

# Notas sobre a Objeção de Consciência<sup>1</sup>

**Thiago Magalhães Pires**

*Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Professor Convidado dos Cursos de Pós-graduação em Direito Administrativo da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ (2014/2015) e em Direitos Fundamentais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, em parceria com o Ius Gentium Coninbrigae - IGC da Universidade de Coimbra, Portugal (2017)*

**RESUMO:** O presente artigo examina algumas questões relacionadas à objeção de consciência, tal como incorporada à ordem jurídica brasileira. São abordados temas como a justificação, titularidade do direito correspondente a ela e a forma como se deve trabalhar com casos de objeção de consciência.

**PALAVRAS-CHAVE:** Objeção de consciência. Justificação. Titularidade. Ponderação.

**ABSTRACT:** This paper approaches some of the issues related to conscientious objections in Brazil. The justification for the existence of such a right, as well as the identification of those who are entitled to it, and the way it can be dealt with are a few of the matters discussed below.

**KEYWORDS:** Conscientious objection. Justification. Entitlement. Balancing.

---

1 O presente texto corresponde a uma parte da tese de doutorado que defendi, na linha de Direito Público do Programa de Pós-graduação da Uerj, sob a orientação do Professor Luís Roberto Barroso – o homenageado deste número da Revista. Minha gratidão a ele, porém, não se limita à valiosa orientação de meus trabalhos acadêmicos. Devo aos vários anos em que estudei e trabalhei com o Professor a formação de um pensamento crítico e cosmopolita sobre o direito constitucional, sempre comprometido com o pluralismo e a emancipação do ser humano. Por isso, posso dizer que sua homenagem por esta prestigiosa publicação é mais do que justa diante da pessoa, do magistrado e do acadêmico que ele é – por mérito próprio, uma referência para todos nós.

## INTRODUÇÃO

O que fazer quando um dever legal vai de encontro à crença religiosa de alguém? Ou à sua convicção ética? Pode-se ver aqui uma tentativa de submeter a obrigatoriedade da lei a uma opinião individual – o que poderia erodir a ideia elementar do *rule of law*. Mas também se deve reconhecer que as orientações religiosas, políticas e filosóficas das pessoas são uma expressão de sua autodeterminação pessoal e, assim, manifestações de sua dignidade. Essas são algumas das polêmicas que cercam o tema da *objeção de consciência*. Lidar com ele é um desafio para o Direito Constitucional – e é como uma pequena contribuição a esse debate que se apresenta este breve artigo<sup>2</sup>.

O texto procura endereçar algumas das principais questões envolvendo a objeção de consciência. Ele se divide em sete tópicos, que discutem: (i) por que tutelar a objeção de consciência; (ii) a disciplina do tema na Constituição de 1988; (iii) quem são os titulares do direito; (iv) as posições jurídicas atribuídas a estes; (v) os elementos que devem ser considerados na ponderação; (vi) como respeitar a objeção de consciência; e, por fim, (vii) as dificuldades de se trabalhar com essa ideia no âmbito do serviço público.

### 1. POR QUE TUTELAR A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA?

Define-se a *objeção de consciência* como a invocação de uma obrigação ou proibição, fundada na convicção religiosa, política, ética ou moral do indivíduo, como escusa para que este não cumpra um dever imposto por lei. O objetor não põe em questão a ordem política como um todo ou uma instituição, mas simplesmente a viabilidade de ele, em particular, cumprir uma obrigação concreta<sup>3</sup>. Com base em um *imperativo de consciência*, pede-se uma exceção a um dever geral, cuja validade, em tese, não se discute<sup>4</sup>.

2 A versão editada e adaptada da tese na qual desenvolvi o tema pela primeira vez foi publicada pela editora Lumen Juris, com o título *Entre a cruz e a espada: liberdade religiosa e laicidade do Estado no Brasil*.

3 SORIANO, Ramón. La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivación en el ordenamiento jurídico español. *Revista de Estudios Políticos*, n. 58, pp. 61-110, oct./dic. 1987, p. 79. Nesse sentido, ela se diferencia das ideias, por vezes aproximadas, de *direito de resistência* e *desobediência civil*, que têm um escopo fundamentalmente político (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, cit., p. 452 e ss.).

4 CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. rev. v. I. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 616, para quem a objeção de consciência “consiste no direito das pessoas de não cumprir obrigações ou não praticar actos que conflituem essencialmente com os ditames da consciência de cada um”. Segundo o Tribunal Constitucional português, a objeção “traduz-se [...] na resistência que a consciência individual opõe a uma lei geral, em virtude de as próprias convicções pessoais impedirem o sujeito de a cumprir” (*Acórdão n° 681/1995*).

O tema é delicado, mas está longe de ser intransponível. Sem dúvida, uma vez que se reconheça o caráter inevitável do pluralismo, não há como exigir que o direito corresponda à compreensão ética de cada um. Contudo, como a autodeterminação pessoal é uma decorrência imediata da igual dignidade de todos, é preciso abrir espaço, tanto quanto possível, para que as pessoas sigam as concepções de vida boa que considerem adequadas<sup>5</sup>. O Estado não pode assumir o papel de ditar, afirmar ou refutar verdades éticas; mas mesmo medidas que, em tese, sejam (ou aparentem ser) “neutras” podem ter impactos desproporcionais sobre alguns grupos ou pessoas – e a isonomia exige que esses efeitos sejam considerados com seriedade<sup>6</sup>. Tudo isso conduz à afirmação da objeção de consciência: ao reconhecer que atos abstratamente válidos podem gerar danos específicos para certos indivíduos apenas por causa de suas convicções, o Estado deve agir no sentido de evitá-los ou minimizá-los, na medida em que isso seja viável, restabelecendo, assim, a igualdade<sup>7</sup>.

Como o objetivo da objeção de consciência é promover a isonomia, é preciso cuidado para evitar que, a pretexto de acolhê-la, um prejuízo excessivo seja substituído por um benefício injustificado. Ao consagrar a objeção como direito fundamental, a ordem constitucional não confere – nem pode ser interpretada como se conferisse – um tratamento privilegiado a quem tenha certas convicções. A disciplina do tema deve se ater ao limite do necessário para afastar o dano desigual, bem como atentar para que isso não resulte em uma vantagem especial para os envolvidos<sup>8</sup>.

5 Como decidiu a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica, a liberdade de consciência “consiste na possibilidade, juridicamente garantida, de acomodar o sujeito, sua conduta religiosa e sua forma de vida ao que prescreva sua própria convicção, sem ser obrigado a fazer algo que a contrarie” (*Sentencia 3173-93*).

