o texto constitucional previu também o já mencionado Sistema Único de Saúde – SUS, uma rede regionalizada (considerando as diferenças de cada região) e hierarquizada (dividida em níveis diferentes de atenção de acordo com a complexidade requerida), composta por ações e serviços públicos de saúde. Esse sistema tem como

¹⁰⁰ *Ibid.* p. 10.

¹⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 11, 2007. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf. Acesso em: 25 jan. 2022. p. 11

¹⁰² **BRASIL**. Supremo Tribunal Federal. Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. 2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 4. Embargos de declaração desprovidos. Recurso Extraordinário n. 855178. Relator: Min. LUIZ FUX. Julgamento em 23 de maio de 2019. Diário Judicial Eletrônico, 16 de abril de 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=RE%20855178&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP. Acesso em: 11 fev. 2022.

diretrizes a descentralização (ou distribuição da responsabilidade entre os três níveis do governo), com direção única em cada esfera; o atendimento integral, com prioridade para prevenção; e a participação da comunidade.

Diante disso e considerando a saúde como dependente de fatores individuais e sociais, conforme a definição da OMS, é possível observar o empenho realizado pelo constituinte a fim de distribuir a responsabilidade pela efetivação do direito à saúde entre as diversas esferas do governo e a população. Em um contexto pandêmico, no entanto, e considerando a necessidade de ação coordenada e disseminada, a atuação estatal é decisiva para se superar a crise de saúde.

4.2 A necessidade de atuação do poder público para a contenção da pandemia

O SUS, como já visto, é um sistema de responsabilidade de todos os entes federados e possui como uma de suas atribuições, cujo rol está disposto no artigo 200 da CF/88, a de executar ações de vigilância sanitária e epidemiológica. Nesse sentido, a Lei Orgânica do SUS (Lei nº 8.080/90), define vigilância sanitária como um “conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde [...]” e a vigilância epidemiológica como um “conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde [...], com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos”, sendo os “fatores determinantes e condicionantes de saúde”, entre outros, os seguintes: a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, a renda, a educação, a atividade física, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Além disso, a lei prevê a hipótese de a União atuar “em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam escapar do controle da direção estadual do SUS ou que representem risco de disseminação nacional”¹⁰³. Ou seja, cabe ao SUS e, portanto, aos entes federados cooperativamente, a atuação no sentido de eliminar, diminuir ou prevenir riscos provenientes de doenças como a Covid-19 e, em casos como este, em que se configura agravo inusitado que escapa do controle da gestão dos estados, a lei destaca o papel da União como principal executora.

Diante do ESPII, entrou em vigor a lei nº 13.979/2020, que dispôs sobre medidas para seu enfrentamento, mencionando, entre outras o isolamento e a quarentena e, em 20 de

¹⁰³ Cf. Art. 16 §1º da lei n. 8.080 de 19 de setembro de 1990.

março de 2020, passou a vigorar o decreto legislativo de nº 6/2020, reconhecendo o estado de calamidade pública no Brasil em decorrência da pandemia, o que autorizaria que o país gastasse mais em saúde do que o previsto e aprovado na Lei Orçamentária Anual (LOA) para o ano¹⁰⁴, sendo esta medida a principal responsável por viabilizar as ações de contenção do avanço da doença. Ambas as medidas mencionadas na lei nº 13.979/2020 eventualmente restringiriam certos direitos fundamentais, visto que o previsto isolamento configura a “separação de pessoas doentes ou contaminadas” e a quarentena a “restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes”¹⁰⁵.

Essa atitude de restrição de direitos, advém de um instrumento conferido à administração pública, que a permite “condicionar, restringir, frenar o exercício de atividade, o uso e gozo de bens e direitos pelos particulares, em nome do interesse da coletividade”¹⁰⁶. Constitui o chamado poder de polícia, que decorre do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que:

[...] determina privilégios jurídicos e um patamar de superioridade do interesse público sobre o particular. Em razão desse interesse público, a Administração terá posição privilegiada em face dos administrados, além de prerrogativas e obrigações que não são extensíveis aos particulares.¹⁰⁷

A utilização deste princípio, como destaca Marinela, só será corretamente justificada quando objetivar o alcance de interesses coletivos, não se admitindo o uso “para satisfazer apenas interesses ou conveniências apenas do aparelho estatal e, muito menos, dos agentes governamentais”.

