

ADPF 881-MC/DF

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 811 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
REQTE.(S) : PARTIDO SOCIAL DEMOCRÁTICO - PSD NACIONAL
ADV.(A/S) : ANTÔNIO PEDRO MACHADO
INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO E RELIGIAO
ADV.(A/S) : THIAGO RAFAEL VIEIRA
ADV.(A/S) : AUGUSTO CESAR ROCHA VENTURA
AM. CURIAE. : ASSOCIACAO NACIONAL DE JURISTAS EVANGELICOS - ANAJURE
ADV.(A/S) : FELIPE AUGUSTO LOPES CARVALHO
ADV.(A/S) : ACYR DE GERONE
ADV.(A/S) : RAISSA PAULA MARTINS
ADV.(A/S) : UZIEL SANTANA DOS SANTOS
AM. CURIAE. : DIRETÓRIO NACIONAL DO PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO - PTB
ADV.(A/S) : LUIZ GUSTAVO PEREIRA DA CUNHA
AM. CURIAE. : CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS EM DIREITO E RELIGIÃO - CEDIRE
ADV.(A/S) : ANDREA LETICIA CARVALHO GUIMARAES
ADV.(A/S) : BRENO VALADARES DE ABREU
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO CENTRO DOM BOSCO DE FÉ E CULTURA
ADV.(A/S) : TAIGUARA FERNANDES DE SOUSA
AM. CURIAE. : FRENTE NACIONAL DE PREFEITOS
ADV.(A/S) : MARCELO PELEGRINI BARBOSA
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO INSTITUTO SANTO ATANÁSIO DE FÉ E CULTURA
ADV.(A/S) : KAYAN ACASSIO DA SILVA
AM. CURIAE. : PARTIDO CIDADANIA
ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI
ADV.(A/S) : RENATO CAMPOS GALUPPO

ADPF 881-MC/DF

AM. CURIAE. : CONSELHO NACIONAL DOS CONSELHOS DE
PASTORES DO BRASIL - CONCEPAB
ADV.(A/S) : RICARDO HASSON SAYEG
AM. CURIAE. : CONSELHO NACIONAL DE PASTORES E LÍDERES
EVANGÉLICOS INDÍGENAS - CONPLEI
ADV.(A/S) : WALTER DE PAULA SILVA

VOTO-RELATOR: 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

ADPF 881-MC/DF

públicos¹ e cujas consequências administrativas e operacionais são sentidas de modo ainda mais intenso pelos pequenos estados e municípios².

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”*³.

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.

¹ VAN DER WAL, Zeger. “Being a public manager in times of crisis: the art of managing stakeholders, political masters, and collaborative networks.” In: *Public Administration Review*. Vol. 80, n. 5. Washington, DC: American Society for Public Administration, Setembro-outubro de 2020, pp. 759-764; CABRAL, Nazaré da Costa. “O impacto económico da crise do COVID 19 e as medidas de recuperação a nível nacional e europeu”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Número Temático: COVID-19 e o Direito*. Ano LXI, Número 1. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2020, pp. 521-532.

² Michel LASCOMBE. Vincent DUSSARD. “Des conséquences de la crise du covid-19 sur les finances publiques locales”. In: *Revue Française de Droit Administratif*. Ano 36, n. 6. Paris: Dalloz, novembro-dezembro de 2020, pp. 986-988.

³ PAULO SEGUNDO, João. EXHORTATION CHRISTIFIDELES LAICI. Disponível em: http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/en/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_30121988_christifideles-laici.html (accessed on 18 December 2020).

ADPF 881-MC/DF

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 presente⁵.

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.

⁴ HÄBERLE, Peter. *Liberdad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid: Trotta. 1998.

⁵ BARZOTTO, Luis Fernando; e BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Fraternidade, um conceito dialético: uma abordagem a partir da experiência jurídica*, In: *Direito e Fraternidade*

ADPF 881-MC/DF

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.

1. Questão de Ordem: ausência de identidade parcial dos objetos das ADPF 811 e 701 a atrair a incidência do art. 77-B do RISTF

Senhor presidente, antes de iniciar o julgamento do presente feito, gostaria de, com fundamento no art. 21, inciso III, do Regimento Interno do STF, requerer à Vossa Excelência, que seja submetido a este Plenário Questão de Ordem.

Em 05.04.2021, o Procurador-Geral da República (PGR) juntou aos autos petição em que *“requer o Procurador-Geral Da República seja submetida à apreciação da Presidência do Supremo Tribunal Federal a redistribuição da ADPF 811/SP para o Ministro Nunes Marques, ante a prevenção e/ou dependência com a ADPF 701/MG”* (eDOC 50).

Destaco que a referida petição foi juntada aos autos após este relator ter proferido decisão monocrática que indeferiu Pedido de Tutela Incidental (TPI) apresentado pelo próprio Procurador-Geral da República em 31.03.2021.

Além disso, a própria decisão monocrática que antecedeu o requerimento apresentado ordenada a inclusão do feito em mesa para julgamento na presente Sessão Ordinária do Plenário.

Não posso deixar de observar, Senhor Presidente, que a postura cambiante do *Parquet*, de ora requerer tutela de urgência a este relator, ora suscitar-lhe sua indevida distribuição, parece flertar, no mínimo, com o exercício de uma deslealdade processual. Ressalto que não me parece haver espaço para que um representante maior do Ministério Público Federal, na condição de fiscal da lei, ultrapasse os limites da sua função em sede de controle abstrato de constitucionalidade para aderir aos interesses do autor ao ponto de adotar estratégias processuais que, com todas as vênias, beiram a litigância de má-fé.

O requerimento, ao meu sentir, mostra-se ainda mais inoportuno tendo em vista que, como já mencionado, determinei a imediata remessa da decisão monocrática de minha lavra para referendo perante este colegiado maior.

ADPF 881-MC/DF

De toda sorte, Senhor Presidente, considerando tratar-se de uma questão cognoscível *ex officio*, proponho a formulação da questão de ordem, que passo a examinar.

Nos termos do art. 77-B do Regimento Interno deste Supremo Tribunal Federal, prescreve-se que *“na ação direta de inconstitucionalidade, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na ação declaratória de constitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental, aplica-se a regra de distribuição por prevenção **quando haja coincidência total ou parcial de objetos**”*.

Bem examinada a matéria, entendo que não há qualquer coincidência integral ou meramente parcial entre o objeto da presente demanda e aquele veiculado na ADPF 701, distribuído à relatoria do eminente Ministro Nunes Marques.

A ADPF 701, atualmente sob a relatoria do Ministro Nunes Marques, foi distribuída em **23.06.2020** ao Ministro Celso de Mello, por distribuição comum, conforme consta da Certidão de Distribuição (eDoc 9) nos autos daquela arguição.

A arguição com pedido de medida cautelar, proposta pela Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE, questiona o *“**Artigo 6º, do DECRETO N. 031, de 20 de março de 2020, do Município de João Monlevade/MG, que feriu o direito fundamental à liberdade religiosa e o princípio da laicidade estatal ao determinar a suspensão irrestrita das atividades na cidade, bem como em face dos DEMAIS DECRETOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS que têm imposto violações equivalentes em todo o país**”*. (grifei)

A presente ADPF 811, por outro lado, adstringe-se à impugnação do Decreto 65.563 do Estado de São Paulo, que somente foi publicado em 12 de março de 2021. Assim, embora a petição inicial da ADPF 701 formule um pedido aberto, não apontando todos os atos questionados, não me parece que possa aquela ADPF impugnar **todo e qualquer ato normativo futuro**. Caso contrário, estaríamos, possivelmente, diante uma interessante inovação em sede de controle prévio de constitucionalidade no Brasil.

Justamente porque sequer existia o ato normativo impugnado na presente ADPF 811, a instrução da ADPF 701 sequer albergou o ente político responsável pela edição da norma impugnada no presente feito.

ADPF 881-MC/DF

Em 02.02.2021, o agora relator da ADPF 701, Ministro Nunes Marques, com fundamento no art. 5º da Lei 9882/95, solicitou informações “aos Prefeitos Municipais de João Monlevade/MG, Macapá/AP, Serrinha/BA, Bebedouro/SP, Cajamar/SP, Rio Brilhante/MS e Armação dos Búzios/RJ, além dos Governadores dos Estados do Piauí e Roraima. Após, solicitou manifestação da AGU e da PGR (eDoc 13 da ADPF 701)”.