6 PRIETO SANCHÍS, Luís. El constitucionalismo de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 24, n. 71, pp. 47-72, mayo/ago. 2004, p. 61.

7 ASÍS ROIG, Rafael. Las tres conciencias. In: PECES-BARBA, Gregorio (Ed.). *Ley y conciencia: moral legalizada y moral crítica en la aplicación derecho*. Boletín Oficial del Estado, 1993 (Monografías Universidad Carlos III), p. 31: “não parece que em um Estado democrático se possam oferecer razões que levem à sua negação [*i.e.*, da objeção de consciência] sempre e quando por meio dela não lesione um bem de maior relevância ética”. Em termos jurídicos mais próximos da teoria dos princípios se poderia dizer: ela se justifica sempre que o grau de promoção da liberdade de consciência supere a medida de frustração que a isenção em favor do objetor geraria para os fins estatais.

8 PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n° 681/1995*. No caso, por apertada maioria, declarou-se a constitucionalidade de dispositivo legal que subordinava o reconhecimento da condição de objetor de consciência à expressa declaração de disponibilidade para a prestação de serviço alternativo. Um dos pontos destacados pela divergência foi a inversão da *ratio* constitucional: o serviço alternativo é uma *consequência*, e não um *pressuposto*, da condição de objetor, de modo que a recusa à sua prestação não poderia levar à imposição do serviço militar contra os ditames da consciência do indivíduo, mas à aplicação de outras sanções (v. as declarações de voto dos Conselheiros Maria da Assunção Esteves, Luís Nunes de Almeida, Armindo Ribeiro Mendes e Maria Fernanda Palma). A mesma questão se colocou, com idêntico resultado, no *Acórdão n° 711/1995*. Para a maioria formada, a exigência garantiria a seriedade do declarante.

## 2. A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Todas essas preocupações foram atendidas pela Constituição de 1988 (CRFB), que acolheu a objeção de consciência como um direito fundamental e admitiu que a lei previsse, para quem a invocar, uma prestação alternativa, compatível com a convicção ética do indivíduo (art. 5º, VIII). Pelas razões acima, a oferta dessa prestação alternativa deixa de ser uma *possibilidade* para ser um *imperativo* sempre que, sem ela, a objeção de consciência gerar uma vantagem desmedida para o objetor.

A invocação da objeção de consciência exige uma restrição à privacidade: o sujeito deve informar suas convicções para que as autoridades possam acomodar seu pleito<sup>9</sup>. Na tentativa de diminuir esse custo, há quem sustente que, até certo limite, a prestação alternativa pode ser mais custosa que o dever legal, como forma de evitar um abuso da objeção de consciência, garantindo que só os casos de firme convicção sejam abarcados<sup>10</sup>. Essa postura parece adequada como forma de assegurar a preservação da ordem jurídica e evitar fraudes. Em certa medida, é o que se passa com os candidatos sabatistas nos concursos públicos realizados aos sábados, quando ficam durante quase todo o dia separados do contato com os demais, para só depois do pôr do sol iniciarem suas provas – garante-se a isonomia entre os candidatos e, ao mesmo tempo, evita-se que aventureiros invoquem a objeção de consciência como meio de obter vantagens indevidas. Isso não significa que se devem impor dificuldades desnecessárias aos objetores, mas simplesmente que medidas de acomodação podem envolver alguns custos mais elevados para quem invoca a objeção.

9 O fato de a objeção ser um direito não autoriza o interessado a exercê-lo arbitrariamente, por suas próprias mãos. Diante disso, o Superior Tribunal Militar manteve a condenação, por abandono de posto, de um soldado que – tendo afirmado inicialmente não ter religião – simplesmente deixou o serviço sem autorização porque, sendo adventista, não poderia trabalhar aos sábados (STM, DJ 3 abr. 2007, Apelação 2005.01.050146-0/PE, Rel. Min. Gen. Ex. Sergio Ernesto Alves Conforto).

10 RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Op. cit.*, pp. 106-107. Segundo o autor, ao mesmo conduziria a ausência de previsão expressa da objeção na lei penal – a cominação da sanção já serviria como desestímulo a fraudes. No entanto, como alertam Posner e McConnell, o risco a que o sujeito se submete só serve como um indício do grau de restrição que sua liberdade sofre até o efetivo reconhecimento de uma exceção – depois disso, os futuros objetores enfrentam perigos muito menores (se é que enfrentam algum) do que os que se apresentaram os primeiros. V. MCCONNELL, Michael W.; POSNER, Richard A. An economic approach to issues of religious freedom. *The University of Chicago Law Review*, v. 56, n. 1, pp. 1-60, Winter 1989, p. 52.

Nos termos do art. 5º, VIII, da Carta, eventuais sanções pelo descumprimento de um dever por imperativo de consciência só podem ser aplicadas se, cumulativamente: (a) o dever for *geral e previsto em lei* – em conexão com o art. 5º, II, da Constituição<sup>11</sup>; (b) houver previsão *também em lei* de serviço alternativo; (c) este não for incompatível com a convicção do cidadão; e (d) o interessado deixar de prestá-lo (de forma injustificada)<sup>12</sup>.

A Carta autoriza, nesses casos, a suspensão dos direitos políticos (art. 15, IV), mas não designa a autoridade competente para tanto – que, no regime anterior, era o Presidente da República<sup>13</sup>. Até a revogação da Lei nº 818/1949, ocorrida em 2017, ainda se previa o decreto presidencial como a via apropriada para isso. No entanto, o silêncio da disciplina normativa implica que a questão deve ser decidida pelo Judiciário<sup>14</sup>. O tema pode ser objeto de nova reflexão na eventualidade de se editar lei em sentido diverso. Mas, até que isso venha a ocorrer, não se pode presumir que sanção de tamanha gravidade dependa da vontade de um órgão político-partidário. Quanto ao período da suspensão, cabe ao legislador fixá-lo em termos razoáveis.

As observações acima se aplicam ao serviço militar<sup>15</sup>, “obrigatório nos termos da lei” (CRFB, art. 143, *caput*). São dispensados, em tempo de paz, “as mulheres e os eclesiásticos”, que ficam “sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir” (CRFB, art. 143, § 2º). Além disso, cabe às

11 Essa conexão é sublinhada por SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 99.

12 Destacando que somente o descumprimento da prestação alternativa dá ensejo a sanções, v. SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 99; MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos políticos na Constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 737; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Da perda e suspensão dos direitos políticos. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 139, pp. 203-216, jul./set. 1998, p. 214.

