

Grandes casos da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre o exercício da liberdade religiosa

Major US Supreme Court Cases on the Exercise of Religious Freedom

Raphael Rêgo Borges Ribeiro¹

Resumo: Foram estudados 02 casos da *US Supreme Court* sobre o exercício da liberdade religiosa. Consultaram-se fontes primárias, com a transcrição dos principais pontos de cada decisão. O objetivo foi descrever a postura da Corte em relação à legislação que cria ônus para o exercício de determinada religião. Percebeu-se que em *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, leis municipais proibindo o sacrifício de animais foram invalidadas por unanimidade, especialmente em razão de serem direcionadas a atingir uma religião específica, a Santería. Por outro lado, viu-se que em *Burwell v. Hobby Lobby* a maioria conservadora da Suprema Corte assegurou a corporações com fins lucrativos o direito de, alegando motivos religiosos, não arcar com os custos de, por meio dos planos de saúde, fornecer determinados contraceptivos às suas funcionárias.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Liberdade religiosa. *Free exercise clause*.

Abstract: Two US Supreme Court cases concerning the exercise of religious freedom were studied. For that matter, primary sources were consulted in order to transcribe their main arguments. The goal was to describe the Court's approach to laws that burden the exercise of a particular religion. I noticed that in *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, city ordinances prohibiting animal sacrifice were unanimously considered void, especially because they were directed towards burdening a specific faith – the Santería. On the other hand, I observed that in *Burwell v. Hobby Lobby* the conservative majority of the Supreme Court guaranteed for-profit corporations the right of, based on religious reasons, not paying for health insurance coverage of certain contraceptives for their female employees.

Keywords: Fundamental rights. Religious freedom. Free exercise clause.

1. Introdução

Neste artigo, serão observados 02 casos paradigmáticos julgados pela *Supreme Court of the United States* (SCOTUS) em matéria de exercício da

¹ Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor efetivo de Direito Civil na Universidade Federal do Oeste da Bahia. Research Assistant (2018-2019) e atualmente pesquisador no Health Law Centre da University of Ottawa - Canadá.

liberdade religiosa. A proteção ao livre exercício da religião é uma cláusula da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, e o seu conteúdo foi particularmente desenvolvido nos casos *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah* e *Burwell v. Hobby Lobby*. Em muitas jurisdições, a evolução da proteção aos direitos fundamentais de determinadas minorias acaba competindo ao Judiciário, no exercício da sua função contramajoritária e de controle de constitucionalidade; isso é verdade para o Brasil e também para os Estados Unidos.

Esta pesquisa se justifica em razão da sua contribuição para a divulgação junto à comunidade jurídica brasileira da jurisprudência constitucional norte-americana. A doutrina nacional costuma se referir a alguns poucos casos famosos decididos pela SCOTUS, como *Brown v. Board of Education* (sobre o racismo) e *Roe v. Wade* (sobre o direito ao aborto); todavia, ainda são muito incipientes as buscas por estudar julgados mais recentes, notadamente em outras matérias de direitos fundamentais.

Ter contato com casos paradigmáticos de uma das cortes constitucionais mais relevantes do mundo permite, entre outras coisas, buscar inspiração para futuros desenvolvimentos do direito pátrio, bem como analisar comparativamente com a própria história do direito no Brasil. Isso é particularmente verdade sobre a temática ora trabalhada, considerando o protagonismo assumido pelo Supremo Tribunal Federal na proteção ao exercício da liberdade religiosa – por exemplo, com a declaração de constitucionalidade de legislação permitindo o sacrifício de animais em ritos religiosos (Recurso Extraordinário 494601). Este artigo pretende suprir esse *gap*, além de incentivar iniciativas semelhantes em outros temas.

O objetivo geral dessa investigação é observar os fatos e os fundamentos jurídicos suscitados pela SCOTUS nos julgados que versavam sobre exercício da liberdade religiosa. Do mesmo modo, serão verificadas na prática as etapas da análise de constitucionalidade de medidas governamentais que supostamente restringem o exercício da religião. Este

artigo tem uma natureza eminentemente descritiva; apesar de uma necessária investigação crítica se fazer claramente cabível, isso aqui não é feito por razões de restrição de espaço. Isso é particularmente verdade no caso *Hobby Lobby*; entretanto, o relato do voto dissidente, com as críticas à conclusão da maioria da Corte, é suficiente para atender aos propósitos deste artigo. Acredita-se que a abordagem descritiva é consistente com os objetivos de pesquisa supramencionados.

Como método, será utilizada principalmente a consulta às fontes primárias, quais sejam, os julgados da SCOTUS, com a subsequente exposição dos argumentos utilizados nos votos vencedores e, no caso *Hobby Lobby*, na opinião divergente. Serão igualmente expostos os fatos pertinentes a cada caso, contextualizando-os.

2. *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. V. City of Hialeah* (1993)

A Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos² protege expressamente o livre exercício da religião, na denominada *free exercise clause*. Historicamente tem havido controvérsias sobre o escopo da referida cláusula, especificamente sobre quais condutas recairia a sua proteção. Uma considerável parcela das disputas envolvendo tal dispositivo diz respeito às leis que, proibindo determinados comportamentos, impõem um ônus a determinadas religiões. A título ilustrativo, podem ser mencionadas a proibição da poligamia, que afeta os mórmons, bem como o comparecimento compulsório à escola, que impacta os *amish*. Nesses casos, a questão é verificar se deve prevalecer o livre exercício da religião ou os interesses estatais promovidos por tais legislações (LIVELY; BROYLES, 2016, p.429). Em 1990, no caso *Employment Division v. Smith*, a SCOTUS decidiu que o ônus causado por leis neutras e gerais, não direcionadas a uma religião

² 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.

especificamente, não ofende a *free exercise clause*. Por outro lado, quando a norma não é neutra ou de aplicabilidade geral, ela deve passar por um escrutínio altamente rigoroso: o ônus que ela causa ao exercício de uma religião deve ser justificado por um interesse governamental relevante e deve ser moldado especificamente para atender àquele interesse.

