

1. Introdução.

A liberdade religiosa é consagrada textualmente na nossa Constituição Federal, nela há garantia formal, conforme o art. 5º, VI, de livre exercício de quaisquer cultos e também a proteção aos locais e liturgias correspondentes, sendo que neste último caso, segundo o previsto em Lei.

Talvez pelo fato de que o dispositivo também proteja a liberdade de consciência, a própria extensão da liberdade religiosa tem sido vista, muitas vezes, como uma proteção imaterial relacionada apenas a não intervenção do Estado, ou, sob outro ponto de vista, na simples vedação a eleição oficial de uma ou determinadas religiões.

Essa é uma visão restrita e bastante limitada do que realmente é tutelado por essa garantia. Pretendo, no presente ensaio, lançar algumas luzes sobre o problema tendo por pano de fundo um caso decidido pela Suprema Corte Americana para demonstrar o verdadeiro alcance dessa liberdade pública e como isso pode implicar em uma revisão de alguns aspectos da nossa compreensão do Texto Constitucional brasileiro.

Desde logo, lembro que a primeira emenda à Constituição americana, instituiu a cláusula de não estabelecimento, que, em rigor, proíbe a apresentação de leis que visem a eleição de uma religião oficial ou que, de qualquer forma, implique no endosso estatal a uma determinada crença, trata-se, assim, também de uma questão de isonomia.

Isso revela essencialmente uma postura não discriminatória contra qualquer credo ou religião, ao mesmo tempo uma opção radicalmente laica quanto a atuação estatal e, mais ainda, incisivamente, reconhece o plano da liberdade individual no exercício desse tipo de escolha.

A esse respeito, no caso *Lee vs. Weisman*, o Justice Kennedy, sintetizou o cenário:

“The First Amendment’s Religion Clauses mean tha religious beliefs and religious expression are too precious to be either proscribed or prescribed by the State. The design of Constitution is that preservation and transmission of religious beliefs and worship is a

responsability and a choice committed to the private sphere, wich itself in promised freedom to porsue that mission”^{1 2}

Trata-se, assim, de uma questão que, ao mesmo tempo, compõe o núcleo da liberdade individual reconhecida pela Carta Constitucional americana como também significa o reconhecimento da soberania privada no tema.

Essa breve apresentação do cenário americano é suficiente para possibilitar a exposição dos principais aspectos do famoso caso *Sherbert vs. Verner*³, na próxima seção.

2. Síntese do caso *Sherbert vs. Verner*.

Adell Sherbert era uma operária que trabalhava em uma indústria têxtil na Carolina do Sul. A fábrica empregadora adotava um regime de trabalho de cinco dias por semana, excluídos , assim, o sábado e o domingo.⁴

Sherbert, pertencia a Igreja Adventista do Sétimo dia, que consoante uma interpretação literal dos dez mandamentos previstos em Êxodo 20: 8-11, reserva o dia de sábado para o descanso, serviço religioso e atividades de auxílio ao próximo.

Dois anos após sua conversão à Igreja Adventista, a indústria em que ela trabalhava decidiu mudar seu regime de trabalho, passando para seis dias semanais, incluindo o sábado, mas não permitindo a Adell que trabalhasse no domingo.

Diante desse novo cenário, Sherbert se recusou a trabalhar no dia de guarda e por esse exclusivo motivo foi demitida.

Embora tenha procurado emprego na região, em nenhum lugar encontrou oferta de trabalho que atendesse ao seu credo (vale lembrar que a Carolina do Sul tem amplo predomínio de igrejas reformadas que adotam o domingo como dia de guarda).

Diante disso, vendo-se impossibilitada de trabalhar sem violar seu credo apresentou à Employment Security Commission, um pedido de benefício pecuniário, equivalente, no Brasil, ao seguro desemprego.

¹ Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/90-1014.ZD.html>, acessado em 08/02/2015.

² Em tradução livre: “a cláusula acerca da liberdade religiosa na primeira emenda significa que crenças e expressão de religiosidade são muito preciosas para serem ambas prescritas ou proscritas pelo Estado. O modelo constitucional é de preservação e transmissão das crenças religiosas e culto e isso é responsabilidade atribuída a esfera privada, que por si mesma demanda liberdade para alcançar essa tarefa.”

³ Disponível em: http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/374/398#writing-USSC_CR_0374_0398_ZO, acessado em 08/02/2015.

⁴ Cohen, William; Danelski, David. Constitutional Law. Westbury-NY: The Foundation Press. 1997. P. 589.

A Comissão rejeitou o requerimento afirmando que Sherbert tinha condições físicas de trabalhar e, portanto, não reunia as condições necessárias a obter o reconhecimento do direito ao benefício.