13 CF/1969, art. 144, II, *b*, e § 2º.

14 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 236; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Op. cit.*, p. 215.

15 Nos planos internacional e supranacional, entendia-se que a objeção de consciência ao serviço militar não tinha fundamento nos tratados de direitos humanos. Essa orientação era adotada pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU (*L.T.K. v. Finland*, Communication No. 185/1984, Declared inadmissible on 9 July 1985) e pelas Comissões Interamericana (*Cristián Daniel Sabli Vera y otros v. Chile*, Caso 12.219, Informe No. 43/05, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7 (2005)) e Europeia de Direitos Humanos (*e.g., G. Z. v. Austria*, no. 5591/72, Commission decision of 2 April 1973). Mais recentemente, porém, houve uma mudança de interpretação e o referido direito passou a ser reconhecido tanto pelo Comitê da ONU (*General Comment no. 22*, cit., § 11; *Id.*, Communications Nos. 1853/2008 and 1854/2008, *Cenk Atasoy* (1853/2008), and *Arda Sarkut* (1854/2008) *v. Turkey*, Views adopted on 29 March 2012, § 10.4; Communication Nos. 1321/2004 and 1322/20014, *Yeo-Bum Yoon and Mr. Myung-Jin Choi v. Republic of Korea*, Views adopted on 3 November 2006; e Communication Nos. 1593 to 1603/2007, *Eu-min Jung et al.*, Views adopted on 23 March 2010) como pela Corte Europeia (*Bayatyan v. Armenia* [GC], no. 23459/03, § 110, 7 July 2011).

Forças Armadas “atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência [...] para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar” (CRFB, art. 143, § 1º). O tema é disciplinado pela Lei nº 8.239/1991, que, curiosamente, afasta das mulheres e dos eclesiásticos qualquer prestação alternativa – sujeitam-se só, “de acordo com suas aptidões, a encargos do interesse da mobilização” (art. 5º)<sup>16</sup> –, mas impõe aos objetores de consciência o serviço alternativo, correspondente ao “exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às atividades de caráter essencialmente militar” (art. 3º, § 2º), que deve incluir “o treinamento para atuação em áreas atingidas por desastre, em situação de emergência e estado de calamidade, executado de forma integrada com o órgão federal responsável pela implantação das ações de proteção e defesa civil” (art. 3º, § 4º).

É questionável a total dispensa das mulheres e – especialmente – dos eclesiásticos quando outras pessoas (por razões de consciência) estão sujeitas a prestações alternativas. De todo modo, quanto a estas, é evidente a compensação promovida para evitar um tratamento favorecido dos objetores: eles também prestam serviços à coletividade e se preparam para agir em situações de calamidade.

### 3. TITULARIDADE

O direito de invocar a objeção de consciência adere, como parece claro, a todos que também sejam titulares da liberdade de consciência – afinal, aquele é um meio de promover e proteger esta última. Como todas as pessoas são dotadas de dignidade e, por isso, têm o direito de formar suas próprias convicções éticas e morais, qualquer brasileiro ou estrangeiro – residente ou não no País<sup>17</sup> – faz jus à tutela da liberdade de consciência e pode, assim, suscitar a referida objeção. A questão, contudo, se torna mais complexa quando a discussão envolve pessoas jurídicas.

<sup>16</sup> Nos termos do art. 2º, I, da Lei nº 11.631/2007, considera-se mobilização nacional “o conjunto de atividades planejadas, orientadas e empreendidas pelo Estado, complementando a Logística Nacional, destinadas a capacitar o País a realizar ações estratégicas, no campo da Defesa Nacional, diante de agressão estrangeira”. Note-se que o fim do serviço militar é justamente “a formação de reservas destinadas a atender às necessidades de pessoal das Forças Armadas no que se refere aos encargos relacionados com a defesa nacional, em caso de mobilização” (Lei nº 8.239/1991, art. 2º).

<sup>17</sup> Reconhecendo a titularidade de direitos fundamentais a estrangeiros, ainda que não residentes no Brasil, v. STF, DJ 27 fev. 2009, HC 94.016/SP, Rel. Min. Celso de Mello.

Embora a Constituição de 1988 não o mencione expressamente<sup>18</sup>, não há dúvida de que as entidades abstratas também são titulares de alguns direitos fundamentais<sup>19</sup>. É o caso, *e.g.*, do direito de propriedade e dos direitos processuais, como o acesso à Justiça, a ampla defesa e o contraditório. Contudo, há direitos fundamentais que, por postularem uma “referência humana”, pressupondo “características intrínsecas ou naturais do homem como sejam o corpo ou bens espirituais” não podem ser estendidos às pessoas jurídicas – caso, *e.g.*, da liberdade de consciência<sup>20</sup>: o carácter ficcional dessas entidades, que nada mais são que abstrações<sup>21</sup>, torna inviável falar em convicções próprias, distintas daquelas de seus membros ou gestores<sup>22</sup>.

Ademais, é preciso não perder de vista o *princípio da especialidade*: pessoas jurídicas são constituídas para certos fins, de modo que seu campo de atuação legítimo é limitado por seu objeto; por via de consequência, só lhes cabem os “direitos necessários ou convenientes à realização dos seus fins”<sup>23</sup>. O que marca a pessoa jurídica é o fato de não se confundir com

18 Diferentemente da Lei Fundamental alemã, que em seu art. 19 (3), dispõe: “Os direitos fundamentais também são válidos para as pessoas jurídicas sediadas no país, conquanto, pela sua essência, sejam aplicáveis às mesmas”; e da Constituição portuguesa, cujo art. 12, n° 2, prevê: “As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza”. Em ambos os países, a literatura aponta que também estão incluídas as entidades despersonalizadas (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 234; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 420).

19 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais – tópicos de teoria geral. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, pp. 171-172; SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 310-313.

20 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. cit.*, pp. 421-422; WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 132.

21 Na explicação de Carlos Santiago Nino, são “construções lógicas” que cumprem um papel de simplificação: elas ajudam a lidar com uma complexa rede de atos que envolvem pessoas variadas e normas jurídicas. V. SANTIAGO NINO, Carlos. *Introdução à análise do direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, pp. 264-277.