Segundo Mello, poder de polícia consiste na “atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos”¹⁰⁸, o termo, em sentido amplo, abrangeria medidas tanto do Executivo quanto do Legislativo que “delineia a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos” e, em sentido restrito, relacionar-se-ia com “[...] as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a [...] prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares

¹⁰⁴ ENTRA em vigor estado de calamidade pública no Brasil. Governo Federal. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2020/03/entra-em-vigor-estado-de-calamidade-publica-no-brasil>. Acesso em: 25 jan. 2022.

¹⁰⁵ BRASIL. Lei n. 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**.

¹⁰⁶ MARINELA, F. **Direito administrativo**. 10ª edição. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p.827.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p.140.

¹⁰⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p.838.

contrastantes com os interesses sociais”.

Mello diferencia, além disso, a liberdade e a propriedade do direito à liberdade e direito à propriedade, afirmando que estes últimos seriam expressões das duas primeiras, de modo que não se poderia falar em restrições aos direitos à propriedade ou liberdade pelo poder de polícia, mas “Há, isto sim, limitações à liberdade e à propriedade.”¹⁰⁹ Sobre essa limitação, Mello acrescenta, ainda, que ela pode ser determinada pela própria lei ou pode ficar a cargo da administração a depender do caso concreto, posição que se alinha com a teoria externa dos princípios de Alexy, trazida anteriormente, a qual assevera que a restrição pode se dar através do próprio texto constitucional ou por via legislativa, administrativa ou judicial. Nesse sentido, Mello afirma:

Por vezes, os direitos individuais encontram-se já plena e rigorosamente delineados na lei; outras vezes, dentro dos limites legais *incumbe* à *Administração Pública* reconhecer, averiguar, no caso concreto, a efetiva extensão que possuam em face do genérico e impreciso contorno legal que lhes tenha sido dado. Também nestas últimas hipóteses, a Administração não restringe nem limita o âmbito de tais *direitos*. Unicamente, [...] procede, concretamente, à identificação dos seus confins ou lhes condiciona o exercício, promovendo, por ato próprio, sua compatibilização com o bem-estar social, no que reconhece, *in casu*, as fronteiras legítimas de suas expressões.¹¹⁰ (Grifo do autor)

É preciso acrescentar, ainda, que também o poder de polícia não se executa ilimitadamente. Além de haver a obrigatoriedade de que seu exercício seja fundamentado na proteção de um bem comum, como ato administrativo, ele se submete a controles administrativos e judiciais, bem como à própria legalidade, sendo considerado inválido caso seja ilegal. A prerrogativa deve respeitar ainda, o princípio da proporcionalidade, não podendo a Administração aplicar “meios mais enérgicos que os necessários à obtenção do resultado pretendido pela lei”¹¹¹. Em resumo, a supremacia do interesse público nem sempre será suficiente para justificar a limitação de direitos no uso do poder de polícia, este poderá ser mitigado em determinadas situações.

Acerca da competência, José dos Santos Carvalho Filho¹¹² ensina que a “[...]pessoa federativa à qual a Constituição Federal conferiu o poder de regular a matéria” será competente para exercer o poder de polícia e, como ressalta Meirelles¹¹³ os assuntos “de interesse nacional ficam sujeitos à regulamentação e policiamento da União; as matérias de

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 834.

¹¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p.835.

¹¹¹ MARINELA, F. **Direito administrativo**. 10ª edição. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p.849.

¹¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2020. E-book. p.199.

¹¹³ MEIRELLES, 2004 *apud*. CARVALHO FILHO, 2020, p.200.

interesse regional sujeitam-se às normas e à polícia estadual; e os assuntos de interesse local subordinam-se aos regulamentos edilícios e ao policiamento administrativo municipal”.

A partir do raciocínio acima construído, conclui-se que em situações de eminente interesse público, o Estado poderá, através do poder de polícia, restringir determinados direitos fundamentais para garantir a proteção de um bem coletivo. Em um contexto de pandemia, o bem coletivo a ser protegido é a saúde pública, devendo o Poder Público, de acordo com o âmbito de atuação em saúde definido na Constituição - ou seja, solidariamente entre os entes federativos e de modo descentralizado e regionalizado -, limitar certas liberdades individuais, desde que haja fundamentos para tal. Assim, é possível compreender a resposta dada pelo Brasil para o controle da pandemia ao fazer uso de medidas restritivas de certos direitos.