A Church of the Lukumi Babaly Aye, Inc. é uma igreja formada por adeptos da Santería, uma religião de origem afro-cubana cujo culto envolve sacrifícios de animais para os orixás. Em 1987, a igreja alugou um imóvel na cidade de Hialeah, na Flórida, anunciando a intenção de utilizar o local para a prática da sua fé. Em razão da reação negativa dos seus habitantes, o município rapidamente aprovou por unanimidade diversas leis proibindo o sacrifício de animais em contexto de rituais. A igreja recorreu então ao Judiciário. A *US District Court for the Southern District of Florida* julgou em favor da cidade, decisão esta que foi mantida pela *US Court of Appeals for the Eleventh Circuit*. O caso, então, chegou à *Supreme Court of the United States*.

Quando *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc v. City of Hialeah* foi julgado pela SCOTUS em 1993, a Corte era composta pelo *Chief Justice* William Rehnquist e pelos *Justices* Clarence Thomas, Antonin Scalia, Anthony Kennedy, Sandra Day O'Connor, Byron White, David Souter, Harry Blackmun e John Paul Stevens. Os 04 primeiros tinham uma tendência mais conservadora, enquanto os 04 últimos costumavam adotar posicionamentos mais liberais. A *Justice* O'Connor, apesar de ter tido uma carreira política pelo Partido Republicano, era conhecida por ser um *swing vote*, no sentido de que, a depender do caso, manifestava opiniões mais conservadoras ou liberais. Por unanimidade, a SCOTUS reverteu as decisões anteriores, reconhecendo que a legislação de Hialeah era inconstitucional por violar a *free exercise clause*.

A Corte em primeiro lugar reconheceu que as regras impostas não eram neutras nem geralmente aplicáveis, mas afetavam exclusivamente

aquela igreja de Santería. Em segundo lugar, a legislação municipal era mais rigorosa com a prática religiosa do que o necessário para o atendimento às suas supostas finalidades. Desse modo, compreendeu-se que a lei de Hialeah mirava a prática religiosa daquela igreja, razão pela qual era incompatível com a Primeira Emenda. Os *Justices* Scalia, Souter e Blackmun também apresentaram suas próprias opiniões concorrentes com o entendimento geral da Corte (CHURCH, 1993, p.520-524).

O *Justice* Anthony Kennedy foi designado para redigir a opinião da Corte, dividindo-a em 04 partes. Na parte I, em primeiro lugar descreveu a origem da Santería e elementos que compõem os ensinamentos e a prática daquela fé, dando destaque tanto para as raízes históricas quanto para a importância do sacrifício de animais para o exercício de tal devoção (CHURCH, 1993, p.525). Em segundo lugar, relatou os procedimentos adotados pela *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc.* para se estabelecer em Hialeah, inclusive aqueles relacionados à obtenção das licenças e permissões necessárias para seu funcionamento – que, apesar de pouco fáceis, acabaram sendo obtidas.

Em terceiro lugar, resumiu as medidas tomadas pela cidade de Hialeah em resposta à perspectiva da igreja da Santería lá se estabelecer: foram feitas sessões de emergência do conselho municipal; foi editada resolução expressando a preocupação com certas religiões que poderiam praticar atos contrários à moral pública, à paz e a segurança do município; foram incorporadas quase todas as leis do Estado da Flórida sobre crueldade contra os animais (CHURCH, 1993, p.526); o *attorney general* da Flórida foi consultado sobre a possibilidade de se tornar ilegal na cidade o sacrifício de animais em rituais religiosos; após resposta positiva do *attorney general*, ficou determinado que qualquer pessoa ou organização em Hialeah que praticasse sacrifício de animais seria processado; foi definido que “sacrifício” significaria a matança, tortura ou mutilação de animais sem que o consumo fosse o propósito principal (CHURCH, 1993, p.527); também foi tornado

ilegal o abate de animais, exceto em estabelecimentos licenciados especificamente para tanto – com permissões excepcionais para o abate de pequenas quantidades de gado ou porcos, em conformidade com a legislação estadual. Quem violasse as regras de Hialeah poderia ser punido com multa de até 500 dólares e/ou prisão por até 60 dias (CHURCH, 1993, p.528).

Finalizando a Parte I da opinião da Corte, o *Justice Kennedy* descreveu a trajetória do caso nos tribunais até a chegada na Suprema Corte: o juiz da *District Court* reconheceu que as leis não eram neutras quanto à religião e que a preocupação do município com o sacrifício de animais tinha sido provocada pelo estabelecimento da igreja; apesar disso, o magistrado compreendeu que o propósito não era excluir a Santería da cidade, e sim acabar com o sacrifício de animais – portanto, o impacto da legislação na prática religiosa era meramente incidental em relação ao seu objetivo precípuo, de natureza secular (CHURCH, 1993, p.529); ademais, fazendo a ponderação entre os interesses da igreja e do poder público, a *District Court* concluiu que as proibições estabelecidas pela legislação de Hialeah estavam plenamente justificadas. A *Court of Appeals* confirmou, em uma opinião de apenas um parágrafo, a decisão do magistrado da *District Court*, afirmando a constitucionalidade daquelas leis (CHURCH, 1993, p.530).

Na parte II da opinião da Corte, o *Justice Kennedy* iniciou com 03 argumentos principais. Primeiramente, citando *Thomas v. Review Bd. of Indiana Employment Security Div.*, aduziu que, ainda que o sacrifício de animais pareça abominável para algumas pessoas, a proteção da Primeira Emenda a uma prática religiosa independe que esta seja aceitável, lógica ou compreensível para quem não é adepto dela.

Em segundo lugar, embasando-se em *Frazee v. Illinois Dept. of Employment Security*, inferiu que, em razão da associação histórica entre religião (inclusive o judaísmo e o islamismo) e sacrifício de animais, esta conduta não pode ser considerada bizarra. Em terceiro lugar, com

fundamento em *Employment Div., Dept. of Human Resources of Ore. v. Smith*, ressaltou que uma lei poderá ser constitucional mesmo tendo como efeito incidental onerar uma prática religiosa, desde que seja neutra e de aplicabilidade geral. Se tal legislação não atender a esses requisitos, para ser compatível com a *free exercise clause* ela tanto deve ser justificada por um relevante interesse estatal quanto deve ser estritamente moldada para atender a tal interesse (CHURCH, 1993, p.531). Nesse sentido, concluiu que as leis de Hialeah então questionadas não satisfaziam aos requisitos estabelecidos em *Smith* (CHURCH, 1993, p.532).