Recebidas as informações dos Municípios e Estados solicitados, bem como a manifestação da AGU pelo não conhecimento da arguição e, no mérito, pela procedência do pedido e estando os autos conclusos à PGR para parecer, o Ministro Nunes Marques deferiu, em 03 de abril de 2021, a medida liminar pleiteada, “inclusive para além dos participantes da presente demanda, dada a natureza unitária da tese jurídico-constitucional e da necessidade de uniformidade de tratamento do tema em todo o território nacional”. Deve-se destacar, portanto, o próprio Ministro Nunes Marques, ao decidir monocraticamente, reconheceu que sua decisão estava se estendendo para além do pedido inicial, abarcando Estados e Municípios que “não participam da demanda”.

Registre-se, ainda, que o autor da ADPF 701 não aditou a inicial para incluir o Decreto do Estado de São Paulo, objeto de impugnação nas ADPFs 810 e 811, providencia que não foi adotada por nenhum outro participante daquele processo.

Inexistindo qualquer impugnação ao Decreto n. 65.563 do Estado de São Paulo até o início de março deste ano, foi somente no dia 17 daquele mês que aportou nesta Suprema Corte a primeira impugnação ao ato normativo em sede de controle abstrato.

Em 17 de março de 2021, portanto, o Conselho Nacional de Pastores do Brasil ajuizou a ADPF 810, com pedido de medida cautelar, contra o art. 2º, inciso II, a, do Decreto n. 65.563 do Estado de São Paulo, publicado em 12 de março de 2021. Na inicial, o requerente suscitou a prevenção à ADPF 701 e pediu a distribuição ao Ministro Nunes Marques. No entanto, conforme certidão de distribuição de 18 de março de 2021, a Presidência desta Corte entendeu que seria o caso da livre distribuição, tendo o feito recebido a minha relatoria.

A presente ADPF 811, por sua vez, foi ajuizada em 19 de março de 2021, tendo como objeto – agora sim com coincidência integral – a mesma

ADPF 881-MC/DF

norma impugnada na ADPF 810, qual seja, o art. 2º, II, a, do Decreto nº 65.563, do Estado de São Paulo, de 12 de março de 2021.

Convém ressaltar que, também na inicial da presente ADPF 811, o partido autor requereu a distribuição por prevenção ao Ministro Nunes Marques, relator da ADPF 701. Todavia, a Presidência da Corte, igualmente, não verificando a prevenção suscitada, determinou a distribuição deste feito ao meu gabinete, já por prevenção a ADPF 810, tudo nos termos do mencionado art. 77-B do RISTF.

Assim, portanto, verifico que a preliminar suscitada pela PGR já havia sido trazida pelos autores das ADPFs 810 e 811, tendo a Presidência da Corte, nas duas oportunidades, entendido pela não ocorrência de prevenção em relação à ADPF 701, conforme certidões de distribuição dos autos.

Por esses fundamentos, considero que não prospera o desconsolado requerimento do *Parquet* para que a presente ação fosse redistribuída à relatoria do eminente Ministro Nunes Marques.

Feitas essas considerações, passo ao voto.

2. Conhecimento da ADPF e Conversão em Julgamento de Mérito

Entendo, nesse juízo preliminar, que a presente arguição atende aos requisitos para seu conhecimento. A arguição foi proposta por legitimado universal, partido político com representação no Congresso Nacional (art. 103, VIII, CF/88 c/c art. 2º, I, Lei n. 9.882/99). Indica-se preceito fundamental violado e, ademais, o requisito da subsidiariedade, desenvolvido pela jurisprudência desta Corte, encontra-se atendido, uma vez que inexistente outra ação de controle objetivo apta a fazer sanar a lesão apontada.

Assentado o conhecimento da ADPF, destaco que, inicialmente, em 26.03.2021, proferi despacho em que determinei a adoção do rito do art. 12 da Lei 9.868/99. Em cumprimento a esta determinação processual, foram juntados aos autos as informações do Estado de São Paulo (eDoc 41 e 109), a manifestação da Advocacia-Geral da União pela procedência da arguição (eDoc 18) e o parecer de mérito da Procuradoria-Geral da República pela procedência do pedido (eDoc 98).

Compreendo que, ante à apresentação dessas manifestações técnicas, a ação encontra-se devidamente instruída e madura para julgamento pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal. Assim, a despeito de ter sido apregoadado para julgamento nesta assentada o referendo de medida cautelar, proponho ao Plenário a conversão do referendun da medida liminar em julgamento de mérito, conforme precedentes desta Corte.

3. Mérito

3.1. Direito à liberdade religiosa: conteúdo e parâmetros de controle

A Constituição Federal de 1988 dispõe ser *“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”* (art. 5º, VI), ao mesmo tempo em que 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”* (art. 19, I, CF).

No presente caso, questiona-se se o conteúdo normativo dos preceitos fundamentais teria sido violado, ou desproporcionalmente restringido, 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 argumento da parte autora desafia uma compreensão técnica do âmbito da proteção constitucional do direito à liberdade religiosa (art. 5º, VI, da CF/1988).

A liberdade de crença e de culto, usualmente caracterizada apenas pela fórmula genérica *“liberdade religiosa”*, constitui uma das primeiras garantias individuais albergadas pelas declarações de direitos do Século XVIII que alcançaram a condição de direito humano e fundamental⁶.

No direito internacional, no período pós Segunda Guerra Mundial, e seguindo tradição iniciada com o Tratado de Paz de Vestfália, de 1648, a

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 337.

liberdade religiosa acabou prevista em diversos instrumentos firmados entre os países. Trata-se de consagração que representa importante conquista no âmbito dos direitos humanos⁷.

Nesse aspecto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, preceitua, em seu art. 18, que *“toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião”*, sendo que *“este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos”*.

Em sentido semelhante e de forma mais ampla, transcrevo o art. 12 da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, que já explicita, inclusive, o direito de pais e tutores a que seus filhos ou pupilos recebam educação religiosa, de acordo com suas próprias convicções. Dispõe, assim, que:

“1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.

2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.

3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.

4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e

⁷ MACHADO, Jónatas E.M. “A jurisprudência constitucional portuguesa diante das ameaças à liberdade religiosa”. In: Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXXXII, 2006, p. 67.

moral que esteja acorde com suas próprias convicções”. (art. 12)

A Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, é, por sua vez, mais sucinta, e prescreve apenas que *“a liberdade de consciência, a profissão e a prática livre da religião são garantidas. Sob reserva da ordem pública, ninguém pode ser objeto de medidas de constrangimento que visem restringir a manifestação dessas liberdades”* (art. 8º).

Não menos importante e apontada como uma das mais sofisticadas fontes de proteção ao direito à liberdade religiosa no direito internacional, o art. 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) prescreve que:

1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui liberdade para mudar a sua religião ou crença e liberdade, seja sozinho ou em comunidade com outros e em público ou privado, para manifestar a sua religião ou crença, no culto, no ensino, na prática e observância.

2. A liberdade de manifestar a sua religião ou crenças está sujeita apenas às limitações que são prescritos por lei e são necessários numa sociedade democrática no interesse da segurança pública, para a proteção da ordem pública, saúde ou moral, ou para a proteção dos direitos e liberdades dos outros.

Nesse ponto, ressalte-se que o alcance dos destinatários da liberdade religiosa, como anotam BODO PIEROTH e BERNHARD SCHLINK⁸, não é medido pela força numérica, nem pela importância social de determinada associação religiosa. A liberdade de credo deve ser assegurada de modo igual a todos, desde os membros de pequenas comunidades religiosas aos das grandes igrejas e de seitas exóticas ao círculo cultural.

⁸ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 244

Aqui é importante que se diga: a Constituição Federal de 1988 não alberga tão somente a proteção da fé cristã.

Na presente ADPF, a dimensão do direito à liberdade religiosa que reclama proteção jurídica afasta-se do núcleo de liberdade de consciência e mais tem a ver com a proteção constitucionalmente conferida à liberdade do exercício de cultos em coletividade.

Nesse aspecto, a doutrina estrangeira recorrentemente parte de uma interpretação do supracitado art. 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos para assentar uma sub-classificação das dimensões do direito fundamental à liberdade religiosa.

Reconhece-se a existência de uma dimensão interna (*forum internum*) e de uma dimensão externa (*forum externum*) deste direito. O “*forum internum*” consiste na liberdade espiritual íntima de formar a sua crença, a sua ideologia ou a sua consciência, enquanto que o “*forum externum*” diz respeito mais propriamente à liberdade de confissão e à liberdade de culto. Como destacado por LOTHAR MICHAEL & MARTIN MORLOK, nessa dimensão externa da liberdade religiosa, “*a proteção jurídico-constitucional da liberdade de culto não se limita à fé religiosa como pura ‘questão privada’, mas comprova-se precisamente quando a fé é vivida publicamente, encontrando por isso resistências sociais ou legais*”⁹.

