

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

DANIELA MENENGOTI RIBEIRO

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

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

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

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

Comunicação:

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

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

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

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

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

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

Coordenadores: Daniela Menengoti Ribeiro; Eloy Pereira Lemos Junior; Vivian de Almeida Gregori Torres – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-744-1

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

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Advindos de estudos aprovados para o VI Encontro Virtual do CONPEDI, realizado entre os dias 20 a 24 de junho de 2023, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos cujo encontro teve como tema principal “Direito e Políticas Públicas na Era Digital”.

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho “Direitos e Garantias Fundamentais II” pudemos testemunhar relevante espaço voltado à disseminação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Os estudos que compõem esta obra reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas aos direitos e garantias fundamentais, como também se traduzem em consolidação dos esforços para o aprimoramento da área e da própria Justiça.

Nossas saudações aos autores e ao CONPEDI pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Daniela Menengoti Ribeiro

Universidade Cesumar

Eloy Pereira Lemos Junior

Universidade de Itaúna - MG

Vivian de Almeida Gregori Torres

Universidade Federal do Mato Grosso do Sul

A POLITIZAÇÃO DA RELIGIÃO NO BRASIL NOS TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19: SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES RELIGIOSAS PRESENCIAIS FERE OU NÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS.

THE POLITIZATION OF RELIGION IN BRAZIL IN PANDEMIC TIMES DA COVID-19: SUSPENSION OF RELIGIOUS ACTIVITIES IN PERSON DOES OR DOES NOT INFRINGE FUNDAMENTAL RIGHTS.

Andressa Kézia Martins ¹
Lucas Fagundes Isolani ²

Resumo

Objetiva-se analisar a politização da religião no Brasil, mais especificamente em relação a suspensão das atividades religiosas presenciais em virtude da pandemia da Covid-19. Dessa forma, pretende-se analisar se a ADPF 811 feriu ou não direitos fundamentais, uma vez que ela suspendeu os cultos religiosos presenciais. Para tanto, a temática será analisada sob a ótica da teoria estrutural dos direitos fundamentais de Robert Alexy. A escolha do tema deve-se a sua relevância teórica e prática e discute se a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal alcançou o objetivo em que a restrição a cada um dos direitos fundamentais envolvidos (liberdade religiosa, política e saúde pública) seja a menor possível, na medida exata à salvaguarda do direito contraposto. O método utilizado para a realização da pesquisa foi o hipotético-indutivo, pois partindo da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento do tema, tendo-se analisado informações já existentes, ressaltou-se a coerência, bem como a importância e fundamentabilidade da decisão que será analisada. Por intermédio da pesquisa bibliográfica e documental demonstrou-se como a politização da religião no Brasil manipula as decisões proferidas por juízes, desembargadores e ministros.

Palavras-chave: Religião, Política, Covid-19, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

The objective is to analyze the politicization of religion in Brazil, more specifically in relation to the suspension of face-to-face religious activities due to the Covid-19 pandemic. In this way, it is intended to analyze whether or not ADPF 811 violated fundamental rights, since it suspended face-to-face religious services. Therefore, the theme will be analyzed from the perspective of Robert Alexy's structural theory of fundamental rights. The choice of theme is due to its theoretical and practical relevance and discusses whether the decision

¹ Doutoranda e mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela UIT. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC MINAS. Advogada.

² Doutorando e mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela UIT. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Notarial, Registral e Público. Tabelião e Oficial de Registro.

taken by the Federal Supreme Court achieved the objective in which the restriction to each of the fundamental rights involved (religious freedom, politics and public health) is as small as possible , to the exact extent to safeguard the opposing right. The method used to carry out the research was the hypothetical-inductive, since starting from the decision issued by the Federal Supreme Court, with the approach of categories considered fundamental for the development of the theme, having analyzed already existing information, the coherence was emphasized , as well as the importance and justification of the decision to be analyzed. Through bibliographical and documentary research, it was demonstrated how the politicization of religion in Brazil manipulates the decisions made by judges, judges and ministers.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Religion, Politics, Covid-19, Fundamental rights

1. Introdução

O objetivo geral da presente pesquisa é investigar se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nº 811, feriu ou não os direitos fundamentais, no tocante a liberdade religiosa, tendo em vista que ela suspendeu os cultos religiosos presenciais. A escolha do tema justifica-se por sua atualidade e relevância, teórica e prática, posto que a Covid-19, colocou a humanidade em um momento emergencial e excepcional, o que exige, por óbvio, a necessidade de ações emergências e excepcionais também.

No entanto, a situação pandêmica que o mundo presenciou demonstra como os tomadores de decisão do mais alto escalão, especialmente, das esferas públicas, de vários países reagiram e definiram estratégias diferentes, frente ao mesmo problema, fazendo com que, apresentassem respostas dos mais diferentes níveis (positivos e/ou negativos) à pandemia da Covid-19.

Nesse sentido, o artigo desenvolveu-se a partir da seguinte pergunta problema: a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal alcançou o objetivo em que a restrição a cada um dos direitos fundamentais envolvidos (liberdade religiosa, política e saúde pública) seja a menor possível, na medida exata à salvaguarda do direito contraposto? Ela feriu, ou, não feriu o direito fundamental a liberdade religiosa?

O método utilizado para a realização da pesquisa foi o hipotético-indutivo, pois partindo da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento do tema, tendo-se analisado informações já existentes, ressaltou-se a coerência, bem como a importância e fundamentabilidade da decisão que será analisada.

O tipo de pesquisa foi a teórico-bibliográfica, que forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. Também se realizou uma pesquisa documental, a partir de dados extraídos do sítio eletrônico do Senado Federal e de legislações. Por meio dos procedimentos técnicos: qualitativo, crítico, interpretativo, teórico e temático desenvolveu-se uma análise mais aprofundada do tema em questão, buscando interpretar os dados expostos, mormente quanto à influência da religião nas decisões de cunho político/jurídico.