4.3 A decretação de *lockdown* e a proibição de realização de cultos religiosos

Como anteriormente mencionado, a Constituição Federal atribui competência comum aos entes federados para cuidar da saúde e competência concorrente para legislar em defesa dela. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.341/2020, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), contra a Medida Provisória (MP) 926/2020, - que “restringiu ao governo federal as competências para determinar o que são serviços essenciais e para limitar a circulação interestadual e intermunicipal de pessoas e mercadorias”¹¹⁴ - , reforçou que a MP não impede a tomada de providências normativas e administrativas por estados, Distrito Federal e municípios, conforme determina o texto constitucional, mas que “todos os entes federados têm competência para legislar e adotar medidas sanitárias voltadas ao enfrentamento da pandemia de Covid-19”. Observa-se que a centralização em uma única figura dava margem para que a omissão do referido ente ocasionasse a ausência de medidas urgentes para conter a disseminação da doença.

Com o aumento expressivo do número de mortes e contaminações e a insuficiência das medidas restritivas até então aplicadas em todo o território nacional, ocasionada, principalmente pela não adesão total dos governantes e da população, o *lockdown* passou a ser adotado em determinados municípios e discutido em diversos estados. A medida

¹¹⁴ AGÊNCIA SENADO. **Estados e municípios também podem tomar medidas contra pandemia, diz decisão liminar do STF**. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/24/estados-e-municipios-tambem-podem-tomar-medidas-contra-pandemia-diz-decisao-liminar-do-stf>. Acesso em: 28 jan. 2022.

possui caráter emergencial e foi definida pelo Ministério da Saúde, no Boletim Epidemiológico de nº 08/2020 da seguinte maneira:

Bloqueio total (lockdown)

Esse é o nível mais alto de segurança e pode ser necessário em situação de grave ameaça ao Sistema de Saúde. Durante um bloqueio total, TODAS as entradas do perímetro são bloqueadas por trabalhadores de segurança e NINGUÉM tem permissão de entrar ou sair do perímetro isolado.¹¹⁵

O bloqueio se dá por um período determinado e se mostra eficaz para a “[...] redução da curva de casos e dar tempo para reorganização do sistema em situação de aceleração descontrolada de casos e óbitos”¹¹⁶. A Fiocruz, ao recomendar a adoção da medida no estado do Rio de Janeiro, destacou a necessidade de uma avaliação de diversos fatores e a aplicação de modo sistêmico, evitando medidas isoladas:

[...]as medidas de *lockdown* devem ser adequadas às realidades epidemiológicas e dos sistemas de saúde das diferentes das cidades do estado sem que, no entanto, sejam implantadas de forma isolada. Todas as medidas, sejam mais ou menos restritivas à mobilidade e distanciamento social, devem considerar não somente o número registrado de casos e óbitos, mas principalmente a tendência da epidemia em cada região do estado, a disponibilidade de leitos e equipamentos, a adequação do quadro de profissionais de saúde, bem como a adesão dos cidadãos e dos estabelecimentos comerciais e industriais a estas medidas. Este conjunto de indicadores deve ser monitorado e considerado para a tomada de decisões nos níveis do estado e municípios, de modo a evitar medidas isoladas ou intempestivas.¹¹⁷

Destacando, ainda, a necessidade de medidas de apoio aos setores sociais afetados:

Por se tratar de uma crise de proporções sanitárias e humanitárias, ressalta-se que a implantação de *lockdown* [...] não pode acontecer sem a respectiva adoção de medidas de apoio econômico e social às populações vulneráveis, particularmente as que dependem de trabalho informal ou precário, bem como suporte a pequenas empresas que geram empregos e podem sofrer grande impacto da pandemia

A medida, mais severa que as anteriormente aplicadas, tem como objetivos principais a suspensão de atividades não essenciais para manutenção da vida e da saúde; a limitação de reuniões em espaços públicos; e a adoção de medidas de orientação e sanção administrativas, fiscalização efetiva e responsabilização administrativa, penal e civil, quando couber¹¹⁸. Assim, por não ser considerada atividade essencial, a realização de cultos religiosos

¹¹⁵ BOLETIM Epidemiológico n. 08 - COE Coronavírus, **Secretaria de Vigilância em Saúde - Ministério da Saúde**, 09 abr. 2020. Disponível em: <http://www.cofen.gov.br/wp-content/uploads/2020/04/be-covid-08-final.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2022.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ A EVOLUÇÃO da Covid-19 no estado do Rio de Janeiro: desafios no enfrentamento da crise sanitária e humanitária relacionada à pandemia, São Paulo, 06 mai 2020. **Posicionamento da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz)**. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/41174/2/relatorio_distanciamentosocial.pdf. Acesso em: 28 jan. 2022.

