

ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

Setembro/Dezembro
V. 23 - n. 3 - Ano 2021

Rio de Janeiro

A Liberdade de Cultos Religiosos e o Supremo Tribunal Federal: Análise no Contexto Pandêmico

Rodrigo Lobato Oliveira de Souza

Doutorando em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa. Advogado e Consultor Jurídico.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo oferecer comentários críticos a questões procedimentais e de fundo subjacentes ao julgamento das medidas cautelares na ADPF 701-MC e ADPF 810-MC, e ao julgamento de mérito da ADPF 811, em especial no tocante à legitimidade constitucional de medidas restritivas tomadas pelo Poder Público de estados e municípios que promoveram a proibição temporária da realização de cultos e demais reuniões presenciais de caráter religioso. Assumindo uma perspectiva teórico-dogmática do direito fundamental à liberdade religiosa, e para além da discussão acerca da constitucionalidade daquelas medidas, pretende-se analisar objetivamente, criticamente e de uma forma geral como o controle foi encetado pelos requerentes e manejado pelo Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: direito fundamental à liberdade religiosa – restrições a direitos fundamentais – conteúdo essencial – proporcionalidade – laicidade estatal

ABSTRACT: The present article aims to offer critical notes over procedural and substantial issues related to the Federal Supreme Court's rulings on ADPF 701-MC, ADPF 810 and ADPF 811, especially in what it concerns the constitutional legitimacy of restrictive measures taken by several states and municipalities

on temporarily prohibition of religious cults and other forms of presential religious gathering. Assuming a theoretical-dogmatic perspective, and also beyond the issue of the constitutional legitimacy of those restrictive measures, it is intended to analyze, from an objective, critical and general point of view, how that judicial control was developed by the claimants and by the Court.

KEYWORDS: religious freedom – restrictive measures over fundamental rights – essential content – proportionality – secularism

1. INTRODUÇÃO

Em razão do contexto pandêmico em que estamos inseridos, em especial visando à não formação de aglomerações em locais fechados que possam conduzir ao recrudescimento do número de pessoas infectadas pelo novo coronavírus, inúmeros estados e municípios, em exercício direto da competência constitucional comum e concorrente para a igual tomada de medidas no combate à propagação do vírus em suas respectivas regiões e localidades¹, editaram decretos executivos que em sua essência vedavam a realização de cultos e demais reuniões presenciais de caráter religioso.

Tendo por objetivo vergastar a constitucionalidade de tais atos executivos, as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 701, nº 810 e nº 811² foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal sob a adução, em essência, de vio-

1 Consigne-se que, especialmente em razão do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6341 e nº 6343 em 2020, o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o art. 23, II, e o art. 24, XII, ambos da Constituição Federal de 1988, reconheceu, na esteira de um modelo cooperativo de federalismo, a igual competência da União, estados, Distrito Federal e municípios para a adoção de medidas administrativas e legislativas no âmbito da prevenção e contenção da propagação do novo coronavírus.

2 A ADPF nº 701 teve por objeto o art. 6º do Decreto nº 31, de 20.03.2020, do Município de João Monlevade (Estado de Minas Gerais); o Decreto nº 1.704, de 20.03.2020, da Prefeitura Municipal de Macapá (Estado do Amapá); o Decreto nº 18.902, de 23.03.2020, e o Decreto nº 19.013, de 07.06.2020, ambos do Estado do Piauí; o Decreto nº 28.635, de 22.03.2020, do Estado de Roraima; o Decreto nº 15, de 21.03.2020, da Prefeitura Municipal de Serrinha (Estado da Bahia); o Decreto nº 14.052, de 20.03.2020, o Decreto nº 14.121, de 11.05.2020, o Decreto 14.122, de 11.05.2020, e o Decreto nº 14.140, de 29.05.2020, da Prefeitura Municipal de Bebedouro (Estado de São Paulo); o Decreto nº 6.228, de 23.03.2020, e o Decreto nº 6.246, de 29.04.2020, da Prefeitura Municipal de Cajamar (Estado de São Paulo); o Decreto nº 28.564, de 21.05.2020, do Município de Rio Brilhante (Estado do Mato Grosso do Sul); e o Decreto nº 1.366, de 21.03.2020, da Prefeitura Municipal de Armação de Búzios (Estado do Rio de Janeiro). No que tange ao objeto das ADPFs 810 e 811, ambas vergastavam o Decreto nº 65.563, de 12.03.2021, do Estado de São Paulo.

lação ao direito fundamental à liberdade religiosa, posto que a vedação à realização de cultos e demais reuniões presenciais de caráter religioso impingira restrição desproporcionada àquele direito, ferindo-o, inclusive, em seu conteúdo (núcleo) essencial, além de afetar o dever de laicidade estatal.

No início de abril de 2021, o Relator da ADPF 701, Ministro Nunes Marques, deferiu medida cautelar para suspender os decretos vergastados, determinar que estados, Distrito Federal e municípios se abstivessem de editar novas medidas que tivessem por objeto a interdição da realização de cultos e reuniões presenciais de caráter religioso, bem como determinar a adoção de medidas preventivas de segurança nessas reuniões, consignando, ainda, que a medida intentada pelo requerente deveria ser concedida “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”³.

Dois dias após a decisão tomada pelo Ministro Nunes Marques nos autos da ADPF 701-MC, o Ministro Gilmar Mendes, Relator da ADPF 810, ao entender que o requerente – Conselho Nacional de Pastores do Brasil – era parte ilegítima a encetar controle concentrado nos termos do art. 103, IX, CRFB/1988, indeferiu a petição inicial⁴. No mesmo dia (05 de abril de 2021), o Min. Gilmar Mendes indeferiu a medida cautelar pleiteada nos autos da ADPF 811, do qual é Relator, consignando que o ato vergastado pelo requerente – Decreto nº 65.563, de 12.03.2021, do Estado de São Paulo – estava em consonância com o julgado no âmbito da ADI 6341-MC, onde fora reconhecida a competência concorrente dos estados, Distrito Federal e municípios para adoção de medidas preventivas à propagação do novo coronavírus, tendo, portanto, a medida por necessária a evitar aglomerações que pudessem periclitara ainda mais a delicada situação de emergência de saúde pública vivenciada⁵.