O artigo está organizado em sete partes, sendo a primeira a introdução; a segunda parte vai trabalhar os direitos fundamentais; no terceiro item é feito um estudo sobre a liberdade religiosa como direito fundamental; o quarto tópico irá trabalhar o poder de influência que a religião exerce na política brasileira; a quinta parte faz um breve relato a respeito da pandemia da Covid-19; o sexto tópico irá trabalhar sobre as restrições à liberdade de culto no cenário de

pandemia da Covid-19, juntamente com a análise da ADPF 811; o sétimo item vai abordar a colisão de direitos fundamentais sob a teoria estrutural dos direitos fundamentais de Robert Alexy, por fim, tem-se uma breve conclusão e as referências.

2. Direitos fundamentais

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, caput, preceitua quais são os direitos fundamentais que servem como base para todo ordenamento jurídico brasileiro “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”

Os direitos fundamentais são todos aqueles essenciais ao homem, vale salientar que os direitos fundamentais são todos aqueles positivados no ordenamento constitucional de uma nação, porquanto os direitos humanos são aqueles que transpõe fronteiras, sendo supranacionais, são direitos inerentes ao homem, independe de positivação constitucional.

Para Jose Afonso da Silva (1992) a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Tendo em vista existirem várias expressões para se referir a eles, como por exemplo: direito naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

Todavia, de acordo com os ensinamentos de José Afonso da Silva, direitos fundamentais do homem é a expressão mais adequada para a pesquisa em questão:

[...] porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no artigo 17. (SILVA, 2013, p. 180)

Os direitos fundamentais possuem as seguintes características: historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade. Por oportuno, os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, se considerados em relação uns aos outros.

No que diz respeito a sua historicidade, Norberto Bobbio ensina, que os direitos fundamentais não nasceram de uma única vez, ou seja, estão sempre em constante evolução.

(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. (BOBBIO, 1992, p. 5)

A inalienabilidade dos direitos fundamentais diz respeito ao fato de você não poder transferi-los, gratuitamente ou onerosamente a ninguém. Segundo Luigi Ferrajoli (1999), a inalienabilidade motiva no fato de que os direitos fundamentais são normativamente direitos de toda coletividade, dessa maneira, não são passíveis de alienar ou negociar, já que correspondem a prerrogativas não contingentes e inalteráveis de seus titulares e a outros tantos limites e vínculos inarredáveis para todos os poderes, tanto públicos como privados.

A imprescritibilidade, todavia, ensina, que os direitos fundamentais, não se perdem no tempo, tendo em vista que são sempre exercíveis, não prescrevem.

[...] prescrição é um instituto jurídico que somente atinge coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade dos direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição. (SILVA, 2005, p.181)

A irrenunciabilidade, pela regra geral, significa que os direitos fundamentais não podem ser renunciados por seu titular. No entanto, o Supremo Tribunal Federal vem acolhendo a renúncia de certos direitos, como por exemplo a intimidade e a privacidade. Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, exemplificam essa renúncia como ocorre nos programas de televisão conhecidos como reality shows (Big Brother Brasil, por exemplo), em que as pessoas participantes, por desejarem receber o prêmio oferecido, renunciam, durante a exibição do programa, à inviolabilidade da imagem, da privacidade e da intimidade (art. 5º, X, CF). (ALEXANDRINO; PAULO, 2007)

Observe, nesse caso, existe um conflito de direito, sendo utilizado a proporcionalidade entre o direito fundamental e àquele que se pretende defender. Ainda que sucinta a análise feita acerca dos direitos fundamentais, foi possível introduzir a temática que será abordada a seguir. Dito isto, adiante será tratado a respeito da liberdade religiosa como direito fundamental.

3. Liberdade Religiosa como Direito Fundamental

A liberdade religiosa é enquadrada na classificação clássica de Norberto Bobbio como direito fundamental de primeira geração, podendo ser considerada ainda, como um direito civil fundamental que demandava uma prestação negativa por parte do Estado, uma não-ação. Para Canotilho, os direitos fundamentais possuem quatro funções, quais sejam: função de defesa ou de liberdade; prestação social; proteção perante terceiros e da não discriminação.

Dessa maneira, Canotilho (2002) afirma que os direitos fundamentais, possui duas funções basilares: constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Assim sendo, para Canotilho, a liberdade religiosa como direito fundamental se enquadra em quatro funções, quais sejam: função de defesa ou de liberdade; prestação social; proteção contra terceiros e da não discriminação.

Logo, quanto a função de defesa ou de liberdade, representa o papel que o Estado possui de não interferência no aspecto religioso da vida do cidadão, bem como, também possui, o papel de interferência, no sentido de garantir ao cidadão o pleno exercício do seu direito à liberdade religiosa. No tocante a prestação social, é quando o Estado fornece meios de tutela à liberdade religiosa do cidadão. A proteção contra terceiros, é a função do Estado em proteger o cidadão contra atos violentos decorrentes da opção religiosa do cidadão. Do mesmo modo, o Estado não deve exercer nenhum tipo de discriminação, por motivo religioso, ao contrário, deve promover a tolerância a todos os tipos de religião.

3.1. Liberdade religiosa de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º, inciso VI, preceitua que: “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.” (Atenção, para a ressalva feita pelo constituinte ao inserir “na forma da lei” ao livre exercício dos cultos religiosos).

Partindo da análise do inciso VI, artigo 5º, CRFB, acima transcrito é possível perceber a proteção de três direitos distintos pela norma constitucional, quais sejam: liberdade de

consciência, a liberdade de crença e a liberdade de culto. Sendo que, a união desses direitos distintos compõe o direito fundamental a liberdade religiosa.

Ao mesmo tempo, o inciso I, artigo 19, CRFB, proíbe a União, Estados e Municípios de “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”

José Afonso da Silva (1992) afirma que na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo. A religião não é apenas sentimento sagrado puro. Não se realiza na simples adoração a Deus. Ao contrário, ao lado de um corpo de doutrina, sua característica básica se exterioriza na prática dos ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida.

