

# Uma análise comparativa das Leis de Restauração da Liberdade Religiosa – LRLR Federal (1993) e do Estado de Indiana no sistema legal dos Estados Unidos e do Brasil

*Liliane Keyko Hioki*

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

## 1. O Direito de liberdade nos sistemas jurídicos norte-americano e brasileiro

A democracia<sup>1</sup> é um dogma na sociedade norte-americana, tanto que à época da formação dos Estados Unidos os *Fundadores*<sup>2</sup> buscaram resguardar os princípios e os fundamentos daquele regime, entre os quais se destaca, para o tema que se enfrentará, o direito de liberdade, que foi posto de forma destacada no preâmbulo da Constituição daquele país:

---

<sup>1</sup> O constitucionalista, mestre e professor brasileiro José Afonso da Silva, em sua obra *Curso de Direito Constitucional Positivo* (24. ed., Malheiros, 2005, p. 129 e ss.), diz que “a doutrina afirma que a democracia repousa sobre três princípios fundamentais: o princípio da maioria, o princípio da igualdade e o princípio da liberdade. Aristóteles já dizia que a democracia é o governo onde domina o número, isto é, a maioria, mas também disse que a alma da democracia consiste na liberdade, sendo todos iguais. [...] Aristóteles, como se nota, não chega a declarar que a igualdade e a liberdade sejam princípios da democracia. Coloca-as, acertadamente, como fundamentos (valores) dela; ressalve-se, contudo, que essa democracia do Estagirista só se destinava aos homens livres, a uma minoria, porque o povo, então, era tão-só essa minoria. [...] A democracia, em verdade, repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe dão a essência conceitual: (a) o da soberania popular, [...]; (b) a participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular; [...] Igualdade e liberdade, também, não são princípios, mas valores democráticos, no sentido de que a democracia constitui instrumento de sua realização no plano prático. A igualdade é o valor fundante da democracia, não a igualdade formal, mas a substancial. [...] É o valor fundante porque, sem sua efetiva realização, os demais não se verificarão. [...]”.

<sup>2</sup> Os “*Founding Fathers*” são aqui identificados como aqueles que se reuniram, no Estado da Filadélfia, para elaborar e estabelecer a Constituição dos Estados Unidos da América na denominada *Constitutional Convention*. Há conceitos mais amplos que incluem outras personalidades da história norte-americana que tenham contribuído para a formação daquele país e de seus dogmas e outros (conceitos) que os identificam a outras personalidades relacionadas à declaração de independência do país ou aqueles que subscreveram os *Articles of Confederation* ou ainda os *Federalist Papers*.

We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.<sup>3</sup>

(“Nós o Povo dos Estados Unidos, com o Objetivo de formar a mais perfeita União, estabelecer a Justiça, garantir a Tranquilidade doméstica, prover a defesa comum, promover o Bem-Estar geral, e assegurar as Bênçãos da Liberdade para nós e nossa Posteridade, ordenamos e estabelecemos essa Constituição para os Estados Unidos da América”). (tradução livre)

É certo que àquela época<sup>4</sup>, a maioria dos direitos garantidos tinha por destinatária uma restrita parcela da população: aqueles com direito a voto, quais sejam, os homens, brancos e que possuíssem patrimônio, excluindo-se os nativos – índios –, os negros, os estrangeiros, as mulheres, os jovens e os pobres. Somente com as emendas constitucionais XIV, XV, XIX, XXIV e XXVI, os direitos foram estendidos aos excluídos.

Sobre esse tema, invoco as lições do professor da Universidade de Yale, Akhil Reed Amar, expostas na obra *America's Constitution: a biography*<sup>5</sup> (Constituição Americana: uma Biografia):

<sup>3</sup> Preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos da América na versão original subscrita pelos representantes dos 13 Estados (ex-colônias) que inicialmente formaram os EUA. Texto extraído do livro “America's Constitution: a biography”, Akhil Reed Amar. Appendix, versão digital, loc. 9557 de 13701.

<sup>4</sup> A proposta elaborada pelos fundadores do Estado Americano e que se tornaria a Constituição do país foi publicada pela primeira vez em 17/09/1787 no “*The Pennsylvania Packet, and Daily*”. Em 1788, o projeto foi ratificado por onze Estados (*Delaware, Pennsylvania, New Jersey, Georgia, Connecticut, Massachusetts, Maryland, South Carolina, New Hampshire e New York*. *North Carolina e Rhode Island* ratificaram o documento em 1789 e 1790, respectivamente). Fonte: AMAR, Akhil Reed, op. cit., loc. 107 e 133 de 13701.

<sup>5</sup> Versão digital no original assim redigida: “[...] *From a twenty-first-century perspective, the idea that the Constitution was truly established by “the People” might seem a bad joke. What about slaves and freeborn women?*

*The question is particularly pointed in modern America because it reflects more than some purely subjective or theoretical definition of democracy. Rather, the sensibility underlying the question is itself a constitutional sensibility, informed by the very vision of democracy embodied in the United States Constitution. The Constitution as amended, that is. Later generations of the American people have surged through the Preamble's portal and widened its gate. Like constitutions, amendments are not just words but deeds [...].*

[...] Em uma perspectiva do século vinte e um, a ideia que a Constituição foi realmente estabelecida pelo Povo pode parecer uma piada de mau gosto. E os escravos e as mulheres livres?

A questão é particularmente relevante na América moderna porque ela reflete mais que uma definição puramente subjetiva ou teórica de democracia. Em verdade, a reação causada por essa questão deve envolver a sua análise constitucional, dada pela própria visão de democracia incrustada na Constituição dos Estados Unidos. A Constituição emendada, na verdade. As novas gerações do povo americano têm ampliado os limites do que foi estabelecido no Preâmbulo. Como as constituições, as emendas não são apenas palavras, mas compromissos assumidos [...].

[...] as emendas americanas incluíram muitos dos grupos excluídos inicialmente pelos Fundadores. No período da Guerra Civil, Nós o Povo abolimos a escravidão na Décima-Terceira Emenda, prometemos iguais direitos de cidadania a todos os americanos na Décima-Quarta Emenda, e estendemos o direito de voto aos homens negros na Décima-Quinta Emenda. Meio século depois, Nós garantimos o direito de sufrágio feminino na Décima-Nona Emenda, e durante os últimos movimentos dos direitos civis, Nós liberamos o processo de eleições federais do prévio pagamento de taxas e asseguramos o voto aos jovens adultos na Vigésima-Quarta e Vigésima-Sexta Emendas, respectivamente. [...].

De todo modo, considerando a época, as garantias erigidas na Constituição Americana foram um grande avanço para a sociedade mundial, tomada por normas pouco democráticas, características dos estados totalitários então dominantes, e influenciaram outros povos a adotarem semelhantes provisões.

---

*[...] America's amendments have included many of the groups initially excluded at the Founding. In the wake of the Civil War, We the People abolished slavery in the Thirteenth Amendment, promised equal citizenship to all Americans in the Fourteenth Amendment, and extended the vote to black men in the Fifteenth Amendment. A half-century later, We guaranteed the right of woman suffrage in the Nineteenth Amendment, and during a still later civil-rights movement, We freed the federal election process from poll taxes and secured votes for young adults in the Twenty-fourth and Twenty-sixth Amendments, respectively. [...]* - loc. 370/389 de 13701.

Verdade que o texto original da Constituição Americana é formado, além do preâmbulo, por singelos sete artigos e traça basicamente as regras da estruturação do Estado Americano; pouco diz sobre os direitos individuais das pessoas, que vieram efetivados com as emendas constitucionais<sup>6</sup> promulgadas posteriormente, em especial as dez primeiras, conhecidas como “*Bill of Rights*”. São nelas, portanto, que se estabeleceram os direitos fundamentais, com especial destaque para o direito de liberdade.

Todavia, os direitos e garantias fundamentais, como postos na Bill of Rights, tinham campo de atuação restrito, porquanto protegiam as pessoas apenas contra atos do governo federal (“*Congress shall make no law*”); com a Décima-Quarta Emenda é que os Estados foram incluídos como sujeitos passivos das normas, com a adoção da denominada “doutrina da incorporação”.<sup>7</sup>

Pois bem.

A Primeira e a Décima-Quarta Emendas estabelecem, respectivamente:

O Congresso não promulgará leis que estabeleçam uma determinada religião, ou que proíbam o livre exercício religioso; ou que restrinjam a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito das pessoas de reunirem-se pacificamente e de exigir do Governo reparação por abusos cometidos.<sup>8</sup>

e

<sup>6</sup> No total de vinte e sete até 2016.

<sup>7</sup> Akhil Reed Amar, vez outra, diz: “*Let’s begin with what lawyers call the “incorporation” doctrine: the firmly settled judicial principle that the Fourteenth Amendment should be construed to “incorporate” – to apply – almost all of the provisions of the Bill of Rights against states. As we have seen, the First Congress designed the Bill safeguarded freedom of religion and expression, the right to keep and bear arms, entitlements to grand and petit juries, and so on, against violation by federal officials, but did not expressly guarantee any of these rights and freedoms against state officials. The First Amendment explicitly spoke of limiting “Congress”, while the rest of the Bill was understood in the 1790s as a constraint on federal officials. For instance, when the Fifth Amendment said that “no person shall be ... deprived of life, liberty, or property, without due process of law”, the clear meaning to contemporaries was that no person could be so deprived by federal government.*”. Op. cit., loc. 7699 de 13701.

<sup>8</sup> Amendment I (1791): Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos da América e submetidas à sua jurisdição (americana) são cidadãos dos Estados Unidos da América e do Estado em que residam. **Nenhum Estado promulgará ou exigirá a obediência de leis que possam limitar as prerrogativas e as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; tampouco os Estados poderão privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, propriedade, sem o devido processo legal; também não poderão negar a qualquer pessoa que esteja em sua jurisdição a igual proteção da lei.**<sup>9</sup>

A leitura desses textos legais demonstra que o direito de liberdade, em suas mais variadas vertentes, é a regra e sua restrição, quando e se aceita, ocorre em situações excepcionais e devidamente justificadas, não se permitindo que a limitação seja feita *a priori* por lei. Corrobora essa afirmativa diversas decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos, como exemplo, *Texas v. Johnson* (491 US 397 – 1989); *Reno, Attorney General of The United States et al. v. American Civil Liberties Union et al.* (521 US 844 – 1997); *Sherbert v. Verner et al., Members of South Carolina Employment Security Commission et al.* (374 US 398 – 1963); *Harris, Secretary of Health and Human Services v. McRae et al.* (448 US 297 – 1980); *Amalgamated Food Employees Union Local 590 et al. v. Logan Valley Plaza, Inc. et al.* (391 US 308 – 1968); *Stromberg v. California* (283 US 359 – 1931); *Lovell v. City of Griffin* (303 US 444 – 1938).