Demonstrando que o desatendimento aos requisitos de *Smith* no caso, o *Justice Kennedy* iniciou discorrendo sobre a questão da neutralidade. Resumidamente, afirmou que as leis de Hialeah tinham como objetivo a supressão da religião. O padrão das condutas adotadas pelo poder municipal demonstrava animosidade contra os adeptos da Santería e contra as suas práticas religiosas. Do mesmo modo, os próprios termos usados pela legislação denotavam que o seu alvo era o exercício daquela devoção. Percebia-se que os textos foram cuidadosamente redigidos para proscreever o abate de animais em um contexto religioso, mas não em praticamente qualquer outro contexto. Além disso, as normas proibiam muito mais condutas religiosas do que o necessário para atingir os fins que supostamente buscavam alcançar. Por todos esses motivos, as leis questionadas não eram neutras, e a *District Court* e a *Court of Appeals* tinham se equivocado a não chegar a essa conclusão (CHURCH, 1993, p.542).

Na sequência, o *Justice Kennedy* discorreu sobre a questão do desatendimento ao requisito da aplicabilidade geral. Nesse sentido, a *free exercise clause* proíbe que o Estado, ainda que buscando interesses legítimos, imponha restrições especificamente, de maneira seletiva, apenas sobre condutas pautadas em crenças religiosas (CHURCH, 1993, p.543). No caso, o município alegou ter buscado proteger dois interesses com suas leis: a

proteção à saúde pública e a prevenção à crueldade contra animais. Entretanto, o escopo de aplicabilidade da legislação era insuficiente para ambas as finalidades: ela deixava de proibir condutas não-religiosas que contrariassem tais fins de modo semelhante ou ainda mais grave do que a Santería alegadamente fazia.

Nesse sentido, muitas outras modalidades de abate animal, em contexto secular, não eram proibidas ou até mesmo expressamente permitidas – como o extermínio de ratos, a pesca ou a caça a animais selvagens –, assim como se autorizava causar dor ou sofrimento a animais no interesse da ciência e da Medicina (CHURCH, 1993, p.543-544). A cidade argumentou que tais atividades eram evidentemente importantes, todavia deixou de explicar por que somente a religião deveria, sozinha, suportar o ônus daquelas proibições. Por outro lado, as leis também frustravam o objetivo geral de proteger a saúde pública, na medida em que as condutas que se queriam evitar – o descarte de carcaças de animais e o consumo de carne não inspecionada – não eram combatidas em contextos não religiosos (CHURCH, 1993, p.544).

A cidade não proibia que caçadores trouxessem os animais abatidos para as suas casas nem regulava como tais carcaças deveriam ser descartadas; também não havia a preocupação com os resíduos provenientes de restaurantes; o produto de caça e de pesca poderia ser consumido, ainda que não inspecionado, bem como o da criação de gado para uso não comercial (CHURCH, 1993, p.544-545). Por esses motivos, a SCOTUS concluiu que a legislação municipal foi editada visando a ser aplicada especificamente às condutas motivadas pela religião, violando a regra da aplicabilidade geral.

Na parte III da opinião da *Supreme Court*, o *Justice Anthony Kennedy* ressaltou que, para ser considerada constitucional, a lei que não cumpre os requisitos estabelecidos em *Smith* – neutralidade e aplicabilidade geral – deve passar por um escrutínio bastante rigoroso, momento em que se analisará tanto se ela é fundamentada em um interesse governamental

significativamente relevante quanto se é cuidadosamente modelada para atender o referido interesse (CHURCH, 1993, p.546). Depreendeu-se que a legislação de Hialeah não resistia à mencionada análise por duas razões.

Em primeiro lugar, as normas não tinham sido estritamente desenhadas para atender aos alegados fins a que se destinavam, (a) tanto por deixarem de proibir condutas não religiosas supostamente tão graves para tais finalidades quanto a Santería; (b) quanto por não preverem meios de atingir seus objetivos que fossem menos gravosos para a igreja do que a pura e simples proibição da conduta religiosa (CHURCH, 1993, p.546). Em segundo lugar, a cidade também não havia suficientemente demonstrado que os interesses protegidos por suas leis eram relevantes o suficiente para restringir condutas tuteladas pela Primeira Emenda, em especial quando condutas análogas, em contexto não religioso, não sofriam as mesmas restrições (CHURCH, 1993, p.547).

Concluindo a opinião da Corte, na parte IV o *Justice Kennedy* ressaltou que a *free exercise clause* impõe a tolerância religiosa ao Estado, o que significa que, diante da mínima suspeita de que uma intervenção estatal decorre de animosidade contra uma religião ou suas práticas, as autoridades públicas devem se lembrar dos seus deveres para com a Constituição e para com os direitos protegidos pelo texto constitucional. Afirmou que os legisladores não podem criar mecanismos que sejam, abertamente ou disfarçadamente, pensados para perseguir ou oprimir uma religião e suas práticas. Assim, como no caso de Hialeah as leis violavam tais princípios, elas eram inconstitucionais (CHURCH, 1993, p.547).

O *Justice Scalia* apresentou uma opinião própria, à qual aderiu o *Chief Justice Rehnquist*, concordando em parte com os fundamentos redigidos pelo *Justice Kennedy*, e concordando integralmente com o julgamento da Corte. Ele ressaltou que, em sua opinião, o critério “neutralidade” dizia respeito às leis que por seus próprios termos discriminavam com base em religião – e.g., normas que excluíssem membros

de certo culto de algum benefício governamental –, enquanto o critério “aplicabilidade geral” se referia àquelas regras que, apesar de neutras em seus termos, acabavam tendo efeitos discriminatórios em relação a uma religião específica. Com base nessa distinção, apresentou discordância quanto ao fundamento da opinião da Corte a respeito da neutralidade, já que as leis de Hialeah embora tenha aderido ao julgamento final (CHURCH, 1993, p.557).