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao impor três liberdades distintas: liberdade de consciência, liberdade de crença e liberdade de culto, manteve uma diferenciação entre liberdade de consciência e liberdade de crença.

Liberdade de consciência não se confunde com a de crença. Em primeiro lugar, porque uma consciência livre pode determinar-se no sentido de não ter crença alguma. Deflui, pois, da liberdade de consciência uma proteção jurídica que incluiu os próprios ateus e os agnósticos. De outra parte, a liberdade de consciência pode apontar para uma adesão a valores morais e espirituais que não passam por sistema religioso algum. Exemplo disso são os movimentos pacifistas que, embora tendo por centro um apego à paz e o banimento da guerra, não implicam uma fé religiosa. (BASTOS, 2001, p. 53)

Indo mais adianta na temática, para que seja possível a garantia efetiva de proteção as liberdades religiosas, o Estado não pode estar associados institucionalmente a nenhuma igreja. Conforme, Decreto nº 119, de 17 de janeiro de 1890 que “Proíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providencias”.

Dessa maneira, quando entrou em vigência o regime de separação entre o Estado e a Igreja, instaurando-se o Estado Laico, Bobbio ensina que a teoria do Estado leigo se fundamenta numa concepção secular e não sagrada do poder político, encarado como atividade autônoma no que diz respeito às confissões religiosas. Estas confissões, todavia, colocadas no mesmo plano e com igual liberdade, podem exercer influência política, na proporção direta de seu peso

social. O Estado leigo, quando corretamente percebido, não professa, pois, uma ideologia “laicista”, se com isto entendemos uma ideologia irreligiosa ou antirreligiosa. (BOBBIO, 1986)

Por conseguinte, o Estado laico deve proteger a autonomia do poder civil de controles que possam ser exercidos pelo poder religioso, assim como, deve proteger a autonomia das igrejas. A liberdade religiosa como direito fundamental, no Brasil, representa uma luta histórica e uma conquista inolvidável. De acordo com Duguit, a consciência religiosa está intimamente ligada a liberdade de culto.

[...] toda religião contém um segundo elemento: o rito ou culto. Para que a liberdade religiosa exista, é preciso que cada um seja inteiramente livre para praticar qualquer culto religioso, que ninguém possa ser molestado por ele, nem impedido, direta ou indiretamente, de praticar o culto correspondente a suas crenças religiosas, e, o inverso. [...] a liberdade religiosa é, pois, encarada assim, essencialmente a liberdade de culto. (DUGUIT, 2005, 232-233)

No mesmo sentido, Jorge Miranda.

A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em que o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. E conclui: Se o Estado, apesar de conceder aos cidadãos, o direito de terem uma religião, os puser em condições que os impeçam de a praticar, aí não haverá liberdade religiosa. (MIRANDA, 1998, p. 359)

À vista disso, percebe-se, então, que a posição do Estado para a promoção da garantia ao direito à liberdade religiosa não é indiferente, ou seja, o Estado não pode adotar uma postura omissa, pelo fato de ser laico, pelo contrário, adotando tal posicionamento ao invés de ser um Estado laico, seria um Estado que vai contra a religião, uma vez que demonstra ser incapaz de garantir a liberdade religiosa aos cidadãos.

4. O poder de influência que a religião exerce na política brasileira

Apesar do Decreto nº 119, de 17 de janeiro de 1890 que “Proíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providencias” mencionado anteriormente, não é o que se percebe.

A presença de religiosos no contexto político-eleitoral tem demonstrado que a religiosidade não está restrita apenas a ritos simbólicos espirituais, pelo contrário, está presente em distintas conotações sociais. A influência religiosa na política está cada vez mais alarmante e preocupante.

A liberdade religiosa, bem como a sua pluralização (o pluralismo religioso, significa grande importância na esfera democrática, uma vez que a pluralidade religiosa não se refere apenas aos cultos prestados, mas a cultura, identificação e unicidade de pensamentos. Ademais, por meio dele remonta-se à história do Brasil, assim como abriu caminho para novos ciclos, reconhecimento de outras crenças e ritos, ampliando, assim, o processo de sincretização).

No entanto, retomando o raciocínio, a liberdade religiosa, bem como a sua pluralização tem contribuído para o estreitamento e aumento da relação entre religião, política partidária e Estado. Algumas teorias apontam para um retorno da religião ao campo político, todavia, outras vertentes apontam para a possibilidade de não haver retorno, uma vez que, afirmam que a religião nunca esteve afastada do cenário político. Ou seja, nesse segundo entendimento, existe uma continuidade e não uma suposta ruptura entre religião e política que caracteriza os fundamentos do Estado Moderno (FIGUEREDO FILHO, 2002).

Entre a adesão religiosa e a ação política se estabelece uma série de mediações de ordem racional e ética que acaba destituindo o religioso de um sentido prático no campo da política. Rituais políticos devem ser executados e vividos como atos de cidadania e rituais religiosos como atos de fé e de culto. Essa divisão, no entanto, tem se apresentado empiricamente muito mais como uma ideologia, do que como uma prática efetiva (STEIL, 2001).

Isto significa que, os campos religioso e político mantêm-se em constante aproximação e relação, sendo necessário estabelecer múltiplas mediações entre religião e política, levando em consideração o grau de complexidade que o assunto representa. Outro aspecto preocupante é a influência da religião sobre o voto de fiéis apontando para uma homologia entre a ação religiosa e a ação política (STEIL, 2001).

Para Max Weber, política significa a tentativa de participar do poder ou de influenciar a distribuição do poder, para ele quem pratica política reclama poder: poder como meio ao serviço de outros fins – ideais ou egoístas – ou poder pelo próprio poder, para deleitar-se com a sensação de prestígio que proporciona (WEBER, 1999).