22 A impossibilidade de invocação de crenças por pessoas jurídicas, nessa linha, foi defendida por CHEMERINSKY, Erwin; GOODWIN, Michele. Religion is not a basis for harming others: review essay of Paul A. Offit’s *Bad faith: when religious belief undermines modern medicine*. *The Georgetown Law Journal*, v. 104, pp. 1111-1136, 2016, p. 1133. O comentário dos autores é crítico à decisão da Suprema Corte dos EUA no caso *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. \_\_\_\_ (2014), em que se afirmou que, no contexto específico de uma determinada lei, poder-se-ia imputar a uma sociedade empresária a manifestação de uma crença. A Corte poderia ter examinado o tema especificamente pela óptica constitucional em outro caso, que envolvia legislação estadual proibindo as drogarias de não ter ou entregar medicamentos por motivo de consciência de seus sócios. Em segundo grau, a norma foi considerada válida, mas a Suprema Corte se negou a examinar o pedido, com voto divergente, por escrito, do Juiz Alito, acompanhado pelo *Chief Justice* Roberts e pelo Juiz Thomas (*Stormans, Inc. v. Wiesman*, 794 F.3d 1064, 1071 (9th Cir. 2015), *cert. denied*, 579 U.S. \_\_\_\_ (2016)).

23 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 118-199; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. t. IV – Direitos fundamentais. Coimbra:

os seus integrantes ou administradores – a ponto de permanecer intacta, ainda que todo o seu quadro societário ou gestor venha a se modificar. Seria uma curiosa subversão admitir que o sujeito e a pessoa jurídica, distinguindo-se em todos os aspectos – inclusive e especialmente quanto à responsabilidade patrimonial –, pudessem fundir-se em uma personalidade, fazendo da segunda uma extensão do primeiro, apenas para invocar a objeção de consciência<sup>24</sup>. Tudo isso foi acolhido pela literatura no Brasil<sup>25</sup>.

No entanto, é possível que o próprio objeto da pessoa jurídica seja a promoção de certos ideais e convicções: isso ocorre, *e.g.*, com as organizações religiosas e algumas entidades de cunho político, religioso ou ético. Elas existem para auxiliar na realização da liberdade de consciência dos seus integrantes, facilitando e coordenando seus atos. As pessoas se reúnem em torno da mesma orientação, não porque seguem a doutrina da pessoa jurídica, mas porque as convicções de todos se alinham em torno daquelas ideias. Há, em suma, a vivência conjunta de indivíduos cuja orientação se aproxima a ponto de todos se identificarem como membros de um mesmo grupo. Nesses casos, negar a tutela da liberdade de consciência às pessoas jurídicas é impedir que seus membros fruam dela integralmente.

Nessa linha é que se destacam as entidades de tipo *expressivo*, cujo fim é a mobilização de discursos protegidos pela Constituição<sup>26</sup>, como os de caráter político, filosófico ou religioso. Elas se diferenciam das *instrumentais* ou *não expressivas*, cujos principais fins têm natureza profissional, assistencial, econômica ou comercial<sup>27</sup>. Mais uma vez, o que importa é o

---

Coimbra, 2000, p. 220. Exigindo que “os direitos fundamentais concretamente a se analisar se harmonizem, na protecção concedida, ao sentido existencial da pessoa colectiva em causa”, v. GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional*. v. II. Coimbra: Almedina, 2005, p. 1073. Na Espanha, onde também não há previsão expressa sobre o tema, como no Brasil, o Tribunal Constitucional aplicou o mesmo raciocínio (*STC 137/1985*, FJ 3º). O princípio da especialidade é pacífico também no Direito Internacional, como critério para distinguir as organizações internacionais dos Estados (V. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Legality of the use by a State of nuclear weapons in armed conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, p. 66, § 25).

24 Como disse a Justice Ginsburg da Suprema Corte dos EUA, “ao criar uma empresa [...], um indivíduo se separa da entidade e escapa à responsabilidade pelas obrigações desta”, não sendo razoável afastar pontualmente essa separação, apenas no seu próprio interesse, para impor sua convicção religiosa como se ele e a pessoa jurídica fossem a mesma pessoa (*Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. \_\_\_\_ (2014), at 19, Ginsburg J., diss.).

25 SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 311.

26 FARBER, Daniel A. *The First Amendment*. 3ª ed. New York: Foundation Press, 2010, p. 224.

27 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Liberdades. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, pp. 307-308; PREUB, Ulrich K., Associative rights (the rights to the freedoms of petition, assembly, and association). In: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, András (Eds.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 959.

objeto da entidade: se ela foi constituída para o fim de viabilizar ou colaborar no exercício das liberdades do espírito de seus membros, a proteção a ela, neste particular, decorre da tutela concedida a eles. Sua situação difere muito daquela, *e.g.*, de sociedades empresárias dedicadas a uma atividade comercial comum (*e.g.*, um bar ou uma loja de roupas), cujo adequado desempenho é absolutamente desvinculado da convicção de qualquer um de seus integrantes ou colaboradores<sup>28</sup>. Entre esses extremos, é claro, há uma zona cinzenta, em que a determinação do peso da consciência só pode ser aferida diante das características específicas da entidade e das funções que ela efetivamente exerce.

Também é necessário colocar a substância acima da forma. Há empresas desenvolvidas com o instrumental da personalidade jurídica, mas que continuam muito associadas à pessoa ou à intimidade do(s) seu(s) sócio(s) ou empresário(s). Além das empresas individuais, é possível cogitar, ainda, de sociedades formadas por familiares próximos e/ou que, de algum modo, envolvam uma grande proximidade com sua vida pessoal. Nessas situações, ou bem a entidade jurídica e a pessoa natural formam uma unidade, porque a atividade é desenvolvida pela segunda; ou bem a empresa se insere no âmbito da intimidade de alguém ou de um grupo. Nas duas situações, não é viável proteger a convicção e a privacidade das pessoas naturais sem estender seus efeitos à esfera da pessoa jurídica.

Como a consciência é inerentemente individual, não há como sustentar que o *status* de objetor possa ser concedido a pessoas jurídicas – exceto quando se está diante de entidades expressivas, quando a empresa e a pessoa natural se confundem, ou ainda quando a atividade econômica se insira na intimidade de alguém ou de um círculo privado. No primeiro caso, o cumprimento do dever legal ofenderia a consciência das pessoas (naturais) que integram a instituição, na medida em que contrariaria a pró-