3 ADPF 701-MC, Rel. Min. Nunes Marques, DJE nº 62, 05.04.2021.

4 ADPF 810, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE nº 62, 05.04.2021.

5 ADPF 811-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE nº 62, 05.04.2021.

No dia 08 de abril de 2021, convertido o *referendum* da medida cautelar na ADPF 811 em julgamento de mérito, decidiu o Tribunal, por maioria, e na esteira do voto do Relator, Min. Gilmar Mendes, pela improcedência da arguição de inconstitucionalidade, reiterando a constitucionalidade das medidas restritivas adotadas pelos estados, Distrito Federal e municípios no combate à propagação do novo coronavírus, em especial a necessidade e, portanto, a proporcionalidade do Decreto nº 65.563, de 12.03.2021, do Estado de São Paulo, que vedou, legitimamente e temporariamente, a realização de cultos e reuniões de cunho religioso no estado⁶. Em sequência, no dia 15 de abril de 2021, o Ministro Nunes Marques, Rel. da ADPF 701, visando à harmonização para com o entendimento majoritário do Tribunal, mesmo ressaltando seu entendimento pessoal divergente, revogou a medida liminar que havia inicialmente concedido⁷. No que tange ao julgamento de mérito, ao menos a tempo em que este artigo está sendo escrito, ainda se queda pendente.

Para além da questão da legitimidade daquelas medidas restritivas face ao ordenamento jurídico-constitucional, que *per se* é dotada de inelutável relevância, pretende-se aqui uma análise crítica acerca do modo pelo qual a problemática foi posta pelos requerentes e de como a mesma foi analisada pelo Tribunal, traçando-se, para tanto, breves comentários, do ponto de vista estritamente jurídico-constitucional, acerca do controle encetado.

2. INTEGRAÇÃO DA LIBERDADE DE CULTOS À LIBERDADE RELIGIOSA COMO *CLUSTER RIGHT*

Maior esforço não se faz necessário para que se conclua pela natureza jusfundamental do direito constitucional à liberdade religiosa. De uma perspectiva concreta-positivista e, assim, na linha de uma definição formal da natureza jusfundamental de um direito⁸, tal decorre diretamente da dicção do art. 5º, VI,

6 ADPF 811, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, 08.04.2021.

7 ADPF 701-MC, Rel. Min. Nunes Marques, DJE nº 72, 15.04.2021.

8 Sobre a definição formal da natureza jusfundamental, cfr. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p. 100.

CRFB/1988. No que tange à liberdade de cultos, não se enxerga aqui direito fundamental autônomo, senão uma forma de exercício de um direito mais geral, o direito fundamental à liberdade religiosa. Aliás, tal é o que aponta a literalidade constitucional ao estatuir, naquele dispositivo, ser “assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

De uma perspectiva teórico-dogmática dos direitos fundamentais, vê-se a liberdade de cultos como elemento material integrante do *cluster right* ou “direito fundamental global”, que o direito fundamental à liberdade religiosa constitui⁹. Como *cluster right*, o direito fundamental à liberdade religiosa alberga uma miríade de faculdades (de ação e omissão) e de deveres de proteção reunidos, de forma bidimensional (subjetiva e objetiva), em um âmbito de proteção alargado¹⁰.

2.1. Âmbito material de proteção da liberdade de cultos

A despeito de integrar a faceta externa (*forum externum*) do direito fundamental à liberdade religiosa, tal não permite escaparmos à consideração de seu âmbito de proteção. Em decorrência da adoção de um âmbito de proteção ao nível do *cluster right* (direito fundamental à liberdade religiosa), o âmbito de proteção da liberdade de cultos deve ser igualmente amplo, a abarcar toda e qualquer ação de culto que com ele possuir relação material, o que nos direciona à compreensão de que a proteção é inclusiva e extensiva a todo o tipo de convicção religiosa¹¹.

2.2. Liberdade de cultos e conteúdo essencial: questão relevante?

De um ponto de vista crítico, a maior parte da literatura constitucional e da jurisprudência nacional – esta em especial no âmbito da adjudicação constitucional do Supremo Tribunal

9 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes Machado. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 229.

10 Apontando, a partir de tal amplo âmbito de proteção, um “catálogo de posições jusfundamentais”, cfr. WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. pp. 72-77.

11 UNRUH, Peter. *Religionsverfassungsrecht*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2015. p. 62.

Federal¹² – tende a manejar retoricamente o *topos* “conteúdo essencial”, referindo-o como uma espécie de “núcleo” abstrato violado em decorrência de fortes compressões no âmbito de proteção de um determinado direito fundamental. A sua utilização retórica tende a cumprir uma mera função argumentativa de reforço à adução de restrições desproporcionadas, razão pela qual tendem igualmente a derivar a desproporcionalidade das medidas restritivas diretamente da ideia de violação do “núcleo essencial” de um direito. Conquanto, poucas vezes, senão vez alguma, se intenta o apontamento do que viria a integrar tal “núcleo”¹³.

Na mesma linha retórica, vê-se que a ideia de conteúdo essencial fora igualmente assim manejada no âmbito do controle encetado por aquelas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, intentando-se, de forma meramente argumentativa, apontar (suposta) violação desproporcionada à liberdade de cultos, conquanto sem indicar, *in concreto*, o que viria a ser tal conteúdo essencial violado. Tal e qual, a decisão cautelar negativa proferida pelo Min. Rel. da ADPF 811 faz menção a um “núcleo essencial”, eximindo-se, porém, do ônus argumentativo voltado ao apontamento do que viria a integrá-lo, contentando-se, apenas, a negar a sua violação¹⁴.

Por razões óbvias, aqui não se perfaz *locus* adequado à discussão teórica acerca da natureza da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, bem como o que o integra. Porém, breves comentários no que tange à sua aplicação ao direito fundamental à liberdade religiosa devem ser feitos.

A fixação do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa apenas se torna possível¹⁵ – e, portanto, distin-

12 Ver, dentre outros, ADI 3540-MC (2005), RE 387945 (2006), ADI 2425 (2018) e ADI 5935 (2020).

13 A título de exemplo, da petição inicial da ADPF 701 consta que “primeiramente, não se preservou o **núcleo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa**, considerando o embaraço a toda e qualquer atividade desempenhada, inclusive aquelas nas quais não há ajuntamento de pessoas” (negrito e itálico no original), sem, entretanto, de fato apontar o que viria a compor tal “núcleo essencial”.