Em época de campanha eleitoral nota-se a movimentação das bases eleitorais nos diversos locais em busca de votos e apoios, principalmente em setores religiosos, ainda que de uma forma mascarada. Franco e Meirelles (2004), diz que a política vê o campo religioso como um espaço para expansão de sua base eleitoral. Por outro lado, a religião passa a ter a pessoa do político como alguém capaz de interagir os interesses religiosos e disputá-los no campo político, numa constante busca de reafirmação e de construção de seu espaço dentro da esfera pública.

A problemática se constrói quando a atuação parlamentar, não representa efetivamente o povo, ou, representa apenas parcela do população, isso fica mais evidente quando aspectos religiosos são usados para a tomada de decisões, indo mais além, quando aspectos religiosos são usados para a elaboração de normas que vão vigor em todo o território nacional, pouco importando o credo ou religião de outra parcela da população, que por óbvio, não se sentem representadas.

Um exemplo claro disso, mas não o único, são as bancadas evangélicas, que falam e muitas vezes legislam em nome de um Deus cristão que não representa toda a população. Existem os casos de representantes políticos que não são adeptos de nenhuma religião, mas por terem sido eleitos por determinada religião, acabam por beneficiar a religião que o elegeu, aquela famosa troca de favores.

Dessa maneira, é necessário analisar a finalidade dos projetos de lei, entre outras presunções criadas pelos parlamentares, a postura de um Estado laico deve servir para equilibrar o instituto religioso e incentivar cada vez mais o pluralismo religioso e não os usar para se promoverem. O Estado deve ter como propósito finalístico o decoro à Constituição da República Federativa do Brasil e à verdadeira democracia.

5. Pandemia da Covid-19

A Organização Mundial de Saúde recebeu, no dia 31 de dezembro de 2019, o alerta de uma nova doença na China que se instalava de forma epidêmica no interior. Um vírus novo emergia na humanidade e o foco da doença estava na cidade de Wuhan. No dia seguinte ao alerta à Organização Mundial de Saúde, o mercado central de frutos do mar Wuhan, provável foco da epidemia, foi fechado. E, em um semana, o vírus foi identificado: um novo coronavírus, batizado nos meses seguintes de SARS-CoV-2 e sua doença de covid-19.

A Síndrome Respiratória Aguda Grave 2 (SARS-CoV-2), é um vírus que é transmitido de um animal para um ser humano, dessa forma, é chamado de vírus zoonótico. Quando um vírus passa de animais para humanos pela primeira vez, esse evento é chamado de transbordamento de patógenos, Power e Mitchell (2004) definiram o transbordamento de patógenos como a determinação da dinâmica de uma doença infecciosa em uma população de hospedeiros (independente da forma de transmissão), a partir de uma outra população hospedeira, como resultado de uma grande abundância do patógeno nesta última.

Um dia depois do fechamento do mercado da cidade, uma garota adoecia, porém a 150 quilômetros da cidade de Wuhan, sinal de que a epidemia já se alastrava há tempos. Naquele janeiro de 2020, enquanto as informações sobre a nova epidemia transitavam entre os escritórios

das agências de saúde nacionais e internacionais, o vírus se disseminava pelas cidades chinesas e ultrapassava fronteiras. O vírus era transmitido por gotículas eliminadas na fala, no espirro e na tosse. Dificilmente conseguiríamos controlar a nova pandemia. Casos começavam a aparecer em Tailândia, Japão, Coreia do Sul, Taiwan, Vietnã, Austrália, Malásia, Camboja e Canadá. No final de janeiro, ocorreu o inevitável: a Organização Mundial de Saúde declarou a Covid-19 uma emergência de saúde pública internacional, e relatou já haver 18 países com a presença viral. A Alemanha trazia notícias perturbadoras. (UJVARI, 2020)

De acordo com o Regulamento Sanitário Internacional uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), a Covid-19 representa 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. E, no dia 11 de março de 2020, a Covid-19 foi caracterizada pela Organização Mundial de Saúde como uma pandemia.

O vírus causador da Covid-19 se espalha por meio do contato direto ou indireto com pessoas infectadas que transmitem a doença através de secreções como saliva e secreções respiratórias ou de suas gotículas respiratórias, que são expelidas quando a pessoa tosse, espirra ou fala. Dessa maneira, as pessoas que estão em contato próximo com uma pessoa infectada, podem pegar a Covid-19, ou seja, quando essas gotículas infecciosas expelidas entrarem em contato com a boca, nariz ou olhos.

Os sintomas mais comuns causados pelo vírus no organismo humano são: febre, tosse seca e fadiga. No entanto, alguns casos podem evoluir para a perda de paladar ou cheiro, congestão nasal, conjuntivite, dor de garganta, dor de cabeça, dores musculares ou articulares, diferentes tipos de erupção cutânea, náusea ou vômito, diarreia, calafrios ou tonturas. Sendo que, os efeitos mais graves causados pelo vírus incluem a falta de ar, perda de apetite, confusão, dor persistente ou pressão no peito e alta temperatura (acima de 38°).

De acordo com as informações da OMS, as complicações advindas do vírus que levam pacientes à óbito podem incluir insuficiência respiratória, síndrome do desconforto respiratório agudo (SDRA), sepse e choque séptico, tromboembolismo e/ou insuficiência de múltiplos órgãos, incluindo lesão do coração, fígado ou rins.

Dessa maneira, de acordo com informações coletadas por meio do site da Organização Mundial de Saúde, os cuidados que devem ser tomados para evitar-se a contaminação pelo vírus da Covid-19, incluem: distanciamento físico, uso de máscara, principalmente quando o distanciamento físico não puder ser mantido, limpando regularmente as mãos, tossindo em um dos cotovelos ou lenço de papel dobrado (uma vez que o vírus é disseminado por gotículas de

saliva, espirro, tosse, catarro, aperto de mãos, objetos ou superfícies contaminadas, como celulares, mesas, maçanetas e etc.)