---

28 Em casos que envolviam vários tipos de discriminação, a Suprema Corte dos EUA considerou válida a aplicação de leis que proibiam essas práticas por parte de sindicatos (*Railway Mail Ass'n v. Corsi*, 326 U.S. 88 (1945)), escritórios de advocacia (*Hishon v. King & Spalding*, 467 U.S. 69 (1984)) e mesmo associações (*Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984); *Bd. of Dirs. of Rotary Int'l v. Rotary Club*, 481 U.S. 537 (1987)), tendo vedado, ainda, que subsídios estatais se dirigissem a escolas privadas com políticas de segregação racial (*Norwood v. Harrison*, 413 U.S. 455 (1973)). No entanto, quando a entidade é considerada expressiva, sua proteção é maior (*Boy Scouts of America et al. v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000)). A conexão com a finalidade social da entidade é direta: a tutela constitucional depende da demonstração de que a pessoa jurídica não conseguirá desenvolver seu objeto de forma adequada se atender à medida imposta pelo Poder Público (*New York State Club Ass'n v. New York City*, 487 U.S. 1, at 13 (1988)). *A contrario sensu*, a ausência de qualquer perturbação na capacidade de a entidade expressar seus próprios valores e opiniões demonstra a validade da medida estatal (*Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights, Inc.*, 547 U.S. 47 (2005)).

pria finalidade (expressiva ou religiosa) da sua existência. No segundo e no terceiro casos, a obrigação, embora dirigida à pessoa jurídica, haverá de ser cumprida pelas pessoas (naturais) dos seus gestores, tornando-se impossível conciliar sua consciência com o atendimento ao dever previsto na lei<sup>29</sup>.

Uma observação antes de prosseguir. O que se vem de discutir é a titularidade do direito à liberdade de consciência – *i.e.*, a possibilidade de invocá-la contra alguma medida restritiva. O fato de se poder fazê-lo não significa que a autonomia privada deva sempre prevalecer nesses contextos, mas simplesmente que, havendo incidência da referida liberdade, é preciso promover a necessária ponderação, considerando os dados do caso concreto<sup>30</sup>.

#### 4. POSIÇÕES JURÍDICAS ATRIBUÍDAS AO SUJEITO

O direito à objeção de consciência, sem dúvida, tem uma dimensão *defensiva* relevante: ele exige uma abstenção ao determinar que não sejam aplicadas sanções pelo descumprimento do dever legal. Mas há também uma dimensão *prestacional* envolvida, principalmente do ponto de vista *da organização e do procedimento*: em alguns casos, seu exercício exige que se defina um procedimento justo (não necessariamente judicial) para que o *status* de objetor e seus efeitos jurídicos sejam reconhecidos<sup>31</sup>.

Disso não se extrai que a objeção de consciência esteja submetida ou condicionada à vontade ou à discricionariedade do legislador<sup>32</sup>. Como pode haver muitas alternativas para acomodar a situação de um objetor, há

29 Essa distinção parece ter sido feita, nos EUA, pela *U.S. Court of Appeals for the 9th Circuit* no caso *Stormans, Inc. v. Wiesman*, 794 F.3d 1064, 1071 (9th Cir. 2015), *cert. denied* 579 U.S. \_\_\_\_ (2016). Afirmou-se a constitucionalidade de legislação estadual que proibia as farmácias de se negarem a ter ou entregar medicamentos quando isso contrariasse a convicção de seus sócios. Um dos elementos destacados pelo acórdão foi o fato de que, embora as farmácias não pudessem alegar objeção de consciência, os farmacêuticos em si poderiam – caberia à empresa manter à disposição dos clientes outros farmacêuticos à disposição, no local ou por telefone.

30 A Suprema Corte do Novo México (EUA) se recusou a traçar uma distinção entre profissões “expressivas” ou “criativas” para fins de proteção constitucional. O caso envolvia uma alegação de discriminação por motivo de orientação sexual imputada a uma empresa de fotografia, que se recusara a documentar uma união entre pessoas do mesmo sexo (*Elane Photography, LLC v. Willock*, 309 P.3d 53 (N.M. 2013), *cert. denied*, 134 S. Ct. 1787). Criticando a decisão por não ter considerado o choque entre a liberdade de expressão e a proteção de grupos estigmatizados, v. CONSTITUTIONAL law – First Amendment – New Mexico Supreme Court holds that application of public accommodations law to wedding photography company does not violate First Amendment speech protections. — *Elane Photography, LLC v. Willock*, 309 P.3d 53 (N.M. 2013). *Harvard Law Review*, v. 127, pp. 1485-1492, 2014.

31 CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Op. cit.*, v. 1, p. 616.

32 Afirmção contrária afrontaria a rigidez da Constituição e a vinculação do legislador aos direitos fundamentais. V. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 239.

uma *preferência* pela solução legislativa do problema, acompanhada de uma *deferência* à interpretação que prevalecer no processo de formação das leis. Não há, porém, subordinação total da sua eficácia à vontade das majorias políticas – trata-se, afinal, de uma manifestação da liberdade de consciência<sup>33</sup>. Se a fundamentalidade do direito tem algum sentido mínimo é o de impor aos órgãos do Estado o *dever de considerar com seriedade* as possibilidades de acomodação das objeções.

## 5. PONDERAÇÃO

A objeção de consciência não é uma regra e, conseqüentemente, não opera segundo a lógica do “tudo ou nada”; trata-se de um princípio que, diante de deveres gerais válidos em tese, exige a acomodação dos ditames da consciência individual *na medida em que isso seja viável*, considerando os limites postos por normas contrapostas e pela realidade de fato. Dessa forma, a efetiva criação de uma exceção em favor dos objetores depende de uma ponderação.

O sopesamento deve envolver, de um lado, a intensidade da restrição à liberdade de consciência, gerada pela imposição do dever geral àquele indivíduo; e, de outro, o prejuízo que uma exceção em seu favor poderia produzir para a satisfação dos fins que o dever busca promover. Note-se bem: não se trata de comparar o benefício *do cidadão* com uma situação hipotética em que *todos* pleiteassem uma objeção – a universalização da decisão é um fim a ser almejado, mas isso se limita ao conjunto específico de pessoas que, em tese, poderiam invocar a objeção nos mesmos termos<sup>34</sup>. A questão tampouco se resume a uma análise fria de custo-benefício em

---

33 Por isso, não é possível concordar com Fábio Carvalho Leite quando sustenta que “[n]ão se trata [...] de um direito a ser exigido, mas a ser acomodado”, ou que “não é exigível judicialmente”, mas “pode ser construído em sede legislativa ou mesmo na via administrativa” (LEITE, Fábio Carvalho. *Liberdade religiosa e objeção de consciência: o problema do respeito aos dias de guarda*. In: (Orgs.). *A religião no espaço público: atores e objetos*. São Paulo: Terceiro Nome, 2012, pp. 167 e 178). Essa qualificação transforma o art. 5º, VIII, da Constituição em letra morta, na medida em que submete a sua eficácia à conveniência das majorias no Legislativo ou mesmo da Administração.

