



Direitos fundamentais em tempos de pandemia III

Image not found or type unknown

Limitar direitos fundamentais, já dizia Hesse, é “coordenar mutuamente as condições de vida garantidas pelos direitos de liberdade”, tarefa que a Constituição esquematiza em grandes linhas, apostando basicamente na produção de concordância prática, uma coordenação proporcional que, ao fim e ao cabo, não prescinde da arte da dogmática relativa aos limites e restrições.

No momento em que as condições de vida estão sendo duramente postas à prova, e, com isso, também a capacidade de o Direito, em especial dos direitos fundamentais, de reagir de modo ao mesmo tempo eficaz e constitucionalmente consistente, às diversas, complexas e urgentes demandas que gravitam em torno da contenção e combate à pandemia, também o direito fundamental à liberdade religiosa se torna, assim como outros direitos, mais vulnerável a restrições, legitimadas, à partida, pela causa da saúde pública.

Aliás, calha recordar que mesmo em tempos “normais”, ou seja, não marcados por quadros de aguda crise e instabilidade, não seria possível conceber uma ordem jurídico-constitucional colonizada pela religião (ou por qualquer valor ou ideologia), ao menos em se tratando de um Estado Democrático de Direito como é o caso do formatado pela Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, seja no caso da liberdade religiosa, seja no tocante a outros direitos e garantias fundamentais, não existe suporte juridicamente legítimo a justificar intervenções no seu âmbito de proteção que possam resultar no esvaziamento do respectivo núcleo essencial. É nesta perspectiva que se passa, agora, a examinar brevemente o quadro do exercício da liberdade religiosa no Brasil em tempos de pandemia da Covid-19, notadamente seus limites e restrições.

Mas antes de investir no Direito Constitucional positivo brasileiro, crucial recordar o que dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo artigo 12 consagra a liberdade de consciência e de religião, vedando expressamente a restrição geral à liberdade de religião ou de crença (e de trocar uma ou outra), mas sujeitando a liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças às limitações prescritas por lei e que sejam necessárias para proteger, no que interessa agora, a saúde pública.

Embora tal circunstância deva ser do domínio comum, nunca é demais, contudo, pontuar que o Brasil ratificou tal convenção, incorporando-a ao ordenamento jurídico com hierarquia normativa (por força da orientação atualmente dominante no Supremo Tribunal Federal) supralegal, o que, por sua vez, implica a necessidade de uma interpretação conforme a convenção, pelo menos de toda a normativa infraconstitucional pátria.

No que concerne à Constituição Federal, esta não prevê qualquer restrição legal explícita à liberdade religiosa, que não pode ser suspensa sequer no estado de defesa e mesmo no estado de sítio (artigos 136 e 139 da Constituição Federal), o que é coerente com a íntima proximidade que o fenômeno religioso guarda com a dignidade da pessoa humana (a espiritualidade também constitutiva da dignidade, expressão da dimensão existencial pessoal nuclear, imprescindível para assegurar a autodeterminação e



os aspectos identitários).

Todavia, algumas das posições jurídicas fundamentais componentes da liberdade religiosa em sentido amplo submetem-se à reserva de lei simples (direito de assistência religiosa “nos termos da lei”, proteção aos locais de culto “na forma da lei”), ao passo que a cooperação que marca o princípio da separação e da não confessionalidade submete-se à reserva de lei qualificada pela finalidade (colaboração de interesse público, na forma da lei).

Além disso, em casos de colisão, mesmo sem expressa reserva legal, é possível restringir aspectos da liberdade religiosa em face de direitos de terceiros (vida, integridade física etc.) e mesmo de outros bens de hierarquia constitucional, resplandecendo, aqui, no que interessa diretamente ao presente texto, a saúde pública.

Todavia, se a ausência de expressa reserva de lei não desautoriza, por si só, eventuais restrições a direitos fundamentais, nenhuma intervenção restritiva pode deixar de observar determinados critérios (“limites dos limites”) constitucionais expressos e implícitos, designadamente, as exigências da proporcionalidade e da proteção do núcleo essencial, pena de materialmente inconstitucionais.