Posto isto, a melhor maneira para se proteger e proteger as demais pessoas em nossa volta é praticando a higiene das mãos e respiratória sempre que possível, manter um distanciamento de pelo menos 1 metro de uma pessoa para outra e o uso de máscara sempre que distanciamento não for possível.

6. Restrições à liberdade de culto no cenário de pandemia da Covid-19 – análise da ADPF 811

Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), proposta pelo Conselho Nacional de Pastores do Brasil (CNPB), ajuizada no dia 17 de março de 2021 e PARTIDO SOCIAL DEMOCRÁTICO - PSD NACIONAL, ajuizada no dia 19 de março de 2021, ambos contra o art. 2º, II, a, do Decreto n. 65.563, de 12.3.2021, do Estado de São Paulo, que vedou a realização de cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo. Teor do texto normativo impugnado “Art. 2º As medidas emergências instituídas por este decreto consistem na vedação de: (...) II – realização de: a) cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo”.

De acordo com os requerentes, o poder público estadual estabeleceu restrições genéricas e desproporcionais no momento em que optou pela vedação integral de expressões de fé, incorrendo, em “flagrante retrocesso na garantia de direitos fundamentais, especialmente no que se refere ao direito à liberdade religiosa e de culto (art. 5º, VI, da CF/1988) e à laicidade estatal. (art. 19, I, da CRF/1988)”

Nesse sentido, advoga as partes requerentes, que o Brasil é um Estado laico por força do artigo 19, inciso I, CRFB/88, o que a seu aviso torna premente concluir “que os órgãos estatais, de qualquer esfera, não podem impedir, ainda que de forma temporária, os cidadãos brasileiros de professarem sua fé”. Laicidade que, segundo defende o requerente, é “a base para a concretização da liberdade religiosa, de culto e de crença”, direito este insculpido no artigo 5º, inciso VI, CRFB/88 e previsto em documentos de direito internacional.

Ao pressupor que “os cultos públicos são atividades fundamentais e irrenunciáveis”, debate que “proibir totalmente a realização de qualquer atividade religiosa coletiva representa não apenas violação à liberdade religiosa, mas à própria dignidade humana dos adeptos”. Ainda, argumenta o requerente que somente o Presidente da República, e somente durante a vigência de estado de defesa ou estado de sítio, poderia limitar a liberdade de reunião e associação, que equipara às celebrações religiosas.

Apresentado o relatório, o Ministro Gilmar Mendes começou a julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. No entanto, antes de entrar propriamente no mérito da decisão, importante transcrever *ipsis litteris* o início do voto do Ministro Gilmar Mendes, que mais pareceu um desabafo, tendo em vista, tratar-se de um tema tão atual, comovente e que ainda traz profundo sofrimento a toda população mundial.

O presente julgamento coincide com a marca histórica de **337.364** mortes ocasionadas pela pandemia global do novo Coronavírus. A data de ontem assinalou o recorde de **4.211 por dia**.

O Brasil – que já foi exemplo em importantes atividades de saúde pública, como, vejam só, política de vacinação – atualmente é o **líder mundial em mortes diárias por Covid-19**. Em números aproximados (e uso aqui os mais conservadores), temos cerca de 2,7% da população mundial, mas 27% das mortes por covid-19 que ocorrem no Planeta dão-se aqui, sob nossos olhos.

Quis o destino, Senhores Ministros, que o presente julgamento coincidisse com o Dia Mundial da Saúde, que se passa hoje – em homenagem à constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS). Quis o destino que o nosso país recebesse o Dia Mundial da Saúde em um momento milenar de luto.

Temos diante de nós a maior crise epidemiológica dos últimos cem anos, caracterizada por mortandade superlativa, e que se faz acompanhar de impactos profundos em face do poder público estatal. Uma tragédia cujo enfrentamento requer decisiva colaboração de todos os entes e órgãos públicos e cujas consequências administrativas e operacionais são sentidas de modo ainda mais intenso pelos pequenos estados e municípios.

Eis o quadro de complexidade social e política que corteja este fúnebre julgamento. Sob o nefasto manto de uma catástrofe humanitária sem precedentes, aporta a este Supremo Tribunal Federal a legítima e democrática pretensão de se abrir templos religiosos à prática de atividades religiosas coletivas presenciais.

Deixo claro, de partida, que a proteção constitucional aqui buscada jamais pode ser diminuída ou obliterada. Usando as palavras de João Paulo Segundo, faço votos de que esta Suprema Corte reconheça sempre que *“a liberdade religiosa é a primeira das liberdades humanas”*. Daí porque *“o direito civil e social à liberdade religiosa, na medida em que toca a esfera mais íntima do espírito, é um ponto de referência para os outros direitos fundamentais e de alguma forma se torna uma medida deles. O exercício deste direito é uma das provas fundamentais do autêntico progresso do homem em qualquer regime, em qualquer sociedade, sistema ou meio”*.

A nobreza da proteção constitucional que os autores da presente ADPF buscam, todavia, não se revela compatível com a capitulação do presente tema a uma agenda política negacionista que se revela, em toda dimensão, contrária à fraternidade tão ínsita ao exercício da religiosidade.

No ano de 2008, em discurso proferido na Universidade de Münster, rememorando as lições do Professor PETER HÄBERLE⁴, destaquei que, no limiar do século XXI, liberdade e igualdade deveriam ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade, de modo que a fraternidade poderia constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade.

A dialética entre direitos e deveres, entre empatia e imparcialidade, entre a justiça e a misericórdia, entre legalidade e bem comum que compõem o conceito da fraternidade nos mostra o caminho para encontrar a melhor solução jurídica diante das oposições, dicotomias e contradições envolvendo o momento presente.

É esse o norte que tem guiado este STF na realização do controle de constitucionalidade de restrições impostas às liberdades individuais em razão das medidas de enfrentamento à pandemia do novo Coronavírus. Não é preciso muito para reconhecer o desenvolvimento, entre nós, de uma verdadeira Jurisprudência de Crise em que os parâmetros de aferição da proporcionalidade das restrições aos direitos

fundamentais têm sido moldados e redesenhados diante das circunstâncias emergenciais.