34 Dessa forma, se um grupo pequeno se recusa, por motivo religioso, a contribuir com a seguridade social, mas tampouco extrai benefícios do sistema, a exceção nem remotamente prejudica a finalidade legal, que é manter um sistema hígido para quem pode utilizá-lo. Por isso, McConnell e Posner (*Op. cit.*, pp. 53-54) criticam o acórdão da Suprema Corte no caso *United States v. Lee*, 455 U.S. 252 (1982). Nesse processo, discutiu-se a constitucionalidade da incidência de contribuições para a seguridade social sobre os Amish – um grupo bem reduzido de pessoas, que já era parcialmente contemplado por isenções, não admitia fazer uso das prestações da seguridade social e tinha seu próprio modelo de amparo aos idosos. Tudo isso mostra que abrir um pouco mais o leque de exceções não geraria qualquer impacto relevante para o sistema tributário norte-americano. No entanto, a Corte contrapôs à sua pretensão o risco que um modelo de “adesão voluntária geral” poderia produzir para o “amplo interesse público na manutenção de um sólido sistema tributário”.

termos financeiros – até porque argumentos de índole pragmática, quanto relevantes, devem atentar à primazia valorativa dos direitos fundamentais<sup>35</sup>. No caso das pessoas jurídicas religiosas ou expressivas, quanto mais o dever legal afetar sua finalidade principal, maior será o peso relativo da objeção de consciência. De outra parte, a proteção tenderá a ser menor conforme o comportamento regulado se distancie do papel cultural ou expressivo da entidade<sup>36</sup>.

Além disso, a ponderação deve considerar, ainda, elementos como: a importância da contribuição individual do sujeito para promoção do objetivo legal; o caráter personalíssimo (ou não) do dever; a existência de outras pessoas igualmente aptas a cumpri-la; e a viabilidade de sua substituição por prestações alternativas<sup>37</sup>. Dessa forma, o modo como se pode acomodar a objeção (v. item nº 6, *infra*) interfere na ponderação, na medida em que gera maior ou menor restrição aos fins que o dever legal procura promover.

Do fato de a objeção exigir uma ponderação decorre que ela precisa ser *justificada* e, assim, submetida ao crivo dos procedimentos de controle pertinentes<sup>38</sup>, sejam eles preventivos ou repressivos. Em qualquer caso, porém, não compete ao Poder Público se substituir ao sujeito para dizer como se sentir diante da medida que considera ofensiva a seus imperativos

35 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. As garantias constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 10, n. 35, p. 345-373, jul./dez. 2016, p. 359.

36 A relação de uma conduta com a convicção deve ser buscada principalmente na autocompreensão da própria entidade e do sujeito. Como afirmou o Tribunal Constitucional Federal alemão, tratando de entidades religiosas, “o Estado violaria a independência das associações ideológicas e sua liberdade de organização interna conferidas pela Constituição se não considerasse a forma como essas associações se veem quando interpretando a atividade religiosa resultante de uma confissão ou credo específico” (BVerfGE 24, 236 (Rumpelkammer). In: KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham: Duke University Press, 1989, p. 449).

37 Nessa linha, o Código de Ética Médica garante o direito dos médicos à objeção de consciência, mas, na ponderação com a vida e a saúde dos pacientes, bem observa que essas últimas devem prevalecer nas situações extremas. V. Código de Ética Médica, Capítulo I (Princípios Fundamentais), item nº VII: “O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente”.

38 Assim, no campo da Medicina, v. DINIZ, Debora. Objeção de consciência e aborto: direitos e deveres dos médicos na saúde pública. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 5, pp. 981-985, out. 2011, p. 984: “O direito à objeção de consciência não constitui passe livre para a recusa de assistência médica. Sua motivação deve ser relevante, estar relacionada à integridade moral do indivíduo e ser razoável para o marco dos direitos humanos. O médico objetor deve justificar a solicitação de recusa de assistência em um caso concreto, por isso a proposta da ‘tese da justificação’. O ônus da justificação cabe ao médico com *objeção seletiva de consciência*, e é dever da unidade de saúde avaliar sua relevância”.

éticos. Em sentido oposto, a Corte Constitucional da Colômbia equivocadamente rejeitou pleitos de objeção por entender que, ao contrário do que sustentavam os interessados, a participação em cerimônias cívicas não poderia ser vista como “idolatria” ou “adoração”<sup>39</sup>. O mesmo fez ao negar sentido religioso a um juramento<sup>40</sup>. O equívoco aqui está no seguinte: a liberdade de consciência não é violada só pela prática de atos dos quais se discorda, mas também por condutas que, embora inspiradas por fins seculares, atentem contra imperativos de consciência do sujeito – é este, aliás, o campo típico de aplicação da objeção de consciência. Nesse cenário, pouco importa que o Estado as qualifique como lícitas, porque não é isso o que está em jogo – mas sim se é constitucional exigí-las, concretamente, daquela pessoa.

O Poder Público não é obrigado a ceder diante de qualquer apelo à liberdade de consciência, mas isso só pode resultar de uma ponderação entre ela e os bens jurídicos que justificam o dever legal que a ofenderia; jamais de uma imposição, por parte do Estado, quanto à interpretação a ser conferida ao mandamento ético invocado pelo sujeito.

Não à toa, essa postura não tem sido seguida em casos semelhantes. A Suprema Corte dos EUA, que inicialmente havia considerado lícita a exigência de que crianças, testemunhas de Jeová, fossem obrigadas a recitar o “juramento de lealdade” (*pledge of allegiance*) à bandeira do país, contrariando suas convicções religiosas<sup>41</sup>, mudou seu entendimento pouco tempo depois<sup>42</sup>. O mesmo entendeu a mais alta Corte da Índia em caso envolvendo crianças que não cantavam o Hino Nacional, mas ficavam de pé, em postura respeitosa<sup>43</sup>. Para além de atos cívicos, juramentos também suscitam esses problemas: o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha considerou inválida a aplicação de multa a um pastor que, por razões re-

39 *Sentencia T-075 de 1995*; *Sentencia T-877 de 1999*. O último julgado deixa claro que a conclusão da Corte se baseou na afirmação de que atos cívicos não têm natureza religiosa e, por isso, a celebração do Estado não pode ser assimilada à adoração de uma divindade. Ou seja: na avaliação da Corte Constitucional, os interessados não teriam compreendido bem *suas próprias concepções religiosas* ao afirmarem que a vedação à idolatria se estenderia aos símbolos nacionais. Para uma crítica da interpretação da Corte, v. PARDO SCHLESINGER, Cristina. La objeción de conciencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Persona y Bioética*, v. 10, n. 1, pp. 52-68, ene./jun. 2006.