O *Justice* Scalia também ressaltou que não poderia afirmar que os legisladores de Hialeah efetivamente pretendiam perseguir uma religião em particular – segundo ele, essa análise do elemento subjetivo era impossível –, porém a violação da Primeira Emenda decorria dos inquestionáveis efeitos práticos da legislação (CHURCH, 1993, p.558). Para ele, se os legisladores tivessem efetivamente buscado oprimir um culto, porém falhado em editar normas adequadas para tanto, não haveria violação à *free exercise clause*; por outro lado, se os conselheiros municipais estavam com toda a boa-fé, sem interesses de perseguição, mas tivessem aprovado regras que involuntariamente prejudicassem uma religião, teria de todo modo havido violação à Primeira Emenda (CHURCH, 1993, p.559).

O *Justice* Souter também apresentou sua própria opinião, concordando parcialmente com o fundamento e integralmente com a decisão redigida pelo *Justice* Kennedy. Sua discordância se direcionava especificamente à parte II da opinião da Corte, na medida em que ele tanto entendia que o caso não deveria ser analisado à luz dos requisitos de *Smith* quanto que o mencionado precedente deveria ser reexaminado pela SCOTUS (CHURCH, 1993, p.559). Em sua opinião, a *free exercise clause* exige que quaisquer leis que dificultem o exercício de uma religião, ainda aquelas que sejam neutras e de aplicabilidade geral, sejam fundamentadas em um interesse relevante e cuidadosamente moldadas para atender aquele interesse – em sentido contrário do precedente, que apenas exigia estes últimos requisitos quando os dois primeiros não fossem atendidos

(CHURCH, 1993, p.560). Segundo o *Justice* Souter, normas neutras e aplicáveis à generalidade eventualmente terão o potencial de colocar o fiel diante de uma escolha entre a legalidade e a sua crença, o que de todo modo viola a Primeira Emenda (CHURCH, 1993, p.577); por essa razão, o caso de Hialeah poderia ser decidido sem recorrer aos critérios da neutralidade e da aplicabilidade geral.

Por fim, o *Justice* Blackmun apresentou opinião própria, à qual aderiu a *Justice* O'Connor, concordando com a decisão da Corte, porém com seus próprios fundamentos. Ele escreveu separadamente para ressaltar sua discordância do precedente utilizado, *Smith*, que tanto ignorava o valor da liberdade religiosa como uma liberdade individual afirmativa quanto tratava a *free exercise clause* como apenas um princípio antidiscriminatório. Citando os precedentes de *Thomas v. Review Bd. of Indiana Employment Security* e de *Wisconsin v. Yoder*, ele afirmou que o Estado, ao editar legislação que intencionalmente ou involuntariamente onere uma prática religiosa, deve demonstrar que tal ônus é justificado por ser o menos restritivo possível para atingir determinado interesse público (CHURCH, 1993, p.578). Quando uma lei tem como objetivo específico conferir tratamento desfavorável a uma religião, ela viola a Primeira Emenda na medida em que, não sendo moldada cuidadosamente para atingir o interesse público, acaba *ipso facto* não sendo o meio menos restritivo possível para esse legítimo mister (CHURCH, 1993, p.579).

Conclusivamente, em *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc v. City of Hialeah*, a *Supreme Court of the United States*, por unanimidade, declarou inconstitucional legislação que proibia o sacrifício de animais em contexto religioso, por se tratar de violação à liberdade de exercício da religião, tutelada pela *free exercise clause* da Primeira Emenda à Constituição estadunidense. A maioria da corte compreendeu que as leis da cidade de Hialeah não eram neutras nem de aplicabilidade geral, na medida em que era possível observar que eram direcionadas especificamente à prática da

Santería; além disso, também se depreendeu que a legislação não era adequadamente formulada para servir aos objetivos públicos que alegava buscar.

3. *Burwell V. Hobby Lobby* (2014)

Conforme mencionado na seção anterior, em 1990, no caso *Employment Division v. Smith*, a SCOTUS decidiu que o ônus causado por leis neutras e gerais, não direcionadas a uma religião especificamente, não ofende a *free exercise clause*. A decisão da Suprema Corte em *Smith* levou o Congresso estadunidense a editar o *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) em 1993. Tal legislação prevê que o Estado não deve criar um ônus significativo para uma religião, ainda que por meio de uma norma geral e neutra. Caso isso ocorra, a RFRA estabelece que o indivíduo poderá alegar escusa religiosa para não respeitar tal norma, a menos que o Estado demonstre que a aplicação daquele ônus para essa pessoa (a) atende a um interesse público convincente; e (b) é o meio menos gravoso de atender o referido interesse. A *Supreme Court* reconheceu a constitucionalidade da aplicação da RFRA em relação à legislação federal em 2006, no caso *Gonzales v. O Centro Espirita*.

Em 2010, no Governo Obama, o Congresso estadunidense aprovou o *Affordable Care Act* (ACA), que entre outras coisas estabelecia que ao *Department of Health and Human Services* (HHS) competia a especificação de que serviços deveriam ser cobertos pelos planos de saúde fornecidos aos empregados em geral, e às empregadas mulheres especialmente no que diz respeito ao presente caso, pelos empregadores (BURWELL, 2014, p.682). Nesse contexto, determinou-se que a cobertura deveria incluir o fornecimento de contraceptivos, incluindo 04 remédios cujo efeito era impedir que óvulos fertilizados fossem implantados no útero; os empregadores que não os fornecesse seriam multados ou deveriam aumentar o salário daquelas empregadas. Entidades como organizações

religiosas e organizações sem fins lucrativos com objeções institucionais a contraceptivos estavam isentas do cumprimento dessa regra (BURWELL, 2014, p.683).

A Hobby Lobby é uma companhia fechada³, com fins lucrativos, pertencente a uma bilionária família cristã-evangélica e que contava, no início dos anos 2010, com mais de 13 mil funcionários. Seus sócios-proprietários acreditam que a vida começa no momento da concepção (fertilização), razão pela qual se opunham a fornecer plano de saúde com cobertura de contraceptivos para as suas funcionárias, em especial aqueles remédios que impediam a implantação de um óvulo fertilizado. Assim, em 2012, a companhia buscou em juízo uma escusa em relação a essa regra específica imposta pelo HHS, baseando-se na RFRA e na Primeira Emenda à Constituição estadunidense.