O caso foi apresentado a uma Corte local (state trial) que confirmou a decisão da Comissão. A suprema corte do Estado da Carolina do Sul, por sua vez, confirmou a decisão local.

Diante disso, foi requerida a instauração do caso no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos, que entendeu haver relevância constitucional que justificasse seu pronunciamento.

Na apreciação do caso, a Suprema Corte decidiu por maioria (7 a 2) reformar a decisão das cortes inferiores e determinar o deferimento do pedido de Sherbert.

O caso teve votos contrários e mesmo dentro dos que deferiram a medida houve fundamentação alternativa. O caso, contudo tem uma ampla repercussão no estudo da liberdade religiosa, porque estabeleceu um padrão de julgamento na Suprema Corte que, com idas e vindas, acabou se estabilizando após o caso *González vs UDV*.

Essa decisão acabou nomeando um teste que é baseado na verificação de estruturas argumentativas elaboradas pelas partes envolvidas e será examinado, com mais detalhe, na seção seguinte.

3. O teste Sherbert.

No julgamento do caso, a Suprema Corte estabeleceu um padrão decisório para as demandas que envolvessem pleitos baseados em violação à liberdade religiosa praticada pelo Estado.

Esse teste consiste em estabelecer e avaliar a argumentação das partes levando em consideração uma distribuição de incumbências e demonstrações, inclusive, de cunho probatório.

Para o indivíduo que teve sua liberdade religiosa desrespeitada é necessário que seja demonstrado: a) que o autor sofreu uma violação ao exercício sincero de sua crença religiosa, e, b) que a ação estatal é um sério obstáculo ao seu direito de agir e se portar conforme aquele credo. Da parte do Estado, é necessário que seja demonstrado: c) que a ação questionada está amparada pela proteção de um interesse governamental relevante, e d) e que esse interesse foi exercido de modo menos invasivo possível ao exercício da religião.

Como se pode observar, o teste fornece elementos de argumentação para decisão que são quase completamente ignorados na realidade brasileira, por isso cada aspecto será investigado separadamente.

a) Violação ao exercício sincero de uma religião.

No caso em questão a decisão da Suprema Corte pressupõe que a autora pretende, honestamente, o reconhecimento do exercício pleno de sua religião, assumindo, portanto, a postura de defesa de sua liberdade, excluindo, assim, uma pretensão que encobrisse algum interesse oculto ou secundário.

O requisito, assim, tem por objeto o exame das repercussões do reconhecimento da liberdade de condutas e práticas individuais fundadas essencialmente numa crença religiosa.

A simulação do exercício com a finalidade de reconhecimento de um objetivo, desnatura a sinceridade. No caso em questão foi provado que a conversão de Sherbert se deu dois anos antes da modificação do regime de trabalho e que, portanto, não se poderia supor que a adoção de sua crença tivesse qualquer relação com a alteração do regime em si.

Trata-se, portanto, de uma necessidade probatória que mostre que a opção religiosa não foi determinada por uma posição ou vantagem que perseguida direta e conscientemente pela requerente. Pelo contrário, a alteração do cenário é que implicou no fato base que originou a demanda.

De outro lado a busca persistente de colocações que atendessem ao exercício de sua convicção religiosa aponta para a sinceridade da postulante e ao mesmo tempo caracteriza o ambiente de adversidade insuperável.

Obviamente o que está em jogo, aqui, é evitar o uso simulado ou capcioso da adesão a uma religião com uma finalidade estratégica, ou seja, para auferir vantagens ou se escusar injustificadamente de deveres jurídicos.

Ao introduzir a sinceridade como requisito, a Suprema Corte estabeleceu um conceito juridicamente indeterminado que tem por finalidade possibilitar a verificação da essencialidade da alegação de violação à liberdade religiosa, isto é, se ela não está sendo utilizada para transportar alguma pretensão dissimulada.

O transporte indevido implicaria em um uso impróprio e, assim, insincero, da pretensão de reconhecimento do direito à liberdade de religião e de crença.

b) A ação estatal deve ser um sério obstáculo.

No caso, ficou claro que na região onde morava não havia disponibilidade de emprego que atendesse às condições determinadas pela opção religiosa da requerente.

Nesse exato sentido, foi configurada a situação de ausência de empregabilidade da postulante por condição alheia a sua vontade e, por isso, insuscetível de lhe ser imputada.

Desse modo, a falta de acesso ao mercado de trabalho em razão das condições pessoais de exercício da liberdade de crença, implicou numa circunstância que justificava a pretensão à concessão do benefício.