14 ADPF 811-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE nº 62, 05.04.2021: “Mesmo que se cogitasse que o Decreto impugnado nesta ADPF configura uma restrição no núcleo essencial do direito fundamental de liberdade religiosa, não há como examinar a constitucionalidade dessa restrição senão utilizando as balizas fixadas por este Supremo Tribunal Federal para a adoção de medidas sanitárias de combate à pandemia da COVID-19”.

15 SOUZA, Rodrigo Lobato Oliveira de. *Liberdade Religiosa: Direito Fundamental numa Sociedade Democrática*

to da proteção conferida pela proibição de excesso (princípio da proporcionalidade) – pelo fato de ser direito cuja estrutura implica uma cisão do seu âmbito de proteção em duas searas distintas com múltiplos feixes de pretensão jusfundamental, quais sejam, o *forum internum* e o *forum externum*. O direito fundamental à liberdade religiosa, como cediço, não se presta apenas a uma função de defesa de caráter meramente negativo, implicando, portanto, no aspecto de sua manifestação externa, unicamente em abstenção estatal. Antes, há na essência desse direito um espectro de autodeterminação individual vinculado à consciência como liberdade do espírito. Como bem sustenta SCHNEIDER, trata-se de direito cuja estrutura pode ser dividida em um âmbito de configuração pessoal-individual e outro de caráter social, direcionado à comunicação externa, permitindo-se, portanto, a identificação de um núcleo duro (conteúdo essencial) e de um conteúdo sujeito ao tráfego dos demais direitos, bens, valores e interesses¹⁶.

Em seu espectro interno (*forum internum*), o conteúdo do direito fundamental à liberdade religiosa está tão somente sujeito à autodeterminação da consciência individual, quedando-se, por óbvio, alheio a qualquer restrição e intervenção, razão pela qual se pode afirmar que a liberdade de consciência religiosa (positiva e negativa) integra aquilo que se pode afirmar como conteúdo intangível do direito, ou seja, o seu conteúdo essencial. Pelo fato de se sujeitar apenas à autodeterminação individual da consciência, e não implicar, subjetivamente, a prática de atos externos que necessitem ser balanceados frente aos demais direitos, bens, valores e interesses jurídico-constitucionais, o *forum internum* escapa à ponderação, exigindo, portanto, proteção absoluta.

De outra banda, o *forum externum*, por constituir espectro integrado por atos, ações, comportamentos e práticas manifestadas no mundo externo, vincula-se à proteção conferida pela proibição de excesso (princípio da proporcionalidade), visto

e *Pluralista*. 18.09.2019. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Autónoma de Lisboa. Lisboa, 18.09.2019. pp. 77-92.

16 SCHNEIDER, Ludwig. *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG*. Berlin: Duncker & Humblot, 1983. pp. 229-230.

que carece de um processo de balanceamento voltado à harmonização para com os demais direitos, bens, valores e interesses jurídico-constitucionais. Assim, nesse âmbito (externo), pode-se afirmar que a proteção conferida pela garantia do conteúdo essencial se equivale ao próprio teste de proporcionalidade. Em suma, no que concerne à fixação do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa, encontra-se o mesmo integrado pelos seguintes elementos: *a) o forum internum* como consciência religiosa intangível; *b) a autodeterminação doutrinária dos coletivos religiosos; e c) o dever de neutralidade dirigido ao Estado*¹⁷.

Isto posto, questiona-se: no que tange especificamente à liberdade de cultos, qual é a relevância da garantia do conteúdo essencial?

Para além de uma função de mero reforço retórico, nenhuma, pois não desempenha qualquer função protetiva autônoma, como se diferenciasse da proibição de excesso (proporcionalidade). Como já delineado, a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, em especial na fixação dos seus elementos integrantes no âmbito do direito fundamental à liberdade religiosa, só desempenha função protetiva autônoma – para além da proteção conferida pela proporcionalidade – no espectro interno (*forum internum*), posto ser intangível a proteção conferida à consciência religiosa (positiva e negativa). Em contrapartida, no que concerne ao espectro externo (*forum externum*), este necessariamente se submete ao balanceamento operado pela via da ponderação.

Desta feita, a liberdade de cultos, tal como já abordado, por constituir, em verdade, um espectro de ações inerentes à dimensão externa do direito fundamental à liberdade religiosa, entrando, desde o princípio, em inescusável comunicação para com demais direitos, bens, valores e interesses constitucionalmente protegidos, submete-se à possibilidade de restrições legitimadas pelo princípio da vedação de excesso (proporcionalidade), razão

17 Ainda, consigne-se que o apontamento da autodeterminação doutrinária das confissões e comunidades religiosas, bem como o dever de neutralidade estatal como integrantes do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa tem por razão a consideração da garantia pela dimensão institucional-subjetiva (no primeiro caso) e institucional-objetiva (no segundo), análise que foge às lindes do presente texto. Cfr., neste sentido, SOUZA, Rodrigo Lobato Oliveira de. *Liberdade Religiosa...*, op. cit. p. 92.

pela qual se tem por inviolável (não absoluta) a sua proteção, e não intangível (absoluta), tal qual o conteúdo essencial. A atividade cultural e/ou ritualística tem por objetivo a manifestação externa de convicções religiosas, não se restringindo à autodeterminação da consciência religiosa individual. Portanto, ao adentrar a seara da realidade fática, do mundo concreto, tais ações, atos, comportamentos e expressões de conteúdo religioso podem colidir com outros direitos, bens, valores e interesses igualmente dignos de proteção constitucional, exigindo-se, assim, a ponderação como metódica expressiva de concordância prática.

Nesses termos, arguir violação à liberdade de cultos como expressão de violação ao conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa carece de sentido teórico-dogmático e de sentido prático. No espectro externo da liberdade religiosa, do qual a liberdade de cultos é elemento material integrante, só há sentido perquirir a constitucionalidade de eventuais restrições pela perspectiva da vedação de excesso (proporcionalidade). Ainda que as decisões tomadas nas Arguições 701, 810 e 811 não tenham adentrado em considerações de fundo sobre o conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa, e, quando muito, o tenham referido de forma retórica e sem apontar seus elementos integrantes e os possíveis efeitos de seu reconhecimento, releva aqui densificar a questão e apontar a ausência de sentido teórico e prático de sua discussão no que tange à liberdade de cultos (objeto daquelas Arguições).