A *United States District Court for the Western District of Oklahoma* rejeitou um pedido de providência cautelar. A *United States Court of Appeal for the Tenth Circuit* reconheceu que a Hobby Lobby é uma pessoa (jurídica) com liberdade religiosa, ordenando que o governo não exigisse o cumprimento da regra sobre contraceptivos contra aquela empresa, assim como determinando que o caso fosse julgado em definitivo pela *District Court*. O governo federal, então, recorreu à SCOTUS. Lá, ele foi consolidado para julgamento conjunt com o caso *Conestoga Wood Specialities v. Sebelius*, com objeto semelhante. O caso em questão originalmente se chamava *Sebelius v. Hobby Lobby*, em referência à Secretária Kathleen Sebelius, chefe do HHS; entretanto, com a renúncia dela e posterior indicação de Sylvia Burwell para o cargo, o caso foi renomeado.

Quando *Burwell v. Hobby Lobby* foi julgado pela SCOTUS em 2014, a Corte era composta pelo *Chief Justice* John Roberts e pelos *Justices* Clarence Thomas, Samuel Alito, Antonin Scalia, Anthony Kennedy e

³ Ou seja, ela não vende as suas ações na bolsa de valores, havendo um controle substancial a respeito de quem pode se tornar sócio da companhia.

Stephen Breyer, bem como pelas Justices Ruth Bader Ginsburg, Sonia Sotomayor e Elena Kagan. Os 05 primeiros tinham uma tendência claramente conservadora, enquanto os 04 últimos eram então os representantes da ala progressista da Corte.

Por uma maioria de 05 a 04, nos termos da referida distinção ideológica, a *Supreme Court* confirmou o entendimento da *United States Court of Appeal for the Tenth Circuit*, compreendendo (a) tanto que a regra sobre contraceptivos violava a RFRA; (b) quanto que esse diploma legal protegia o livre exercício da religião não apenas de pessoas físicas, porém também de companhias fechadas, ainda que com fins lucrativos. A opinião da maioria foi redigida pelo *Justice Alito*, e o *Justice Kennedy* apresentou opinião própria no mesmo sentido. A *Justice Ginsburg* redigiu a divergência, acompanhada pelos demais progressistas; além disso, os *Justices Breyer* e *Kagan* apresentaram outra divergência em apartado.

O *Justice Samuel Alito* foi designado para redigir a opinião da maioria, dividindo-a em 05 partes, com aderência integral do *Chief Justice Roberts* e dos *Justices Thomas, Scalia* e *Kennedy*.

Na parte I da opinião majoritária da Corte, o *Justice Alito* descreve as regras pertinentes sobre a RFRA, a ACA e os regulamentos da HHS (BURWELL, 2014, p.693-699). Na parte II da opinião majoritária, o *Justice Alito* descreve a família Hahn, dona da Conestoga Wood, e a família Green, dona da Hobby Lobby, bem como o modo como as companhias são dirigidas, os seus valores corporativo-religiosos e as respectivas crenças religiosas suscitadas como oposição à regra da HHS sobre contraceptivos (BURWELL, 2014, p.700-704).

Na parte III da opinião majoritária da Corte, o *Justice Alito* passou a discutir o porquê entendia que, para fins de aplicação da RFRA, corporações com fins lucrativos da natureza da Hobby Lobby deveriam ser entendidas como pessoas com liberdade religiosa a ser protegida (BURWELL, 2014, p.705). A HHS argumentara que aquelas companhias não teriam

legitimidade para invocar a escusa de consciência em razão do seu intuito lucrativo, e que seus sócios também não teriam legitimidade na medida em que a regra não se direcionava a eles, mas às pessoas jurídicas.

Enfrentando tal alegação, a maioria da SCOTUS compreendeu que os empresários se encontravam diante de uma escolha muito difícil entre a proteção à sua liberdade religiosa, de um lado, e os benefícios de empreender por meio de uma pessoa jurídica, de outro lado; nesse sentido, a Corte depreendeu que a RFRA objetivava uma tutela muito ampla da religião, não pretendendo impor tal escolha a ninguém. Assim, o propósito de estender tais direitos às companhias seria alcançar também os acionistas, os diretores e os empregados; do mesmo modo, em se tratando de companhias fechadas, há uma proteção específica às pessoas que são suas “donas” e controladoras (BURWELL, 2014, p.705-707).

A opinião majoritária foi no sentido de que não havia qualquer indício no texto da RFRA de que “pessoa”, para tal diploma, não incluía pessoas jurídicas. Do mesmo modo, aduziu-se que a Corte anteriormente já havia aplicado a referida lei a corporações sem fins lucrativos, como no caso *Gonzales v. O Centro*; nesse sentido, não haveria qualquer definição de “pessoa” que incluísse pessoas naturais e pessoas jurídicas sem fins lucrativos, mas excluísse pessoas jurídicas com intuito lucrativo (BURWELL, 2014, p.707-709). Do mesmo modo, a Corte já protegera a liberdade religiosa de indivíduos no exercício de atividades lucrativas; o entendimento consolidado era no sentido de que atividades empresariais impulsionadas ou limitadas por doutrinas religiosas se enquadravam no âmbito do precedente formado no caso *Smith*. Por essa razão, nem a natureza de pessoa jurídica nem o seu intuito lucrativo afastavam a Hobby Lobby e a Conestoga Wood do conteúdo da RFRA (BURWELL, 2014, p.709-713).

A última discussão realizada na Parte III foi sobre a inaplicabilidade da RFRA às corporações com fins lucrativos em razão da dificuldade de se

verificarem a sinceridade das crenças religiosas de companhias grandes, abertas ao mercado de ações, ou dos seus donos, sócios ou acionistas. Segundo a maioria conservadora, o caso não se tratava de uma companhia aberta, na medida em que a Hobby Lobby e a Conestoga Wood eram companhias fechadas nas quais com tranquilidade se poderia verificar as crenças das famílias que controlavam as empresas; além disso, ainda que abertas fossem, em tese poderia haver mecanismos que, na prática, afastassem o mencionado problema (BURWELL, 2014, p.717-719).