Em um precedente específico (*United States v. Carolene Products Co.* – 304 US 144, 1938, 153, nota 4), a Corte reconheceu que determinados direitos têm um *status* constitucional diferenciado e que a presunção de constitucionalidade que é dada às leis pode ser restringida quando elas – leis – estão diretamente no campo proibitivo imposto na Constituição, como das dez primeiras emendas. Os direitos constitucionais incluídos na *Bill of Rights* têm prevalência sobre qualquer outro

---

<sup>9</sup> Amendment XIV (1868): Section 1. All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. (grifei).

direito e esta preferência deve ser efetivada por meio de uma análise judicial bastante criteriosa nas tentativas do governo de os controlar.<sup>10</sup>

Vê-se que o ordenamento jurídico norte-americano dá primazia às liberdades dos indivíduos em relação a leis que buscam restringi-las, sem qualquer justificativa aceitável, afinal, apenas em situações excepcionalíssimas permite-se a restrição delas (liberdades).

No sistema jurídico brasileiro vigente, o direito de liberdade é garantido a nível constitucional e está previsto tanto como objetivo fundamental do país (artigo 3º, I, da CF<sup>11</sup>) assim como no título que trata dos direitos e garantias fundamentais<sup>12</sup>, mais especificamente no artigo 5º, *caput* e inciso II, da Constituição Federal de 1988<sup>13</sup>.

Analisando esse tema, José Afonso da Silva<sup>14</sup> diz que

[...] O texto constitucional supra, ao contrário, prevê a **liberdade de fazer, a liberdade de atuar ou liberdade de agir**, como princípio. Vale dizer, o princípio é o de que **todos têm a liberdade de fazer e de não fazer o que bem entender**, salvo quando a lei determine em contrário. A extensão dessa liberdade fica, ainda, na dependência do que se entende por lei. Como vimos, a liberdade não é incompatível com um sistema coativo, e até

<sup>10</sup> FEINMAN, Jay M. Law 101: everything you need to know about american law. Versão digital. p. 64. *“One of the most important principles of constitutional law was established, bizarrely enough, in a footnote of a Supreme Court opinion. Chief Justice Harlan Stone’s opinion in United States v. Carolene Products Co. (1938) included the now legendary footnote 4, asserting a special constitutional status for certain rights. Footnote 4 stated that the presumption of constitutionality that the Court ordinarily gives to legislation may have a narrower scope “when legislation appears on its face to be within specific prohibition of the Constitution such as those of the first ten amendments”. Constitutional rights within the Bill of Rights, including freedom of speech, therefore, were given a “preferred position” over other rights. This preferred position is to be effectuated through “more exacting judicial scrutiny” of government attempts to control speech, and that is exactly what has occurred in the area of protected speech.”*

<sup>11</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

<sup>12</sup> Não se entrará aqui no debate conceitual dos direitos fundamentais, se direitos naturais, direitos humanos, direitos dos homens, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas ou direitos fundamentais do homem. Sobre o tema remeto a José Afonso da Silva, op. cit., p. 175-179.

<sup>13</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

<sup>14</sup> Op. cit., p. 235-236.

se pode acrescentar que ela pressupõe um sistema dessa ordem, traduzido no ordenamento jurídico. A questão está na legitimidade do sistema coativo, do ordenamento jurídico. Desde que a lei, que obrigue a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, seja legítima, isto é, provenha de um legislativo formado mediante consentimento popular e seja formada segundo processo estabelecido em constituição emanada também da soberania do povo, a liberdade não será prejudicada. Nesse caso, os limites a ela opostos pela lei são legítimos. A Constituição, em vigor, preenche as condições de legitimidade para embasar uma lei legítima, desde que se harmonize com ela. O art. 5º, II, em análise, revela duas dimensões. Uma muito clara e explícita, que consubstancia o **princípio da legalidade** [...]. Outra, nem sempre considerada pela doutrina, que é essa regra de direito fundamental, de liberdade de ação, que estamos estudando. Por isso, esse dispositivo é um dos mais importantes do direito constitucional brasileiro, porque, além de conter a previsão da **liberdade de ação** (liberdade-base das demais), confere fundamento jurídico às liberdades individuais e correlaciona liberdade e legalidade. Dele se extrai a ideia de que a liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por **normas jurídicas preceptivas** (que impõem uma conduta positiva) ou **proibitiva** (que impõem uma abstenção), provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição. Quer dizer: a **liberdade só pode ser condicionada por um sistema da legalidade legítima**. O grande Pimenta Bueno já dizia no século passado que “a liberdade não é pois exceção, é sim a regra geral, o princípio absoluto, o Direito positivo; a proibição, a restrição, isso sim é que são as exceções, e que por isso mesmo precisam ser provadas, achar-se expressamente pronunciadas pela lei, e não por modo duvidoso, sim formal, positivo; tudo o mais é sofisma. “Em dúvida [conclui] prevalece a liberdade, porque é o direito, que não se restringe por suposições ou arbítrio, que vigora, porque é **facultas ejus, quod facere licet, nisi quid jure prohibet**”.

Sem entrar em minúcias, porque esse não é o escopo deste estudo, todas as Constituições Republicanas Brasileiras previram, em maior ou menor amplitude, a garantia dos direitos individuais da pessoa, em que se inclui a liberdade, o que, à evidência, não implicou na efetivação dessas previsões, como exemplo, a Constituição de 1937 outorgada pelo então Presidente da República Getúlio Vargas e a Constituição de 1967 e sua Emenda Constitucional 1, agravada após o Ato Institucional 5.<sup>15</sup>

Na atual norma, como visto, o direito de liberdade conta com proteção ampla e irrestrita, porém, restringível, eis que aqui se permite a limitação por meio de lei, o que é repellido pelo sistema americano.

## 2. A liberdade de expressão e a liberdade de expressar a fé: extensão e limitações. Sistemas norte-americano e brasileiro

A Primeira e a Décima-Quarta Emendas da Constituição dos Estados Unidos protegem a liberdade de expressão, restringindo o poder federal e estadual de proibir ou de limitar sua abrangência por meio de leis. Assim, o Poder Público, em regra, não a pode restringir previamente ou limitar seu conteúdo, exceto se (i) comprovar um interesse público imperativo; (ii) se se utilizar do modo menos restritivo para limitar aquela liberdade e (iii) não regulamentar a restrição de forma muito vaga ou excessivamente ampla, agindo sempre de modo neutro, ou seja, sem favorecer ou prejudicar um ponto de vista ou outro.<sup>16</sup>

A liberdade de expressar a fé, por seu turno, e ainda no sistema americano, é uma das mais importantes liberdades, sendo protegida, além da Primeira Emenda, no artigo VI da Constituição. Abrange o livre exercício da fé (“*free exercise clause*”) e a proibição de se impor uma religião oficial (“*establishment clause*”), bem como de se condicionar o ingresso ao serviço público à determinada religião.

<sup>15</sup> Aqui também para melhor análise do tema José Afonso da Silva, op. cit., p. 77-90 e 170-172.

<sup>16</sup> FEINMAN, Jay M., op. cit., p. 61 e ss., versão digital: “*The preferred position of free speech restricts the power of state and federal governments to prohibit or limit constitutionally protected speech in a number of ways. First, the government generally may not impose prior restraints on speech; that is, it may not prohibit speech in advance, even where it constitutionally could punish the speaker after the fact. Second, it may not limit speech based on its content. Third, the government may limit speech based on its content. Third, the government may limit the time, place and manner of speech, but only in case in which it has a compelling interest in doing so, adopts the least restrictive means of limiting the speech, and does so by a regulation that is neither too vague nor overly broad. [...] government regulation of speech must be content-neutral. That is, the government may not favor or disfavor the expression of one point of view over another [...].*”

No Brasil, a liberdade de expressão também é constitucionalmente protegida e é considerada uma espécie de liberdade de pensamento.

Mais uma vez, sobre o tema, José Afonso da Silva<sup>17</sup>, “A liberdade de pensamento – segundo Sampaio Dória – ‘é o direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte, ou o que for’”. Trata-se de liberdade de conteúdo intelectual e supõe o contacto do indivíduo com seus semelhantes, pela qual “o homem tenda, por exemplo, a participar a outros suas crenças, seus conhecimentos, sua concepção do mundo, suas opiniões políticas ou religiosas, seus trabalhos científicos”.

Nesses termos, ela se caracteriza como exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente. É que, no seu sentido interno, como pura consciência, como pura crença, mera opinião, a liberdade de pensamento é plenamente reconhecida, mas não cria problema maior. Pimenta Bueno já dizia que a “liberdade de pensamento em si mesmo, enquanto o homem não manifesta exteriormente, enquanto o não comunica, está fora de todo poder social, até então é de domínio somente do próprio homem, de sua inteligência e de Deus”.

(...) De certo modo esta – liberdade de opinião – resume a própria liberdade de pensamento em suas várias formas de expressão. Por isso é que a doutrina a chama de liberdade **primária** e ponto de partida das outras. Trata-se da liberdade do indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro.

A Constituição a reconhece nessas duas dimensões. Como pensamento íntimo, prevê a **liberdade de consciência e de crença**, que declara inviolável (art. 5º, VI), como a de **crença religiosa e de convicção filosófica ou política** (art. 5º, VIII). Isso significa que todos têm o direito de aderir a qualquer crença religiosa como o de recusar qualquer delas, adotando o ateísmo, e inclusive o direito de criar a sua própria religião, bem assim o de seguir qualquer corrente filosófica, científica ou política ou de não seguir nenhuma, encampando o ceticismo.