Essa delimitação do núcleo de proteção invocado nesta ADPF como a **dimensão externa** do direito à liberdade religiosa deve ser feita de forma rigorosa. Isso porque a própria doutrina estrangeira pacificamente acolhe que os níveis de proteção das duas dimensões do direito em questão são distintos.

Como destacado pelo Professor MARK HILL QC, um dos mais renomados acadêmicos de Direito Constitucional da Religião no continente europeu, “*o aspecto interno do direito à liberdade de pensamento, consciência e religião - é um direito absoluto tal que não pode ser restringido, enquanto que o aspecto externo o direito a manifestar uma religião ou crença no culto, ensino, prática e observância, está sujeito às limitações expressas na parte 2 do próprio art. 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), que*

⁹ MICHAEL, Lothar e MORLOK, Martin. Direitos Fundamentais. São Paulo: IDP/Saraiva, 2016, pp. 194-195.

ADPF 881-MC/DF

*prescreve que a liberdade de manifestar a sua religião ou crenças está sujeita às limitações prescritas em lei*¹⁰.

Essa interpretação, por assim dizer, disjuntiva do direito fundamental à liberdade religiosa tem guiado os debates constitucionais recentes em torno das restrições impostas durante a pandemia do novo Coronavírus.

Em importante artigo sobre o tema, o professor PIOTR MAZURKIEWICZ avalia que “no contexto de uma pandemia, a questão da possibilidade de impor restrições ao exercício do direito à liberdade religiosa por parte do Estado torna-se particularmente importante”. De acordo com o acadêmico, no sentido técnico, “*não é o direito à liberdade religiosa que está sujeito a restrições, mas a forma como o direito é exercido. Por conseguinte, pode-se dizer que o direito à liberdade religiosa é absoluto na dimensão interna (forum internum) e limitado na forma de expressão externa (forum externum)*”¹¹.

Embora advinda da interpretação das fontes supranacionais dos Direitos Humanos, esse reconhecimento da dúplici dimensão do direito à liberdade religiosa é albergado no texto da Constituição Federal de 1988. Tanto as liberdades de consciência quanto as de religião e de exercício de culto foram reconhecidas pelo constituinte. Conquanto uma e outra se aproximem em vários aspectos, não se confundem entre si.

Sob a dimensão interna, a liberdade de consciência está prevista no art. 5º, VI, da Constituição, não se esgota no aspecto religioso, mas nele encontra expressão concreta de marcado relevo. Nesse sentido é referida também no inciso VIII do art. 5º da CF.

Por outro lado, na dimensão externa, o texto constitucional brasileiro alberga a liberdade de crença, de aderir a alguma religião, e a liberdade do exercício do culto respectivo. As liturgias e os locais de culto são protegidos nos termos da lei. 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. Os logradouros públicos não são, por natureza, locais de culto, mas a manifestação

¹⁰ HILL QC, Mark. Coronavirus and the Curtailment of Religious Liberty. *Laws*, v. 9, 4, 2020, pp. 3-4, disponível em: <https://doi.org/10.3390/laws9040027>.

¹¹ MAZURKIEWICZ, Piotr. Religious Freedom in the Time of the Pandemic. *Religions*, v. 12, 2, 2021, p 16.

religiosa pode ocorrer ali, protegida pelo direito de reunião, com as limitações respectivas.

Corroborando a tese de que há uma possibilidade de restrição relativa do direito à liberdade religiosa em sua dimensão externa (*forum externum*), é digno de destaque 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. Como já tive a oportunidade de esclarecer no âmbito doutrinário, 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*”¹².

Pois bem. Delimitado esse âmbito de proteção da liberdade religiosa, indaga-se: 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.

Por isso, entendo que não há como articular as restrições impostas pelo Decreto com o argumento de violação ao dever de laicidade estatal (art. 19, I, CF/88). Cumpre asseverar também que não comove a tentativa de imputar desproporcionalidade à medida, realizada às fls. 15 da petição inicial, vazada, por exemplo, nos seguintes termos: “49. Ora, se é possível limitar o número de pessoas que participam das atividades religiosas coletivas e, assim, inibir a transmissão do vírus sem esvaziar por completo o direito à liberdade religiosa, a proibição total não pode subsistir”.

Faz-se importante lembrar a lição de ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE quanto ao nascimento do Estado moderno, que para o emérito *Staatslehrer* revelaria uma **dupla emancipação**. Por um lado, é franqueado ao indivíduo a liberdade de crença; garantindo-se que sua

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 15ª Edição. São Paulo: IDP/Saraiva, 2020, p. 323.

relação com o Estado – seu vínculo de cidadania – não dependa da religião que professa. **Por outro lado, emancipa-se também o Estado em relação ao domínio religioso e às autoridades espirituais**¹³.

A fim de aprofundar a presente análise, considero oportuno contextualizar 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.

3.2. Restrições à liberdade de culto no contexto da pandemia mundial da COVID-19

Após a deflagração da pandemia mundial do novo Coronavírus pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 11 de março de 2020, diversos países passaram a adotar proibições ou restrições ao exercício de atividades religiosas coletivas. Com variações de intensidade e de horizonte temporal, essas medidas ora consistiam na proibição total da realização de cultos, ora na fixação de diretrizes intermediárias ao funcionamento das casas religiosas.

Ainda nos meses de março e abril de 2020, países como Austrália, Japão e Malásia foram os primeiros a impor proibições totais às atividades religiosas coletivas. Na Itália, o mais intenso *lockdown* decretado pelo Governo Nacional no primeiro semestre fez com que o Papa Francisco celebrasse as festividades da Páscoa de 2020 em uma praça de São Pedro esvaziada¹⁴.

Conquanto seja bastante difícil mapear todas as imposições idealizadas pelos Estados Nacionais, é possível afirmar que houve, no segundo trimestre do ano passado, um movimento mundial de restrições à liberdade de culto.

¹³ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “La naissance de l’État, processus de sécularisation”. In: *Le droit, l’État et La constitution démocratique: essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*. Paris: LGDJ, 2000, p. 116).

¹⁴ MAZURKIEWICZ, Piotr. Religious Freedom in the Time of the Pandemic. *Religions*, v. 12, 2, 2021, p 17.

O relatório *Human Dimension Commitments and State Responses to the Covid-19 Pandemic* elaborado pelo *Office for Democratic Institutions and Human Rights*¹⁵ apresentou um levantamento das medidas adotadas pelos países europeus durante a primeira onda da pandemia. Segundo este relatório, pelo menos 17 países europeus, dentre eles Dinamarca, Alemanha, Romênia, Reino Unido, Itália, França, Turquia, entre outros, impuseram suspensões totais aos cultos e missas realizados por meio de aglomerações públicas¹⁶.

Ainda que nesses primeiros meses as evidências científicas sobre as formas de circulação do vírus fossem ainda precárias, as restrições ao funcionamento das casas de cultos foram impulsionadas por eventos de super-contaminação identificados em diversas regiões do mundo¹⁷.

O caso mais marcante e dramático ocorreu na Coreia do Sul, em meados de fevereiro de 2020. O país tinha apenas 30 casos confirmados do novo Coronavírus, até que no dia 16 daquele mês, uma paciente contaminada participou de uma cerimônia religiosa com cerca de 1.000 (mil) pessoas em uma das sedes da Igreja de Jesus Schincheonji (SCJ) na cidade de Daegu¹⁸.

Nos dias seguintes, as autoridades sanitárias identificaram que o encontro realizado na igreja havia deflagrado um dos maiores surtos de comunicação da COVID-19 no mundo. O grupo religioso foi duramente perseguido e atacado, sobretudo após o Governo Central anunciar, em março de 2020, que a comunidade da Igreja de Jesus Schincheonji (SCJ) já era responsável por 62,8% dos casos do novo coronavírus na Coreia do Sul¹⁹.

¹⁵ Disponível em: https://www.osce.org/files/f/documents/e/c/457567_0.pdf

¹⁶ Idem.

¹⁷ A esse respeito, vide: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/04/05/por-que-cultos-religiosos-sao-ambientes-de-alto-risco-para-covid-19-na-visao-da-ciencia.ghtml>.

¹⁸ Ciarán Burke: *Fighting COVID-19 with Religious Discrimination: South Korea's Response to the Coronavirus Pandemic*, *VerfBlog*, 2020/5/29, <https://verfassungsblog.de/fighting-covid-19-with-religious-discrimination/>, DOI: 10.17176/20200529-133235-0.

¹⁹ Ciarán Burke: *Fighting COVID-19 with Religious Discrimination: South Korea's Response to the Coronavirus Pandemic*, *VerfBlog*, 2020/5/29, <https://verfassungsblog.de/fighting-covid-19-with-religious-discrimination/>, DOI: [10.17176/20200529-133235-0](https://doi.org/10.17176/20200529-133235-0).