¹¹⁸ ALVES, Sandra Mara Campo; RAMOS, Edith Maria Barbosa; DELDUQUE, Maria Célia. **Decretação de**

foi proibida com a decretação de *lockdown* em diversas localidades do Brasil, restando a discussão acerca da constitucionalidade da restrição ao direito fundamental à liberdade religiosa e, com base no que já foi exposto nos capítulos anteriores, passaremos a analisar esse ponto.

5 AS RESTRIÇÕES DE REALIZAÇÃO DE CULTOS E A LIBERDADE RELIGIOSA COM BASE NO POSICIONAMENTO DO STF

Com base nas considerações feitas nos capítulos anteriores, este capítulo se aterá a analisar se a restrição à realização de cultos e outras atividades religiosas coletivas configura ofensa à liberdade religiosa. Para isso será analisado o posicionamento do STF em diversas ocasiões nas quais a suprema corte foi instada a se manifestar, aplicando-se, ainda, as concepções estudadas até o momento.

5.1 A proibição da realização de cultos religiosos como restrição à liberdade religiosa durante a pandemia

A competência para legislar e adotar medidas sanitárias para o enfrentamento da Covid-19 é comum de todos os entes federativos, conforme posição do STF na ADI 6341. Assim, dada a descentralização da atuação em saúde através do SUS, com comando único em cada um dos entes federados (art. 198, I/CF), o STF destaca que o possível conflito de competência entre entes deve ser solucionado pautando-se na “melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da OMS”¹¹⁹. Assim, diante da omissão da União em determinar certas medidas mais restritivas e eminentemente necessárias, não se mostra irregular a atuação dos estados e municípios no sentido de legislar decretando *lockdown*.

Alguns setores sociais alegaram, porém, a violação do direito constitucional à liberdade religiosa e do princípio da laicidade estatal em razão da decretação de *lockdown*. No estado de São Paulo, o Partido Social Democrático (PSD) impetrou a ADPF 811 a fim de questionar a constitucionalidade de trecho do Decreto n. 65.563/2021, que vedou a realização de cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo. O impetrante alegou a

[...] imposição de restrições totais ao direito constitucional à liberdade religiosa e de culto das religiões que adotam atividades de caráter coletivo, criando tanto proibição inconstitucional, quanto discriminação inconstitucional, tendo em vista a existência de práticas religiosas que não possuem ritos que envolvem atividades coletivas.¹²⁰

O impetrante alegou, ainda, ofensa ao dever de laicidade que se espera de uma

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. ADI n. 6431. Relator: Marco Aurélio. Julgamento em 15 de abril de 2020. DJ-e. Brasília, 12 de novembro de 2020.

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF n. 811. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 08 de abril de 2020. DJ-e. Brasília, 25 de junho de 2021. p.12-13. p.2.

república como a do Brasil, a teor do art. 19, I, CF/88, e a desproporcionalidade da restrição, em virtude haver outras medidas menos onerosas para a situação.

Dada a complexidade da instalação de um *lockdown*, a medida não deve ser tomada de modo discricionário e arbitrário, as “decisões administrativas relacionadas à proteção à vida, à saúde [...] devem observar *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas”¹²¹. Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio destaca o papel constitucional de proteger as liberdades individuais e de guiar a atuação estatal: “As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente”¹²².

Destaca-se, assim a necessidade de fundamentação científica e da configuração de uma situação de muitos contágios e internações, saturando o sistema de saúde, não se demonstrando uma alternativa para conter a doença. Ou seja, a gravidade dos fatos experimentados justificaria a limitação das atividades presenciais religiosas e não a aspiração de interferir na liberdade dos indivíduos de professar determinada fé.

No âmbito da ADPF 811, a alegada violação ao direito fundamental à liberdade religiosa não se refere, portanto, ao aspecto do direito relativo à liberdade de consciência ou de crença (dimensão interna ou *forum internum*), mas ao atinente à liberdade de culto e à liberdade de organização religiosa sem intervenção estatal (dimensão externa ou *forum externum*), dispostos, como já estudado, nos artigos 5º, inciso VI, e 19º, inciso I. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes destaca a tese de que a dimensão externa da liberdade religiosa pode sofrer restrição quando em conflito com outro valor constitucional de maior peso, mas a dimensão interna tem caráter absoluto, não podendo sofrer qualquer ingerência por parte do Estado.¹²³ A Constituição Federal de 1988 se alinha a esta tese, visto que o constituinte, ao prever a liberdade de culto, destaca que esta se dará “na forma da lei”, refletindo o caráter não absoluto do direito. Nesse sentido

Essa reserva legal, por si só, afasta qualquer compreensão no sentido de afirmar-se que a liberdade de realização de cultos coletivos seria absoluta[...], a lei deve proteger os templos e não deve interferir nas liturgias, “a não ser que assim o imponha algum valor constitucional concorrente de maior peso na hipótese

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. ADI n. 8421. Relator: Roberto Barroso. Julgamento em 21 de maio de 2020. DJe-270. Brasília, 12 de novembro de 2020.