Ora, a impossibilidade de acesso ao mercado de trabalho tornaria a autora incapaz de gerar renda para si e sua família, o que justificaria a concessão do benefício estatal. A rejeição do pedido, representou, na prática, a indução a que a postulante deixasse de exercer sua religião.

A negação, assim, constituiu-se forma indireta de rejeitar a liberdade religiosa ao ponto em que impossibilitou o exercício da crença tendo como pano de fundo a necessidade de subsistência e o próprio direito à vida.

Trata-se, assim, de sério obstáculo que acabou por oferecer a postulante uma única opção que, diretamente, resultaria na violação da sua liberdade de exercício da conduta religiosa resultante de sua crença.

É preciso ter em vista que no caso da avaliação do sério obstáculo o que está em jogo não é uma avaliação teórica da liberdade religiosa, especialmente no plano da liberdade de pensamento, no plano do discurso, mas sim do exercício, ou sejam da exteriorização das práticas religiosas.

A Suprema Corte reconhece a liberdade religiosa em dois planos diversos: o primeiro relacionado à reserva de consciência e de pensamento, isto é, o direito conferido a cada cidadão de adotar a religião que bem entender sem qualquer forma de intervenção do Estado, mas há também um segundo plano, o da proteção das práticas religiosas que derivam da adoção de uma determinada crença.

O binômio crença-exercício oferece um espectro bastante amplo de compreensão da liberdade de religião e por consequência da ação estatal que representa ou se configura como um obstáculo relevante.

No caso, a ausência de benefício numa situação de exclusão do mercado de trabalho, levaria a impossibilidade de exercício da prática religiosa – guarda do sábado – que implicaria, em última instância, na ratificação estatal da situação de exclusão.

Nesse caso, dada a situação de inacessibilidade ao emprego, a rejeição do benefício foi compreendida pela Suprema Corte, como um obstáculo efetivo ao exercício da religião.

Observe-se que a postura estatal na questão legitimou, no entender da Corte, a situação de exclusão, contrapondo a isso, como única alternativa viável, o abandono da convicção religiosa.

Essa perspectiva mais geral foi ratificada em *Thomas vs. Indiana Employment Security Review Board*, pelo Justice Burger ao firmar que “ here, as in Sherbert, the employee was put to a choice between fidelity to religious belief or cessation of work”.^{5 6}

Observe-se que tratava-se de uma situação em que caberia à postulante uma única opção, constituindo-se, assim, em um verdadeiro caso de violação ao exercício da sua opção religiosa.

c) *A ação estatal está amparada pelo interesse governamental.*

Os dois requisitos anteriores, como apontei, são demonstrações que cabem ao postulante. Os dois que examinarei em seguida são ônus do Estado ao defender e dar suporte a ação que embasou a instauração da ação judicial.

Para que a ação estatal possa restringir a liberdade de religião é indispensável que seja demonstrado que há um interesse governamental relevante do ponto de vista do interesse público. Isto é, na ponderação entre a liberdade conferida à esfera privada e a preservação da esfera pública deve haver um fundamento inquestionável e de tal forma reconhecível que justifique a ação de limitação da liberdade individual.

No caso em questão, o fundamento essencial da rejeição do pedido do benefício por desemprego foi o temor de que isso abrisse a possibilidade de apresentação de requerimentos fraudulentos por peticionantes inescrupulosos alegando objeções religiosas ao trabalho no sábado. Embora também tenham sido alegados, secundariamente, como motivos, o impacto sobre o fundo de compensações por desemprego e também a eventual proteção aos empregadores cujo trabalho no sábado seria importante insumo para suas atividades.

Verifica-se que as razões invocadas pelo Estado⁷ para obstar a concessão do benefício, assim, não foram derivadas de uma análise objetiva do caso de Adell Sherbert, mas de uma perspectiva de risco acerca de possíveis motivações de requerentes futuros.

⁵ Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/450/707>, consultado em 08/02/2015.

⁶ Em tradução livre: “ aqui como em Sherbert, ao empregado foi imposta a escolha entre a fidelidade à sua crença religiosa ou a cessação do emprego”

⁷ Ver a respeito Ducat, Craig R. Constitutional Interpretation. V. II. Belmont-CA: Wadsworth. 2000. P. 1168.

A ação estatal, assim, propunha uma violação concreta à liberdade de prática de uma religião alegando como motivo um risco hipotético.

Obviamente, a Suprema Corte entendeu que o temor de um risco hipotético não pode ser considerado como alegação de interesse público relevante para justificar a restrição imediata, concreta e efetiva de exercício de uma crença religiosa.

Por esse motivo a alegação de interesse público não foi admitida tendo a Suprema Corte substituído a decisão da Corte Estadual e reconhecido o direito de Sherbert ao benefício pretendido.

d) O interesse público foi exercido de modo menos invasivo possível ao exercício da religião.