Da liberdade de consciência, de crença religiosa e de convicção filosófica deriva o direito individual de **escusa de consciência**, ou seja, o direito de recusar prestar determinadas imposições que contrariem as convicções religiosas ou filosóficas do interessado. (...) Reconhece-se o

<sup>17</sup> Op. cit., p. 241-243.

direito da **escusa ou imperativo de consciência**, mas a lei pode impor ao recusante prestação alternativa, que, por certo, há de ser compatível com suas convicções. Há, assim, a liberdade de escusa, como um direito individual reconhecido mediante norma de eficácia contida, contenção esta que só se concretiza por meio da referida lei restritiva, que fixe prestação alternativa. A prestação alternativa é que constitui a sanção, constitucionalmente prevista, para a escusa de consciência considerada nesse dispositivo. Mas se o titular do direito de escusa recusar também a prestação alternativa, é que ficará sujeito a qualquer penalidade estatuída na lei referida no artigo ora em comento.

(...) Como **aspecto externo** (a outra dimensão mencionada), a liberdade de opinião se exterioriza pelo exercício das liberdades de comunicação, de religião, de expressão intelectual, artística, científica e cultural e de transmissão e recepção do conhecimento (...)."

Desse modo, a liberdade de religião, como exteriorização da liberdade de opinião, é protegida no sistema jurídico pátrio e, a exemplo do sistema norte americano, proíbe-se aos entes federados "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" (artigo 19, I).<sup>18</sup> Assim, tanto lá como cá há expressa e impositiva separação entre Estado e Igreja.

Protege-se, ainda, a liberdade de crença, possibilitando a livre escolha ou modificação de religião, a liberdade de não aderir a quaisquer delas, escolhendo o ateísmo ou exprimindo o agnosticismo, a liberdade de culto e de estabelecimento e organização de entidades religiosas. Há, finalmente, a proteção à assistência religiosa, o ensino religioso em escolas públicas, de matrícula facultativa (artigo 210, § 1º) e a validação do casamento religioso, nos termos da lei.

Nessa seara, portanto, pode-se verificar que ambos os sistemas jurídicos dão corpo à plena liberdade de expressão e de crença, permitindo seu exercício, em regra, de modo irrestrito, impossibilitando-se a intromissão estatal na livre escolha do indivíduo e impedindo o estabelecimento de uma religião oficial. Há, porém, algumas diferenças entre os sistemas, tais quais, a força que se dá, no sistema brasileiro, ao casamento religioso; a imposição de ensino religioso em escolas

---

<sup>18</sup> Essa separação foi adotada pelo Constituinte de 1988, em continuidade àquilo que vinha sendo adotado no país desde a primeira constituição republicana, todavia, épocas pretéritas, na Constituição do Império, era estabelecida a religião Católica Apostólica Romana como a religião do Império.

públicas, embora de matrícula facultativa, que não se prevê no sistema alienígena e, o que mais interessa ao escopo deste trabalho, a escusa de consciência do sistema pátrio em contraposição aos atos de restauração da liberdade de religião.

### 3. Escusa de consciência e efetividade da liberdade de religião e de crença

Como visto alhures, no sistema brasileiro é prevista a escusa de consciência como modo de se garantir plenamente a liberdade de religião e/ou de crença (ou seu exercício). Por esse instituto, a pessoa que invoca uma crença religiosa ou uma convicção filosófica ou política, para eximir-se de obrigação legal, somente será privada de seu direito se se recusar cumprir prestação alternativa fixada em lei.

Tratando-se de norma de eficácia contida<sup>19</sup> que regula uma liberdade individual, o exercício dessa liberdade não demanda lei; ao reverso, a restrição é que será normatizada.

Mas será que essa imposição não limita, na essência, o direito de crença?

No sistema brasileiro, em regra, não; afinal, enquanto não promulgada a lei que imponha a obrigação alternativa, o indivíduo não sofrerá qualquer sanção ou restrição de seu direito, ainda que não cumpra a obrigação legal premido por crença religiosa/convicção política ou filosófica. Todavia, deve-se ter cautela com esse instituto porque o excesso pode inviabilizar o exercício que se pretende garantir, porque

[...] tudo isso constitui modos de restrições das liberdades, que, no entanto, esbarram no princípio de que é a liberdade, o direito, que deve prevalecer, não podendo ser extirpado por via da atuação do Poder Legislativo nem do poder de polícia. Este

---

<sup>19</sup> José Afonso da Silva, op. cit., p. 268, diz “Algumas normas podem caracterizar-se como de eficácia contida, mas sempre de aplicabilidade direta e imediata, caso em que a previsão de lei não significa que desta dependem sua eficácia e aplicabilidade, visto que tal lei não se destina a integrar-lhe a eficácia (que já tem amplamente), mas visa restringir-lhes a plenitude desta, regulando os direitos subjetivos que delas decorrem para os indivíduos ou grupos. Enquanto o legislador, neste caso, não produzir a normatividade restritiva, sua eficácia será plena”.

é, sem dúvida, um sistema importante de limitação de direitos individuais, mas só tem cabimento na extensão requerida pelo bem-estar social. Fora daí é arbítrio.<sup>20</sup>

Ocorre que a jurisprudência pátria titubeia nessa questão, assumindo, por vezes, entendimento contrário ao da plena liberdade de crença/religião se inexistente lei que preveja a obrigação alternativa, tanto assim que o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso em Mandado de Segurança no 37070/SP reconheceu **excepcionalmente** o direito do impetrante, matriculado em entidade de ensino, a frequentar as aulas em dia alternativo ao “dia sabático”, escorando a decisão no artigo 5º, VI e VIII da CF e principalmente na Lei Paulista nº 12.142/05, sem o grifo no original:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EDUCAÇÃO E RELIGIÃO. MEMBRO DA IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. PERÍODO DE GUARDA RELIGIOSA. LEI N. 12.142/2005, DO ESTADO DE SÃO PAULO. OPORTUNIZAÇÃO DE ALTERNATIVA À FREQUÊNCIA ÀS AULAS DE SEXTAS-FEIRAS. 1. A relação que existe entre a pessoa e a igreja que profetiza a crença que elegeu não cria qualquer obrigação para terceiros, razão pela qual não há falar que a qualidade de membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia, por si só, confira direito líquido e certo do aluno de não participar das aulas, durante o período de guarda religiosa. 2. Recurso ordinário provido. (RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA No 37.070 - SP, RELATOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, j. em 25 de fevereiro de 2014).

[...] A liberdade de crença prevista no inciso VI do art. 5º da Constituição Federal, bem como a previsão de proteção a liturgias religiosas, não induzem à conclusão de que os contratos privados, em que os contratantes acordaram com seus termos, deva ser cumprido de outro modo que não aquele pactuado, salvo comando legal específico em sentido contrário.

<sup>20</sup> José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 269.

É que, à luz dos artigos 5º, inciso II, 207 e 209 da Constituição Federal, **sem que a lei imponha uma obrigação, não se pode entender que a Instituição de Ensino está obrigada à alteração da grade horária, do currículo de matérias ou atividades acadêmicas em razão de o aluno estar vinculado a determinada religião.**

**A relação que existe entre a pessoa e a igreja que profetiza a crença que eleger não cria qualquer obrigação para terceiros, razão pela qual não há falar que a qualidade de membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia, por si só, confira direito líquido e certo do aluno de não participar das aulas.**

Mutatis mutandis, convém consignar que o Superior Tribunal de Justiça não tem admitido a invocação da liberdade de crença para o fim de assegurar tratamento diferenciado; vide:

O direito à liberdade de crença, assegurado pela Constituição da República, não pode almejar criar situações que importem tratamento diferenciado - seja de favoritismo seja de perseguição - em relação a outros candidatos de concurso público que não professam a mesma crença religiosa (RMS 22.825/RO, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 13/08/2007).

O indeferimento do pedido de realização das provas discursivas, fora da data e horário previamente designados, não contraria o disposto nos incisos VI e VIII, do art. 5º, da CR/88, pois a Administração não pode criar, depois de publicado o edital, critérios de avaliação discriminada, seja de favoritismo ou de perseguição, entre os candidatos (RMS 16.107/PA, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, DJ 01/08/2005).

No caso dos autos, porém, deve-se destacar que a pretensão mandamental ainda se apóia na Lei Estadual n. 12.142/2005 [...]

[...] Como se observa, a Lei Estadual n. 12.142/2005 determina que as instituições de ensino superior, públicas e privadas, oportunizem àqueles que alegarem o “período de guarda religiosa” dias alternativos para a realização de provas, bem como mecanismo de compensação de faltas.

Todavia, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, embora tenha feito menção à lei, sem qualquer fundamento, não fez cumprir seu comando normativo. E, até o momento, não há notícia de que o Supremo Tribunal Federal a tenha julgado inconstitucional, razão pela qual se deve presumi-la constitucional.

A propósito, em razão de o Tribunal de Justiça do Estado de Paulo não ter declarado a inconstitucionalidade da lei, por meio do órgão competente, nota-se que não poderia tê-la desconsiderado ao pretexto da existência de ação direta de inconstitucionalidade.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário para cassar o acórdão recorrido e conceder a segurança, determinando que a autoridade impetrada, nos termos da Lei Estadual nº 12.142/2005, tome as providências administrativas cabíveis para que seja oportunizada ao aluno-impetrante alternativas para fins de presença ou realização de provas, quando estas forem marcadas coincidentemente no período de guarda religiosa.

No e. Tribunal de Justiça de São Paulo encontramos decisões conformes o posicionamento do c. STJ, retro transcrito (Apelação nº 0046302-22.2012.8.26.0114, Campinas, 9ª Câmara de Direito Público, j. em 15/04/2015, rel. Des. José Maria Câmara; Apelação nº 0203502-17.2010.8.26.0000, Araraquara, 3ª Câmara de Direito Público, j. em 11/12/2012, rel. Des. Antonio Carlos Malheiros), assim como contrários àquele (Apelação nº 0003197-24.2012.8.26.0363, Moji Mirim, 11ª Câmara de Direito Público, j. em 01/07/2014, rel. Des. Aroldo Viotti).

Percebe-se, destarte, que doutrinariamente a escusa da consciência é meio eficaz para garantir a plena liberdade de religião e de crença, porém, não o é na jurisprudência.