Episódios similares ocorreram nos Estados Unidos ainda durante a chamada “Primeira Onda”. Em abril de 2020, um culto em Kentucky resultou em surto com três mortes e foi apontado como o responsável por espalhar o vírus por um raio de 320 km ao redor da igreja²⁰. No Arkansas, uma celebração religiosa com 92 fiéis terminou com 35 novos casos²¹. Já no Estado da Califórnia, estima-se que 70 novos casos reportados teriam sido decorrentes de um único encontro religioso²².

A partir desses incidentes, as autoridades nacionais e supranacionais buscaram fixar diretrizes mais claras sobre os riscos de contaminação em atividades religiosas coletivas.

Em 12 de maio de 2020, o *Centers for Disease Control and Prevention* (CDC), órgão central de controle da pandemia do novo Coronavírus nos Estados Unidos, realizou um estudo técnico de um caso de contaminação ocorrido no condado Skagit, em Washington, onde as autoridades locais informaram que 122 membros de uma comunidade religiosa que participaram de um ensaio de um coral em uma igreja haviam ficado doentes. O órgão classificou o evento como um caso de “supertransmissão”. Nas recomendações, a autoridade observou que “este surto de COVID-19 com uma alta taxa de ataque secundário indica que o SARS-CoV-2 pode ser altamente transmissível em certos ambientes, incluindo eventos de canto em grupo em igrejas”²³.

Em 4 junho de 2020, o Governo do Reino Unido decidiu unificar os protocolos a serem observados pelas casas de culto no país e expediu um relatório detalhado dos riscos de supertransmissão em atividades religiosas. O relatório *COVID-19: guidance for the safe use of places of worship during the pandemic*²⁴ fixou algumas atividades religiosas que seriam

²⁰ A esse respeito, cf. <https://www.courier-journal.com/story/news/2020/04/01/coronavirus-kentucky-church-revival-leads-28-cases-2-deaths/5108111002/>.

²¹A esse respeito, cf. <https://katv.com/news/local/arkansas-issues-new-covid-19-guidelines-for-churches-sees-rise-in-cases-in-congregations>

²² A esse respeito, cf. <https://www.theguardian.com/world/2020/apr/03/california-church-coronavirus-outbreak-sacramento>

²³ Disponível em: <https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/69/wr/mm6919e6.htm>

²⁴ Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/covid-19-guidance-for-the-safe-use-of-places-of-worship-during-the-pandemic-from-4-july/covid-19-guidance-for-the-safe-use-of-places-of-worship-from-2-december>

terminantemente proibidas durante a pandemia, como atividades comunitárias ou empresariais de culto realizadas por ministros ou pessoas leigas, grupos de estudos e atividades festivas não litúrgicas.

Embora permitisse a realização das atividades de culto coletivas com limites, a orientação fez recomendações práticas, incluindo tempos de entrada escalonados, múltiplas entradas, e um fluxo unidireccional de pessoas que entram e saem do edifício, bem como o fornecimento de sanificadores de mãos. Aconselhou-se ainda que os indivíduos deveriam ser impedidos de tocar ou beijar objetos de devoção e outros objetos que são tratados comunitariamente; que o canto e/ou instrumentos de tocar fossem evitados e que os líderes religiosos desencorajassem doações em dinheiro²⁵.

A imposição de proibições ou restrições tão graves aos cultos religiosos ainda nesse período em que o conhecimento técnico sobre o vírus era precário naturalmente deflagrou questionamento sobre a constitucionalidade das medidas perante as Cortes Constitucionais nacionais.

Na **França**, em 18 de maio de 2020, o Conselho de Estado decidiu que a proibição indefinida das celebrações litúrgicas introduzida pelo governo seria desproporcional e ilegal ("*disproportionnée*" and "*manifestement illegal*")²⁶. Em 7 novembro de 2020, no entanto, diante do agravamento da chamada "Segunda Onda", o Conselho de Estado foi novamente provocado a decidir sobre a matéria. Dessa vez, o *Conseil d'État* considerou que a proibição do culto só seria ilegal se fosse geral e completa ("*générale et absolue*") e que, pelo fato de a proibição total de cultos ter sido

²⁵ Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/covid-19-guidance-for-the-safe-use-of-places-of-worship-during-the-pandemic-from-4-july/covid-19-guidance-for-the-safe-use-of-places-of-worship-from-2-december>

²⁶ Conseil d'État—France. 2020a. Juge des référés, 07/11/2020, 445825, Inédit au Recueil Lebon. Disponível em: http://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000042532335?tab_selection=cetat&searchField=ALL&query=liberte+du+culte&page=1&init=true&dateDecision=07%2F11%2F2020 (accessed on 22 November 2020).

introduzida apenas para um período de tempo determinado, ela estaria em conformidade com a Constituição francesa²⁷.

Na **Alemanha**, em abril de 2020, nas vésperas das festividades da páscoa cristã, o Tribunal Constitucional Federal 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. A 2ª Câmara da Corte Constitucional Alemã rejeitou a reclamação constitucional e manteve hígida a proibição completa do funcionamento das igrejas, mesmo diante da relevância da festividade de páscoa.

Ao reputar constitucional a interdição a eventos religiosos coletivos, a Corte Constitucional alemã procedeu nitidamente a uma avaliação das prognoses adotadas pela administração do *Land* do Hesse.

Ao fazê-lo, 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. A passagem a seguir é ilustrativa:

“cc) (...) Na ordem contestada, o Tribunal Administrativo de Hesse aponta corretamente que, de acordo com a avaliação do Instituto Robert Koch, o objetivo nesta fase inicial da pandemia é retardar a propagação da doença viral altamente infecciosa, evitando ao máximo os contatos, a fim de evitar um colapso do sistema de saúde estatal com numerosas mortes. A interferência extremamente grave na liberdade de crença para

²⁷ Conseil d’État—France. Juge des référés, 18/05/2020, 440366, Inédit au Recueil Lebon. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000041897157>.

proteger a saúde e a vida também é justificável neste momento porque a portaria de 17 de março de 2020 e, portanto, a proibição de reuniões nas igrejas aqui em questão, é limitada no tempo até 19 de abril de 2020. Isto assegura que a portaria terá que ser atualizada à luz dos novos desenvolvimentos da pandemia de Corona. Neste contexto - como em qualquer outra atualização do Regulamento - deve ser realizado um teste rigoroso de proporcionalidade no que diz respeito à proibição de reuniões nas igrejas que seja relevante no presente processo e deve ser examinado se, em vista de novas descobertas, por exemplo, sobre as formas de propagação do vírus ou sobre o risco de sobrecarga do sistema de saúde, é justificável flexibilizar a proibição dos serviços religiosos sujeitos a - possivelmente rígidos - condições e, possivelmente, também numa base regional.”

(Original: Der Hessische Verwaltungsgerichtshof verweist in dem angegriffenen Beschluss zu Recht darauf, dass es nach der Bewertung des Robert-Koch-Instituts in dieser frühen Phase der Pandemie darum geht, die Ausbreitung der hoch infektiösen Viruserkrankung durch eine möglichst weitgehende Verhinderung von Kontakten zu verlangsamen, um ein Kollabieren des staatlichen Gesundheitssystems mit zahlreichen Todesfällen zu vermeiden. Der überaus schwerwiegende Eingriff in die Glaubensfreiheit zum Schutz von Gesundheit und Leben ist auch deshalb derzeit vertretbar, weil die Verordnung vom 17. März 2020 und damit auch das hier in Rede stehende Verbot von Zusammenkünften in Kirchen bis zum 19. April 2020 befristet ist. Damit ist sichergestellt, dass die Verordnung unter Berücksichtigung neuer Entwicklungen der Corona-Pandemie fortgeschrieben werden muss. Hierbei ist - wie auch bei jeder weiteren Fortschreibung der Verordnung - hinsichtlich des im vorliegenden Verfahren relevanten Verbots von Zusammenkünften in Kirchen eine strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen und zu

untersuchen, ob es angesichts neuer Erkenntnisse etwa zu den Verbreitungswegen des Virus oder zur Gefahr einer Überlastung des Gesundheitssystems verantwortet werden kann, das Verbot von Gottesdiensten unter – gegebenenfalls strengen – Auflagen

Outro caso bastante interessante e que dialoga com a excepcionalidade das festividades religiosas ocorreu no Reino Unido. No caso *R (on the application of Hussain) v Secretary of State for Health* (EWHC 1392, 2020)²⁸, um cidadão islâmico sustentou perante a Corte que as restrições impostas pelo Governo Britânico estariam constringendo a sua liberdade religiosa, uma vez que as medidas impediam uma tradicional oração coletiva de sexta-feira à tarde na Mesquita de Barkerend Road, a oração conhecida como Jumu'ah.