No caso Sherbert, a Suprema Corte entendeu que não havia como considerar como interesse relevante os temores apresentados pelo Estado e, por isso mesmo, rejeitou a motivação apresentada.

Mesmo, porém, que houvesse um interesse coletivo a ser protegido e que justificasse a intervenção estatal, precisaria ainda ser demonstrada que a medida foi a menos invasiva possível.

Trata-se de aplicação do devido processo legal sob a ótica substancial em que deve haver uma comprovação da adequação das relações entre meios e fins.

Chamo a atenção para a constatação já feita por Paulo Klautau Filho, Luiza Alcântara e Sayuri Fujishima⁸, de que a associação imediata entre o devido processo legal substancial e o princípio da proporcionalidade, sem qualquer mediação, é um erro teórico, que inclusive tem sido cometido em decisões do nosso Supremo Tribunal Federal.

De todo o modo, o que está em jogo aqui é que a relação de adequação deve ser amplamente demonstrada, indicando-se as possíveis medidas que poderiam ser adotadas pelo Estado e, dentre essas, a que pudesse ser apontada como a menos invasiva do ponto de vista da liberdade religiosa.

No caso Sherbert esse aspecto não chegou a ser minuciosamente examinado, mas dificilmente a simples negação do pedido de benefício pela exclusão do mercado de trabalho poderia ser considerada como atendendo a esse requisito.

⁸ Ver a respeito o artigo dos autores " O Devido Processo Lega Substantivo: uma leitura dos casos Lochner vs. New York (1905) e Roe vs. Wade (1973) in O Devido Processo Legal. Jean Carlos Dias e Paulo Klautau Filho (orgs). São Paulo: Metodo. 2010. P. 113.

4. E a cláusula de não estabelecimento?

Fisher a respeito da consagração da liberdade religiosa na Constituição Americana sugere que há uma tensão entre os dois aspectos do Texto, de uma parte a cláusula de livre exercício de religião e outro da vedação à oficialização de um credo. Nesse sentido aponta:

“the religion clauses in the First Amendment contain two distinct objectives: ‘congress shall make no law respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof’. These clauses – the Establishment Clause and Free Exercise Clause – sometimes overlap and compete”⁹ 10

De um lado, assim, há uma limitação ao legislador relacionado às restrições ao livre exercício da religião e de outro lado há uma limitação que proíbe que o Estado apoie o estabelecimento de uma religião.

No caso Sherbert, o deferimento do benefício pretendido teria ferido a cláusula de não estabelecimento?

Embora ainda hoje a Suprema Corte esteja delineando os limites da ação estatal em se tratando de liberdade religiosa, em especial, quanto ao alcance da cláusula de não estabelecimento (em geral, hoje em dia relacionado a educação religiosa nas escolas e questões correlatas bem como a questões que dizem respeito ao uso de recursos públicos para dar suporte ao acesso a escolas confessionais¹¹) o fato é que a questão, ainda que secundariamente, foi abordada em Sherbert.

O voto do Justice Brennan claramente recusa haver violação a cláusula de não estabelecimento uma vez que a decisão apenas assegurou a todos os jurisdicionados as mesmas condições de acesso ao sistema de seguridade social do Estado.

Nesse exato sentido aponta:

“In holding as we do, plainly we are not fostering the ‘establishment’ of the Seventh-day Adventist religion in South Carolina, for the extension of unemployment benefits to Sabbatarians in common with Sunday worshippers reflects nothing more than the governmental obligation of neutrality in the face of religious differences, and does not represent that involvement of religious with secular institutions which it is the object of the

⁹ Fisher, Louis. *Constitutional Rights: Civil Rights and Civil Liberties*. New York: MacGraw-Hill. 1995. P. 722.

¹⁰ Em tradução livre: “as cláusulas de proteção à religião na primeira emenda contém dois objetivos distintos: ‘o congresso não elaborará leis objetivando a oficialização de uma religião ou proibindo o livre exercício de qualquer uma. Estas cláusulas – o não estabelecimento e o livre exercício – algumas vezes se sobrepõem e competem.”

¹¹ Fisher, Louis. *Constitutional Rights: Civil Rights and Civil Liberties*. New York: MacGraw-Hill. 1995. P. 749

Establishment Clause to forestall. (...) Our holding today is only that South Carolina may not constitutionally apply the eligibility provisions so as to constrain a worker to abandon his religious convictions respecting the day of rest. This holding but reaffirms a principle that we announced a decade and a half ago, namely that no State may exclude individual Catholics, Lutherans, Mohammedans, Baptists, Jews, Methodists, Non-believers, Presbyterians, or the members of any other faith, because of their faith, or lack of it, from receiving the benefits of public welfare legislation”^{12 13}

Nesse sentido, a decisão foi mais inspirada no princípio do igual tratamento assegurado a todos em situações de desemprego que buscar ou alterar as relações do Estado com uma determinada igreja.