Analisando a escusa sob a óptica do sistema jurídico norte-americano, por seu turno, poder-se-ia dizer que há restrição ao direito individual, afinal, a regra é imposta indiscriminadamente a todos que invoquem a escusa: não se demonstra o interesse público premente, a ausência de outros meios menos gravosos para se restringir aquela liberdade e a restrição é imposta por lei. Viola-se todas as regras de escrutínio que o sistema norte-americano considera essencial para se

analisar a validade da restrição a direito individual, afinal, a liberdade no sistema americano pode ser exercida inclusive para se escusar do cumprimento de obrigação legal a todos impostas e, se aceita, não há qualquer consequência à pessoa e tampouco a necessidade de cumprimento de obrigação alternativa, como acontece em nosso país.

#### 4. Lei de Restabelecimento da Liberdade de Religião Federal

Se no Estado Brasileiro estabeleceu-se a escusa de consciência como meio de se garantir a plenitude do exercício da liberdade de crença e de religião, no qual o indivíduo deve cumprir obrigação legal imposta pelo Estado para garantir o pleno exercício de seu direito, como visto, no Estado Americano optou-se por método diametralmente oposto, em que se impõe ao Estado a obrigação de demonstrar a necessidade de se restringir o direito individual, mediante o preenchimento de requisitos impostos pela lei.

Todavia, nem sempre assim ocorreu, eis que o reconhecimento ou não da liberdade de crença e de religião era analisado casuisticamente pelas Cortes Americanas, sem critérios claros de quando e como (a liberdade) seria garantida. Essa situação ocasionava decisões aparentemente conflitantes e insegurança jurídica.

No caso *Wisconsin v. Yoder* (406 US 205 – 1972) a Suprema Corte Americana considerou inválida uma determinação do Estado de Wisconsin, que impunha a aplicação da norma de obrigatoriedade de frequência escolar aos Amish, que se recusavam, por motivos religiosos, mandarem seus filhos às escolas. É bem verdade que, naquele caso, além do direito ao livre exercício da religião estava envolvido igualmente o direito dos pais de controle sobre a educação de seus filhos.

Em outro caso, *Sherbert v. Verner* (374 U S 398 – 1963), uma pessoa da Carolina do Sul, que seguia os mandamentos da Igreja Adventista do Sétimo Dia, pleiteou o pagamento de um benefício previsto em norma daquele Estado (“*South Carolina Unemployment Compensation Act*”), uma vez que não conseguia emprego porque sua religião não permitia o trabalho aos sábados, considerado “dia sabático”. De acordo com a norma, os elegíveis aos benefícios eram aquelas pessoas aptas e disponíveis ao trabalho que não tenham obtido sucesso na recolocação no mercado, por um motivo justificável, embora ofertas de empregos tenham sido oferecidas pelo órgão do governo responsável ou por empregadores diretamente. O benefício foi negado pelo Governo,

decisão mantida pela Justiça daquele Estado. A Suprema Corte, porém, entendeu que a decisão proferida pelo Tribunal da Carolina do Sul, à evidência, feria o livre exercício da religião da recorrente. Destaco uma passagem da decisão, porque demonstra a abrangência do direito na sociedade norte-americana:

[...] se o propósito ou o efeito de uma lei é impedir a observação de uma ou de todas as religiões ou é discriminar individualmente religiões, aquela lei é constitucionalmente inválida mesmo se a restrição possa ser caracterizada como sendo apenas indireta. *Braunfeld v. Brown*, *supra*, na linha 607. Aqui não apenas é visível que a declaração de inelegibilidade da apelante ao benefício decorre unicamente do exercício de sua religião, mas a pressão exercida sobre ela de seguir com a prática é inquestionável. A decisão a força escolher entre seguir os preceitos da religião dela e desistir dos benefícios, de um lado, e abandonar um dos preceitos da religião e aceitar trabalho, de outro lado. As imposições governamentais que impliquem em tal escolha impõem o mesmo tipo de restrição ao livre exercício da religião como se fosse imposta uma multa à recorrente por se credo aos sábados. [...].<sup>21</sup>

Note-se que a Corte afastou a decisão do Tribunal local porque entendeu que a exclusão de benefícios a uma pessoa não pode ser baseada na religião (ou seus preceitos) que se siga.

No entanto, no precedente *Employment Div., Dept. of Human Resources of Oregon v. Smith* (494 US 872 – 1990), a Suprema Corte reverteu decisão do Tribunal Superior do Estado de Oregon, que reconheceu o direito de duas pessoas, que seguiam os preceitos da Igreja

---

<sup>21</sup> “[...] For “[i]f the purpose or effect of a law is to impede the observance of one or all religions or is to discriminate invidiously between religions, that law is constitutionally invalid even though the burden may be characterized as being only indirect.” *Braunfeld v. Brown*, *supra*, at 607. Here not only is it apparent that appellant’s declared ineligibility for benefits derives solely from the practice of her religion, but the pressure upon her to forego that practice is unmistakable. The ruling forces her to choose between following the precepts of her religion and forfeiting benefits, on the one hand, and abandoning one of the precepts of her religion in order to accept work, on the other hand. Governmental imposition of such a choice puts the same kind of burden upon the free exercise of religion as would a fine imposed against appellant for her Saturday worship. [...]”.

dos Americanos Nativos (*Native American Church*), de receberem benefício por desemprego. Naquele caso, os indivíduos foram demitidos porque fizeram uso de substância proibida (*peyote*) por lei do Estado, em cerimônia religiosa. O Tribunal local considerou que a negativa do pagamento do benefício feria o direito ao livre exercício de religião. A Suprema Corte, por sua vez, entendeu que o livre exercício da religião não tinha a abrangência pretendida. Afirmou que as decisões da Corte nunca reconheceram o direito de alguém, sob a escusa do livre exercício de religião, de não se submeter a comandos legais válidos emitidos pelos Estados que proibam determinada conduta. Ao reverso, as decisões são exatamente em sentido oposto ao sustentado.

Diante dessas aparentes contradições da Corte, e em resposta direta à decisão proferida no caso *Smith*, o Congresso Americano aprovou a Lei de Restauração de Liberdade Religiosa ou LRLR (*Religious Freedom Restoration Act – RFRA*), no ano de 1993<sup>22,23</sup>, em que foram estabelecidos parâmetros para se analisar se determinado ato é compatível ou não com o livre exercício de religião da pessoa e se este ato viola aquele direito.

<sup>22</sup> Redação original da RFRA de 1993:

SECTION 1. SHORT TITLE.

This Act may be cited as the ‘Religious Freedom Restoration Act of 1993’.

SEC. 2. CONGRESSIONAL FINDINGS AND DECLARATION OF PURPOSES.

(a) FINDINGS- The Congress finds that--

- (1) the framers of the Constitution, recognizing free exercise of religion as an unalienable right, secured its protection in the First Amendment to the Constitution;
- (2) laws ‘neutral’ toward religion may burden religious exercise as surely as laws intended to interfere with religious exercise;
- (3) governments should not substantially burden religious exercise without compelling justification;
- (4) in *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990) the Supreme Court virtually eliminated the requirement that the government justify burdens on religious exercise imposed by laws neutral toward religion; and
- (5) the compelling interest test as set forth in prior Federal court rulings is a workable test for striking sensible balances between religious liberty and competing prior governmental interests.

(b) PURPOSES- The purposes of this Act are--

- (1) to restore the compelling interest test as set forth in *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963) and *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972) and to guarantee its application in all cases where free exercise of religion is substantially burdened; and
- (2) to provide a claim or defense to persons whose religious exercise is substantially burdened by government.

SEC. 3. FREE EXERCISE OF RELIGION PROTECTED.

(a) IN GENERAL- Government shall not substantially burden a person’s exercise of religion even if the burden results from a rule of general applicability, except as provided in subsection (b).

(b) EXCEPTION- Government may substantially burden a person’s exercise of religion only if it demonstrates that application of the burden to the person--

- (1) is in furtherance of a compelling governmental interest; and

O LRLR de 1993 proíbe o Governo Federal de violar substancialmente o exercício de religião de alguém mesmo se esta violação resultar de uma regra de aplicação geral, salvo se o Estado demonstrar que a violação (1) atende a um interesse público imperativo e se (2) é o meio menos restritivo para se atingir aquele interesse público.

(2) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest.

(c) JUDICIAL RELIEF- A person whose religious exercise has been burdened in violation of this section may assert that violation as a claim or defense in a judicial proceeding and obtain appropriate relief against a government. Standing to assert a claim or defense under this section shall be governed by the general rules of standing under article III of the Constitution.

#### SEC. 4. ATTORNEYS FEES.

(a) JUDICIAL PROCEEDINGS- Section 722 of the Revised Statutes (42 U.S.C. 1988) is amended by inserting ‘the Religious Freedom Restoration Act of 1993,’ before ‘or title VI of the Civil Rights Act of 1964’.

(b) ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS- Section 504(b)(1)(C) of title 5, United States Code, is amended--

(1) by striking ‘and’ at the end of clause (ii);

(2) by striking the semicolon at the end of clause (iii) and inserting ‘, and’; and

(3) by inserting ‘(iv) the Religious Freedom Restoration Act of 1993;’ after clause (iii).

#### SEC. 5. DEFINITIONS.

As used in this Act--

(1) the term ‘government’ includes a branch, department, agency, instrumentality, and official (or other person acting under color of law) of the United States, a State, or a subdivision of a State;

(2) the term ‘State’ includes the District of Columbia, the Commonwealth of Puerto Rico, and each territory and possession of the United States;

(3) the term ‘demonstrates’ means meets the burdens of going forward with the evidence and of persuasion; and

(4) the term ‘exercise of religion’ means the exercise of religion under the First Amendment to the Constitution.

#### SEC. 6. APPLICABILITY.

(a) IN GENERAL- This Act applies to all Federal and State law, and the implementation of that law, whether statutory or otherwise, and whether adopted before or after the enactment of this Act.

(b) RULE OF CONSTRUCTION- Federal statutory law adopted after the date of the enactment of this Act is subject to this Act unless such law explicitly excludes such application by reference to this Act.

(c) RELIGIOUS BELIEF UNAFFECTED- Nothing in this Act shall be construed to authorize any government to burden any religious belief.