O reclamante sustentava que essas medidas faziam-se sentir ainda mais gravosos porque elas estavam vigentes durante o período do Ramadã. A reclamação foi apreciada pelo Tribunal britânico sob a condição de uma medida liminar para permitir que o requerente pudesse comparecer ao templo ainda durante esse período.

O Mr. Justice Swift rejeitou o pedido apresentado. Considerou que a interferência no direito à liberdade religiosa ventilado era justificada na medida em que, embora fosse significativa, “ela só inibia um aspecto da observância religiosa do reclamante”. Além disso, de acordo com o Justice “embora a restrição estivesse ocorrendo durante o período do Ramadã, a pandemia apresentava “circunstâncias verdadeiramente excepcionais”, tais que a interferência seria justificada por motivos de saúde pública”²⁹.

Por fim, ainda a título de considerações do Direito Comparado, é oportuno o argumento trazido pela parte Autora de que a Suprema Corte dos **Estados Unidos** teria decidido no recente caso *Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Cuomo* (eDOC 5) pela inconstitucionalidade de restrições aos cultos em ambientes fechados. Referida decisão, tomada pela

²⁸ Disponível em: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/06/Transcript-of-Judgment-CO-1846-2020-Hussain-v-SS-for-Health-Social-Care.pdf>.

²⁹ Disponível em: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/06/Transcript-of-Judgment-CO-1846-2020-Hussain-v-SS-for-Health-Social-Care.pdf>.

Suprema Corte em 25.11.2020, apresenta contornos fáticos, sem dúvidas, muito distantes daqueles verificados na presente demanda.

Naquele caso, o que se discutia era a juridicidade de restrições impostas pelo Estado de Nova Iorque que variavam conforme o nível de contágio em distintas regiões do estado. Havia, portanto, uma gama de restrições que era cambiante. Nas chamadas “*Zonas Vermelhas*”, onde o risco de coronavírus era mais alto, determinou-se que não mais do que 10 pessoas podem frequentar os serviços religiosos. Já nas chamadas “*zonas laranjas*” um pouco menos perigosas, que também eram fluidas, a frequência era limitada a 25 pessoas (eDOC 5).

Esse arranjo dava azo a alegações de discriminação e de não neutralidade da política pública em relação às casas de culto. Na ação, as partes autoras traziam de forma muito clara esses argumentos. A Diocese de Nova Iorque, por exemplo, defendia que “porque o regulamento de Nova Iorque distinguia as casas de culto pelo nome, não poderia ele ser neutro no que diz respeito à prática da religião” (“*because New York’s regulation singles out houses of worship by name, it cannot be neutral with respect to the practice of religion*”).

No mesmo sentido, duas Sinagogas e uma Organização Judaica Ortodoxa que também faziam parte do processo, chegavam a defender que as restrições “tratavam as casas de culto de forma muito mais severa do que instalações seculares comparáveis” (“*both the Diocese and Agudath Israel maintain that the regulations treat houses of worship much more harshly than comparable secular facilities*”) (eDOC 5).

Daí porque, no caso, a Suprema Corte utilizou o argumento de que, pelo fato de as restrições contestadas não serem “neutras” e não terem “aplicabilidade geral” (“*general applicability*”), elas deveriam satisfazer um “escrutínio rigoroso” (“*strict scrutiny*”), o que significa que elas deveriam ser “estritamente adaptadas” (“*narrowly tailored*”) para servir um estado de interesses “convincentes” (“*compelling state interest*”).

Além disso, é oportuno ressaltar que a referida decisão, bem como o recente julgado *South Bay United Pentecostal Church, et al., v. Gavin Newsom, Governor of California, et al.* sobre a mesma temática, atraíram intensas críticas nos Estados Unidos pelo fato de representarem posições opostas

àquelas que foram adotadas pela mesma Suprema Corte ainda no ano de 2020 em relação aos estados da Califórnia e de Nevada.

Embora esse precedente pudesse ser compreendido como favorável a tese autoral, a hermenêutica constitucional contemporânea confirma que a avaliação da dimensão fática não é uma instância heterogênea à normatividade, mas etapa necessária no processo de concretização da Constituição. Como ensina Friedrich Müller: “no direito constitucional evidencia-se com especial nitidez que uma norma jurídica não é um ‘juízo hipotético’ isolável diante do seu âmbito de regulamentação”. A prescrição jurídica é integrada pelo programa da norma e pelo âmbito da norma, este último, não se confundindo com os fatos, traduz um recorte da realidade social cujo nexos com os fatos passam pela atividade de estruturação que é a normatividade³⁰.

Isso nos ajuda a perceber o porquê de os precedentes da Suprema Corte norte-americana não serem passíveis de transposição mecanicista para o presente caso. A modificação do posicionamento da Suprema Corte no caso *South Bay*, de 2020 para 2021, não é inteiramente dissociado da modificação das circunstâncias fáticas subjacentes às restrições lançadas pelo governo da Califórnia.

Na primeira manifestação da Corte, em maio de 2020, os EUA enfrentavam situação mais alarmante: curva de contágio em elevada inclinação, ausência de vacina, absoluta ausência de coordenação no combate à pandemia, por clara opção política do então ocupante do Poder Executivo nacional, um campeão do negacionismo dentre outros elementos fáticos adversos. Na segunda manifestação, de fevereiro de 2021, tem-se quadro bem mais alvissareiro: declínio da curva de contágio, do número de mortes, vacinação em massa, adequadamente conduzida pelo novo Presidente da República. É claro que, no segundo cenário, uma medida tão drástica como o fechamento de templos religiosos requer justificção bem mais elevada, o que a torna muito mais vulnerável a argumentos que exploram incoerências.

Feitas essas considerações acerca do Direito Comparado, entendo que não há como examinar a constitucionalidade dessa restrição veiculada

³⁰ MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. 3ª Ed. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 42-43.

na norma impugnada nesta ADPF, senão utilizando as balizas fixadas por este Supremo Tribunal Federal para adoção de medidas sanitárias de combate à pandemia da COVID-19.

A fim de realizar esse exame, as duas próximas seções do presente voto irão analisar 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.

3.3. Constitucionalidade formal: competência dos estados e municípios para adoção de medidas temporárias de restrição ao exercício de atividades religiosas para enfrentamento da pandemia do novo Coronavírus

Sob o prisma da constitucionalidade formal, cumpre mais uma vez enfrentar a alegação de que o exercício da competência material comum da União, dos Estados e dos Municípios para adotar medidas de saúde (arts. 23, inciso II e art. 30, inciso VII) não autorizaria a edição da norma impugnada.

Já nos primeiros meses do surto endêmico, este Supremo Tribunal Federal proferiu importantes decisões sobre o tema. Em abril de 2020, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341, de relatoria do eminente **Ministro Marco Aurélio**, redator para acórdão **Ministro Edson Fachin**, 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**.

Assim o fez o STF levando em consideração pretensões do governo federal de obstar os Estados e Municípios de adotarem uma das poucas medidas que por comprovação científica revela-se capaz de promover o achatamento da curva de contágio do Coronavírus, qual seja o *lockdown* – talvez a única disponível num contexto de falta de vacinas.

A pretendida obstrução em desfavor dos entes subnacionais seria realizada mediante uma concentração, na figura do Presidente da República, da definição de atividade essencial. Contra ela, o Supremo

Tribunal Federal reafirmou o dever que todos os entes políticos têm na promoção da saúde pública e, coerente ao federalismo cooperativo adotado na Constituição de 1988, assentou a competência dos Estados e dos Municípios, ao lado da União, para adotarem medidas sanitárias direcionadas a enfrentar a pandemia:

REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA.

1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. 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. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações.

2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar.

3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. **É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais.** O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.

4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles. 5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços.

6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde.

7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde.

8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais. (ADI 6341-MC-Ref, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 15.4.2020, DJe 271, de 12.11.2020).

Destaca-se que o art. 3º da Lei 13.979/2020, impugnada naquela ADI, previa como possíveis alternativas a serem adotadas pelas autoridades, no âmbito de suas competências, as medidas de isolamento (inciso I) e de quarentena (inciso II). Percebo, por isso, que a edição da norma impugnada na presente ADPF deu-se em consonância com o quanto decidido na ADI 6341 – MC, e o fato de sua veiculação ter se dado pela forma jurídica do Decreto não muda tal conclusão.