A esse respeito, relembro, por exemplo, que, para reforçar o nível de excepcionalidade atribuído à ordem jurídica, ainda nos primeiros meses da pandemia, no julgamento da ADI 6357, o Plenário referendou a medida cautelar deferida em 29.03.2020 pelo ministro Alexandre de Moraes para afastar as exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000) e da Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei 13.898/2019) relativas à demonstração de adequação e compensação orçamentária para a criação e expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento da COVID-19.

Ainda no primeiro semestre do ano passado, esta Corte já decidiu que estados e municípios, no âmbito de suas competências e em seu território, podem adotar, respectivamente, medidas de restrição à locomoção intermunicipal e local durante o estado de emergência decorrente da pandemia do novo coronavírus, sem a necessidade de autorização do Ministério da Saúde para a decretação de isolamento, quarentena e outras providências (ADI 6343).

Por fim, no final de 2020, no julgamento das ADIs 6586 e 6587, relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, e do ARE 1267879, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, este Plenário chegou a decidir que o Estado pode determinar aos cidadãos que se submetam, compulsoriamente, à vacinação contra a COVID-19, prevista na Lei 13.979/2020. Assentou-se que o Estado pode impor aos cidadãos que recusem a vacinação as medidas restritivas previstas em lei (multa, impedimento de frequentar determinados lugares, fazer matrícula em escola), mas não pode fazer a imunização à força.

Essas decisões mostram que a ponderação de interesses e de posições subjetivas em função das restrições impostas tem adquirido contornos muito particulares tributários da excepcional situação de emergência da saúde pública. (Grifos no original) (STF, Relator Ministro Gilmar Mendes, 2021, p. 1-4)

Assim sendo, iniciando-se análise do mérito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), o relator questiona-se, se de fato, ocorreu violação dos preceitos fundamentais pelas limitações à realização de cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo durante o período de agravamento da pandemia da Covid-19 no Estado de São Paulo.

Nesse sentido, o relator analisa o argumento das partes autoras e chega à conclusão de que tal argumento desafia uma compreensão técnica do âmbito da proteção constitucional do direito à liberdade religiosa (art. 5º, VI, da CF/1988). Corroborando a tese de que há uma possibilidade de restrição relativa do direito à liberdade religiosa em sua dimensão externa (*forum externum*), destacando que o constituinte de 1988, ao prescrever o direito de liberdade religiosa, estabeleceu inequívoca reserva de lei ao exercício dos cultos religiosos.

Nesse sentido, o inciso VI do art. 5º assegura “o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei”. Essa reserva legal, por si só, afasta qualquer compreensão no sentido de afirmar que a liberdade de realização de cultos coletivos seria absoluta. Gilmar Mendes complementa que 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

considerada”. Em continuidade ao voto, delimitando o âmbito da proteção da liberdade religiosa o ministro indaga e responde.

o Decreto do Estado de São Paulo de alguma maneira impede que os cidadãos respondam apenas à própria consciência, em matéria religiosa? A restrição temporária de frequentar eventos religiosos públicos traduz ou promove, dissimuladamente, alguma religião? A interdição de templos e edifícios equiparados acarreta coercitiva conversão dos indivíduos para esta ou aquela visão religiosa? Certamente que não. (STF, Relator Ministro Gilmar Mendes, 2021, p. 14)

Em seguida, Gilmar Mendes, aprofunda sua análise, contextualizando a alegação de violação ao preceito fundamental dentro de um quadro maior em que diversas Cortes Constitucionais ao redor do mundo têm debatido os limites da restrição ao exercício das atividades religiosas coletivas no contexto da pandemia do novo Coronavírus.

Após fazer considerações acerca do Direito Comparado, o ministro passa a examinar a constitucionalidade dessa restrição veiculada com base nas diretrizes fixadas pelo Supremo Tribunal Federal para adoção de medidas sanitárias de combate à pandemia da Covid-19.

Para examinar a questão, o ministro analisa se a norma impugnada: (I) amolda-se à repartição constitucional de competências para adoção de medidas de proteção à saúde; (II) representa ou não intrusão desproporcional no direito fundamental à liberdade religiosa, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente, é feita uma análise a respeito da constitucionalidade formal, qual seja, que tanto estados e municípios possuem competência para adoção de medidas temporárias de restrição ao exercício de atividades religiosas para enfrentamento da pandemia do novo Coronavírus. Com embasamento nos artigos 23, inciso II e art. 30, inciso VII da CRFB, que diz respeito a competência material comum da União, Estados e Municípios para adotar medidas de saúde. Inclusive, o Ministro Edson Fachin, citado pelo relator em seu voto, assentou-se de forma clara e direta que “todos os entes federados têm competência para legislar e adotar medidas sanitárias voltadas ao enfrentamento da pandemia de Covid-19.”

E, por fim, a última análise feito no julgado, diz respeito a “Constitucionalidade material: controle judicial das medidas de restrição adotadas, teste de proporcionalidade e revisão de fatos e prognoses legislativos”. Essa análise possui grande relevância para a pesquisa realizada, uma vez que, pretendeu-se no artigo, analisar se a ADPF 811 feriu ou não direitos fundamentais ao suspender os cultos religiosos presenciais, e, para tanto, a pergunta problema foi analisada e respondida sob a ótica da teoria estrutural dos direitos fundamentais de Robert Alexy.

Dessa forma, o julgado tem sua continuidade, dizendo, que as medidas legislativas e administrativas concernentes à promoção da saúde também são propensas a colidir com outras posições jurídicas que refletem direitos fundamentais, e em observância ao princípio da unidade da Constituição devem ser objeto de ponderação com outros bens constitucionais. Também por isso, o controle judicial das restrições veiculadas por medidas de proteção à saúde deve observar parâmetros racionalmente sustentáveis, próprios à representação argumentativa.