#### SEC. 7. ESTABLISHMENT CLAUSE UNAFFECTED.

Nothing in this Act shall be construed to affect, interpret, or in any way address that portion of the First Amendment prohibiting laws respecting the establishment of religion (referred to in this section as the ‘Establishment Clause’). Granting government funding, benefits, or exemptions, to the extent permissible under the Establishment Clause, shall not constitute a violation of this Act. As used in this section, the term ‘granting’, used with respect to government funding, benefits, or exemptions, does not include the denial of government funding, benefits, or exemptions.

<sup>23</sup> (1) [T]he framers of the Constitution, recognizing free exercise of religion as an unalienable right, secured its protection in the First Amendment to the Constitution; “(2) laws ‘neutral’ toward religion may burden religious exercise as surely as laws intended to interfere with religious exercise; “(3) governments should not substantially burden religious exercise without compelling justification; “(4) in *Employment Division v. Smith*, 494 U. S. 872 (1990), the Supreme Court virtually eliminated the requirement that the government justify burdens on religious exercise imposed by laws neutral toward religion; and “(5) the compelling interest test as set forth in prior Federal court rulings is a workable test for striking sensible balances between religious liberty and competing prior governmental interests.” 42 U. S. C. § 2000bb(a).

Havia, ainda, a previsão de aplicabilidade a todos os órgãos públicos, inclusive estaduais e municipais, o que foi considerado inconstitucional, porque no sistema jurídico americano os Estados têm ampla autonomia e competência legislativa, de modo que normas federais, que modifiquem a essência dos conceitos de direitos, não são aplicáveis aos estados, em cujo conjunto normativo deve existir norma parelha. Nesse sentido, ilustrativa a decisão tomada pela Suprema Corte Americana no caso *City of Borne v. Flores* (521 US 507, 117 Ct. 2157, 138, L. Ed. 2d 624 – 1997):

[...] O poder do Congresso previsto no § 5º, no entanto, limita-se apenas em fazer valer as provisões da Décima-Quarta Emenda. A Corte tem descrito esse poder como “paliativo” [...]. O desenho da Emenda e do texto do § 5º são inconsistentes com a sugestão que o Congresso tem o poder de dizer aos Estados qual a substância das restrições da Décima-Quarta Emenda. A legislação que altera o significado da Cláusula do Livre Exercício não pode ser dita como norma que esteja apenas impondo a Cláusula. O Congresso não impõe um direito constitucional mudando o significado do direito. Foi-lhe dado o poder de impor não o poder de determinar o que constitui a violação constitucional. [...] Nós agora temos que considerar se a LRLR pode ser considerada como legislação que deve ser respeitada sob a ótica do § 5º da Décima-Quarta Emenda. [...] O Ato, como dito, é um modo razoável de proteger o livre exercício da religião como definido em *Smith*. Ele evita e corrige leis que foram promulgadas com o objetivo inconstitucional de atacar crenças e práticas religiosas. [...] Para evitar a dificuldade de se provar tais violações, como dito, o Congresso pode simplesmente invalidar qualquer lei que imponha uma substancial violação de prática religiosa, salvo se isso for justificado por interesse cogente e for o meio menos restritivo para se obter aquele resultado. Se o Congresso pode proibir leis com efeitos discriminatórios com o objetivo de evitar discriminações raciais em violação à cláusula de igual proteção, [...], então ele pode fazer o mesmo, sustentam os recorrentes, para promover a liberdade de religião. Enquanto as

regras preventivas são, às vezes, medidas paliativas apropriadas, há que se ter congruência entre os meios usados e os fins a serem alcançados. [...] A LRLR não pode ser considerada legislação preventiva, paliativa, se aqueles termos devam ter algum significado. [...] A LRLR foi desenhada para controlar casos e controvérsias, como a que está diante de nós; mas como as provisões do estatuto federal aqui invocado vão além da autoridade do Congresso, são os precedentes da Corte, e não a LRLR, que devem prevalecer. É função do Congresso em primeiro plano “determinar se e qual legislação é necessária para assegurar as garantias da Décima-Quarta Emenda”, e suas conclusões são respeitadas. *Katzenbach v. Morgan*, 384 US, na 651 (linha). A discricionariedade do Congresso não é ilimitada, no entanto, e as Cortes têm o poder, como elas têm tido desde *Marbury v. Madison*, para determinar se o Congresso excedeu sua autoridade constitucional. [...] A LRLR contradiz princípios vitais necessários para manter a separação dos poderes e o equilíbrio federal. A decisão da Corte de Apelação sustentando a constitucionalidade do Ato é revertida.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> [...] Congress’ power under § 5, however, extends only to “enforc[ing]” the provisions of the Fourteenth Amendment. The Court has described this power as “remedial” [...]. The design of the Amendment and the text of § 5 are inconsistent with the suggestion that Congress has the power to decree the substance of the Fourteenth Amendment’s restrictions on the States. Legislation which alters the meaning of the Free Exercise Clause cannot be said to be enforcing the Clause. Congress does not enforce a constitutional right by changing what the right is. It has been given the power “to enforce,” not the power to determine what constitutes a constitutional violation. [...] We now turn to consider whether RFRA can be considered enforcement legislation under § 5 of the Fourteenth Amendment. [...] The Act, it is said, is a reasonable means of protecting the free exercise of religion as defined by *Smith*. It prevents and remedies laws which are enacted with the unconstitutional object of targeting religious beliefs and practices. [...] To avoid the difficulty of proving such violations, it is said, Congress can simply invalidate any law which imposes a substantial burden on a religious practice unless it is justified by a compelling interest and is the least restrictive means of accomplishing that interest. If Congress can prohibit laws with discriminatory effects in order to prevent racial discrimination in violation of the Equal Protection Clause, [...], then it can do the same, respondent argues, to promote religious liberty. While preventive rules are sometimes appropriate remedial measures, there must be a congruence between the means used and the ends to be achieved. [...] RFRA cannot be considered remedial, preventive legislation, if those terms are to have any meaning. [...] RFRA was designed to control cases and controversies, such as the one before us; but as the provisions of the federal statute here invoked are beyond congressional authority,

Diante desse entendimento, no sentido que a LRLR Federal não tinha aplicabilidade aos Estados, resolvia-se apenas o problema federal, com o estabelecimento de critérios objetivos a serem demonstrados pelo Estado para se tornar lícita a violação do direito individual, todavia, não os estaduais, situação que fez com que vários deles (estados) promulgassem leis semelhantes, entre os quais o Estado de Indiana, sem, no entanto, contar com o sucesso da lei federal.

### 5. A Polêmica da Lei “LRLR” de Indiana. A Lei LRLR, em sua versão original, em confronto com as emendas I e XIV da Constituição Americana

Março de 2015, os Estados Unidos foram tomados por uma onda de protestos contra uma lei promulgada pelo Governador do Estado de Indiana, Mike Pence, (“Senate Bill 101” ou “Religious Freedom Restoration Act - RFRA”), que, na visão de muitos, representava um retrocesso na luta pela igualdade social, criando uma odiosa política discriminatória em relação à comunidade LGBT<sup>25</sup>, sob o pretenso fundamento de se garantir o livre exercício religioso.

Os protestos tomaram proporção tamanha e diversas empresas, demonstrando insatisfação com a lei, resolveram não mais operar no Estado e/ou cortar investimentos locais. Entidades esportivas ameaçaram não mais promover eventos no Estado de Indiana, e até mesmo artistas manifestaram-se no sentido de não mais se apresentarem naquele Estado. Na outra vertente, os defensores da lei ameaçavam, igualmente, cancelar eventos caso alguma modificação fosse feita no sentido de se restringir o direito de religião ou não o proteger da forma como posta.

---

it is this Court's precedent, not RFRA, which must control. It is for Congress in the first instance to “determin[e] whether and what legislation is needed to secure the guarantees of the Fourteenth Amendment,” and its conclusions are entitled to much deference. *Katzenbach v. Morgan*, 384 U. S., at 651. Congress' discretion is not unlimited, however, and the courts retain the power, as they have since *Marbury v. Madison*, to determine if Congress has exceeded its authority under the Constitution. [...]. RFRA contradicts vital principles necessary to maintain separation of powers and the federal balance. The judgment of the Court of Appeals sustaining the Act's constitutionality is reversed.”

<sup>25</sup> Lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros.

Isso ocorreu porque, de acordo com a primitiva redação da polêmica norma<sup>26</sup>, qualquer pessoa, física ou jurídica, com ou sem finalidade lucrativa, não poderia ter sua liberdade religiosa violada pelo poder público estadual, ainda que a pretexto de se aplicar uma norma de caráter geral, exceto se se demonstrasse que esta violação era imperativa ao interesse público e não existissem outros meios para se atingir e garantir o interesse público.

<sup>26</sup> SENATE ENROLLED ACT No. 101

AN ACT to amend the Indiana Code concerning civil procedure.

*Be it enacted by the General Assembly of the State of Indiana:*

SECTION 1.IC34-13-9 IS ADDED TO THE INDIANA CODE AS A NEW CHAPTER TO READ AS FOLLOWS [EFFECTIVE JULY 1, 2015]:

Chapter 9. Religious Freedom Restoration

Sec. 1. This chapter applies to all governmental entity statutes, ordinances, resolutions, executive or administrative orders, regulations, customs, and usages, including the implementation or application thereof, regardless of whether they were enacted, adopted, or initiated before, on, or after July 1, 2015.

Sec. 2. A governmental entity statute, ordinance, resolution, executive or administrative order, regulation, custom, or usage may not be construed to be exempt from the application of this chapter unless a state statute expressly exempts the statute, ordinance, resolution, executive or administrative order, regulation, custom, or usage from the application of this chapter by citation to this chapter.

Sec. 3. (a) The following definitions apply throughout this section: (1) "Establishment Clause" refers to the part of the First Amendment of the Constitution of the United States or the Constitution of the State of Indiana prohibiting laws respecting the establishment of religion. (2) "Granting", used with respect to government funding, benefits, or exemptions, does not include the denial of government funding, benefits, or exemptions. (b) This chapter may not be construed to affect, interpret, or in any way address the Establishment Clause. (c) Granting government funding, benefits, or exemptions, to the extent permissible under the Establishment Clause, does not constitute a violation of this chapter.