Ademais, ainda com o objetivo de preservar a integridade da jurisprudência deste STF, destaca-se que há decisões monocráticas dos ministros deste STF que reconheceram que as restrições de realização de cultos, missas e outras atividades religiosas coletivas determinadas podem ser determinadas por decretos municipais e estaduais e podem se mostrar medidas adequadas, necessárias e proporcionais para o enfrentamento da emergência de saúde pública.

Em 23.03.2021, o eminente Presidente do STF **Ministro Luiz Fux** deferiu medida cautelar nos autos do Mandado de Segurança 5.476/PE, para suspender decisões liminares proferidas pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco que suspendiam a eficácia do Decreto Estadual nº 50.433, de 15/03/2021, expedido pelo Governador do Estado de Pernambuco. Destaca-se que, nesse caso, as decisões impugnadas fundamentaram-se essencialmente no entendimento de que a restrição ao funcionamento de templos religiosos seria abusiva e inconstitucional.

Em face desse argumento, o Ministro Presidente decidiu que as restrições não se mostravam irrazoável, uma vez que restringiam *“a realização de atividades religiosas no grau estritamente necessário ao*

enfrentamento da pandemia da Covid-19 e de modo temporário (entre os dias 18 e 28 de março), prevendo, ademais, meios alternativos de realização de cultos e missas (meio telepresencial)” (Suspensão de Segurança 5476-MC, Rel. Min. Presidente Luiz Fux, Julgado em 22.03.2021, DJe 23.03.2021).

Nessa mesma linha, em 06.04.2020, a **Ministra Rosa Weber** julgou improcedente reclamação ajuizada pela Igreja Evangélica Assembleia de Deus de Mato Grosso em face de decisão que, em sede de mandado de segurança, reconhecia a validade do Decreto Estadual nº 432, o qual, em seu art. 3º, inciso XI, proibiu as igrejas de realizarem cultos, missas e qualquer liturgia religiosa.

Ao apreciar a questão sob o ângulo dos parâmetros definidos na ADI 6341, a relatora considerou não haver estrita aderência com a decisão atacada, naquilo que *“realizou cotejo entre o Decreto Estadual e o Federal para concluir que o Estado, por deter competência suplementar, não teria exorbitado seus poderes ao estatuir norma mais rígida do que aquela emanada pela União”* (Reclamação 39.884, Rel. Min. Rosa Weber, Julgado em 06.04.2020, DJe 17.04.2020).

3.4. Constitucionalidade material: controle judicial das medidas de restrição adotadas, teste de proporcionalidade e revisão de fatos e prognoses legislativos

No caso em tela, as principais teses autorais de desconformidade do Decreto impugnado situam-se no campo da inconstitucionalidade material. Nesse sentido, o Autor sustenta que o referido ato normativo *“estabeleceu 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”* (eDOC 1, fls. 1-2).

Uma ordem constitucional que tutela uma pluralidade de bens jurídicos não pode conviver com pretensões deduzidas cujo efeito prático de eventual acolhimento seja o de tornar absoluto certa situação jurídica (alegadamente apresentada como representativa de um direito fundamental).

A propensão dos direitos fundamentais à colisão dá-se em inescapável contexto de multiplicidade normativa *vis-à-vis* o princípio da **unidade da Constituição**, que na espécie requer harmonização (concordância prática), por não se admitir que a incidência de uma norma constitucional anule a normatividade de outra de igual hierarquia³¹.

No contexto de uma pandemia das dimensões como a que a ora vivenciamos, as controvérsias sobre os limites da juridicidade de restrições ao exercício de direitos fundamentais tornam-se tônicas dos debates constitucionais. As medidas de distanciamento social, a restrição à locomoção e a proibição de reuniões públicas recorrentemente suscitam o questionamento sobre a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais em jogo.

A principal pergunta que se coloca é, afinal, em que medida o valor normativo atribuído ao direito fundamental à vida e à saúde, cuja proteção historicamente é invocada para justificar restrições desse nível, pode acomodar limitações, por vezes, tão drásticas às liberdades individuais e coletivas. Aqui, temos o claro agravamento de uma problemática ínsita à solução dos conflitos entre direitos fundamentais: a incomensurabilidade das posições em questão.

Se, por um lado, essa ordem de ideias obsta que se confira peso máximo ao direito à liberdade religiosa, de modo a justificar a criação de espaços imunes às regras de restrição de circulação de pessoas voltadas ao combate da pandemia; por outro lado, ainda não explica se e até que ponto o poder público pode lançar mão de medidas restritivas à guisa de cumprir o dever inscrito no art. 196, CF/88, a tutela da saúde.

Dito de outra forma, 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

³¹ EHMKE, Horst. "Prinzipien der Verfassungsinterpretation". In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Vol. 20. Berlin: Walter de Gruyter, 1963, p. 77; HESSE, Konrad. Escritos de derecho constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 47

ponderação com outros bens constitucionais³². Também por isso, o controle judicial das restrições veiculadas por medidas de proteção à saúde deve observar parâmetros racionalmente sustentáveis, próprios à representação argumentativa³³.

Na busca por demarcar tais parâmetros, é premente partir do pressuposto de que os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*); veiculam também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Consectariamente, e utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*)³⁴.

Assim, na dogmática alemã é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). 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**

³² WHITTINGTON, Keith E. "Extrajudicial Constitutional Interpretation: three objections and responses". In: North Carolina Law Review. Vol. 80, n. 3. 2002, PP. 773-852.

³³ ALEXY, Robert. "Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional". Trad. Luís Afonso Heck. In: Revista Direito Administrativo. Vol. 217. Rio de Janeiro, FGV, jul./set. 1999, pp. 55-66).

³⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. "Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts". In: JuS, 1989, p. 161 (163).

estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção³⁵.

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, a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão desenvolveu metodologia, consolidada no famoso caso *Mitbestimmungsgesetz* (1978 *BVerfGE* 50, 290), que revela graus de intensidade no controle de constitucionalidade das leis, considerando a avaliação das prognoses legislativas³⁶.

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. Esse terceiro nível de controle foi explicitado pela Corte Constitucional alemã na célebre decisão *Apothekenurteil* (*BVerfGE* 7, 377, 1958), em que se discutiu o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de profissão.

Situando esses parâmetros doutrinários na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, percebo que as decisões desta Corte relativas

³⁵ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003, p. 798 e segs.; CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Coimbra: Almedina, 2003

³⁶ (PHILIPPI, Klaus Jürgen. Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts. Colônia, 1971, p. 2 e ss.; OSSENBÜHL, Fritz. "Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognosenentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht". In: STARCK, Christian (Org.). Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, v. I, p. 461)

ao controle de restrições a direitos fundamentais impostos para a proteção da saúde, de modo mais ou menos expresso, a depender da situação, tem adotado perspectiva conforme à metodologia acima exposta.

A propósito, no juízo a respeito de se saber se a medida sanitária é adequada, necessária e proporcional, possui especial significado para a jurisprudência deste Tribunal a posição que a Organização Mundial da Saúde (OMS) tem a respeito do assunto. Foi assim quando do julgamento da constitucionalidade da Lei n. 9.055/1995, que autorizava a exploração do amianto crisotila. Transcrevo, da ementa do acórdão competentemente lavrado pela Senhora Ministra Rosa Weber, o seguinte trecho:

3. Posição oficial da Organização Mundial da Saúde – OMS no sentido de que: (a) todos os tipos de amianto causam câncer no ser humano, não tendo sido identificado limite algum para o risco carcinogênico do crisotila; (b) o aumento do risco de desenvolvimento de câncer tem sido observado mesmo em populações submetidas a níveis muito baixos de exposição; (c) o meio mais eficiente de eliminar as doenças relacionadas ao mineral é eliminar o uso de todos os tipos de asbesto. (...)

5. Limites da cognição jurisdicional. Residem fora da alçada do Supremo Tribunal Federal os juízos de natureza técnico-científica sobre questões de fato, acessíveis pela investigação técnica e científica, como a nocividade ou o nível de nocividade da exposição ao amianto crisotila e a viabilidade da sua exploração econômica segura. A tarefa da Corte – de caráter normativo – há de se fazer inescapavelmente embasada nas conclusões da comunidade científica – de natureza descritiva. Questão jurídica a decidir: se, em face do que afirma o consenso médico e científico atual, a exploração do amianto crisotila, na forma como autorizada pela Lei nº 9.055/1995, é compatível com a escolha política, efetuada pelo Poder Constituinte, de assegurar, a todos os brasileiros, os direitos à saúde e à fruição de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. (...)