A cláusula de não estabelecimento, assim, não foi nem poderia ser atingida pela decisão de concessão de um benefício extensível a todos e que, em tal demanda, havia sido negada a uma cidadã sem justificativas plausíveis.

O grande aspecto da decisão, em contrário, foi interpretar a convicção religiosa como uma causa para o desemprego na situação concreta, portanto, equiparando a requerente aos demais trabalhadores excluídos do mercado de trabalho permitindo a ela receber os mesmos benefícios.

5. Repercussões e cenário atual.

O caso Sherbert foi adotado pela Suprema Corte como padrão até a década de 80 do século passado, quando sua aplicação foi paulatinamente sendo revista como resultado da apreciação de vários casos em que o alcance da liberdade religiosa esteve em exame.

Um desses casos significativos no desenvolvimento da posição atual, foi *Employment Division v. Smith*¹⁴ de 1990 que apesar de não tratar de questões exatamente

¹² Vide nota n. 2.

¹³ Em livre tradução: “Abordando como estamos fazendo, claramente, não estamos promovendo o ‘estabelecimento’ da religião Adventista do Sétimo Dia na Carolina do Sul, para a extensão do subsídio de desemprego para sabatistas, nas mesmas condições dos adoradores domingo, nossa abordagem reflete nada mais do que a obrigação governamental de neutralidade no tratamento de diferenças religiosas, e não representa o envolvimento de religiosos com instituições seculares, que é o objeto da Cláusula de não Estabelecimento. (...) Nosso entendimento hoje é apenas o de que South Carolina não pode, constitucionalmente, aplicar as disposições de elegibilidade para o recebimento do benefício, de modo a constranger um trabalhador a abandonar suas convicções religiosas a respeito do dia de descanso. Esta abordagem reafirma um princípio que nós anunciamos uma década e meia atrás, ou seja, que nenhum Estado pode excluir indivíduo católicos, luteranos, maometanos, batistas, metodistas, judeus, não-crentes, presbiterianos, ou os membros de qualquer outra fé, porque de sua fé, ou por falta dela, de receber os benefícios da legislação de bem-estar social.

¹⁴ Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/494/872>, acessado em 11/02/2015.

similares foi interpretado por vários congressistas americanos como um abandono ao teste Sherbert. Esse caso tratava do acesso aos benefícios por desemprego aos fiéis de uma religião que utilizava substâncias ilegais para fins sacramentais. O Estado nesse caso, negou os benefícios sob o argumento que o consumo das substâncias implicava em má-conduta que era uma das causas previstas como fundamento para o indeferimento.

Foi essa interpretação que gerou o ambiente para a edição do Religious Freedom Restoration Act de 1993 que, por sua vez, buscava no plano normativo restabelecer o padrão de decisão consagrado no teste Sherbert.

Esse ato, contudo, foi invalidado parcialmente pela Suprema Corte, no julgamento do caso¹⁵ *City of Boerne vs. Flores*, alegando que o ato, na verdade, invadiu sua competência para a interpretação da Constituição. O Tribunal decidiu, deste modo, pela inaplicabilidade geral do ato aos Estados Federados.

Exatamente por ter considerado apenas uma invalidação parcial, a Suprema Corte aplicou o Religious Freedom Restoration Act no rumoroso caso *Gonzales vs. Centro Espírita Beneficente União do Vegetal*¹⁶, basicamente reconhecendo o direito dos fiéis de utilizar substâncias alucinógenas para fins estritamente religiosos.

Nesse caso se entendeu que a proibição da prática implicaria necessariamente na impossibilidade de exercício do culto e, assim, significaria a proibição da religião com a inafastável violação à liberdade reconhecida na Constituição Americana.

Como se pode observar, no âmbito da Suprema Corte Americana o caso *Sherbert vs. Verner* teve uma enorme importância na definição da liberdade religiosa.

O padrão de julgamento foi estabelecido e aplicado durante quase sessenta anos, ainda que em idas e vindas, revelando uma profunda reflexão de uma das mais importantes Cortes do mundo sobre o tema.

No cenário atual, o julgamento histórico ainda tem um peso importante nas decisões contemporâneas que envolvem a liberdade de exercício e da cláusula de não estabelecimento, figurando, assim, entre os mais importantes precedentes de defesa da liberdade individual.

6. Conclusão. Uma última reflexão sobre a liberdade religiosa no Brasil.

¹⁵ Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/95-2074.ZS.html>, consultado em 11/02/2015.