3. ANÁLISE CRÍTICA: ADPF 701, 810 E 811

3.1. Questões de cunho procedimental

Por mais que as questões procedimentais doravante apontadas não tenham conexão direta com a *vexata quaestio* subjacente às Arguições, a sua relevância para fins de segurança jurídica, em especial no âmbito da pacificação de questões jurídico-constitucionais no contexto da adjudicação do Supremo Tribunal Federal, exige breves apontamentos críticos.

3.1.1. Da (i)legitimidade ativa dos requerentes na ADPF 701 e 810

As decisões exaradas, pelos respectivos Relatores, na ADPF 701-MC e 810 demonstram evidente divergência, ao menos *in concreto e in casu*, no que concerne à compreensão de “entidade de classe de âmbito nacional” para os fins do art. 103, IX, CRFB/1988 e art. 2º, I, Lei 9.882/99.

De um lado, na ADPF 701-MC, mesmo reconhecendo a existência de jurisprudência do Tribunal em sentido contrário¹⁸, entendeu o Relator, por indispensável, operar uma espécie de *distinguishing*, em razão da relevância da matéria e com vistas à concretização do princípio do acesso à justiça, para admitir a parte requerente (ANAJURE – Associação Nacional de Juristas Evangélicos) como parte legítima a encetar o controle intentado. De outra banda, na ADPF 810, o Min. Rel., Gilmar Mendes, decidiu pela ilegitimidade da parte requerente (CNPB – Conselho Nacional de Pastores do Brasil) à luz da jurisprudência consolidada do Tribunal¹⁹.

De acordo com o Min. Rel. da ADPF 701-MC, o dito *distinguishing* se justificaria, dentre outras razões, pelo fato de a matéria subjacente ao intento de controle – a legitimidade constitucional das medidas restritivas à liberdade de cultos à luz da proteção do direito fundamental à liberdade religiosa – integrar o objeto da atividade exercida pela requerente. Entretanto, vê-se que, se de fato fosse lógico o argumento do Relator, o mesmo também deveria ter sido aplicado à ADPF 810, visto que a respectiva parte requerente (CNPB – Conselho Nacional de Pastores do Brasil) também tem por interesse a defesa de interesses decorrentes de convicção religiosa, algo que não aconteceria.

18 O Relator faz referência à decisão exarada na ADPF-AgR 703/BA, onde o Ministro Alexandre de Moraes, seguido integralmente pelos demais Ministros, entendeu ser a mesma parte requerente (ANAJURE - Associação Nacional de Juristas Evangélicos) ilegítima à luz do conceito constitucionalmente adequado de “entidade de classe de âmbito nacional”. De acordo com o julgado, a jurisprudência consolidada do Tribunal requer a comprovação de representatividade de classe profissional e/ou empresarial-econômica para fins de reconhecimento de entidade de classe legítima a encetar controle concentrado.

19 ADPF 810, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE nº 62, 05.04.2021: “Coerente a esse marco, esta Corte encampa compreensão estrita de ‘entidade de classe’, reputando ilegítimas, para o manejo de ações diretas, associações cujo vínculo entre seus filiados não revele atividade econômico-profissional”.

De fato, cediço é que o requisito da representatividade de classe de natureza profissional e/ou econômica há muito está consolidado na jurisprudência do Tribunal²⁰. Ademais, a razão sustentada pelo Min. Nunes Marques a justificar o suposto *distinguishing* não possui qualquer relevância autônoma, posto que, em verdade, diz tão somente respeito a outro requisito indispensável à legitimidade das entidades de classe, qual seja, a comprovação da pertinência temática²¹.

Ao que parece, de um lado, precisa o Tribunal, para fins de democratização e pluralidade no que concerne ao acesso à jurisdição constitucional, rever, à luz de situações como as tais, seu entendimento sobre “entidade de classe”, fixando balizas menos formais e critérios mais substanciais para a ampliação do espectro de legitimados. De outra banda, é imprescindível que o Tribunal, em especial no âmbito das decisões monocráticas exaradas por seus Ministros, incorpore balizas materiais mais sólidas a sustentar razões de *distinguishing* a evitar qualquer insegurança jurídica a exemplo da decisão cautelar na ADPF 701-MC.

3.1.2. Da conexão entre a ADPF 701, 810 e 811 a atrair prevenção

Na ADPF 810 e 811, ambos os requerentes pleitearam a sua respectiva distribuição, por prevenção, ao Min. Nunes Marques, Rel. da ADPF 701, pleitos estes que não foram acatados, tendo ambas as Arguições sido remetidas à Relatoria do Min. Gilmar Mendes. Quando do julgamento de mérito da ADPF 811, o Ministro Relator propôs questão de ordem a fim de consignar a inexistência de identidade parcial dos respectivos objetos daquelas Arguições, para assim afastar a incidência do art. 77-B do Regimento Interno do Tribunal²² em termos de distribuição por prevenção. De acordo com o Min. Rel., tornava-se inviável reconhecer a coincidência de objetos daquelas ações pelo fato de que, inobstante a

20 Cfr., dentre outros, ADI 4770-AgR (2014), ADI 6103-AgR (2019).

21 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. pp. 1155-1156.

22 “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”.

ADPF 701 pretender vergastar atos executivos estaduais e municipais outros que impusessem semelhantes restrições, entendeu, escorreitamente, não ser possível abarcar o decreto do Estado de São Paulo contestado na ADPF 811 dada a sua edição ter se dado em longo período após o ajuizamento daquela.

Com razão, o Min. Rel. entendeu não ser viável a submissão a controle de constitucionalidade de “todo e qualquer ato normativo futuro”²³, porém parece ter incidido em falha de compreensão ao não reconhecer a inescusável coincidência entre as questões constitucionais, mormente em termos de proteção à segurança jurídica e de concretização do papel institucional que ao Tribunal compete como “guarda da Constituição”.