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. ADI n. 6431. Relator: Marco Aurélio. Julgamento em 15 de abril de 2020. DJ-e. Brasília, 12 de novembro de 2020.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF n. 811. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 08 de abril de 2020. DJ-e. Brasília, 25 de junho de 2021. p.12-13.

considerada”¹²⁴

Com isso, fica evidente que a medida restritiva não ofende o *forum internum* da liberdade religiosa, mas apenas o *forum externum* e este, como visto, pode sofrer restrições em determinados casos. Não se fere, portanto, o núcleo essencial do direito.

Não se pode considerar como correta, no entanto, a alegação de ofensa à laicidade esperada por parte do Estado, pois, com base na definição anteriormente estudada¹²⁵ neste trabalho é possível concluir que a decretação de *lockdown* não configura uma intervenção do Estado na formulação da consciência religiosa dos indivíduos, bem como não significa a promoção ou a perseguição a determinada religião, visto que a medida busca restringir temporariamente apenas as atividades presenciais dos credos que as apresentam e não a manifestação religiosa como um todo. Ou seja, resta demonstrado interesse do Estado em interferir especificamente no âmbito religioso, pela temporariedade da decisão, pela seu campo de aplicação ser bem restrito (recai apenas sobre atividades presenciais coletivas) e por ser uma determinação geral (incide sobre os cultos de qualquer natureza e outras atividades que podem gerar aglomerações).

Acerca da alegação de desproporcionalidade, cumpre analisar a decretação de *lockdown* sob os três aspectos do princípio da proporcionalidade. Nesse contexto, não resta dúvida que a medida respeita ao aspecto adequação, visto que através dela se atinge o fim desejado, de modo que a “OMS reconhece que a política de *lockdown* pode reduzir a velocidade de transmissão da Covid-19 ao limitar o contato entre as pessoas”¹²⁶.

Em relação ao aspecto da necessidade, verifica-se que apesar da determinação de outras medidas menos gravosas, os números de mortos e infectados se mostrava em crescimento contínuo, de modo que a não imposição de medidas mais restritivas configuraria uma proteção insuficiente do direito à saúde por parte do Estado, violando a vedação de insuficiência, característica do aspecto da necessidade. A vedação do excesso (outro aspecto da necessidade), por sua vez, foi respeitada na medida que a decretação de *lockdown* está consoante o posicionamento dos órgãos de saúde nacionais, como o Conselho Nacional de Saúde (CNS)¹²⁷ na recomendação nº 36/2020, e internacionais, como a OMS.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 14.

¹²⁵ O Estado se coloca como neutro frente às religiões, tolerando a existência e a manifestação de todas as formas de culto, bem como respeitando a escolha individual da prática religiosa.

¹²⁶ SANTOS FILHO, Airton dos *et al.* **Lockdown e outras intervenções não farmacológicas**. Subsecretaria de Saúde Gerência de Informações Estratégicas em Saúde CONECTA-SUS. 7 p, 08 abr 2021. Disponível em: https://www.saude.gov.br/files//banner_coronavirus/protocolos-notas/S%C3%ADnteses%20de%20Evid%C3%A2ncias/2021/Lockdown.pdf. Acesso em: 31 jan. 2022.

¹²⁷ Recomenda a implementação de medidas de distanciamento social mais restritivo (*lockdown*), nos

Acerca do terceiro aspecto, ou a proporcionalidade em sentido estrito, onde se deve analisar as vantagens e as desvantagens da restrição decretada, ponderando sua aplicação, conclui-se que a medida coloca em contraste a viabilização da saúde coletiva (consequentemente a efetivação do direito à vida) e a restrição temporária e excepcional da liberdade religiosa apenas na medida necessária para a contenção da pandemia. Diante dos dois bens jurídicos em oposição, resta evidente que a garantia da vida e da saúde coletiva deve ser priorizada.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia de Covid-19 se mostrou como uma situação extremamente excepcional, que alterou de modo significativo muitos aspectos do convívio social. A doença se dissipa muito facilmente, como já mencionado, e a atuação não coordenada e alinhada por parte dos entes federativos fez com que o combate à pandemia ocorresse com a propagação de informações desconexas vindas do poder público. Soma-se a isso a ausência inicial de vacinas para a doença.