Sec. 4. As used in this chapter, "demonstrates" means meets the burdens of going forward with the evidence and of persuasion.

Sec. 5. As used in this chapter, "exercise of religion" includes any exercise of religion, whether or not compelled by, or central to, a system of religious belief.

Sec. 6. As used in this chapter, "governmental entity" includes the whole or any part of a branch, department, agency, instrumentality, official, or other individual or entity acting under color of law of any of the following: (1) State government. (2) A political subdivision (as defined in IC 36-1-2-13). (3) An instrumentality of a governmental entity described in subdivision (1) or (2), including a state educational institution, a body politic, a body corporate and politic, or any other similar entity established by law.

Sec. 7. As used in this chapter, "person" includes the following: (1) An individual. (2) An organization, a religious society, a church, a body of communicants, or a group organized and operated primarily for religious purposes. (3) A partnership, a limited liability company, a corporation, a company, a firm, a society, a joint-stock company, an unincorporated association, or another entity that: (A) may sue and be sued; and (B) exercises practices that are compelled or limited by a system of religious belief held by: (i) an individual; or (ii) the individuals; who have control and substantial ownership of the entity, regardless of whether the entity is organized and operated for profit or nonprofit purposes.

Sec. 8. (a) Except as provided in subsection (b), a governmental entity may not substantially burden a person's exercise of religion, even if the burden results from a rule of general applicability. (b)

É bem verdade que a Lei do Estado de Indiana nada mais fez que tentar reproduzir, em linhas gerais<sup>27</sup>, a LRLR federal, que, na mesma toada, garante o exercício irrestrito do direito de religião às pessoas, autorizando sua restrição nos casos de interesse público relevante e desde que não existam outros meios de se atingir este interesse público senão com a violação do direito da pessoa.

Ocorre que, diante da autonomia estadual, e a ausência de normas, no Estado de Indiana, que assegurassem os direitos civis aos homossexuais, assim como diante da inexistência dessa proteção sob a Décima-Quinta Emenda<sup>28</sup> e a possibilidade de particulares estarem albergados na proteção da nova lei, ao passo que a legislação federal não abrangeria relações privadas, a lei foi alvo de fortes críticas, haja vista que protegeria práticas discriminatórias – não incluídas práticas criminosas, por óbvio – contra aqueles e a comunidade LGBT em geral.

---

A governmental entity may substantially burden a person's exercise of religion only if the governmental entity demonstrates that application of the burden to the person: (1) is in furtherance of a compelling governmental interest; and (2) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest.

Sec. 9. A person whose exercise of religion has been substantially burdened, or is likely to be substantially burdened, by a violation of this chapter may assert the violation or impending violation as a claim or defense in a judicial or administrative proceeding, regardless of whether the state or any other governmental entity is a party to the proceeding. If the relevant governmental entity is not a party to the proceeding, the governmental entity has an unconditional right to intervene in order to respond to the person's invocation of this chapter.

Sec. 10. (a) If a court or other tribunal in which a violation of this chapter is asserted in conformity with section 9 of this chapter determines that: (1) the person's exercise of religion has been substantially burdened, or is likely to be substantially burdened; and (2) the governmental entity imposing the burden has not demonstrated that application of the burden to the person: (A) is in furtherance of a compelling governmental interest; and (B) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest; the court or other tribunal shall allow a defense against any party and shall grant appropriate relief against the governmental entity. (b) Relief against the governmental entity may include any of the following: (1) Declaratory relief or an injunction or mandate that prevents, restrains, corrects, or abates the violation of this chapter. (2) Compensatory damages. (c) In the appropriate case, the court or other tribunal also may award all or part of the costs of litigation, including reasonable attorney's fees, to a person that prevails against the governmental entity under this chapter.

Sec. 11. This chapter is not intended to, and shall not be construed or interpreted to, create a claim or private cause of action against any private employer by any applicant, employee, or former employee.

<sup>27</sup> Acerca desse tema, que será enfrentado mais adiante, há certa controvérsia porque aqueles que defendem a norma entendem-nas semelhantes e os que a impugnam entendem-nas diferentes, inclusive nos preceitos.

<sup>28</sup> Amendment XV (1870) Section 1. The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude.

É que diante dos parâmetros impostos na norma de Indiana, do conjunto normativo daquele Estado e das decisões proferidas pela Corte Suprema no sentido de se proteger o livre exercício da religião, comerciantes poderiam, por exemplo, invocar a lei para recusar a prestação de serviços a homossexuais, alegando que os preceitos de sua religião não aceitavam relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, de sorte que, caso fossem compelidos a tanto (prestação de serviços), teriam violado o direito constitucionalmente garantido de livre exercício de sua fé.

Para melhor compreensão do entendimento da Suprema Corte acerca da importância de se garantir o direito de religião e a liberdade de seu exercício, emblemático é o caso *Burwell vs. Hobby Lobby Stores, Inc.* (134 S.Ct. 2751 – 2014).

Os proprietários das empresas *Conestoga Wood Specialties e Hobby Lobby*, seguidores de doutrinas religiosas que repudiavam a utilização de métodos contraceptivos e abortivos, porque entendiam que a vida se inicia com a concepção, impugnavam o cumprimento e as sanções impostas pelo não cumprimento de uma norma da Secretaria de Saúde Federal, que determinava que as empresas disponibilizassem aos funcionários plano de saúde que cobrissem métodos contraceptivos. Duas questões foram levantadas: (a) se a LRLR Federal poderia ser aplicada ao caso, haja vista tratar-se de empresas com intuito lucrativo; (b) se as consequências pelo não cumprimento da norma implicavam na violação do direito de religião. E a Corte Suprema respondeu de forma positiva para ambas as questões. Primeiro, entendeu que embora a LRLR Federal não previsse sua aplicação a empresas com intuito lucrativo, ao mesmo tempo ela não as excluía, não existindo motivos justificáveis para se fazer distinção entre elas e as empresas sem fins lucrativos. Ademais, a forma como estruturadas as reclamantes, *Hobby Lobby e Conestoga*, empresas de organização familiar em cujos estatutos estava estabelecido que os preceitos religiosos de seus proprietários seriam observados no desenvolvimento das atividades, justificava a aplicação da lei. Em segundo lugar, entendeu-se que embora a norma, cujo cumprimento era contestado, tinha aplicação geral, o Estado não conseguiu demonstrar que não existiam meios menos gravosos para garantir o direito dos funcionários ao acesso a métodos contraceptivos. Ao reverso, entendeu a Corte que o Estado possui meios menos restritivos para garantir o direito, tal qual aquele aplicado às empresas sem fins lucrativos e a entidades religiosas. Entendeu, ainda, que a aplicação de sanções pecuniárias às empresas, no montante em que determinado,

representava evidente impedimento ao exercício do direito delas, porquanto ou bem cumpriam a norma e desrespeitavam os preceitos da religião que seguiam, ou bem descumpriam a norma e submetiam-se à multa, em vultosa quantia, ou bem deixavam de ofertar planos de saúde a seus funcionários e submetiam-se a sanções pecuniárias, as quais eram bastante inferiores que aquelas outras, prejudicando o direito dos funcionários. Diante disso, a Suprema Corte afastou a aplicabilidade da norma às reclamantes.

Mesmo na decisão proferida em 26 de junho de 2015, no caso *Obergefell v. Hodges*, em que a Suprema Corte reconheceu o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, a imperatividade da proteção ao direito de religião ficou evidente, porque foi ressalvado o direito de pessoas não concordarem com isso por motivos de religião, direito igualmente protegido pela Primeira Emenda.

Finalmente, deve ser enfatizado que as religiões, e aqueles que seguem as doutrinas religiosas, podem continuar defendendo com a força, a convicção sincera que, pelos preceitos divinos, o casamento do mesmo sexo não deveria ser aceito. A Primeira Emenda garante que as organizações religiosas e as pessoas têm a devida proteção quando eles buscam ensinar os princípios que são tão importantes e centrais para a vida deles e suas fés, e as profundas aspirações de continuar a estrutura familiar que eles têm reverenciado há anos. O mesmo é verdade àqueles que se opõem ao casamento entre pessoas do mesmo sexo por outras razões. De outro lado, aqueles que acreditam que permitir o casamento de pessoas do mesmo sexo é certo ou realmente essencial, seja em razão de convicção religiosa ou crença secular, podem chamar a atenção daqueles que discordam de seu ponto de vista por meio de um debate franco e aberto. A Constituição, no entanto, não permite que o Estado proíba casais do mesmo sexo de casar nos mesmos termos em que postos aos casais de sexos opostos.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> Finally, it must be emphasized that religions, and those who adhere to religious doctrines, may continue to advocate with utmost, sincere conviction that, by divine precepts, same-sex marriage should not be condoned. The First Amendment ensures that religious organizations and persons are given proper protection as they seek to teach the principles that are so fulfilling and so central to

Retomando a discussão sobre a lei de Indiana, é certo que o debate foi bastante acalorado com pressões de ambas as partes, como visto, inclusive no meio acadêmico, em que renomados professores se manifestaram, aberta e publicamente, contrários ou favoráveis à lei.

Os apoiadores da norma afirmavam que (i) a Lei de Indiana, como outras leis estaduais e federal de mesma natureza<sup>30</sup>, era uma clara resposta à decisão da Suprema Corte no caso *Employment Division v. Smith*, supramencionado, que afastou a liberdade de religião em face de lei de aplicabilidade geral e afastou a necessidade de se demonstrar um bom motivo para violar aquele direito; (ii) a norma nada mais é que uma reprodução da legislação federal de 1993, já mencionada acima; (iii) a Constituição do Estado de Indiana<sup>31</sup> protege a liberdade religiosa de modo considerável, porém, incerto, tanto que a Suprema Corte do Estado tem adotado uma interpretação da norma que não gera uma proteção adequada àquele direito; (iv) a lei por certo não suplanta ou substituirá a Constituição Estadual, mas trará maior clareza à liberdade de religião e uma proteção mais segura, com a aplicação do teste interesse relevante, afastado no caso *Smith*; (v) ao reverso do que os críticos sustentam, a norma não criará uma “licença para a discriminação”, porque a proteção contra discriminação é geralmente um interesse relevante e poucos casos que pretendem a isenção da lei antidiscriminação têm tido sucesso na Corte Estadual e na Federal; (vi) a maior parte dos casos analisado sob a ótica da LRLR não diz respeito à disputa entre particulares e/ou enfrentamento do direito de religião e práticas discriminatórias, eles envolvem disputas entre particulares e o poder público; (vii) a lei protege a todas as fés e seus seguidores, sendo especialmente importante para as minorias religiosas; (viii) as leis estaduais não têm sido aplicadas em muitas ações judiciais, elas encorajam as partes a buscar uma solução amigável.<sup>32</sup>

---

their lives and faiths, and to their own deep aspirations to continue the family structure they have long revered. The same is true of those who oppose same-sex marriage for other reasons. In turn, those who believe allowing same-sex marriage is proper or indeed essential, whether as a matter of religious conviction or secular belief, may engage those who disagree with their view in an open and searching debate. The Constitution, however, does not permit the State to bar same-sex couples from marriage on the same terms as accorded to couples of the opposite sex.