Na Parte IV da opinião majoritária da Corte, o *Justice* Alito se debruçou sobre a questão de a regra sobre contraceptivos, imposta pela HHS, constituir ou não um ônus significativo sobre o exercício da liberdade religiosa – deixando claro desde o início a sua compreensão por uma resposta no sentido positivo (BURWELL, 2014, p.719). Em primeiro lugar, segundo a maioria dos *Justices*, a regra requeria das famílias Hahn e Green uma postura que violava suas sinceras crenças religiosas no sentido de que a vida começa na concepção; nesse sentido, se as suas companhias, por imperativos de crença, se recusassem a fornecer contraceptivos ou deixassem de fornecer plano de saúde para seus funcionários, sofreriam graves consequências econômicas (BURWELL, 2014, p.720).

Em segundo lugar, discutiu-se a alegação da HHS de que a conexão entre a obrigação imposta ao empregador, de um lado, e aquilo que ele considerava moralmente errado, de outro lado, era significativamente atenuada em razão de ser o empregado quem escolheria tanto a cobertura do plano de saúde quanto o método contraceptivo a ser utilizado. O entendimento majoritário foi no sentido de que a RFRA diz respeito à condução da empresa em conformidade com as suas crenças religiosas, e a crença das famílias Hahn e Green dizia ser imoral a prática de um ato que, em si mesmo, era inocente – prover cobertura de seguro –, mas que tinha o efeito de permitir ou facilitar que outra pessoa praticasse um ato imoral – o uso do contraceptivo pela funcionária (BURWELL, 2014, p.723-726).

Na Parte V da opinião majoritária da Corte, o *Justice Alito*, a partir da premissa acima estabelecida de que a regra da HHS sobre contraceptivos impunha um ônus ao exercício da religião, passou a analisar se o órgão governamental havia imposto tal regra como meio de alcançar um interesse público relevante e se tal medida era o modo menos restritivo de atingir o referido interesse (BURWELL, 2014, p.726).

A SCOTUS reconheceu que garantir acesso aos métodos contraceptivos questionados era um interesse público relevante, nos termos do quanto preconizado pela RFRA (BURWELL, 2014, p.726-728). Contudo, a maioria da Corte entendeu que o governo tinha deixado de satisfazer à exigência de adoção do meio menos restritivo para a salvaguarda do referido interesse. Alegou-se que a HHS não tinha demonstrado a verdadeira falta de outros modos de, sem impactar o exercício da religião dos requerentes, atingir o mesmo objetivo. Suscitou-se que o governo poderia assumir para si o custo de prover os referidos contraceptivos nos casos de objeção de consciência dos empregadores, ou que a HHS poderia ter estendido à Hobby Lobby e à Conestoga Wood as mesmas isenções à regra do contraceptivo que havia em favor de organizações religiosas (BURWELL, 2014, p.728-732).

Finalizando o entendimento que exonerou as companhias requerentes de fornecer os medicamentos questionados com base em motivos religiosos, o *Justice Alito* ressaltou que aquela decisão da *Supreme Court* somente dizia respeito especificamente à regra dos contraceptivos, não devendo ser automaticamente aplicada a outras situações cobertas pelos seguros de saúde, como vacinas ou transfusões de sangue (BURWELL, 2014, P.732-736).

O *Justice Kennedy*, embora tenha aderido à opinião redigida pelo *Justice Alito*, apresentou o seu próprio entendimento por escrito, achando ser necessário acrescentar algumas observações, em atenção à dissidência da minoria. Ressaltou que tanto a opinião majoritária quanto a minoritária concordavam que o propósito da RFRA era proteger a liberdade religiosa.

Acrescentou que, na tradição constitucional estadunidense, liberdade significava que todas as pessoas tinham o direito de acreditar em uma divindade e em leis divinas. Para os que escolhem esse caminho, a liberdade de exercício da religião, em especial para autodeterminar suas condutas de acordo com seus preceitos, é essencial para preservar sua dignidade; por essa razão, liberdade de exercício da religião tem um significado mais amplo do que liberdade de crença (BURWELL, 2014, p.736).

Segundo o *Justice Kennedy*, isso também implica o direito a expressar tais crenças e a definir escolhas políticas, cívicas e econômicas em conformidade com a religiosidade – ou ausência dela. Contudo, definir o âmbito do livre exercício da religião se torna mais difícil em uma sociedade complexa em uma era de ampla regulação governamental; assim, fundamentais os precedentes da SCOTUS e a norma imposta pela RFRA. Nesse sentido, o governo fracassou em atender ao segundo requerimento da RFRA, qual seja, a adoção do meio menos restritivo para atingir a sua finalidade (BURWELL, 2014, p.737). A HHS havia permitido que outros empregadores, em especial organizações religiosas sem fins lucrativos, com base em suas objeções de consciência, fossem isentados da regra sobre contraceptivos.

Essa isenção vinha funcionando com a obrigatoriedade de os planos de saúde cobrirem as medicações para as empregadas que as desejassem, sem repasse de custos para os empregadores; trata-se de uma flexibilização que tutela o interesse governamental em questão sem atingir as crenças dos envolvidos. No caso da Hobby Lobby e da Conestoga, o governo não demonstrou que uma flexibilização semelhante seria inviável. Assim, violava a RFRA a insistência da HHS de distinguir as organizações religiosas e as companhias requerentes, isentando as primeiras e onerando as últimas, sendo possível conferir a todas o mesmo tratamento (BURWELL, 2014, p.738). Destacou que o entendimento da Corte era no sentido de que uma flexibilização poderia ser feita para os empregadores sem criar para o

governo a obrigatoriedade de custear com verba pública aquela cobertura de saúde a qual os requerentes estavam se opondo por fundamentos religiosos (BURWELL, 2014, p.739).

Discordando do entendimento majoritário, a *Justice* Ginsburg apresentou sua opinião dissidente, à qual aderiu integralmente a *Justice* Sotomyor e à qual aderiram parcialmente os *Justices* Breyer e Kagan. Ela apresentou severas críticas à decisão da maioria, que permitia que corporações comerciais se recusassem ao cumprimento de quaisquer leis, exceto as tributárias, alegando incompatibilidade com suas sinceras crenças religiosas.