Como tratado na parte três desse artigo “liberdade religiosa como direito fundamental” por meio dos ensinamentos de Canotilho, Gilmar Mendes desenvolve seu raciocínio para chegar à decisão, partindo da premissa que os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*); veiculam também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Conseqüentemente, e utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Überrasverbote*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Unterrasverbote*).

Assim, na dogmática alemã é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Überrasverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Unterrasverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será **adequado** quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será **necessário** na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o **subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito** se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção. (Grifos no original) (STF, Relator Ministro Gilmar Mendes, 2021, p. 31)

Dessa maneira, o ministro diz que, em casos como o presente, em que se alega que a proibição temporária à realização de cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo, promovida pelo Decreto n. 65.563/2021 do Estado de São Paulo, a tarefa que se impõe é a de saber se a medida não incorre na proibição de excesso. Para tanto, Gilmar Mendes, utiliza-se da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão que desenvolveu uma metodologia, que revela graus de intensidade no controle de constitucionalidade das leis, considerando a avaliação das prognoses legislativas (CANARIS, 2003).

No primeiro nível, o do controle de evidência (*Evidenzkontrolle*), a norma apenas é inconstitucional caso as medidas se revelarem claramente inidôneas para a efetiva proteção do bem jurídico fundamental. No segundo nível tem-se o controle de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*), em que se perquire se a medida fora tomada após apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento

então disponíveis (*BVerfGE* 50, 290). No terceiro e último nível, situa-se o controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*), reservado para intervenções legislativas que afetam de modo mais significativo bens de extraordinária importância, como a liberdade individual. (STF, Relator Ministro Gilmar Mendes, 2021, p. 32)

Dessa maneira, Gilmar Mendes entende que situando esses parâmetros doutrinários na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, aponta que as decisões desta Corte relativas ao controle de restrições a direitos fundamentais impostos para a proteção da saúde, de modo mais ou menos exposto, a depender da situação, tem adotado perspectiva conforme à metodologia acima exposta.

Ademais, segundo Gilmar Mendes é possível afirmar que há um razoável consenso na comunidade científica no sentido de que “os riscos de contaminação decorrentes de atividades religiosas coletivas são superiores ao de outras atividades econômicas, mesmo aquelas realizadas em ambientes fechados.”

Assim sendo, diante das informações prestadas pelo Governo do Estado de São Paulo, e o evidente quadro de calamidade pública no sistema de saúde, sem precedentes na história brasileira, o eminente Ministro Gilmar Mendes, decide pelo não acolhimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, mantendo proibido o funcionamento dos templos religiosos para a celebração de cultos, pautado no teste da proporcionalidade, revisão de fatos e prognoses legislativos.

7. Colisão de direitos fundamentais e teoria estrutural dos direitos fundamentais de Robert Alexy

Segundo Robert Alexy, colisões de direitos fundamentais, surgem sempre que o exercício ou a realização de determinado direito fundamental acarrete consequências negativas em relação a bens coletivos. A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 811, analisada anteriormente é um exemplo de colisão entre direitos fundamentais em sentido amplo.

Assim como Dworkin, Alexy entende que uma das soluções para a colisão entre regras é declarar uma delas inválida. Mas ele vai além, defendendo que é possível também a introdução de uma cláusula de exceção em determinada regra para que o conflito seja eliminado. Com efeito, Alexy parte da técnica do sopesamento ou do balanceamento desenvolvida pela Corte Constitucional Alemã, para defender que todos os princípios abstratamente possuem a mesma importância, devendo, na hipótese de colisão entre eles, serem analisadas as condições fáticas e jurídicas do caso concreto para, ao final, decidir qual deve prevalecer.

A técnica do balanceamento, do sopesamento ou da ponderação foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão, sendo utilizada para resolver um conflito entre direitos fundamentais. Assim, o Tribunal Constitucional Alemão fixou dois postulados seguidos até hoje: 1) Os direitos fundamentais previstos na Constituição irradiam seus efeitos por toda a legislação ordinária, ou seja, toda interpretação da ordem jurídica deve ser feita à luz da Carta Magna, ainda que se trate de relações jurídicas entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais constitucionais); 2) A ponderação é um método de solução para casos difíceis nos quais normas constitucionais com a estrutura de princípios entram em colisão.

Insta salientar que, do resultado da colisão entre dois princípios, surgirá uma regra específica, a qual consistirá na consequência jurídica do princípio prevalecente, criada sempre com base nas condições fáticas do caso concreto. Alexy chama tal conexão de lei de colisão, sustentando, em outras palavras, que "as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência."

Neste cenário, Alexy (2008) defende que o procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação, a qual deve ser aplicada a partir do princípio da proporcionalidade. Explicando a necessária conexão existente entre a sua teoria dos princípios e a aplicação da proporcionalidade, Robert Alexy sustenta o seguinte:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. (ALEXY, 2008, p. 116-118)

Assim sendo, de acordo com os ensinamentos de Robert Alexy, é importante destacar que a aplicação do princípio da proporcionalidade deve sempre seguir a ordem de seus três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nota-se, que para a decisão do julgamento da ADPF 811, o ministro utilizou-se da aplicação dos 3 (três) subprincípios no ponto 3.2 (Restrições à liberdade de culto no contexto da pandemia mundial da COVID-19) ao utilizar o exemplo do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que rejeitou uma reclamação constitucional de um cidadão católico que alegou perante a Corte que a portaria do Estado de Hesse, que proibia terminantemente reuniões em igrejas, violava o direito à religião e à convicção católica. Todavia, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha ao rejeitar a reclamação,

não negou que o direito fundamental à liberdade religiosa tinha sido objeto de uma interferência estatal; mas ponderou que o sacrifício (parcial) desse direito não justificava a censura de inconstitucionalidade, ao conceder especial relevo à aceleração da pandemia de covid-19, que se fazia sentir à época (março-abril de 2020). Outrossim, revelou-se coerente com a medida excepcional restritiva a temporariedade de sua vigência, porquanto no caso de eventual renovação das restrições, o contexto fático seria novamente apreciado pela Administração do Hesse, oportunidade em que o teste de proporcionalidade deveria ser também renovado – de modo a evidenciar a **adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito das medidas**. (Grifos nossos) (STF, Relator Ministro Gilmar Mendes, 2021, p. 20)