Ainda, ao desdobrar-se em posições jurídicas que ou operam numa relação de concorrência com outros direitos fundamentais ou mesmo assumem a condição de elementos do âmbito de proteção de outros direitos, a liberdade religiosa terá de suportar limites que valem genérica e formalmente para algumas atividades de suporte, por exemplo, a reunião religiosa, que há de ser pacífica e sem armas, assim como não é possível a criação de associação religiosa de caráter paramilitar. Neste sentido, as reuniões religiosas podem ser restringidas (mesmo que exercidas no seio das confissões religiosas) na vigência do estado de defesa (artigo 136, parágrafo 1º, I, “a”, Constituição Federal) e suspensas por decreto de estado de sítio (artigo 139, IV, Constituição Federal). Reuniões religiosas, bem entendido, não o “exercício dos cultos religiosos” (liberdade posta em patamar superior pelo inciso VI do artigo 5º da Constituição Federal).

Não há, pois, como questionar, em termos gerais, que a liberdade religiosa pode ser restringida, proporcionalmente, respeitado seu núcleo essencial, se a medida se revelar necessária para a proteção da coletividade, como se dá “para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”, nos termos do artigo 1º e parágrafo 1º da Lei 13.979/2020. Daí a legitimidade, a priori, de medidas como as de isolamento e quarentena, tal como definidas no artigo 2º da referida lei e em consonância com o Regulamento Sanitário Internacional da OMS).

Evidente, portanto, que o distanciamento social recomendado tensiona com aglomerações em locais de culto, configurando um típico caso de colisão de direitos e/ou bens de estatura constitucional, carente de equacionamento.



Posteriormente à lei, a Medida Provisória 926/2020 acrescentou parágrafos ao artigo 3º, comandando que as medidas restritivas, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais (parágrafo 8º), cabendo ao Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre tais serviços públicos e atividades essenciais (parágrafo 9º).

Pois bem, o Decreto 10.282/2020 regulamentou a Lei 13.979/2020 para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Seu artigo 3º consignou que as medidas restritivas deverão resguardar o exercício e o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais, “aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”, tais como “atividades religiosas de qualquer natureza, obedecidas as determinações do Ministério da Saúde” – inciso XXXIX (Incluído pelo Decreto 10.292/2020).

A situação posta pelo legislador e pelo Poder Executivo da União, desde logo convoca uma série de reflexões acerca da legitimidade jurídica das medidas acima colacionadas, a começar pela tese da afronta ao princípio (e correspondente dever) da neutralidade estatal em matéria religiosa, expressamente previsto na Constituição Federal, caso a operacionalização do resguardo implique excessivo envolvimento do Estado para garantir o exercício e o funcionamento das atividades religiosas de qualquer natureza, pois deverão obedecer as diretrizes do Ministério da Saúde.

Note-se, neste contexto, que o parágrafo 4º do artigo 3º da lei diz que os órgãos públicos e privados disponibilizarão equipes devidamente preparadas e dispostas à execução, ao monitoramento e à fiscalização dos serviços públicos e das atividades essenciais, sendo que, conforme o parágrafo 7º, na execução das respectivas atividades, devem ser adotadas todas as cautelas para redução da transmissibilidade da Covid-19.

Mas, considerando a generalidade do ato normativo, inexistirá razão para presumir que o Estado, com seu poder de polícia administrativo, vá interferir de modo desproporcional na auto-organização e autoadministração das igrejas e comunidades religiosas. Fundamentalmente, parece que a laicidade do Estado vai preservada ao deixar intangíveis a autocompreensão e a autodefinição no que tange à identidade religiosa e ao caráter próprio da confissão professada, com o que o princípio da não-confessionalidade é preservado (o Estado não adota qualquer religião e nem se pronuncia sobre questões religiosas), desde que, convém ressaltar, a separação estrutural e organizacional entre o Estado e as confissões religiosas seja escrupulosamente respeitada.