Também ressaltou que a opinião majoritária não dava qualquer peso ou importância aos interesses governamentais tutelados ou ao ônus imposto a terceiros em razão de tais amplas flexibilizações motivadas por religião. Ela afirmou que a Primeira Emenda não impunha flexibilizações tão extremas; e que discordava do entendimento majoritário de que a RFRA impunha a escusa de consciência em favor de corporações com fins lucrativos, ainda que tal escusa impactasse severamente terceiros que não compartilhassem as crenças dos donos da empresa – no caso, as milhares de mulheres empregadas pela Hobby Lobby e pela Conestoga. Por essa razão, ela divergia da opinião do *Justice* Alito (BURWELL, 2014, p.740).

Em primeiro lugar, citando *Planned Parenthood v. Casey*, a *Justice* Ginsburg afirmou que a habilidade da mulher de participar igualmente na vida econômica e social tem sido facilitada pela possibilidade de controlar sua vida reprodutiva. Aduziu que, partindo desse pressuposto, o Congresso elaborou um programa nacional de cobertura de saúde no qual se incluísse o cuidado específico à saúde reprodutiva das mulheres.

Foi nesse contexto que a HHS, consultando especialistas em saúde pública, editara regulamentos exigindo que os planos de saúde cobrissem todas as formas de contraceptivos aprovados pelo órgão competente. Por essa razão, a Corte deveria decidir o caso em questão à luz dos motivos pelos

quais a regra dos contraceptivos fora imposta (BURWELL, 2014, p.741). Destacou ainda que o Congresso ao editar o *Affordable Care Act* (ACA) deixara decisões sobre saúde, inclusive métodos contraceptivos, nas mãos das mulheres, com ajuda dos seus profissionais de saúde (BURWELL, 2014, p.744).

Em segundo lugar, a *Justice* Ginsburg argumentou que qualquer pretensão da Hobby Lobby ou da Conestoga com base na Primeira Emenda seria afastada à luz do precedente estabelecido em *Smith* (BURWELL, 2014, p.744). A regra sobre contraceptivos era neutra e aplicada geralmente, e seu objetivo era direcionado à saúde reprodutiva feminina, nada tendo a ver com religião – portanto, o ônus causado era meramente incidental. Ademais, a Primeira Emenda jamais impôs flexibilizações baseadas em crença que gerassem ônus significativos aos interesses de terceiros (BURWELL, 2014, p.745). No caso, a escusa de consciência das companhias prejudicaria substancialmente as milhares de mulheres empregadas ou dependentes de funcionário das empresas, que, mesmo sem compartilhar a religião dos empregadores, teriam negado acesso à cobertura que lhes seria garantida pelo ACA (BURWELL, 2014, p.746).

Em terceiro lugar, a *Justice* Ginsburg mencionou que o recurso das companhias à RFRA decorria da ausência de um fundamento constitucional para o seu requerimento (BURWELL, 2014, p.746). Nesse sentido, o propósito expresso e específico do Congresso ao editar a RFRA era restaurar a jurisprudência da *Supreme Court* que havia antes do precedente sedimentado em *Smith*. Contrariamente a esse pressuposto, a decisão majoritária teria se afastado dos entendimentos anteriores a *Smith*, criando um novo curso jurisprudencial que antes não existia (BURWELL, 2014, p.747). Desse modo, a maioria da Corte havia errado em cada uma das três análises feitas: se corporações com intuito lucrativo eram protegidas pela RFRA; se a regra dos contraceptivos era um ônus excessivo ao exercício da

religião; e se o ônus imposto era o menos restritivo possível (BURWELL, 2014, p.750-751).

Para a *Justice* Ginsburg, a maioria conservadora errara ao compreender que a Conestoga Wood e a Hobby Lobby eram protegidas pela RFRA, na medida em que nenhum caso pré-*Smith* reconheceu que corporações com fins lucrativos se qualificavam para a escusa de consciência em relação a uma lei aplicável geralmente, apenas igrejas e outras organizações sem intuito lucrativo (BURWELL, 2014, p.751-752). Segundo ela, a razão era clara: organizações religiosas existem especificamente para desenvolver os interesses de pessoas que compartilham da mesma fé, o que não é o caso das corporações empresariais (BURWELL, 2014, p.754).

Ela ressaltou ainda que o precedente que a Corte estava formando, apesar de direcionado a companhias fechadas, poderia ter sua lógica futuramente aplicada a companhias abertas de qualquer tamanho, públicas ou privadas; inclusive, restava pouca dúvida que proliferariam requerimentos semelhantes de empresas desejosas de se subtrair ao cumprimento de normas que acreditam ser contrárias às suas respectivas fés (BURWELL, 2014, p.757).

Na sequência, a *Justice* Ginsburg aduziu que, ainda que a Hobby Lobby e a Conestoga Wood fossem reconhecidas como pessoas tuteladas pela RFRA, elas deveriam ter demonstrado que a regra sobre contraceptivos constituía um ônus excessivo sobre a sua liberdade religiosa; entretanto, a maioria da SCOTUS não se preocupou em analisar se a discutida norma se tratava de um fardo excessivo (BURWELL, 2014, p.758). Para ela, a opinião majoritária confundia a crença sincera das famílias Green e Hahn com o peso do ônus que lhes era imposto. Nesse sentido, a ligação entre a obrigação imposta aos empregadores e as objeções religiosas eram tênues demais para serem consideradas substanciais.

A Hobby Lobby e a Conestoga não tinham que comprar ou fornecer diretamente os medicamentos contra o qual se opunham; na realidade,

deviam apenas contribuir para os fundos que financiavam os planos de saúde, que por sua vez forneciam uma ampla variedade de serviços e produtos. Além disso, a decisão de usar ou não os contraceptivos ou quaisquer outros medicamentos cobertos pelos planos não era nem da Hobby Lobby nem da Conestoga Wood, mas pelos empregados e seus dependentes, com orientação dos respectivos profissionais da saúde. Havia tantos intermediários e etapas entre a obrigação imposta às empresas e o ato contra o qual se opunham, que o critério de ônus excessivo ao exercício da religião não estava satisfeito (BURWELL, 2014, p.760).