<sup>30</sup> A Lei Federal é de 1993, redação na nota 20 supra, e até fevereiro de 2015 havia 19 Estados com leis semelhantes.

<sup>31</sup> O texto completo da Constituição do Estado de Indiana pode ser acessado no endereço eletrônico <https://iga.in.gov/legislative/laws/const/>.

<sup>32</sup> Carta subscrita pelos professores Daniel O. Conkle, Indiana University Maurer School of Law; Douglas Laycock, University of Virginia School of Law; Edward McGlynn Gaffney, Valparaiso University School of Law; Richard W. Garnett, Notre Dame University Law School; Thomas C. Berg, University of St.

Em contraponto, os opositores à lei sustentavam que (i) a norma destruirá a bem estruturada harmonia existente no sistema legal de Indiana entre esse importante direito (de religião) e outros direitos também assegurados pela Constituição e legislação daquele Estado, dando um *status* especial àquele; (ii) embora o direito de religião tenha grande destaque e proteção na Constituição de Indiana e seja considerado direito fundamental, como outros, ele não é um direito absoluto e o grande desafio é encontrar o equilíbrio entre os direitos; (iii) a proteção à liberdade de religião não prevalece se, a pretexto de protegê-la, houver violação de direito de terceiro, como se reconheceu no caso *Hobby Lobby*; (iv) os Tribunais de Indiana têm dado à proteção constitucional ao direito de religião uma interpretação cuidadosa e tênue, jamais incerta; (v) não há efetiva correspondência gramatical entre a Lei de Indiana e a Lei Federal de 1993, seja porque se amplia o rol de pessoas que estão sob a proteção da lei local, criando um espectro mais abrangente de entidades protegidas, seja porque se dificulta ao Poder Público legitimar a violação do direito mediante aplicação de lei outras incidentes no caso; (vi) ao reverso do que os apoiadores da lei sustentam, criar-se-á confusão, conflito e uma onda de ações judiciais que ameaçarão o entendimento do que é o direito de religião em Indiana; (vii) o Estado não conseguirá impor outros interesses relevantes sobre o direito de religião.<sup>33</sup>

---

Thomas (Minnesota) School of Law; Carl H. Esbeck, University of Missouri School of Law; Marie A. Failingler, Hamline University School of Law; Robert P. George, Princeton University and Harvard University Law School; Mary Ann Glendon, Harvard University Law School; Christopher C. Lund, Wayne State University Law School; Michael W. McConnell, Stanford University Law School; Michael J. Perry, Emory University School of Law; Frank S. Ravitch, Michigan State University College of Law; Mark S. Scarberry, Pepperdine University School of Law; Gregory C. Sisk, University of St. Thomas (Minnesota) School of Law e Robin Fretwell Wilson, University of Illinois College of Law. A íntegra do documento pode ser encontrada no endereço eletrônico <http://www.indianahouserpublicans.com/clientuploads/PDF/RFRA/RFRA.pdf>.

<sup>33</sup> Carta subscrita pelos professores Katherine Franke, Columbia University; Kara Loewentheil, Columbia Law School; Jennifer Drobac, Indiana University Robert H. McKinney School of Law; Rob Katz, Indiana University Robert H. McKinney School of Law; Fran Quigley, Indiana University Robert H. McKinney School of Law; Florence Wagman Roisman, Indiana University Robert H. McKinney School of Law; Lea Shaver, Indiana University Robert H. McKinney School of Law; Deborah Widiss, Indiana University Maurer School of Law; Susan H. Williams, Indiana University Maurer School of Law; Carwina Weng, Indiana University Maurer School of Law; Jeannine Bell, Indiana University Maurer School of Law; Aviva Orenstein, Indiana University Maurer School of Law; Shawn Marie Boyne, Indiana University Robert H. McKinney School of Law; Jeffrey O. Cooper, Indiana University Robert H. McKinney School of Law; Ira C. Lupu, Indiana University Robert H. McKinney School of Law; Nelson Tebbe, Brooklyn Law School; Robert W. Tuttle, George Washington University; Ariela Gross, University of Southern California Gould School of Law; Naomi Mezey, Georgetown Law; Caroline Mala Corbin, University of Miami School of Law; Richard C. Schragger, University of Virginia School of Law; Micah

Diante da polêmica instalada, em abril de 2015<sup>34</sup>, foi promulgada uma emenda para esclarecer a abrangência da norma e excluir de seu manto a recusa na prestação de serviços ou qualquer tipo de discriminação a pessoas baseada na opção sexual delas, o que, em princípio, bastaria para solucionar a questão.

Todavia, não foi isso que ocorreu e a polêmica continuou, mormente porque o Estado de Indiana, que tem uma forte base conservadora, não garante, em sua legislação, reitero, direitos civis aos homossexuais e à comunidade LGBT em geral.

A polêmica remanesce aberta, mormente porque as implicações e aplicações da lei não foram levadas ao conhecimento do Judiciário daquele Estado e daquele país.

## 6. A Lei LRLR no Sistema Legal Brasileiro: seria constitucional?

No sistema jurídico pátrio a polêmica travada com a LRLR não teria grande repercussão, afinal, o exercício da liberdade religiosa, assim

---

J. Schwartzman, University of Virginia School of Law; Steven K. Greene, Willamarte University; Nomi Stolzenberg, University of Southern California Gould School of Law; Sarah Barringer Gordon, University of Pennsylvania; Frederick Mark Gedicks, Brigham Young University Law School; Claudia E. Haupt, Columbia Law School; Marci A. Hamilton, Yeshiva University; Laura S. Underkuffler, Cornell Law School; Carlos A. Ball, Rutgers University School of Law. A íntegra do documento pode ser encontrada no endereço eletrônico [https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/gender-sexuality/law\\_professors\\_letter\\_on\\_indiana\\_rfra.pdf](https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/gender-sexuality/law_professors_letter_on_indiana_rfra.pdf).

<sup>34</sup>SECTION 1. IC 34-13-9-0.7 IS ADDED TO THE INDIANA CODE AS A NEW SECTION TO READ AS FOLLOWS [EFFECTIVE JULY 1, 2015]:

Sec. 0.7. This chapter does not: (1) authorize a provider to refuse to offer or provide services, facilities, use of public accommodations, goods, employment, or housing to any member or members of the general public on the basis of race, color, religion, ancestry, age, national origin, disability, sex, sexual orientation, gender identity, or United States military service; (2) establish a defense to a civil action or criminal prosecution for refusal by a provider to offer or provide services, facilities, use of public accommodations, goods, employment, or housing to any member or members of the general public on the basis of race, color, religion, ancestry, age, national origin, disability, sex, sexual orientation, gender identity, or United States military service; or (3) negate any rights available under the Constitution of the State of Indiana.

SECTION 2. IC 34-13-9-7.5 IS ADDED TO THE INDIANA CODE AS A NEW SECTION TO READ AS FOLLOWS [EFFECTIVE JULY SEA 50 – CC 1 21, 2015]:

Sec. 7.5. As used in this chapter, “provider” means one (1) or more individuals, partnerships, associations, organizations, limited liability companies, corporations, and other organized groups of persons. The term does not include: (1) A church or other nonprofit religious organization or society, including an affiliated school, that is exempt from federal income taxation under 26 U.S.C. 501 (a), as amended (excluding any activity that generates unrelated business taxable income (as defined in 26 U.S.C. 512, as amended)). (2) A rabbi, priest, preacher, minister, pastor, or designee of a church or other nonprofit religious organization or society when the individual is engaged in a religious or affiliated educational function of the church or other nonprofit religious organization or society.

como qualquer outro direito ou garantia fundamental, não é absoluto, encontrando limitações nos demais direitos/garantias constitucionalmente previstos, bem assim nas previsões legais, cujo cumprimento não pode ser escusado.

Sobre o tema, Alexandre de Moraes:<sup>35</sup>

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um **verdadeiro escudo protetivo** da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (**Princípios da relatividade ou conveniência das liberdades públicas**). Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do **princípio da concordância prática ou da harmonização**, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (**contradição dos princípios**), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Para exemplificar a questão, da cedência de direitos fundamentais quando em conflito, trago à colação o v. acórdão proferido nos autos da Apelação nº 0015879-15.2011.8.26.0644, relatado pela Desembargadora Claudia Grieco Tabosa Pessoa, sem o destaque no original:

---

<sup>35</sup> *Direito constitucional*. 22. ed. Jurídico Atlas, 2007. p. 27-28.

Apelação. Ação civil julgada procedente, impondo à genitora o dever de ministrar à filha medicamentos prescritos por médico, sob pena de multa. Apelante que alega convicção religiosa e escusa de consciência. Direitos inaplicáveis em relação à criança, porque pessoa incapaz – Medicamentos capazes de trazer conforto e diminuição dos sintomas da doença. Ausência de elementos capazes de afastar a indicação médica, de modo técnico – Princípio da proporcionalidade – Entre o direito à crença religiosa da genitora e o direito da criança de acesso à saúde, prevalece a garantia do último – Fé professada pelos pais não deve por em risco a integridade física e psíquica do filho incapaz, que não é apto a decidir por si. Vida que é o bem maior tutelado pela Constituição – Prioridade absoluta no tratamento de doenças às crianças e adolescentes (artigos 227 da CF e 4º do ECA) – Afronta ao princípio da dignidade humana e desrespeito à saúde física e moral da infante que não podem ser admitidas. Recurso ao qual se nega provimento.