40 *Sentencia T-547 de 1993*.

41 *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940).

42 *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

43 *Bijoe Emmanuel & Ors v. The State of Kerala & Ors.*, 1987 AIR 748, 1986 SCR (3) 518, 1986 SCC (3) 615, JT 1986 115, 1986 SCALE (2)217.

ligiosas, se recusou a prestar o juramento que lhe era exigido como testemunha em um processo judicial<sup>44</sup>.

## 6. O QUE FAZER DIANTE DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA?

O acolhimento da objeção pode levar a um conjunto de medidas diversas. Do ponto de vista objetivo, pode-se cogitar de dois cenários que ajudam a compreender o tema.

No primeiro, ela pode ser invocada para *afastar, de todo, um dever*. É o caso, *e.g.*, da objeção à prestação do serviço militar obrigatório, à participação em festas cívicas ou atos de exaltação patriótica, ou à prestação de depoimento, como testemunha, sobre fatos de que um sacerdote teve ciência por meio da confissão. Nessas situações, o indivíduo está proibido de praticar a conduta prescrita por força de sua convicção religiosa. Não há como substituir o sujeito por outro porque a obrigação é personalíssima (*e.g.*, a oitiva do ministro religioso sobre os eventos narrados em confissão) ou atribuída individualmente a todos (*e.g.*, serviço militar). Já a cominação de sanções, como forma de forçar o cumprimento do dever legal, encontra diante de si a resistência do sujeito, que muitas vezes preferirá a pena à satisfação da obrigação. A aplicação da penalidade, aqui, tenderá a ser irrazoável: não se pode equiparar à desídia ou ao dolo o cumprimento de um imperativo de consciência. O fato de a recusa se amparar em um direito fundamental a diferencia do mero inadimplemento injustificado.

Abrem-se ao Estado aqui três possibilidades. A *primeira* delas é a seguinte: em vez de impor uma punição, exigir a reparação do eventual dano causado à coletividade ou a terceiros. Essa solução é pertinente no caso do serviço militar: como a ideia é dividir igualmente entre todos os encargos com o esforço de defesa nacional, a exigência de uma prestação alternativa dos objetores prestigia sua liberdade de consciência e, ao mesmo tempo, promove uma equalização entre a sua situação e a das demais pessoas: o serviço alternativo compensa a sociedade pela falta do outro.

A *segunda* alternativa é tentar atingir o fim subjacente ao dever legal na maior extensão possível sem ofender a liberdade de consciência dos objetores. Isso é útil, *e.g.*, quando a finalidade que inspira o dever legal puder ser atingida de várias formas. É o caso, *e.g.*, dos juramentos sobre a

44 BVerfGE 33, 23 (Eidesverweigerung aus Glaubensgründen). In: SCHWABE, Jürgen. *Op. cit.*, p. 360 e ss.

Bíblia, que podem ser substituídos por compromissos de falar a verdade; ou da participação em cerimônias cívicas, quando a simples postura de respeito for suficiente. Em vez de insistir na *forma* do ato, o Estado se satisfaz com seu *conteúdo*<sup>45</sup>.

Já a *terceira* e última possibilidade é simplesmente dispensar os objetos do dever legal. Essa medida é residual; só se deve ser recorrer a ela se as anteriores forem inviáveis. Nos exemplos acima, isso se aplica ao caso do padre: só ele pode prestar depoimento sobre o que sabe; como a instrução processual não será melhor atendida pela prisão de alguém que, no exercício de um direito fundamental, nem assim revelará o que sabe, a única via aberta ao Estado é a dispensa do dever.

Mas, como adiantado, há situações em que a objeção de consciência não se volta contra o dever em si, mas *contra as circunstâncias do seu cumprimento* – trata-se do segundo cenário a que se referiu acima. Judeus ortodoxos e adventistas do sétimo dia não veem qualquer problema em trabalhar como mesários nas eleições, mas não admitem fazê-lo do pôr do sol de sexta-feira ao início da noite de sábado. Em geral, a opção pelo dia da semana nada mais é que uma questão de conveniência da Administração, sendo viável reagendar a atividade para outro dia. Se for esse o caso, não há razão para deixar de fazê-lo<sup>46</sup>. Um caso apreciado nos EUA no século XIX ilustra bem o ponto: por que exigir que um judeu preste depoimento em um sábado se um ou dois dias depois ele poderia comparecer sem que disso resultasse qualquer prejuízo ao processo? Deve haver uma razão ponderável para restringir a liberdade de consciência; do contrário, o que se tem não é a limitação do direito, mas, pura e simplesmente, sua violação<sup>47</sup>.

Outra possibilidade é a seguinte: como as circunstâncias tornam o dever especialmente gravoso para um grupo, a desigualdade de tratamento pode ser remediada com a simples exclusão dos mais prejudicados da lista

45 ÍNDIA. Suprema Corte. *Bijoe Emmanuel & Ors v. The State of Kerala & Ors.*, 1987 AIR 748, 1986 SCR (3) 518, 1986 SCC (3) 615, JT 1986 115, 1986 SCALE (2)217.

46 Nessa linha, dois Tribunais Regionais Federais decidiram que, sendo prevista a aplicação de provas em dois dias (sábado e domingo), era indiferente à Administração que a avaliação da parte ocorresse em um ou no outro; sendo um deles dia de guarda religioso, deveria ser acolhido o pleito para que a sua prova fosse reagendada para o outro dia (TRF – 1ª Região, DJ 25 jun. 2004, Mandado de Segurança 2002.01.00.005047-6/DF, Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz; TRF – 3ª Região, DJ 22 fev. 2006, Apelação em Mandado de Segurança 2002.61.00.000026-5/SP, Rel. Juiz Fed. Conv. Renato Barth).

47 Nada obstante, foi o que fez, no caso acima, a Suprema Corte da Pensilvânia, que declarou a supremacia absoluta de todo dever legal sobre qualquer outra obrigação. V. NUSSBAUM, Martha. *Liberty of conscience: in defense of America's tradition of religious equality*. New York: Basic Books, 2008, pp. 129-130.

de convocados. Se o dever em questão não precisa ser prestado por todos ao mesmo tempo (*e.g.*, participação em júri, atuação como mesário), basta convocar outros para a função<sup>48</sup>. O prejuízo gerado para terceiros seria desprezível: o aumento mínimo da probabilidade do sorteio de seu nome<sup>49</sup>.