Tratando-se de instrumental voltado a encetar controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, tal e qual os demais expedientes (ADI, ADO e ADC), deve se prestar, como se sabe, à resolução e consolidação de questões jurídico-constitucionais de forma a garantir, em essência, a normatividade da ordem jurídico-constitucional no âmbito de sua própria sistematicidade e unidade. A verificação de eventual violação a “preceito fundamental” no bojo funcional da ADPF, ainda que surja de problemática *in concreto*, vincula-se, acima disso, à prioridade em sanar problemática *in abstracto* de legitimidade constitucional. Destarte, como acentua BERNARDES, o objetivo do controle abstrato “funda-se no interesse público objetivo de preservação da compatibilidade constitucional da ordem normativa vigente”²⁴. *In casu*, a problemática subjacente às Arguições é a mesma, qual seja, a legitimidade constitucional de decretos executivos restritivos à liberdade de cultos, questão essa que, a despeito de engendradora *in concreto* e de ser indispensável o peso dos fatos para a realização de ponderações necessárias, a estes não se restringe.

Nessa linha, em especial para fins de concretização dos princípios da unidade da Constituição e da segurança jurídica,

23 ADPF 811, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, 08.04.2021.

24 BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 287.

tanto a ADPF 810 quanto a 811 deveriam ter sido distribuídas ao Min. Rel. da ADPF 701, dada a identidade da problemática de fundo. Pelo fato de o Tribunal não ter assim procedido, acabou por engendrar uma considerável situação de insegurança jurídica, mesmo que por um curto período de tempo, já que decididas de formas inteiramente contraditórias²⁵. Poder-se-ia argumentar que, ainda que tivessem sido distribuídas por prevenção ao Min. Rel. da ADPF 701, poderiam, ainda assim, face às variáveis fáticas subjacentes, ter sido decididas de forma contrária, como o fez o Min. Gilmar Mendes. Entretanto, tal não é o que se depreende da decisão cautelar exarada pelo Min. Nunes Marques na ADPF 701-MC, ao deixar evidente que toda e qualquer medida que implique a proibição total de cultos religiosos presenciais não se justifica do ponto de vista jurídico-constitucional²⁶.

3.2. Questões de fundo

3.2.1. Análise de proporcionalidade: adjudicação de generalidades

Sabe-se que toda e qualquer medida restritiva a direito fundamental se vincula, necessariamente, ao ônus da justificação de sua legitimidade constitucional, legitimidade esta que se verifica através da metódica da proporcionalidade. Inobstante a obviedade de tal axioma teórico-dogmático no âmbito dos direitos fundamentais, decisões judiciais ao longo de todo o país, em especial no contexto da práxis jurídico-constitucional do Su-

25 Faz-se relevante mencionar que o período de insegurança jurídica se estendeu, de fato, até o dia 15 de abril de 2021, quando o Ministro Relator da ADPF 701 revogou a liminar concedida. A despeito de, no dia 08 de abril, o Tribunal ter decidido, no julgamento de mérito da ADPF 811, pela constitucionalidade da medida restritiva vergastada naquela hipótese, a circunstância de insegurança jurídica, causando uma espécie de *chilling effect* ao Poder Público dos estados e municípios no que tange à constitucionalidade de medidas restritivas à realização de cultos e reuniões presenciais de cunho religioso, perdurou, *a priori*, até o alinhamento do entendimento do Min. Nunes Marques à compreensão majoritária do Tribunal com a revogação daquela liminar.

26 ADPF 701-MC, Rel. Min. Nunes Marques, DJE nº 62, 05.04.2021: “Há plausibilidade na tese sustentada pela autora, segundo a qual a **proibição total** da realização de cultos religiosos presenciais representa **uma extrapolação de poderes**, pois trata o serviço religioso como algo **supérfluo**, que pode ser suspenso pelo Estado, sem maiores problemas para o fiéis”. (negrito no original). Ainda, no mesmo sentido, “Assim, é de ser concedida a medida postulada na inicial, **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”. (negrito no original)

premo Tribunal Federal, tendem a manejar o *topos* “proporcionalidade” de forma deveras genérica e inteiramente ametódica, limitando-se a afirmar a “razoabilidade” das restrições e a correção *in abstracto* de supostas ponderações. Ainda que a ponderação subjacente à aplicação da proporcionalidade implique a incidência de uma variante subjetiva, a sua legitimidade decorre tanto da racionalidade discursiva das razões de decisão, quanto da avaliação objetiva de circunstâncias de fato. Portanto, avaliar a legitimidade constitucional de medidas restritivas a direitos fundamentais à luz da proporcionalidade requer, tanto quanto possível, a demonstração de um itinerário lógico de balanceamento que aponte pesos e contrapesos, perspectivas jurídicas e fáticas, e dele consiga derivar um resultado discursivamente legítimo do ponto de vista jurídico-constitucional, exigência tal não cumprida, em maior ou menor medida, no âmbito do julgamento da ADPF 701-MC e ADPF 811.

Na decisão cautelar exarada pelo Min. Rel. na ADPF 701-MC, mesmo se tratando de cognição não exauriente, nenhuma operação de ponderação subjacente à aplicação da proporcionalidade foi delineada, limitando-se, tão somente, e sem apresentar razões de fundo, afirmar a existência de violação, *ipsis litteris*:

“Proibir pura e simplesmente o exercício de qualquer prática religiosa viola a razoabilidade e a proporcionalidade. Antes, é possível a harmonização da liberdade religiosa com medidas preventivas também reconhecidamente eficientes no combate à pandemia, como exigência de uso de máscaras, disponibilização de álcool em gel nas entradas dos estabelecimentos, aferição de temperatura, utilização do ambiente respeitando a ventilação adequada, sempre que possível com portas ou janelas abertas, bem como a observância de certo distanciamento social. **Tais parâmetros devem, assim, ser utilizados como balizas mínimas de segurança**”. (negrito e sublinhado no original). (ADPF 701-MC, Rel. Min. Nunes Marques, DJE nº 62, 05.04.2021).

Em momento algum da *ratio decidendi* apresentou o Min. Rel. as razões determinantes que conduzissem à desproporcio-

nalidade das medidas restritivas vergastadas na hipótese. Ao longo de sua decisão, o Min. Rel. parece deduzir a desproporcionalidade do suposto fato de as restrições desrespeitarem o caráter essencial do fator religioso. Assim, centrando-se em um argumento de “essencialidade” do exercício da liberdade de cultos, deduz a desproporcionalidade das medidas, sem, de fato, delinear qualquer operação de balanceamento que conduzisse, racionalmente, a tal resultado²⁷.