Esse foi o cenário enfrentado pelo Brasil nos últimos dois anos: o vírus chegou ao país e logo instaurou a maior crise sanitária brasileira, tendo sido registrado o primeiro pico da doença “na semana de 19 e 25 de julho [de 2020, configurando] o maior número de óbitos de toda a pandemia até então: 7.677 pessoas morreram em sete dias e, mais tarde, no dia 29 de julho, foram 1.595 mortes em apenas 24 horas.”¹²⁸ Esta situação calamitosa demonstra que as medidas não farmacológicas adotadas inicialmente não estavam sendo suficientes para diminuir a propagação do vírus e evitar o colapso do sistema de saúde, por isso, a OMS e diversos órgãos nacionais da saúde passaram a recomendar a adoção de *lockdown*, proibindo a realização de atividades presenciais não essenciais, aquelas que não são estritamente necessárias para o atendimento das necessidades básicas da coletividade.

Nesse contexto, alguns estados e municípios, em obediência ao dever de assegurar a saúde coletiva (inerente ao direito à saúde) e baseados na competência constitucional comum de todos os entes federativos de combater à pandemia, reforçada pelo STF na ADPF nº 6.341, passaram a adotar o *lockdown*, o que inevitavelmente limitou determinadas liberdades, como a liberdade religiosa, objeto do presente trabalho.

A limitação de liberdades individuais, desde que necessária à proteção do interesse coletivo, está em concordância com o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que fundamenta o exercício do poder de polícia conferido ao poder público. Nesse sentido, eventualmente haverá a colisão de interesses protegidos constitucionalmente e poderá o Estado agir em defesa do interesse coletivo, desde que de modo fundamentado e proporcional.

Fica evidente, assim, que a decretação de *lockdown* colocou em confronto dois direitos fundamentais: a liberdade religiosa e a saúde; havendo a proibição da realização de

¹²⁸ MACHADO, Maria Letícia; FREITAS, Rebeca. **O primeiro ano de pandemia no Brasil em 43 eventos**. Nexo Políticas Públicas. 2021. Disponível em: <https://pp.nexojournal.com.br/linha-do-tempo/2021/O-primeiro-ano-de-pandemia-no-Brasil-em-43-eventos>. Acesso em: 2 fev. 2022.

cultos e outras atividades religiosas presenciais a fim de conter o avanço da doença e proteger o sistema de saúde do colapso. Essa situação foi apontada por parte da sociedade como uma ofensa ao direito fundamental à liberdade religiosa e à laicidade estatal, mas como demonstrado, os princípios em colisão foram sopesados a fim de melhor executar a vontade constitucional.

Os direitos fundamentais, como estudado, não são absolutos, podendo sofrer restrições em determinadas situações, isso ocorre devido à natureza principiológica a eles atribuída. Os princípios, diferentemente das regras, não são necessariamente aplicados em sua totalidade, mas na maior medida possível diante das possibilidades jurídicas e fáticas. Desse modo, a forma como um princípio é aplicado em determinado caso não configura sua aplicação em todos os casos possíveis, caracteriza-se, assim, o seu caráter *prima facie*.

Acerca do direito à liberdade religiosa, entende-se que este possui duas dimensões: um *forum internum*, que diz respeito à liberdade de consciência e de crença, e um *forum externum*, que se relaciona com a liberdade de culto e de organização religiosa. Como visto, apenas esta dimensão pode ser restringida numa situação onde haja a necessidade de proteção de um princípio de maior valor, como é o caso da decretação de *lockdown* para proteção da saúde coletiva. Dito isso, proibir a realização temporária de cultos religiosos durante a pandemia de uma doença, cujo principal meio de contágio é o ar, não deve ser entendida como um interesse do Estado em interferir na liberdade dos indivíduos de professar determinada fé, mas na aspiração de proteger a coletividade.

Além disso, como demonstrado, a medida restritiva não promove ou oprime religião específica, visto que recai sobre todas as religiões que realizem atividades presenciais e não a manifestação religiosa como um todo, e, tampouco, fere o princípio da proporcionalidade, tendo sido demonstrado seu caráter extremamente necessário para o período em que foi aplicada.

Desse modo, conclui-se que a decretação de *lockdown* não interfere na liberdade dos indivíduos de responderem apenas à própria consciência em matéria religiosa, além disso, não busca a conversão da população para determinada fé ou realiza diferenciação entre os credos na aplicação das restrições e, dada a sua temporalidade, resta demonstrado o interesse do Estado em restringir apenas o extremamente essencial para a garantia do direito à saúde ameaçado.