¹⁶ Disponível em : <http://www.law.cornell.edu/supct/cert/04-1084> acessado em 11/02/2015.

Como tive a oportunidade de demonstrar, a liberdade de religião está no núcleo do mais importante movimento constitucional da história contemporânea e na agenda de seu tribunal máximo.

Esse nível de proteção jurídica permitiu que uma sociedade se desenvolvesse abrigando diversas religiões, construindo laços de interlocução e espírito de tolerância e formando uma base teórica de ampla influência nas discussões sobre o direito constitucional atual.

Curiosamente, no Brasil há uma tendência, ainda minoritária, de se apreciar a liberdade de religião como uma faculdade estatal regida sobre critérios de conveniência. É extremamente preocupante que uma liberdade constitucional básica, tão relevante que é vista por autores da estatura de Jellinek¹⁷ como a origem dos direitos fundamentais, seja tomada por uma deferência da administração pública.

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça¹⁸ sinalizou na direção de negar aos adventistas do sétimo o direito a horário diferenciado nos concursos públicos cujas provas ocorressem no sábado. Trata-se de uma posição francamente contrária a melhor visão da liberdade de exercício que antes analisei em sua melhor perspectiva.

Essas visões restritivas endereçadas a minorias religiosas são evidentemente um equívoco de apreciação do que está verdadeiramente em jogo e, por vias transversas, acaba enfraquecendo a própria efetividade dos direitos fundamentais consagrados no Texto Constitucional.

De outro lado, a fundamentação apresentada por essa recomendação do Conselho Nacional de Justiça não ultrapassaria nenhum dos testes a que antes me reportei, o que demonstra a desconsideração para as práticas de uma Corte muito mais habituada a decidir questões desse matiz.

A experiência americana nesse particular deveria ser estudada com muito cuidado a fim de evitar, no Brasil, a adoção de teses incompatíveis com o Estado de Direito ancorado no constitucionalismo contemporâneo.

Várias decisões de nossos Tribunais¹⁹, mesmo quando impedem a violação, o fazem sob uma perspectiva muito menos sólida do que os parâmetros que antes expus, revelando que o tema não tem merecido o estudo e reflexão que sua relevância sugere.

¹⁷ Ver a respeito Tavares, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva. 2007. P. 559.

¹⁸ <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/18753-mantido-concurso-para-juiz-no-tjro>.

¹⁹ Ver a respeito o artigo de Antonio Maria Chaves, intitulado “ O direito fundamental à liberdade religiosa: aspectos práticos de repouso semanal sabático e seus reflexos jurídicos” in Direito e Cristianismo Temas atuais e polêmicos” coordenado por Antonio Carlos Silva Jr, Ney Maranhão e Rodolfo Pamplona Filho (Rio de Janeiro: Betel. 2014).

Em geral o tema é abordado em demandas cujo objeto limita-se a busca pelo interessado do reconhecimento judicial da legalidade e constitucionalidade de uma alternativa ao padrão estabelecido pelo Poder Público. O centro da discussão não está propriamente fincado exatamente nos fundamentos alegados pelo Estado para sustentar a restrição à liberdade religiosa e de culto no âmbito de sua atuação, mas especificamente numa abordagem legalista da legitimidade do pedido de prestação alternativa.

Em certo sentido, na nossa jurisprudência, há o mesmo tipo de argumento que foi suscitado originalmente no caso Sherbert, por exemplo o voto abaixo que mesmo concedendo a segurança, em obter dictum, aponta ao analisar o alcance do direito fundamental previsto no art. 5º, inciso VI:

“O referido artigo assegura a liberdade de crença religiosa, de forma que seria inconstitucional a vedação, da inscrição em concurso público, de adeptos de determinada religião. No caso, o impetrante está ameaçado de eliminação do concurso não porque seja adventista, mas porque anunciou que não compareceria à prova na data e horário designados no cronograma do concurso. A realização de provas de concurso em dia ou horário nos quais pessoas de determinada crença, por convicções religiosas, não podem exercer atividades não tem nada de inconstitucional, porquanto o que a Constituição assegura é a liberdade de crença e o livre exercício dos cultos religiosos, e não a adequação da atividade administrativa aos preceitos religiosos, nem aos interesses dos que as professam, pois o Estado é laico, desvinculado de qualquer religião.”²⁰

Observando-se, os fundamentos do teste Sherbert, fica evidente que a fixação obrigatória de um único horário em dia considerado sagrado por diversas modalidades de religiões (adventistas, judeus, etc) implica não na isonomia como sugere o argumento, mas sim na discriminação porque desconsidera os aspectos substanciais dos casos que diferenciam os sujeitos titulares da proteção à liberdade religiosa.