No julgamento de mérito da ADPF 811, o voto do Min. Rel., seguido pela maioria do Tribunal, igualmente incorreu em generalidades no que tange à aplicação da proporcionalidade, em especial por duas razões. Primeiro, mesmo que elementos de fato tenham sido levados em consideração, notadamente no que tange às recomendações técnico-científicas das autoridades sanitárias, estas integram tão somente o âmbito das circunstâncias fáticas subjacentes à análise da adequação e necessidade das restrições a direitos fundamentais. Tal, por decerto, não afasta o exame dos elementos jurídicos voltados à verificação da proporcionalidade em sentido estrito, em especial a ponderação das pretensões jusfundamentais colidentes na hipótese, operação esta não delineada pelo Relator em seu voto.

Segundo, em seu voto, o Min. Rel. aponta três parâmetros de controle reconhecidos no âmbito teórico-dogmático estrangeiro, quais sejam, o controle de evidência, o controle de justificabilidade e o controle material de intensidade. Conquanto, apesar de aplicá-los em sede de reforço argumentativo e de controle, deixa de aplicá-los à problemática da restrição vergastada, limitando-se a considerar que a jurisprudência do Tribunal tem seguido tais parâmetros, *verbis*:

“Situando esses parâmetros doutrinários na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, percebo que as decisões desta Corte relativas ao controle de restrições a direitos fundamentais impostos para a proteção da saúde, de modo mais ou

27 ADPF 701-MC, Rel. Min. Nunes Marques, DJE nº 62, 05.04.2021: “Ao tratar o serviço religioso como não-essencial, Estados e municípios podem, por via indireta, **eliminar os cultos religiosos**, suprimindo aspecto absolutamente essencial da religião, que é a **realização de reuniões entre os fiéis para a celebração de seus ritos e crenças**”. (negrito no original).

menos expreso, a depender da situação, tem adotado perspectiva conforme à metodologia acima exposta”. (ADPF 811, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, 08.04.2021).

Caso fossem tais parâmetros aplicados à problemática, no controle de evidência, dever-se-ia questionar o grau de conexão meio-fim, à luz dos dados técnico-científicos disponíveis, entre a medida restritiva adotada (decreto executivo que promoveu a proibição da realização de cultos e reuniões presenciais de caráter religioso) e o objetivo a ser atingido com a mesma (prevenção do aumento de contágio pelo novo coronavírus); no controle de justificabilidade, dever-se-ia perscrutar a objetividade das razões técnico-científicas apresentadas a suportar a restrição impingida; e no controle de intensidade, dever-se-ia perquirir, de forma propriamente dita, a proporcionalidade em sentido estrito da medida de restrição. De uma forma geral, trata-se, essencialmente, da aplicação da proporcionalidade à hipótese.

Em verdade, o parâmetro da vedação de excesso (princípio da proporcionalidade) não foi consubstancialmente delineado e aplicado, posto ter o Min. Rel. se limitado a discorrer sobre a adequação apriorística das evidências técnico-científicas à justificação da medida de restrição aposta. Porém, como bem ressalta BOROWSKI, aplicar o parâmetro de controle da vedação de excesso (*Übermaßverbot*) implica analisar a adequação/aptidão (*Geeignetheit*) da medida restritiva – a legitimidade meio-fim para com o objetivo intentado; a necessidade (*Erforderlichkeit*) da medida – a existência de medida alternativa mais eficaz ou tão eficaz quanto, mas menos onerosa; e a sua proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*) – a verificar o grau de proporcionalidade entre a satisfação/promoção de um direito em relação à compressão/restrrição de outro²⁸.

Desta feita, as seguintes questões deveriam ter sido postas e respondidas: (i) no que tange à adequação, a proibição determinada pelos decretos vergastados seria, de fato, apta a promo-

28 BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 3ª ed. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2018. pp. 254 e ss.

ver a redução significativa do número de novas infecções pelo novo coronavírus?; (ii) no que tange à necessidade, há, dentre os meios eficazes à contenção da propagação do novo coronavírus, medida menos onerosa à liberdade de cultos?; (iii) no que tange à proporcionalidade em sentido estrito, e portanto ao balanceamento entre os direitos, bens, valores e interesses jurídico-constitucionais imbricados na querela, é proporcional a relação entre a realização dos direitos à saúde e à vida, e a compressão do direito fundamental à liberdade religiosa no aspecto do exercício da liberdade de cultos?

Ainda, no intuito de responder tais questões, do ponto de vista jurídico-constitucional, dever-se-ia, igualmente, analisar a querela pelas perspectivas protetivas (dimensão positiva, prescricional e institucional) do direito fundamental à liberdade religiosa, e não somente pela dimensão problemática da realização de cultos e reuniões presenciais de caráter religioso. Assim, através de um olhar jurídico-objetivo de possibilidades²⁹, dever-se-ia ter questionado quais razões de proteção jusfundamental conduziram, possivelmente, à inconstitucionalidade daquelas medidas restritivas, algo que se deveria ter feito no contexto da faceta objetiva do direito fundamental à liberdade religiosa, por meio da qual surge esse direito como fonte genuína de um dever constitucional de proteção dirigido ao Estado, controle este não operado pelo Tribunal.

3.2.2. A vedação de insuficiência: o aspecto esquecido

Ladeando o controle da proporcionalidade de medidas restritivas a direitos fundamentais pelo parâmetro da vedação de excesso (*Übermaßverbot*), a dimensão protetiva dos direitos fundamentais, aquela da qual se pode derivar deveres estatais de proteção (*staatliche Schutzpflichten*), surge o controle da proporcionalidade a ser intentado pelo parâmetro da proibição/vedação de insufici-

²⁹ A dinâmica inerente ao Direito Constitucional deve sempre nos conduzir, tanto na teórica quanto na prática jurídica-constitucional, a um verdadeiro Direito Constitucional de possibilidades ou um Direito Constitucional do possibilismo. Cfr., nesse sentido, HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución*: Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta. Trad. Emilio Mikunda-Franco. 1ª ed., 2ª reimp. Madrid: Tecnos, 2002. pp. 74 e ss.

ência (*Untermaßverbot*). Em essência, o significado da vedação de insuficiência pode ser vinculado, como pontua MAYER, a uma garantia de “padrão mínimo de proteção” (*Garantie des grundrechtlich geschützten Minimalstandards*) exigida nas hipóteses em que a proteção de um direito fundamental não se esgota na função de defesa expressa por pretensão de abstenção dirigida ao Estado³⁰.