REFERÊNCIAS

A EVOLUÇÃO da Covid-19 no estado do Rio de Janeiro: desafios no enfrentamento da crise sanitária e humanitária relacionada à pandemia, São Paulo, 06 mai 2020. **Posicionamento da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz)**. Disponível em:

https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/41174/2/relatorio_distanciamentosocial.pdf.

Acesso em: 28 jan. 2022.

AGÊNCIA SENADO. **Estados e municípios também podem tomar medidas contra pandemia, diz decisão liminar do STF**. 2020. Disponível

em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/24/estados-e-municipios-tambem-podem-tomar-medidas-contrapandemia-diz-decisao-liminar-do-stf>. Acesso em: 28 jan. 2022.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2º ed., 4º tiragem—tradução Virgílio Afonso da Silva—São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ALVES, Sandra Mara Campo; RAMOS, Edith Maria Barbosa; DELDUQUE, Maria Célia. **Decretação de lockdown pela via judicial: medida (des)necessária?** Cadernos de Saúde Pública. Brasília, 2020. Disponível

em: https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/43156/2/ve_Sandra_Alves_etal_por.pdf. Acesso em: 28 jan. 2022.

ASCOM SE/UNA-SUS. **Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus: Mudança de classificação obriga países a tomarem atitudes preventivas**. UNA-SUS. 2020. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em: 25 jan. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BOLETIM Epidemiológico n. 08 - COE Coronavírus, Secretaria de Vigilância em Saúde - Ministério da Saúde, 09 abr. 2020. Disponível em: <http://www.cofen.gov.br/wp-content/uploads/2020/04/be-covid-08-final.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2022.

BRASIL. Constituição (1891). Constituição da república dos estados unidos do Brasil. Promulgada em 24 de fevereiro de 1891.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto n.º 119-A, promulgado em 7 de janeiro de 1890.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. ADI n. 6431. Relator: Marco Aurélio. Julgamento em 15 de abril de 2020. DJ-e. Brasília, 12 de novembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF n. 811. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 08 de abril de 2020. DJ-e. Brasília, 25 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. ADI n. 8421. Relator: Roberto Barroso. Julgamento em 21 de maio de 2020. DJe-270. Brasília, 12 de novembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 855178. Relator: Min. LUIZ FUX. Julgamento em 23 de maio de 2019. Diário Judicial Eletrônico, 16 de abril de 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=RE%20855178&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP. Acesso em: 11 fev. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34 ed. São

Paulo: Atlas, 2020. E-book.

COMO é transmitido? Vírus pode ser transmitido durante um aperto de mão (seguido do toque nos olhos, nariz ou boca), por meio da tosse, espirro e gotículas respiratórias contendo o vírus. Governo Federal. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/como-e-transmitido>. Acesso em: 25 jan. 2022.

COMTE-SPONVILLE, André. **Dicionário Filosófico**. 2. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Ministério da Saúde. Recomendação nº 036, de 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1163-recomendac-a-o-n-036-de-11-de-maio-de-2020#:~:text=Recomenda%20a%20implementa%C3%A7%C3%A3o%20de%20medidas,dos%20servi%C3%A7os%20atingido%20n%C3%ADveis%20cr%C3%ADticos..> Acesso em: 30 jan. 2022.

DALLARI, S.G. **A construção do Direito à saúde no Brasil**. Revista de Direito Sanitário, São Paulo v. 9, n. 3 p. 9-34 Nov. 2008 /Fev. 2009.

ENTENDA o que é uma pandemia e as diferenças entre surto, epidemia e endemia. Instituto Butantan. São Paulo. Disponível em: [https://butantan.gov.br/covid/butantan-tira-duvida/tira-duvida-noticias/entenda-o-que-e-uma-pandemia-e-as-diferencas-entre-surto-epidemia-e-endemia#:~:text=Uma%20enfermidade%20se%20torna%20uma,Mundial%20da%20Sa%C3%BAde%20\(OMS\)](https://butantan.gov.br/covid/butantan-tira-duvida/tira-duvida-noticias/entenda-o-que-e-uma-pandemia-e-as-diferencas-entre-surto-epidemia-e-endemia#:~:text=Uma%20enfermidade%20se%20torna%20uma,Mundial%20da%20Sa%C3%BAde%20(OMS)). Acesso em: 25 jan. 2022.

ENTRA em vigor estado de calamidade pública no Brasil. Governo Federal. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2020/03/entra-em-vigor-estado-de-calamidade-publica-no-brasil>. Acesso em: 25 jan. 2022.