À vista disso, percebe-se que a Teoria dos Direitos Fundamentais, de Robert Alexy, adequou-se perfeitamente ao caso. Uma vez se tratar de direitos fundamentais que se encontravam em colisão, todavia, por meio da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito foi possível decidir a demanda apresentada sem qualquer lesão ao direito fundamental da liberdade religiosa. Pois que, por meio da proporcionalidade se tornou razoável o dever do Supremo Tribunal Federal, atribuir, no caso concreto, a proteção ao direito fundamental a vida e a saúde.

8. Considerações finais

A pesquisa demonstrou como a politização da religião no Brasil, está cada vez mais aparente e assustadora, tendo em vista os males que isto pode causar em um Estado Democrático de Direito, portanto, faz-se necessário que medidas a esse respeito sejam tomadas. Pois que, a força que a religião possui na política, quase permitiu que templos religiosos fossem abertos para cultos, mesmo após comprovação científica de que a contaminação em cultos religiosos é muito maior do que em ambientes profissionais. Acredita-se, que isso se deve a questão: Religião versus Igreja.

Contudo, retomando a pergunta problema, vê-se que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal alcançou o objetivo em que a restrição ao direito fundamental da liberdade religiosa se fez necessária, na medida exata à salvaguarda do direito contraposto, qual seja a proteção da saúde pública. Tem-se que a apesar de se tratar de direitos fundamentais, a ADPF 811, não feriu direitos fundamentais ao suspender os cultos religiosos presenciais, a decisão do iminente Ministro Gilmar Mendes, foi muito bem fundamentada e aparada de argumentos doutrinários extremamente relevantes, tanto no campo jurídico, como no campo de saúde pública.

Conclui-se, também que, em que pese o quadro complexo (religião, saúde e política) a “proporcionalidade” e as teses trabalhadas pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão pôde

oferecer parâmetros seguros para a ponderação realizada pelo Supremo Tribunal Federal, tal como Robert Alexy propôs na Teoria dos Direitos Fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, MARCELO e Paulo, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. 2ª Ed. Impetus, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. 4ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil – volumes 1 e 2*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. pp. 5-19. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Noberto. *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 1986.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 abr. 2023.

BRASIL. Decreto nº 119, de 17 de janeiro de 1890 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm. Acesso em: 11 abr. 2023.

BRASIL. Decreto nº 65.563, de 11 de março de 2021. *Institui medidas emergenciais, de caráter temporário e excepcional, destinadas ao enfrentamento da pandemia de COVID-19*. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2021/decreto-65563-11.03.2021.html>. Acesso em: 11 de abr. 2023.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e Direito privado*. Coimbra: Almedina; 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1506 p. ISBN 972-40-1806-7.

DUGUIT, Leon. *Manual de derecho constitucional*. Granada: Comares, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

Instituto Nacional de Câncer. *Como o coronavírus (Covid-19) é transmitido?* Disponível em: <https://www.inca.gov.br/perguntas-frequentes/como-o-coronavirus-covid-19-e-transmitido>. Acesso em: 10 de abr. 2023.

MEIRELLES, Mauro. DI FRANCO, Aline. O político e o religioso nas eleições municipais de 2004 em Porto Alegre: ou a metáfora do gre-nal. *Revista Debates do Ner*. Porto Alegre, ano 5, n. 6, dezembro de 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. 803 p. ISBN 9788502134263.

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

Organização Mundial da Saúde [OMS] (2021). *Coronavirus disease (COVID-19): Vaccines*. Disponível em: <[https://www.who.int/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-\(covid-19\)-vaccines?adgroupsurvey={adgroupsurvey}&gclid=Cj0KCQjw38-DBhDpARIsADJ3kjm2DgrKnMQe-7Le77gjaAMI2fpqH39mZSF7lhoulFW5WXspAhBykdnIaAnK_EALw_wcB](https://www.who.int/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-(covid-19)-vaccines?adgroupsurvey={adgroupsurvey}&gclid=Cj0KCQjw38-DBhDpARIsADJ3kjm2DgrKnMQe-7Le77gjaAMI2fpqH39mZSF7lhoulFW5WXspAhBykdnIaAnK_EALw_wcB)>. Acesso em: 10 de abr. 2023.

Organização Mundial da Saúde [OMS] (2020). *Coronavirus disease (COVID-19)*. Disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19>>. Acesso em: 10 de abr. de 2023.

Organização Mundial da Saúde [OMS] (2020). *Origin of SARS-CoV-2*. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/332197/WHO-2019-nCoV-FAQ-Virus_origin-2020.1-eng.pdf>. Acesso em: 10 de abr. 2023.

Organização Mundial da Saúde [OMS] (2021). *WHO Coronavirus (COVID-19) Dashboard*. Disponível em: <<https://covid19.who.int/>>. Acesso em: 10 de abr. de 2023.

Power, Alison & Mitchell, Charles. (2004). *Pathogen Spillover in Disease Epidemics*. *The American naturalist*. 164 Suppl 5. S79-89. 10.1086/424610.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

STEIL, Carlos Alberto. Eleições, voto e instituição religiosa. *Revista Debates do Ner*. Porto Alegre, ano 2, n. 3, setembro de 2001.

STF. *Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 811 São Paulo*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF811.pdf>. Acesso em: 15 de abr. 2023.

UJVARI, Stefan Cunha. *História das Epidemias*. 2. Ed. – São Paulo: Contexto, 2020.

WEBER, Max. *Economia e sociedade. Fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília: UNB, 1999.