Por outro lado, há de fato posições subjetivas definitivas no conjunto da liberdade religiosa (a liberdade de ter, não ter, ou deixar de ter religião; a liberdade de livre escolha da crença, de mudar e abandonar a própria crença religiosa), cujo conteúdo de dignidade configura um reduto intangível. Neste contexto, soa mais do que razoável comungar do entendimento de que também a liberdade de atuar segundo a própria crença e professá-la, bem como a liberdade de culto (de praticar ou não os atos de culto, particular ou público), podem razoavelmente ser consideradas atividades indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, ao menos da parcela que professa alguma religião, pois, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência espiritual dos crentes.



Tudo isso, fique claro, deve atender aos lindes da imparcialidade/neutralidade do Estado, que não pode subvencionar ou embaraçar cultos, preferindo-os ou preterindo-os (artigo 19, I, Constituição Federal). Neste diapasão, também é viável conciliar o estatuto de atividades religiosas essenciais com algumas restrições, quanto a determinadas formas de concretização, em prol da saúde pública, especialmente aquelas que, segundo o conhecimento médico-sanitário-científico, implicam notório risco de contaminação/propagação da pandemia, dentre as quais, no período de quarentena, a comemoração pública de festividades religiosas (emblemas de fenômenos massivos), as reuniões públicas (no que substanciem aglomeração e infringência às regras sanitárias), valendo o mesmo para ritos religiosos celebrados em comum, salvo alternativas tecnológicas que permitam o culto a distância.

Outrossim, visto se tratar de um dos aspectos mais polêmicos e polemizados na atual quadra, é de enfatizar que as peculiaridades locais e as realidades regionais e estaduais, em linha de princípio, coordenadas pelas diretrizes nacionais emanadas da União, podem ser satisfatoriamente acomodadas no regime federativo.

Nesse sentido, aliás, a decisão do Min. Alexandre de Moraes, na ADPF 672, determinando a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, reconhecendo e assegurando o exercício da competência concorrente dos governos estaduais e distrital e suplementar dos governos municipais, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras. Assim, também quanto às atividades religiosas, pensamos, não caberia “ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais e no âmbito de seus territórios, adotaram ou venham a adotar importantes medidas restritivas que são reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da Organização Mundial de Saúde (OMS) e vários estudos técnicos científicos”.

Representativo de um quadro marcado por dissonâncias e mesmo contradições no campo do exercício de suas competências pelos órgãos federativos, calha o Decreto 55.154/2020, do estado do Rio Grande do Sul, que implantou, em todo território estadual, estado de calamidade pública para fins de prevenção e de enfrentamento à epidemia causada pela Covid-19, estabelecendo, como medida sanitária de adoção obrigatória por todos, a observância do distanciamento social, restringindo a circulação, as visitas e as reuniões presenciais de qualquer tipo ao estritamente necessário (artigo 2º, I), bem como a “proibição excepcional e temporária de reuniões, eventos e cultos”, incluídas missas e cultos, com mais de trinta pessoas, observado, nos casos permitidos, um distanciamento interpessoal mínimo de dois metros entre os participantes”(artigo 6º), bem como o disposto noutras regras sanitárias do ato normativo.

Já em Porto Alegre, o Decreto 20.534/2020 regrou de forma diversa a questão: “Fica permitida a realização de missas, cultos ou similares realizados exclusivamente para a captação audiovisual, com o ingresso no estabelecimento apenas da equipe técnica respectiva” (artigo 19). No ponto, “havendo divergência entre medidas de quarentena impostas por diferentes entes federativos, devem predominar aquelas que tenham a maior fundamentação científica; se forem igualmente fundamentadas (ou mal



fundamentadas) quanto aos aspectos científicos, devem predominar aquelas mais compatíveis com as respectivas realidades locais; não sendo possível aferir quais as mais compatíveis com as respectivas realidades locais, devem predominar aquelas medidas mais restritivas, em nome da precaução e prevenção recomendáveis neste momento.”.[1]

Outra vez, no escopo de harmonização, razoável a seguinte leitura: a União, em caráter nacional, veda a restrição geral, ampla e desproporcional das atividades religiosas; o estado do Rio Grande do Sul, especificamente quanto às missas e cultos, abranda o distanciamento social, permitindo tais atividades com até trinta pessoas, observado o distanciamento sanitário entre elas; o Município de Porto Alegre, capital com mais de um milhão de habitantes, aglomerado urbano com inúmeras igrejas e confissões religiosas e de difícil fiscalização individual, permite as missas e cultos online, o que demanda uma acomodação razoável para as igrejas e não obsta, para a imensa maioria dos fiéis, o exercício dos atos de culto.