GABRIEL, José Luciano. **Liberdade religiosa e estado laico brasileiro: uma abordagem à luz de Habermas e do direito**. Rio de Janeiro: Gramma, 2018.

MACHADO, Maria Letícia; FREITAS, Rebeca. **O primeiro ano de pandemia no Brasil em**

43 eventos. Nexo Políticas Públicas. 2021. Disponível em: <https://pp.nexojournal.com.br/linha-do-tempo/2021/O-primeiro-ano-de-pandemia-no-Brasil-em-43-eventos>. Acesso em: 2 fev. 2022.

MARINELA, F. **Direito administrativo.** 10ª edição. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. e-pub.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MORAIS, Marcio Eduardo Pedrosa. Religião e direitos fundamentais: o princípio da liberdade religiosa no Estado Constitucional Democrático Brasileiro. **Revista brasileira de direito constitucional.** ed. 18, p. 225-242, 2º semestre 2011. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-225-Artigo_Marcio_Eduardo_Pedrosa_Morais_\(Religiao_e_Direitos_Fundamentais_o_Principio_da_Liberdade_Religiosa\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-225-Artigo_Marcio_Eduardo_Pedrosa_Morais_(Religiao_e_Direitos_Fundamentais_o_Principio_da_Liberdade_Religiosa).pdf). Acesso em: 4 jan. 2022.

OLIVEIRA, Warton Hertz de. **Liberdade religiosa no estado laico: abordagem jurídica e teológica.** 2015. 89 f. Dissertação (Mestrado em Teologia) - Faculdades EST, São Leopoldo, 2015.

OMS DECLARA emergência de saúde pública de importância internacional por surto de novo coronavírus. OPAS. Brasília, 2020. Disponível em: [https://www.paho.org/pt/news/30-1-2020-who-declares-public-health-emergency-novel-coronavirus#:~:text=30%20de%20janeiro%20de%202020,de%20Import%C3%A2ncia%20Internacional%20\(ESPII\)](https://www.paho.org/pt/news/30-1-2020-who-declares-public-health-emergency-novel-coronavirus#:~:text=30%20de%20janeiro%20de%202020,de%20Import%C3%A2ncia%20Internacional%20(ESPII).). Acesso em: 25 jan. 2022.

OPAS. **Histórico da pandemia de COVID-19.** Organização Pan-Americana da Saúde. Brasília. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 27 jan. 2022.

ORO, Ari Pedro. Considerações sobre a liberdade religiosa no Brasil. **Ciências & Letras**, Porto Alegre, n. 37, p. 433-477, 05 jun. 2005. Semestral.

ORO, Ari Pedro. Religião e política no Brasil. **Cahiers Des Amériques Latines**, [s. l], p. 204-222, 15 ago. 2017. Disponível em: <https://journals.openedition.org/cal/7951>. Acesso em: 25 jan. 2022.

SANTOS FILHO, Airton dos *et al.* **Lockdown e outras intervenções não farmacológicas.** Subsecretaria de Saúde Gerência de Informações Estratégicas em Saúde CONECTA-SUS. 7 p, 08 abr 2021. Disponível em: https://www.saude.go.gov.br/files//banner_coronavirus/protocolos-notas/S%C3%ADnteses%20de%20Evid%C3%A2ncias/2021/Lockdown.pdf. Acesso em: 31 jan. 2022.

RANQUETAT JÚNIOR, César Alberto. Laicidade, laicismo e secularização: definindo e esclarecendo conceitos. **Revista Tempo da Ciência** (15) 30: 59-72, 2º semestre, 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/sociais humanas/article/view/773/532>. Acesso em: 25 jan.2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de**

direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 11, 2007. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf. Acesso em: 25 jan. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. **A liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro**. São Paulo, 2010. 282 p Tese (Direito) - UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21062011-095023/publico/liberdade_religiosa_completa.pdf. Acesso em: 19 jan. 2022.

5/8 – DIA NACIONAL da Saúde. Biblioteca Virtual em Saúde MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/05-8-dia-nacional-da-saude/#:~:text=Em%201.947%20a%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial,apenas%20a%20aus%C3%A2ncia%20de%20doen%C3%A7a%E2%80%9D>. Acesso em: 25 jan. 2022.

50% dos brasileiros são católicos, 31%, evangélicos e 10% não têm religião, diz Datafolha. **G1**. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/01/13/50percent-dos-brasileiros-sao-catolicos-31percent-evangelicos-e-10percent-nao-tem-religiao-diz-datafolha.ghtml>. Acesso em: 22 jan. 2022.