13. À luz do conhecimento científico acumulado sobre a extensão dos efeitos nocivos do amianto para a saúde e o meio ambiente e à evidência da ineficácia das medidas de controle nela contempladas, a tolerância ao uso do amianto crisotila, tal como positivada no art. 2º da Lei nº 9.055/1995, não protege adequada e suficientemente os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado (arts. 6º, 7º, XXII, 196, e 225 da CF), tampouco se alinha aos compromissos internacionais de caráter supralegal assumidos pelo Brasil e que moldaram o conteúdo desses direitos, especialmente as Convenções nºs 139 e 162 da OIT e a Convenção de Basileia. Juízo de procedência da ação no voto da Relatora. (ADI 4066, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 24.08.2017).

Se na ADI 4.066, acima transcrita, a desconformidade com as diretrizes de organismos internacionais foi levada em conta para se pronunciar a inconstitucionalidade, casos houve em que a norma objeto de impugnação se portava dentro dos parâmetros propostos pela Organização Mundial da Saúde:

Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito Constitucional e Ambiental. Acórdão do tribunal de origem que, além de impor normativa alienígena, desprezou norma técnica mundialmente aceita. Conteúdo jurídico do princípio da precaução. Ausência, por ora, de fundamentos fáticos ou jurídicos a obrigar as concessionárias de energia elétrica a reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica abaixo do patamar legal. Presunção de constitucionalidade não elidida. Recurso provido. Ações civis públicas julgadas improcedentes. 1. O assunto corresponde ao Tema n. 479 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet e trata, à luz dos arts. 5º, caput e inciso II, e 225, da Constituição Federal,

da possibilidade, ou não, de se impor a concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, por observância ao princípio da precaução, a obrigação de reduzir o campo eletromagnético de suas linhas de transmissão, de acordo com padrões internacionais de segurança, em face de eventuais efeitos nocivos à saúde da população. (...) 4. Por ora, não existem fundamentos fáticos ou jurídicos a obrigar as concessionárias de energia elétrica a reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica abaixo do patamar legal fixado. 5. Por força da repercussão geral, é fixada a seguinte tese: no atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde, conforme estabelece a Lei nº 11.934/2009. 6. Recurso extraordinário provido para o fim de julgar improcedentes ambas as ações civis públicas, sem a fixação de verbas de sucumbência. (RE 627189, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 08.06.2016, DJ 66, de 3.4.2017).

Penso que esse cenário jurisprudencial foi exposto de modo muito lúcido pelo **Ministro Luís Roberto Barroso**, na ADI 6421, pela qual a Corte discutiu quais seriam os parâmetros para a responsabilização civil e administrativa dos gestores públicos pela adoção das medidas de combate à pandemia, por oportunidade da edição da Medida Provisória 966/2020.

Naquela assentada, o Tribunal decidiu, de forma clara que as *“decisões administrativas relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente devem observar standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas”*.

E mais do que assentar a necessária observância desses critérios científicos, a Corte seguiu a proposta de tese fixada pelo eminente relator Ministro Roberto Barroso para assentar *“a observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem*

ADPF 881-MC/DF

corresponsáveis por eventuais violações a direitos” Como ressaltado pelo eminente relator, esses princípios impõem que sejam *a priori* evitadas “*medidas ou protocolos a respeito dos quais haja dúvida sobre impactos adversos a tais bens jurídicos*”. Destaco, pela exatidão, trecho do voto do Eminentíssimo Relator:

“De acordo com a jurisprudência consolidada nesta Corte, tais questões – assim como aquelas atreladas ao meio ambiente – devem observar standards técnicos e evidências científicas sobre a matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas. Ainda de acordo com o entendimento do STF, a Organização Mundial de Saúde é uma autoridade abalizada para dispor sobre tais standards. (fl. 20)” (ADI 6421-MC, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 21.5.2020, DJe 270, de 11.11.2020).

Penso que esses cânones revelados pela jurisprudência deste Tribunal ilustram a inviabilidade da tese autoral.

Como já discutido no presente voto, 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.**

Nesse sentido, em importante artigo acadêmico publicado na *Duke Law Review*, Caroline Mala Corbin apresenta uma análise profunda das principais decisões dos Tribunais norte-americanos sobre a abrangência dos serviços essenciais durante a pandemia da COVID-19, indicando que: “*Para a maior parte dos Tribunais, a ciência agora sugere que os cultos e atividades de adoração apresen A essa sutil forma de erodir a normatividade constitucional deve mostrar-se cada vez mais atento este Supremo Tribunal Federal. Tanto o mais se o abuso do direito de ação vier sob vestes farisaicas: tomando o nome de Deus*

ADPF 881-MC/DF

para se sustentar um direito à morte.tam grau superior de risco à contaminação, grau esse que não é comparável ao de outras atividades de comércio”³⁷.

Essa noção geral sobre o elevado risco de contaminação das atividades religiosas coletivas presenciais foi complementado por um exame de fatos e prognoses subjacente à edição do Decreto Estadual de São Paulo.

Sobre esse ponto, observa-se que a norma impugnada, em seus considerandos, busca justificar que as medidas impostas foram resultantes de análises técnicas relativas ao risco ambiental de contágio pela COVID-19 conforme o setor econômico e social, bem como de acordo com a necessidade de preservar a capacidade de atendimento da rede de serviço de saúde pública.

A esse respeito, destaca-se que, na data de ontem, 06.04.2021, a Procuradoria do Estado de São Paulo juntou aos autos da presente ADPF, o inteiro teor da Nota Técnica do Centro de Contingência do Coronavírus de São Paulo que serviu de fundamento técnico à edição do Decreto 65.563, de 11 de março de 2021. Nessa Nota Técnica, assinada pelo Coordenador do Centro de Contingência Paulo Menezes, consignou-se que:

Na data de 10 de março de 2021, a curva de contágio pelo Coronavírus tem apresentado uma grande aceleração não só no Estado de São Paulo, mas em todo o país. Neste momento, se nota de forma homogênea em todas as áreas do Estado um intenso espraiamento do Coronavírus, resultando em incremento progressivo de pacientes internados, especialmente nos leitos de unidades de terapia intensiva, elevando rapidamente a taxa de ocupação desses leitos no Estado de São Paulo para o alarmante nível de 86%. Com este rápido e preocupante avanço, este Centro sugere que se adotem medidas ainda mais restritivas que as atuais, ao menos durante os próximos 15 dias, de forma a assegurar que haja menos circulação de pessoas em todo o Estado, interrompendo de forma significativa a cadeia de

³⁷ CORBIN, Caroline Mala. Religious Liberty in a Pandemic. Duke Law Journal, 2020, v. 7, 1 p. 19

transmissão do Sars-Cov-2. Isso porque os dados e estimativas atuais demonstram um potencial risco de colapso da capacidade instalada no sistema de saúde.

Importante destacar que este Centro vem acompanhando atentamente o aumento da oferta de leitos tanto pelos entes públicos quanto privados no Estado, mas a alta velocidade que se tem observado no contágio pelo Coronavírus torna imprescindível a adoção de medidas ainda mais rígidas do que aquelas previstas na já existente fase 1 (vermelha) do Plano São Paulo (eDOC 112).

Reputo oportuno destacar que a própria Nota Técnica sugere, dentre as medidas de enfrentamento da curva crescente de novos casos a proibição irrestrita da realização de *“atividades coletivas, como eventos esportivos, atividades religiosas e, ainda, reunião, concentração ou permanência de pessoas em espaços públicos como praias, praças, parques”* (eDOC 112).