Por mais que de uma forma geral seja o direito fundamental à liberdade religiosa compreensivamente vinculado ao desempenho de uma função negativa de proteção, ou seja, exercendo uma genuína função de proteção na qual se exige uma abstenção por parte do Estado, perfaz-se inegável a existência de uma dimensão positiva voltada à promoção ativa do direito por parte do Estado, dever este de proteção que decorre de sua dimensão objetiva-institucional-prestacional³¹. Nesse sentido, PAGELS salienta que, para muitos indivíduos, a inexistência de condições materiais de concretização de sua liberdade é capaz de esvaziar seus direitos, tornando indispensável a atuação garantidora e promocional do Estado³².

Incorporando valor de inescusável relevância, o direito fundamental à liberdade religiosa diz respeito direto à proteção, promoção e satisfação da pedra angular do constitucionalismo democrático, a dignidade da pessoa humana. A autodeterminação da consciência religiosa e não religiosa se volta à autodeterminação do espírito. Portanto, ainda que limitado objetivamente pelo dever de neutralidade, não pode e não deve o Estado se restringir a um dever passivo de respeito, senão o compete assumir postura ativa para a sua proteção, desenvolvimento e promoção, razão pela qual se pode dele deduzir deveres estatais de proteção, controlando-se, portanto, eventuais medidas restritivas também sob o parâmetro da vedação de insuficiência.

30 MAYER, Matthias. *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie: Die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Grundrechtbereich*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2005. p. 65.

31 A título de exemplo, mesmo não constituindo um dever propriamente dito, veja-se a possibilidade de “colaboração de interesse público” nos termos do art. 19, I, CRFB/1988.

32 PAGELS, Carsten. *Schutz- und förderpflichtrechtliche Aspekte der Religionsfreiheit: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung eines speziellen Freiheitsrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1999. p. 114.

In casu, conquanto mencionado no voto condutor do julgamento da ADPF 811, tal parâmetro dogmático de controle fora integralmente esquecido pelo Tribunal, *verbis*:

“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*). (...). 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”. (itálico no original). (ADPF 811, Rel. Min. Gilmar Mendes, 08.04.2021).

Deliberadamente, parece ter o Tribunal olvidado da dimensão positiva-prestacional do direito fundamental à liberdade religiosa, exigindo-se, portanto, o controle acerca de eventual proteção insuficiente. Ainda que tal “imperativo de tutela” a que se refere o Min. Relator decorra, como geralmente aponta a doutrina, de circunstâncias de perigo engendradas por ameaça de terceiros – mormente, por particulares –, as razões anteriormente delineadas apontam para a relevância de sua consideração no âmbito do direito fundamental à liberdade religiosa.

Desta feita, e como adequadamente defende CANARIS no que tange à aplicação da estrutura da proporcionalidade ao controle da vedação de insuficiência (simetria das funções de vedação de excesso e vedação de insuficiência)³³, as seguintes questões deveriam ter sido igualmente postas e resolvidas: (i) em termos de adequação, dentre as formas de proteção à liberdade de cultos, adotou o Poder Público a mais apta à realização do direito?; (ii) em termos de suficiência, dentre as formas de proteção à liberdade de cultos, adotou o Poder Público a medida suficiente à satisfação da proteção necessária?; (iii) em termos de proporcionalidade em sentido estrito, é proporcional a

33 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 3ª reimp. Coimbra: Almedina, 2012. p. 70.

relação de proteção entre as medidas adotadas para a satisfação da liberdade de cultos em comparação com as adotadas para a satisfação do direito à saúde e à vida?³⁴

Em termos mais concretos, deveria o Tribunal ter questionado se as medidas restritivas vergastadas ainda assim permitiam a promoção da liberdade de cultos (e de um ponto de vista mais amplo, do próprio direito à liberdade religiosa) ou se nenhuma parcela desta se quedava exercitável após a respectiva compressão. Questão relevante, dentre outras, seria, por exemplo, se a toda e qualquer confissão ou comunidade religiosa seria possível, dada a necessidade de meios materiais para tanto, a realização de cultos religiosos na modalidade on-line, o que decerto envolveria a problemática da igualdade; e até que ponto a capacidade financeira de coletivos religiosos, dada a dependência da doação por parte dos fiéis nos cultos, seria afetada em razão da vedação da realização de cultos e reuniões presenciais.

Vê-se, aqui, portanto, um relevante aspecto teórico-dogmático olvidado.

3.2.3. Laicidade estatal: por quê?

O argumento de violação à laicidade estatal foi manejado nas razões oferecidas pelos requerentes das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental 701, 810 e 811, pelo qual sustentaram que os decretos executivos que proibiram temporariamente a realização de cultos e reuniões de caráter religioso na modalidade presencial promoveram a indevida intervenção do Estado em assuntos de cunho religioso.

Nesse ponto, há que se questionar: é, de fato, o argumento da laicidade estatal relevante para o equacionamento da problemática constitucional posta? Em simples resposta, não.

Tal qual cediço, e de um ponto de vista formal, a laicidade estatal implica numa “parede de separação” (*wall of se-*

34 Sobre a aplicação da proporcionalidade pela perspectiva do parâmetro da vedação de insuficiência, cfr. MAYER, Matthias. *Untermaß, Übermaß...*, op. cit. pp. 154-155.

paration)³⁵ entre Estado e Religião. Aliás, essa é a concepção albergada pela Constituição de 1988 (art. 19, I), na esteira da cláusula de estabelecimento (*establishment clause*) constante da 1ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América. Entretanto, tal não implica em uma vedação ao Estado no que tange à regulação do fenômeno religioso, mormente naquilo que concerne à necessidade de compatibilização para com os demais direitos, bens, valores e interesses jurídico-constitucionais. Para tanto, o art. 5º, VI, CRFB/1988 é manifesto ao submeter o exercício da liberdade de cultos à reserva legal (*lato sensu*), justamente para possibilitar ao Poder Público a sua adequada, necessária e proporcional, em sentido estrito, harmonização no contexto do tráfego jurídico-constitucional de direitos, bens, valores e interesses.