Aqui há que advertir o leitor, a fim de espantar dúvidas acerca do ponto de vista aqui sustentado, que se parte da premissa de que o STF, em outra decisão, entendeu ser viável a todos os entes federativos editar medidas legislativas e administrativas para o enfrentamento da pandemia, embora – calha frisar – com isso não reste superada a controvérsia sobre o total acerto da decisão, em especial, contudo, o dissídio acerca da coordenação entre as medidas tomadas de modo a não gerar contradições insuperáveis.

Dito isso, o que aqui importa, consistindo, aliás, no objetivo precípuo do texto, é a demonstração da tese de que, do ponto de vista da constitucionalidade em sentido material, balizada pela exigência da proporcionalidade das medidas restritivas e da salvaguarda do núcleo essencial da liberdade religiosa, é possível afirmar que tanto a legislação federal, quanto a estadual e municipal colacionadas, são – autonomamente – constitucionalmente consistentes.

Isso, como já adiantado, por não afrontarem os elementos identitários do princípio e dever de neutralidade estatal em matéria religiosa, ademais de não fracassarem quando submetidas ao teste de proporcionalidade, já que adequadas (a despeito de suas importantes diferenças) à promoção do fim que as legitima, qual seja, a garantia da vida, da integridade física e da saúde (individual e coletiva), mas também necessárias (consistem em alternativas comparativamente menos restritivas do que outras disponíveis, ainda que distintas quanto aos níveis de intensidade da restrição) e, por último, proporcionais em sentido estrito, dito de outro modo, razoáveis por não incidentes na proibição de excesso de proteção, em especial por deferentes ao núcleo essencial da liberdade religiosa (mesmo a interdição absoluta do funcionamento de cultos em locais com a presença de grupos de pessoas, preserva a liberdade plena de opção religiosa, de cumprir os respectivos rituais, inclusive – embora a distância – a de culto).

Aliás, não é à toa, apenas para efeito de um olhar para além das fronteiras brasileiras, que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (decisão de 10 de abril de 2020, em sede de provimento liminar considerou que a proibição de culto religioso, por se tratar de particularmente intensa restrição da liberdade religiosa, exige uma rigorosa fiscalização de sua proporcionalidade à vista das atuais circunstâncias. No caso concreto, dado o objetivo da medida de fechamento das igrejas, sinagogas, mesquitas e outros locais de culto promovida, mediante decreto, pelo estado de Hessen, designadamente a proteção em face dos riscos à vida, integridade física e saúde, em especial numa fase em que o



processo massivo de contaminação pelo coronavírus, com as suas respectivas sequelas, somente pode ser contido – de acordo com dados fornecidos por renomado instituto de pesquisa especializado na área de pandemias – com a interdição da aglomeração de pessoas. A corte também destacou que a medida restritiva estabelecida pela normativa estadual prevê a proibição temporária de cultos coletivos presenciais, admitindo, a depender da mudança do quadro, a sua revogação total ou parcial.

Assim, volta-se ao ponto: as medidas que limitam e mesmo impedem, temporariamente (na pendência das razões legítimas que as ensejaram), a realização de cultos presenciais coletivos são constitucionalmente legítimas por assegurarem a coordenação mútua das condições de vida, inclusive espiritual, visando a reduzir a morte e a doença, em tempos de pandemia.

[1] MAFFINI, Rafael. *COVID-19: análise crítica da distribuição constitucional de competências*. Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: remetido pelo autor. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/49702

Date Created

20/04/2020