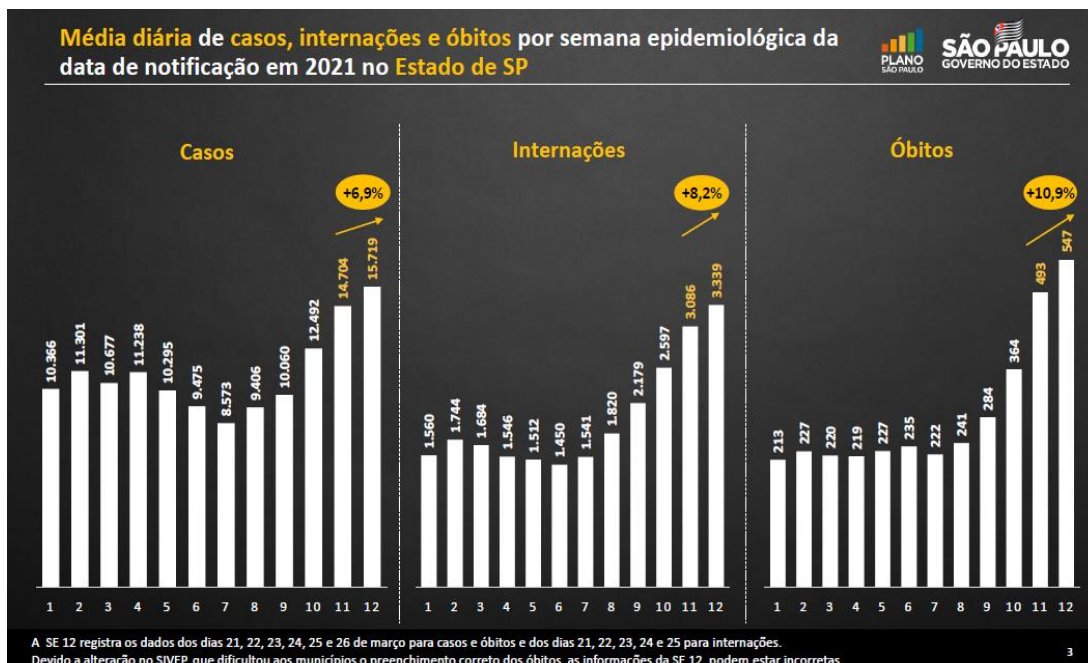
Essa recomendação de proibição ampla de diversas atividades coletivas foi diretamente refletida na edição da norma impugnada. Verifica-se que, nos termos do art. 2º, o Decreto Estadual 65.563/2021, vedou não só as atividades religiosas coletivas (inciso II), mas também outras atividades econômicas altamente essenciais, tais como o *“atendimento presencial ao público, inclusive mediante retirada ou “pegue e leve”, em bares, restaurantes, “shopping centers”, galerias e estabelecimentos congêneres e comércio varejista de materiais de construção, permitidos tão somente os serviços de entrega (“delivery”) e “drive-thru”* (inciso I) e ainda *“reunião, concentração ou permanência de pessoas nos espaços públicos, em especial, nas praias e parques”* (inciso II).

As razões para a imposição dessas proibições foram corroboradas em nova Nota Técnica do Centro de Contingência do Coronavírus juntadas aos autos na data de ontem. Nesta nova manifestação, explica-se que, diante do quadro de duro agravamento das infecções no Estado, *“todas as atividades presenciais coletivas devem ser desestimuladas, para conter a disseminação do vírus e proteger a saúde pública”*.

Ainda de acordo com o Centro de Contingência “*toda e qualquer atividade que proporcione, em alguma medida, a reunião de pessoas por médio e longo período de tempo, contribui para a propagação do vírus e, conseqüentemente, para a elevação do número de pessoas contaminadas. Por essa razão, este Centro vem recomendando que sejam suspensas todas as atividades coletivas realizadas de modo presencial, em quaisquer ambientes e espaços públicos, tais como praias, parques, praças, igrejas, estádios etc.*” (eDOC 111).

Das informações prestadas pelo Governo do Estado de São Paulo, é possível depreender um verdadeiro quadro de calamidade pública no sistema de saúde, sem precedentes na história brasileira. Conforme indicadores apresentados pela Secretaria de Saúde, somente entre a décima primeira e a décima segunda semana do ano de 2021, houve um aumento de 6,9% do número de casos confirmados no Estado; um acréscimo de 8,2% das internações nas redes públicas e privada e, ainda, o assustador aumento de 10,9% do número de mortos. Colaciona-se abaixo as séries históricas apresentadas.

Média diária de casos, internações e óbitos por semana epidemiológica da data de notificação em 2021 no Estado de SP



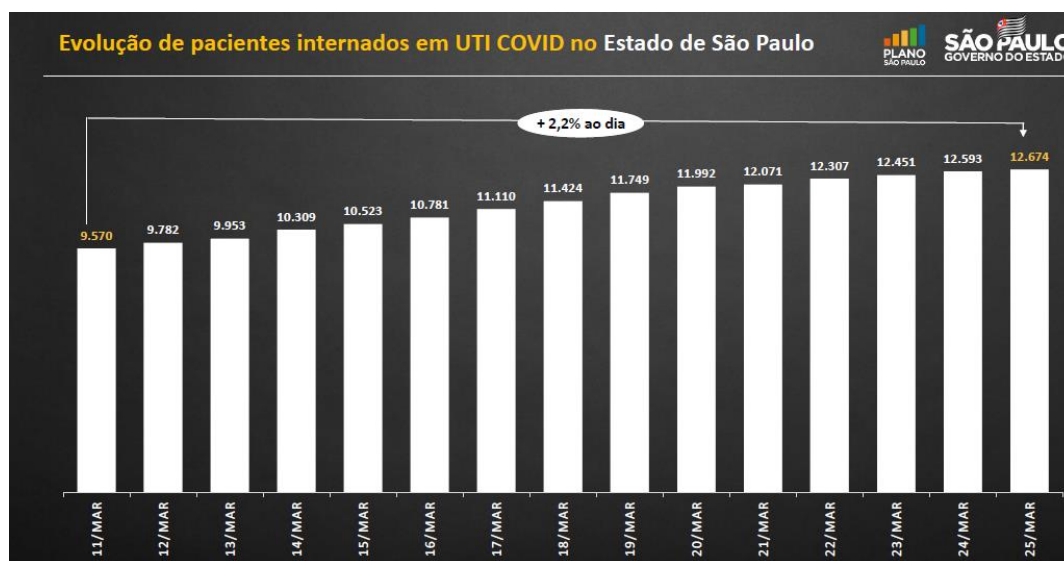
Fonte: eDOC 112

Enquanto em 11.03.2021, o Estado de São Paulo atingia a marca histórica de 2.233 (duas mil duzentos e trinta e três) mortes somente naquele dia, no dia 01.04.2021, o estado bateu o recorde de 3.769 (três mil setecentas e sessenta e nove) mortes diárias pelo novo Coronavírus. (Fonte: JHU CSSE COVID-19 Data / JHU CSSE COVID-19 Data).

Além da escalada do número de mortes, o Estado vive um verdadeiro colapso no sistema de saúde. De acordo com o último balanço da Secretaria Estadual da Saúde, divulgado na quarta-feira (31), havia 31.175 internados, sendo 12.961 pacientes em leitos de UTI e 18.214 em enfermaria. As taxas de ocupação dos leitos de UTI são de 91,6% tanto no estado quanto na Grande São Paulo (eDOC 113).

De acordo com o censo apresentado pela Secretaria de Estado, apenas entre 11 de março de 2021 e 25 de março de 2021, houve um aumento de 2,2% ao dia do número de pacientes internados em UTI por Covid. Abaixo reproduz-se a série histórica apresentada:

Evolução de pacientes internados em UTI COVID no Estado de São Paulo



Fonte: eDOC 112

Diante da eloquência dos fatos e da gravidade da situação, migra para o domínio do surreal a narrativa de que a interdição temporária de eventos coletivos em templos religiosos teria algum motivo “anti-cristão”.

É a gravidade dos fatos também que nos permite ver o quão necessário é desconfiarmos de uma espécie de “bom-mocismo” constitucional muito presente em intervenções judiciais aparentemente intencionadas em fazer “o bem”.

Vale, aqui, o alerta de Frederick Schauer: a Constituição não existe apenas para nos proteger de ilícitos cometidos pelos maus agentes públicos; serve também, a Constituição, para impedir que bons agentes públicos façam coisas que são até boas e desejáveis no curto prazo, mas que depõem contra o interesse público no longo prazo³⁸.

4. Conclusão e Dispositivo

Ante o exposto, **julgo improcedente** a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Ministro Gilmar Mendes

Relator

³⁸ SCHAUER, Frederick. *The Force of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, pp. 91-92

ADITAMENTO AO VOTO

Antes de encerrar, gostaria de aproveitar essa oportunidade, Senhor Presidente, para prestar uma homenagem a todos os profissionais jornalistas pelo seu dia 7 de abril.

Esses profissionais, que exercem função essencial à democracia, têm atuado como os principais fiduciários e divulgadoras das informações estratégicas de combate à pandemia do novo Coronavírus.

É o jornalismo livre, independente e plural que ainda nos permite exercer a nossa cidadania e realizar uma verdadeira accountability da atuação dos gestores públicos neste momento.

Em homenagem a todos esses profissionais, finalizo com as palavras de Gabriel García Márquez:

Porque o jornalismo é uma paixão insaciável que só se pode digerir e humanizar mediante a confrontação descarnada com a realidade. Quem não sofreu essa servidão que se alimenta dos imprevistos da vida, não pode imaginá-la. Quem não viveu a palpitação sobrenatural da notícia, o orgasmo do furo, a demolição moral do fracasso, não pode sequer conceber o que são. Ninguém que não tenha nascido para isso e esteja disposto a viver só para isso poderia persistir numa profissão tão incompreensível e voraz, cuja obra termina depois de cada notícia, como se fora para sempre, mas que não concede um instante de paz enquanto não torna a começar com mais ardor do que nunca no minuto seguinte.