No que tange à problemática constitucional posta a controle no âmbito daquelas Arguições, as medidas restritivas vergastadas – tenham sido proporcionais ou não – representam produtos de operação de balanceamento de pretensões jusfundamentais conflitantes, quais sejam, de um lado, o direito à saúde e o direito à vida, e de outro, o direito fundamental à liberdade religiosa no aspecto do exercício da liberdade de cultos. A proibição temporária, por parte do Poder Público, quanto à realização de cultos e reuniões presenciais de caráter religioso não implica, à guisa do art. 19, I, CRFB/1988, em embaraço, subvenção e/ou manutenção de relação de dependência ou aliança para com as confissões, comunidades e coletivos religiosos.

A título meramente argumentativo, bastar-se-ia aplicar o parâmetro trifásico de controle do *Lemon Test*³⁶, desenvolvido pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, para se verificar a ausência de violação à cláusula de estabelecimento, senão vejamos: (i) carecem as medidas restritivas de caráter secular?; (ii) possuem aquelas medidas restritivas o objetivo de en-

35 KRAMNICK Isaac; MORRE, R. Laurence. *The Godless Constitution: a moral defense of the secular state*. New York: W. W. Norton & Company, 2005. pp. 88 e ss.

36 *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971). Cfr., nesse sentido, MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa...*, op. cit. pp. 315 e ss.

dosso a alguma religião?; (iii) promovem aquelas medidas um envolvimento excessivo entre Estado e Religião?

Decerto que a todos os questionamentos acima impende a resposta negativa: (i) nenhuma das medidas restritivas tinha por subjacente um caráter religioso; (ii) nenhuma das medidas restritivas promoveu, do ponto de vista formal ou substancial, determinada confissão, movimento ou comunidade religiosa; (iii) nenhuma das medidas restritivas promoveu o envolvimento substantivo entre Estado e Religião. Pelo contrário, todas as medidas buscavam um objetivo inteiramente secular, qual seja, a proteção do direito à saúde e do direito à vida, proibindo, para tanto, temporariamente, a realização de cultos e reuniões presenciais de caráter religioso sem que houvesse qualquer distinção nominal.

Dessarte, carece de qualquer sentido o argumento da laicidade na problemática constitucional em questão.

4. APONTAMENTOS CONCLUSIVOS

À guisa de apontamentos de fecho, e à luz das razões expostas, apresentam-se as seguintes ilações:

(i) A liberdade de cultos, por se tratar de aspecto jusfundamental inerente à dimensão externa (*forum externum*) do direito fundamental à liberdade religiosa, se encontra sujeita ao livre tráfego de direitos, valores, bens e interesses protegidos ao nível jurídico-constitucional, carecendo, portanto, de balanceamento (ponderação) para fins de harmonização, daí sendo possível a oposição de restrições pelo Poder Público;

(ii) Uma vez integrada ao fluxo dinâmico de ponderação para fins de concordância prática, não foge a liberdade de cultos à proteção relativa ofertada pela proporcionalidade, mormente através da aplicação do parâmetro da vedação de excesso. Nesses termos, não há que se falar em proteção a um “núcleo” essencial (garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais), razão pela qual carece de qualquer sentido a sua discussão;

(iii) Do ponto de vista procedimental, a exemplo da insegurança jurídica engendrada pela divergência na compreensão do conceito de “entidade de classe” e de “associação” para fins de legitimidade a encetar controle concentrado perante o Tribunal, bem como naquilo que concerne ao reconhecimento das condições para o manejo da distribuição por prevenção a concretizar a compatibilidade da jurisdição do Tribunal à unidade e sistematicidade do ordenamento jurídico-constitucional, torna-se indispensável ao Supremo Tribunal Federal rever a sua jurisprudência a fim de assentar balizas formais e materiais mais sólidas a evitar desvios de racionalidade capazes de drenar a sua própria legitimidade e de suas decisões;

(iv) Em termos de aplicação da proporcionalidade, impende ao Tribunal o ônus de consubstanciação da concreta racionalidade que àquela operação deve subjazer. Em especial, no âmbito da ADPF 701 e da ADPF 811, limitou-se o Tribunal a um mero apontamento de generalidades. Ainda, deslocou a força do controle de legitimação integralmente para o aspecto das circunstâncias de fato, olvidando a imperiosidade quanto ao delineamento das operações concretas de balanceamento entre as pretensões jusfundamentais imbricadas na hipótese;

(v) Para além do controle de excesso, olvidou igualmente o Tribunal em perquirir a proporcionalidade pelo parâmetro da vedação de insuficiência. A liberdade de cultos integra um *cluster right* (direito fundamental à liberdade religiosa) de pretensões cuja proteção não se esgota numa função estatal de abstenção, senão exige uma atuação de caráter prestacional para fins de sua promoção, desenvolvimento e proteção. Como um aspecto esquecido, o Tribunal deveria ter questionado até que ponto medidas de restrição à liberdade de cultos, tais como as vergastadas, ainda permitiam uma proteção constitucionalmente suficiente do direito fundamental à liberdade religiosa;

(vi) Por último, tal e qual a questão da garantia do conteúdo essencial, o argumento da laicidade estatal carece de qualquer sentido na problemática constitucional posta. Regular o fenômeno re-

ligioso para fins de promover a sua acomodação no dinâmico tráfego de direito, valores, bens e interesses jurídico-constitucionais, em especial no contexto de colisão para com os direitos à saúde e à vida, não implica em qualquer ato estatal de promoção, endosso ou embaraço a comunidades, confissões e coletivos religiosos.

REFERÊNCIAS

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 3ª ed. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2018.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 3ª reimp. Coimbra: Almedina, 2012.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Mikunda-Franco. 1ª ed., 2ª reimp. Madrid: Tecnos, 2002.

KRAMNICK Isaac; MORRE, R. Laurence. *The Godless Constitution: a moral defense of the secular state*. New York: W. W. Norton & Company, 2005.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes Machado. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MAYER, Matthias. *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie: Die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Grundrechtbereich*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2005.

PAGELS, Carsten. *Schutz- und förderpflichtrechtliche Aspekte der Religionsfreiheit: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung eines speziellen Freiheitsrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCHNEIDER, Ludwig. *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG*. Berlin: Duncker & Humblot, 1983.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SOUZA, Rodrigo Lobato Oliveira de. *Liberdade Religiosa: Direito Fundamental numa Sociedade Democrática e Pluralista*. 18.09.2019. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Autónoma de Lisboa. Lisboa, 18.09.2019.

UNRUH, Peter. *Religionsverfassungsrecht*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2015.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.