Na medida em que os sujeitos estão orientados por convicções distintas de preservação de sua consciência, todas amplamente reconhecidas e tuteladas no âmbito constitucional, não há espaço para a imposição de uma noção de igualdade formal como o sustentado na decisão.

De outro lado a tese sustentada na decisão está amparada numa visão meramente nominal da liberdade consagrada no texto constitucional, isso ocorre porque desconsidera o binômio crença-exercício amplamente analisado nas seções anteriores.

²⁰ TRF1, MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2007.01.00.042619-8/DF disponível em: <http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=436941020074010000&pA=200701000426198&pN=436941020074010000>

Trata-se de evidente equívoco, tomando por base o que venho apontando, tendo por pano de fundo os mais relevantes casos sobre o tema no âmbito da Suprema Corte, a liberdade religiosa tomada na sua melhor expressão consagra tanto a consciência quando o exercício da religião. Se uma ação estatal, exige a renúncia ao exercício da crença constitui-se inequivocamente como um sério obstáculo a esse direito fundamental.

No caso *Sherbert* restou evidente que a ação estatal implicou na exigência de submissão do exercício derivado da crença a certas interpretações de interesse público, esse expediente foi claramente refutado e considerado objetiva e claramente como violação à liberdade religiosa.

Poderia ser sustentado, por exemplo, que o interesse público indica a exigência de renúncia à prática religiosa em favor da coletividade, porém, em todos os casos subsequentes, derivados de *Sherbert* essa tese foi refutada. Mesmo que a prática fosse possivelmente reconhecida como reprovável, inclusive no plano criminal, não poderia o Estado adotar medidas que implicassem numa imposição de uma visão de mundo a quaisquer minorias. Isso ficou especialmente demonstrado em *González x UDV*, como indiquei anteriormente.

A alegação de interesse público, portanto, não pode ser ancorada numa pretensão de igualdade formal porque, obviamente, a convicção religiosa diferencia os cidadãos colocados na mesma situação jurídica frente a regulação estatal.

O argumento é desfocado e inconsequente, porque reconhecer sua utilidade, implicaria dizer que o Estado está autorizado a escolher quais religiosos poderiam ser admitidos ao serviço público simplesmente adotando normas de seleção que significassem violações à liberdade de crença e de seu exercício para uns e não para outros. Estressando essa ideia torna-se evidente que não somente ela é equivocada como atenta claramente para a impessoalidade e por via de consequência da igualdade substancial que está no núcleo do Estado de Direito.

Desse modo, a decisão sob análise propõe uma separação entre a crença e o exercício dessa crença somente atribuído a proteção constitucional à primeira e não ao segundo, como se esses dois elementos pudessem ser dissociados do ponto de vista da tutela dos direitos fundamentais.

Evidentemente, não é esse o caso, especialmente em *Sherbert*, mas também nos outros casos subsequentes, foi amplamente demonstrado que a liberdade religiosa abrange os dois aspectos. Aliás, no plano religioso as crenças e o seu exercício são complementares em qualquer que seja a denominação. Isso implica em reconhecer que o binômio crença-exercício é constitutivo da própria garantia constitucional.

Esse é o dado de partida, numa democracia pluralista como a brasileira, o papel do Estado é acomodar as diversas perspectivas na sua ação administrativa, nenhuma forma de proteção e reconhecimento de desigualdades substanciais pode ser obtida sem um esforço abrangente de integração.

O eventual inconveniente ou custo econômico é de interesse público pois revela o único sentido democrático possível em sociedades plurais. É por isso que a construção de políticas públicas tem que partir do fato inevitável que os cidadãos têm concepções de vida distintas e que merecem igual respeito.

A questão central, portanto, representada pela insustentável tese da separação entre crença e exercício é frágil, ilógico e claramente inconstitucional tendo em vista a perspectiva contemporânea de máxima eficácia dos direitos fundamentais.

Ao analisar esse argumento o Superior Tribunal de Justiça, reforçando decisões anteriores, aproximou-se do tema central ao decidir que o que está de fato em jogo é a igualdade substancial reconhecendo que cidadão pautados por convicções religiosas distintas e de igual valor do ponto de vista constitucional estão em situação desigual. Nesse sentido:

“Com efeito, a e. Sexta Turma, analisando matéria idêntica (RMS 16.107/PA), restou por definir que 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. Destaco do voto condutor, a seguinte passagem: ‘...De fato, segundo a atual jurisprudência e a melhor doutrina, que a igualdade que se exige, em concurso público, não deve ser analisada do ponto de vista formal, como a prevista no "caput", do art. 5º, CR/88, ou seja, "a igualdade de todos perante a lei". Pois, quando a lei trata a todos de forma isonômica, é porque, sob a ótica pragmática, os indivíduos, efetivamente, se distinguem, em razão da cultura, da raça, do sexo, da capacidade econômica, da política, da religião, da aparência física e etc. Por essa razão, torna-se, muitas vezes, necessário reconhecer essas diferenças e conferir, até certo ponto, um tratamento diferenciado aos indivíduos, a fim de se buscar a chamada igualdade material ou substancial, a única capaz de realizar a verdadeira justiça.’²¹

²¹Disponível em :

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=704032&num_registro=200602144444&data=20070813&formato=HTML

Nesse exato, sentido, há o tratamento consorciado da liberdade constitucional sob a sua real roupagem: um dever estatal de ação conforme o reconhecimento das desigualdades e não uma tentativa de ignorá-la.

Há uma variação desse argumento, mais focado na literalidade do Texto Constitucional, que reconhecendo a desigualdade substancial permite o tratamento adequado não pode que implique em um dever estatal de igual tratamento e respeito, mas sim por abordagem negativa de inexistência de violação a outros direitos fundamentais.

É exemplo desse argumento:

“A realização de avaliação do concurso vestibular em período diferenciado a estudante, membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia, não põe em risco o interesse público, nem configura, por si só, qualquer violação aos princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade nem da seriedade das normas administrativas, posto que tal medida não implica em isenção de obrigação legal a todos imposta, mas, tão-somente, em possibilitar o seu cumprimento, sendo a estudante submetida às mesmas avaliações em relação àqueles que efetivaram o exame em período, inicialmente, proposto, sem que seja violado o seu direito fundamental à liberdade de crença religiosa.”²²

Essa abordagem, contudo, tem dois efeitos: o primeiro estabelece a pressuposição de que não há violação à liberdade religiosa por conta da ação estatal, já que o Poder Público estaria autorizado a não garantir o tratamento substancialmente isonômico quando houvesse violações ao interesse público, o que não se sustenta como antes expus.

De outro lado, essa versão do argumento foca na prestação alternativa pelo interessado e não no dever do Estado de consorciar em suas normas administrativas todos os direitos de todos cidadãos possivelmente alcançados, assegurando-lhes tratamento isonômico. Há , assim, nesse segundo efeito uma desoneração da responsabilidade administrativa em tomar medidas de compatibilização dos direitos de todos os destinatários.

O próprio fato de ser necessário o recurso ao Poder Judiciário para tratar de temas já há muito razoavelmente decididos no âmbito americano e , de certo modo, na literatura especializada, mostra que a segunda versão do argumento tem sido entendido como uma autorização por parte do Estado.

²² REOMS 0036922-94.2013.4.01.3500 / GO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.505 de 30/05/2014, disponível em <http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=369229420134013500&pA=&pN=369229420134013500>.

Nesse exato sentido, demonstrei o quando é necessário o aprofundamento do tema e tanto quanto isso como é indispensável o estudo dos casos emblemáticos para a formação de nosso pensamento em questão de tal relevância.

Como apontava Vile²³, numa concepção contemporânea de Constituição, deve-se perceber que novos conceitos devem ser criados e os já consagrados reescritos para fazer frente a uma gramática que realmente incorpore os avanços decorrentes da consagração judicial dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS:

- COHEN, William; DANIELSKI, David. *Constitutional Law*. Westbury-NY: The Foundation Press. 1997.
- DUCAT, Craig R. *Constitutional Interpretation*. V. II. Belmont-CA: Wadsworth. 2000.
- NOVAES, Antonio Maria Chaves. "O direito fundamental à liberdade religiosa: aspectos práticos de repouso semanal sabático e seus reflexos jurídicos" in *Direito e Cristianismo Temas atuais e polêmicos*. Antonio Carlos Silva Jr, Ney Maranhão e Rodolfo Pamplona Filho Coord). Rio de Janeiro: Betel. 2014
- KLAUTAU FILHO, Paulo de Tarso; ALACANTARA Luiza; FUJISHIMA, Sayuri. *O Devido Processo Legal Substantivo: uma leitura dos casos Lochner vs. New York (1905) e Roe vs. Wade (1973)* in *O Devido Processo Legal*. Jean Carlos Dias e Paulo Klautau Filho (orgs). São Paulo: Método. 2010.
- FISHER, Louis. *Constitutional Rights: Civil Rights and Civil Liberties*. New York: MacGraw-Hill. 1995.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2007.

²³ Vile, M.J.C. *Constitutionalism and Separation of Powers*. Indianapolis: Liberty Fund. 1998. P. 372.