[...]

Não se nega que as liberdades de consciência e de culto religioso sejam garantias fundamentais elencadas em nossa Carta Magna. Entretanto, o que se coloca em jogo, no caso, não é a garantia de um direito individual puro e simples, mas a garantia do direito do incapaz, com natureza personalíssima e, portanto, irrenunciável.

É dos autos que a criança é autista e, por isso, lhe foram prescritos por médico especialista medicamentos capazes de lhe trazer conforto e diminuição dos sintomas da doença. Ora. Não nos cabe, assim, seja qual for o pretexto, discutir a viabilidade do uso dos remédios, ainda mais se não trazidos quaisquer elementos capazes de afastar a indicação, de modo técnico.

Os artigos 7º ao 14º do Estatuto da Criança e do Adolescente contemplam os direitos fundamentais da pessoa em desenvolvimento, no que pertine à vida e à saúde, sendo certo que tais premissas não podem ser ignoradas, por aqueles que detêm a responsabilidade de guarda.

**Tais direitos são superiores aos da liberdade de crença ou da escusa de consciência, sob pena de perda do bem maior garantido pela Constituição, que é a vida.**

Assim vem decidindo nosso E. Tribunal:

[...]

“[...] em que pesem as convicções religiosas da apelante que, frise-se, lhe são asseguradas constitucionalmente, a verdade é que o que deve prevalecer, acima de qualquer credo, religião, é o bem maior tutelado pela Constituição Federal, a vida. Ora, sendo o direito à vida o principal direito individual, o bem jurídico de maior relevância tutelado pela ordem constitucional, à evidência que os demais direitos individuais dependem de sua existência. De que valeria a Constituição Federal tutelar direitos como a liberdade, igualdade, integridade moral, entre outros, sem que fosse assegurado o direito à vida?” (Apelação Cível nº 123.430-4/4-00, Rel. Flávio Pinheiro, j. 07/05/2002, v.u.).

“Testemunhas de Jeová. Necessidade de transfusão de sangue, sob pena de risco de morte, segundo conclusão do médico que atende o paciente. Recusa dos familiares com apoio na liberdade de crença. Direito à vida que se sobrepõe aos demais direitos. Sentença autorizando a terapêutica recusada. Recurso desprovido.” (Apelação Cível n. 132.720.4/9, Rel. Boris Kalffmann, j. 26/06/2003, v.u.);

“Ação cautelar inominada. Hospital que solicita autorização judicial para realizar transfusão de sangue em paciente que se encontra na UTI, com risco de morte, e que se recusa a autorizá-la por motivos religiosos. Liminar bem concedida porque a Constituição Federal preserva, antes de tudo, como bem primeiro, inviolável e preponderante, a vida dos cidadãos. Jurisprudência deste TJSP. Recurso improvido.” (Agravo de Instrumento nº 307.6934/4, Rel. Maia da Cunha, j. 22/10/2003, v.u.).

**Nesse passo, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, entre o direito à crença religiosa da genitora da criança e o direito desta de acesso à**

saúde, prevalece a garantia do último. Mormente quando a fé professada pelos pais põe em risco a integridade física e psíquica do filho incapaz, que não é apto a decidir por si.

Como já dito, a vida é o bem maior tutelado pela Constituição. Os medicamentos e insumos se prestam a garantir a saúde das pessoas. Bem por isso, manifestou-se o C. Supremo Tribunal Federal, dizendo que “o direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas representa consequência constitucional indissociável à vida” (AgRE 273834-4/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 31/10/2000).

E a matéria aqui tratada deve ser conhecida sob o prisma do direito fundamental à saúde.

O artigo 227 da Constituição Federal concede às crianças e adolescentes prioridade absoluta no tratamento de doenças, estabelecendo que:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade...”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também possui disposição idêntica à do texto constitucional no artigo 4o, dispondo acerca da prioridade absoluta da criança e do adolescente na “efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação”, entre outros.

A responsabilidade da apelante exsurge clara, no sentido de promover o necessário para a manutenção da saúde e bem-estar da filha, atendendo-se aos comandos do artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Vê-se que a negativa imposta pela apelante é injusta e carente de amparo legal. Expõe a doutrina: “Invariavelmente os pais discordam da transfusão, mas suas vontades não têm amparo legal. A criança não é propriedade dos pais. Ao contrário, o menor é pessoa de direito, integrante da humanidade e com interesses distintos, cuja vida, na sua inteireza e com saúde, deve ser preservada pelo Estado. Os pais (biológicos ou adotivos, dentro ou fora da

instituição social da família, com ou sem religião) apenas exercem o pátrio poder que o Estado de Direito lhes outorga, para os efeitos de bem educar, formar e transformar a criança em cidadão prestante (útil à sociedade como um todo). Por essa razão, se os pais não cumprirem esses deveres, deles poderá ser retirado o Pátrio Poder, pela iniciativa de qualquer interessado e sob fiscalização do Ministério Público, com assento no art. 229 da CF/88, art. 1365, V do Código Civil, e dispositivos aplicáveis do Estatuto da Criança e do Adolescente.” (SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade médica civil, criminal e ética: legislação positiva aplicável. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 75).

Nesse passo, tem-se que a prescrição médica para a criança, acometida de autismo, não pode ser descontinuada por motivos religiosos, sob pena de afronta ao princípio da dignidade humana e desrespeito à saúde física e moral da infante, o que não se pode admitir. O r. julgado, por isso, não merece qualquer reforma.

Pelo exposto, por meu voto, nego provimento ao recurso, mantendo a r. sentença tal como lançada.

Analisando o texto da LRLR de Indiana, sob a óptica do direito brasileiro, temos que: (a) a especificação daqueles que devem obedecer à lei, previstas nas Seções 1 e 2, seria desnecessária, porque – as leis – têm aplicabilidade geral e todos a devem obediência; (b) os destinatários da lei seriam tanto as pessoas físicas como as jurídicas, nacionais ou estrangeiras, residentes no país<sup>36</sup>, desde que o direito lhes fosse compatível; (c) como exposto, a limitação do direito de religião é aceito se ele contrapõe-se a outro direito de maior valia, todavia, prefere-se a compatibilização entre os direitos colidentes, com a cedência recíproca para se tentar preservar, ainda que em pequena porção, os direitos colidentes, e se impossível essa compatibilização, haveria a prevalência do maior interesse envolvido; (d) se há lei de aplicação geral ela deve ser cumprida e observada por todos.

<sup>36</sup> Os estrangeiros não residentes no país, que aqui estejam, têm garantidos seus direitos por meio de outras normas legais, como o Estatuto do Estrangeiro. Sobre o tema, José Afonso da Silva, op. cit., p. 193-194.

Não haveria, outrossim, qualquer possibilidade de discussão, ou melhor, admissibilidade de discriminação, ainda que sob o fundamento de exercício do direito de religião, contra quem quer que seja, quando da aplicação da lei, porque o direito brasileiro não a tolera, considerando essencialmente a prevalência do princípio da igualdade em detrimento à liberdade de religião ou de crença e a expressa proibição de práticas discriminatórias no ordenamento pátrio, que, ao reverso do alienígena, prevê a aplicação da legislação federal aos estados, salvo matérias específicas.

Em suma, o texto da norma em análise não traz incompatibilidades, formais ou materiais, com a Constituição Brasileira, podendo, no máximo, dizer-se que a parte final do caput da Seção 8 da norma (*“mesmo se a violação resultar de uma regra de aplicação geral”*) haveria que ser interpretado em conformidade com a Constituição, excluindo-se as leis, em sentido formal, afinal, a elas todos devem obediência e sua aplicação a todos recai. Podemos afirmar que a lei seria aceita pelo ordenamento pátrio, considerando, por fim, que a matéria é de competência comum entre os entes federados.<sup>37</sup>

## 7. Conclusão

O direito ao livre exercício da religião e de crenças<sup>38</sup> é extremamente relevante para o desenvolvimento e a tolerância das sociedades e sua proteção é e deve ser consagrada, mas a que ponto e sob que preço? Essas são as questões que a sociedade americana, em especial do Estado de Indiana, enfrenta e deverá solucionar por meio de muitos debates, estudos, reflexões sobre o passado, os avanços até então alcançados e sobre o que pretendem para o futuro da sociedade. É, por certo, uma tarefa árdua que contrapõe dois posicionamentos completamente antagônicos, todavia, implicará no amadurecimento da democracia do país. O Poder Judiciário daquele país terá importante papel, como de praxe, no apaziguamento da questão, porque é quem imporá

---

<sup>37</sup> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:  
I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

<sup>38</sup> Para um entendimento aprofundado sobre o tema, sugiro a leitura da tese de doutorado “A Liberdade Religiosa no Direito Constitucional Brasileiro”, de Thiago Massao Cortizo Teraoka, defendida em 30/04/2010 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

a decisão final sobre qual direito há que prevalecer, se é que algum o fará, ou qual a melhor solução para o caso.

É bem verdade que a polêmica existente sobre a possibilidade de se violar direitos civis de homossexuais em detrimento do exercício do direito de religião de outros, somente pode ser entendida se lembrarmos que, retomando ao início deste trabalho, o direito de liberdade, em todas as suas formas, é tão sagrado, quase absoluto, para o povo norte-americano, que se repudia qualquer tentativa de restrição pelo Poder Público.

A liberdade individual é o grande dogma da sociedade americana, e a sua defesa, o maior orgulho da nação, sendo, destarte, tanto quanto compreensível o receio de ambas as partes - defensores e opositores da LRLR - que ou um ou outro direito possa ser, de certo modo, restringido em detrimento do outro.

Mas, como dito, os debates e o amadurecimento da questão encontrarão a solução adequada ao caso, sem a imposição pela força do Estado, afinal, a maior democracia do planeta não a (força) aceitará.

Para o sistema jurídico brasileiro, como visto, não haveria qualquer discussão nesse sentido, porque a letra da lei não prevê discriminação e a ocorrência desta situação, na aplicação da regra, seria prontamente repudiada, porque há princípio constitucional que a impede. Ademais, a liberdade de religião não suplanta a imperatividade da lei e tampouco prevalece em confronto com direitos maiores.