A *Justice* Ginsburg ainda argumentou que a maioria da Corte errara ao não considerar a regra sobre contraceptivo o meio menos restritivo para tutelar o interesse governamental buscado. Segundo ela, a HHS demonstrara que não havia um modo menos restritivo e igualmente eficiente que tanto satisfizesse a objeção das companhias requerentes quanto atingisse os objetivos do ACA – especificamente garantir que as mulheres recebam, sem custo para elas, o cuidado reprodutivo necessário para a sua saúde e bem-estar. Ela afirmou ainda que impor esse ônus ao governo, em vez de aos empregadores, contraria o propósito do *Affordable Care Act* (BURWELL, 2014, p.765). Por fim, a *Justice* Ginsburg afirmou que a maioria da SCOTUS havia criado um verdadeiro campo minado: haveria futuros requerimentos de objeção de consciência, e a Corte não poderia dar tratamento diferenciado a alguns pedidos fundamentados em religião, e não a outros, sob pena de violação à Primeira Emenda (BURWELL, 2014, p.771).

Os *Justices* Breyer e Kagan apresentaram conjuntamente a sua própria dissidência, aderindo quase integralmente à opinião da *Justice* Ginsburg. Ressalvaram apenas que não entravam no mérito da discussão sobre a possibilidade de corporações com finalidade lucrativa serem tuteladas pela RFRA (BURWELL, 2014, p.772).

4. Conclusão

No presente artigo, observou-se que o exercício da liberdade religiosa é um direito tutelado pela Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, na chamada *free exercise clause*. Compreendeu-se que, a partir do caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, a Suprema Corte dos EUA estabeleceu um teste para verificar a compatibilidade com a *free exercise clause* de leis que acabassem dificultando ou impedindo a prática de uma conduta embasada em motivações religiosas: em primeiro lugar, a lei deveria ser neutra e aplicável à generalidade; em segundo lugar, se os requisitos da neutralidade ou da aplicabilidade geral não estiverem satisfeitos, o ônus que a mencionada norma causa ao exercício de uma religião deve ser justificado por um interesse governamental relevante e deve ser moldado especificamente para atender àquele interesse. As leis que não passassem com sucesso pela referida análise seriam consideradas inconstitucionais.

Notou-se que, no caso *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc v. City of Hialeah*, com base no teste estabelecido em *Smith*, a SCOTUS por unanimidade considerou incompatíveis com a *free exercise clause* determinadas leis do município de Hialeah, no Estado da Flórida. As autoridades municipais editaram uma série de normas proibindo o sacrifício, o consumo e a disposição de animais, em um contexto no qual claramente a atuação legislativa se deu de modo direcionado a atingir uma igreja praticante da Santería. Isso era particularmente claro em razão das diversas exceções abertas em favor dessas práticas em contextos não relacionados àquele culto religioso. Por ferir o requisito da neutralidade e da aplicabilidade geral, nem ser moldada especificamente para atender aos interesses alegados pelo município, a legislação em questão foi considerada inconstitucional.

Verificou-se que, com a edição do *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA), foram alterados os critérios de análise das normas que impactam o

exercício da religião. Com a RFRA, o Congresso estadunidense determinou que o Estado não deve criar um ônus significativo para uma religião, ainda que por meio de uma norma geral e neutra. Caso isso ocorra, a RFRA estabelece que o indivíduo poderá alegar escusa religiosa para não respeitar tal norma, a menos que o Estado demonstre que a aplicação daquele ônus para essa pessoa (a) atende a um interesse público convincente; e (b) é o meio menos gravoso de atender o referido interesse.

Depreendeu-se que, no caso *Burwell v. Hobby Lobby Stores*, com base na RFRA, em uma decisão de 5 a 4, a maioria da SCOTUS reconheceu o direito dos requerentes no sentido de se recusar a cumprir uma norma federal que violava a sua crença religiosa. Com fundamento no *Affordable Care Act*, o *Department of Health and Human Services* determinara que os empregadores deveriam fornecer aos empregados planos de saúde que cobrissem contraceptivos, inclusive remédios cujo efeito era impedir que óvulos fertilizados fossem implantados no útero. As empresas requerentes, corporações fechadas com fins lucrativos, argumentaram que o fornecimento de tais medicações feria as suas respectivas religiões, que estabeleciam que o início da vida se dá com a fertilização do óvulo.

A maioria da Corte compreendeu que pessoas jurídicas com intuito lucrativo são pessoas protegidas pela RFRA; que a regra dos contraceptivos criava um ônus indevido ao exercício da religião das famílias donas das empresas requerentes; e que o governo não demonstrou se tratar do meio menos gravoso para tutelar o interesse que buscava com a norma questionada. Observou-se ainda que a opinião minoritária da Corte foi no sentido de que as empresas não poderiam ser tuteladas pela RFRA, que a observância da regra questionada não criava ônus excessivos e que se tratava do meio menos gravoso de assegurar o fornecimento de cuidados reprodutivos às mulheres trabalhadoras.

Referências

- BROWN v. Board of Education of Topeka, 347 US 483 (1954).
BURWELL v. Hobby Lobby Stores, 573 US 682 (2014).
CHURCH of the Lukumi Babalu Aye, Inc v. City of Hialeah, 508 US 520 (1993).
EMPLOYMENT Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 494 US 872 (1990).
FRAZEE v. Illinois Department of Employment Security, 489 US 829 (1989).
GONZALES v. O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal, 546 US 418 (2006).
LIVELY, Donald E.; BROYLES, D. Scott. **Contemporary Supreme Court Cases**, vol. 01. 2nd ed. Santa Barbara, California: ABC-CLIO, 2016.
PLANNED Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 US 833 (1992).
ROE v. Wade, 410 US 113 (1973).
THOMAS v. Review Board of the Indiana Employment Security Division, 450 US 707 (1981).
WISCONSIN v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972).

Artigo recebido em: 11/05/2021

Aceito para publicação em: 04/01/2022