## 7. OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA E SERVIÇO PÚBLICO

Nas relações entre partes privadas, a liberdade de consciência se alia à tutela constitucional da livre iniciativa para dar ao sujeito maior controle sobre o negócio que ele exerce. Isso pode não ser decisivo, mas deve ser considerado. No serviço público, contudo, o espaço aberto à consciência individual é muito menor – o risco de frustração dos fins estatais ou de sua desvirtuação para finalidades sectárias justifica maiores restrições. Em ambos os casos, porém, as objeções suscitadas por funcionários de entidades públicas e privadas podem ser acomodadas pela redistribuição pontual de tarefas para outros servidores ou empregados, ao menos quando houver profissionais disponíveis. Nada obstante, a condição específica dos agentes públicos justifica algumas considerações adicionais.

Os indivíduos não perdem o direito à objeção só por ingressarem no serviço público. No entanto, em comparação com a disciplina da matéria no campo privado, a incidência de outra norma – o *princípio da laicidade do Estado* – impõe um cuidado adicional: o Estado não pode se identificar com nenhuma convicção ética a ponto de empregá-la como fundamento exclusivo de seus atos. Disso decorre que as pessoas cuja função seja emitir ou concretizar a “vontade do Estado”, exercendo competências públicas em sentido estrito – *i.e.*, relativas à alteração do direito objetivo e à constituição, modificação e extinção de relações jurídicas –, não podem se valer da objeção de consciência para se eximir de exercer com imparcialidade os deveres de cargos que, diga-se, assumiram voluntariamente.

48 A existência de outras pessoas aptas a cumprir a tarefa questionada pelo objetor também faz a balança pender para o lado do reconhecimento do direito. É o caso, *e.g.*, da recusa de um médico à realização de um procedimento quando há outros profissionais capazes de levá-lo a efeito. V. RUIZ MIGUEL, Alfonso. La objeción de conciencia a deberes cívicos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 16, n. 47, pp. 101-124, mayo-ago. 1996, p. 103.

49 Nessa linha, diante da coincidência das eleições com o *Yom Kippur*, feriado religioso judaico, o TSE autorizou a “formulação de requerimento de dispensa do serviço eleitoral diretamente ao juízo eleitoral competente, que procederá à análise do caso concreto, na forma da Lei” (TSE, DJ 22 set. 2006, Resolução nº 22.411, Pet 2.058 – São Paulo/SP, Rel. Min. José Delgado).

Nessa linha, Canotilho e Vital Moreira apontam que a objeção não pode ser invocada por mandatários eleitos em relação às suas funções, tendo em vista não só “a responsabilidade democrático-republicana em que estão investidos”, mas também que os mandatos em tela são “de candidatura livre”<sup>50</sup>. O mesmo se pode dizer de um juiz de paz que, em nome do Estado e na aplicação do direito, se recuse a celebrar uma união entre pessoas do mesmo sexo porque isso afrontaria a sua consciência. Para os autores, os professores de escolas públicas também não podem alegar a objeção para se eximir de ensinar “teorias científicas intersubjetivamente aceites e comprovadas na comunidade científica”, como a teoria da evolução<sup>51</sup>. A lógica aqui é a mesma: a liberdade de cátedra tem como limite a uniformização do padrão curricular. O sistema público de ensino não pode ser apropriado pelos professores a ponto de recortar do conteúdo elementar o que eles mesmos não considerem pertinente ou correto. Não há como admitir que o currículo escolar, definido pelos órgãos competentes, varie tanto de sala de aula para sala de aula. Dessa forma, quem se recusar a atender ao currículo obrigatório pode ser legitimamente penalizado por isso.

O que há de comum em todos esses casos é que o agente é o instrumento de que se serve o Estado para atuar: a celebração de um casamento civil depende do juiz de paz, assim como o ensino ocorre por meio do professor. Esses dois agentes apresentam o Estado de uma forma bastante imediata quando agem: o *conteúdo* da sua expressão – a constituição da relação conjugal e a exposição dos alunos ao currículo obrigatório – é imputado ao Estado. Se o discurso é feito pelo Poder Público, que precisa de pessoas que o veiculem para ele, não há que se falar em afronta à liberdade individual na punição de quem, na condição livremente assumida de agente público, se negue a fazê-lo<sup>52</sup>. Notadamente quando esse discurso é *constitutivo* e, em si mesmo, altera a situação jurídica das pessoas, como no caso do casamento.

Como o Poder Público depende de indivíduos para executar suas decisões, admitir que seus agentes se recusem a fazê-lo é deixar o Estado

50 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Op. cit.*, p. 616.

51 *Ibid.*, p. 627.

52 Nessa linha, a Suprema Corte dos EUA considera inaplicável a liberdade de expressão a discursos do Estado (*government speech doctrine*). V., mais recentemente, *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U.S. 460 (2009). Na literatura, defendendo a perfeita aplicação dessa doutrina aos professores de escolas públicas, v. BOWMAN, Kristi L. The government speech doctrine and speech in schools. *Wake Forest Law Review*, v. 48, pp. 211-285, 2013, pp. 259-262.

inoperante ou, no mínimo, refém das convicções éticas de seus agentes, afrontando diretamente o princípio da impessoalidade e permitindo o desvirtuamento de uma política no momento de sua execução. Se o agente está impossibilitado de cumprir seu dever legal, ele deve se declarar impedido, deixar suas funções ou sofrer as consequências do seu ato<sup>53</sup> – que, em tese, servirão de estímulo à exoneração, sem prejuízo de se materializarem na sua demissão pura e simples.

## CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo foi investigar a objeção de consciência. Trata-se de um direito fundamental passível de invocação por todos os que sejam protegidos pela liberdade de consciência. Sua finalidade principal é evitar a aplicação de penas e a perda de direitos àqueles que, por imperativos éticos, não possam cumprir deveres impostos por lei à generalidade das pessoas. Sua aplicação depende de uma ponderação e, no limite, pode autorizar a dispensa pura e simples da obrigação legal. Em qualquer caso, só se pode falar em punição ou perda de direitos se, prevista uma prestação alternativa, o particular se recusar a cumpri-la injustificadamente.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

ASÍS ROIG, Rafael. Las tres conciencias. In: PECES-BARBA, Gregorio (Ed.). *Ley y conciencia: moral legalizada y moral crítica en la aplicación derecho*. Boletín Oficial del Estado, 1993 (Monografías Universidad Carlos III).

BOWMAN, Kristi L. The government speech doctrine and speech in schools. *Wake Forest Law Review*, v. 48, pp. 211-285, 2013.

53 No Pará, um juiz de paz deixou o cargo depois de saber que o CNJ tornara obrigatório o registro de casamentos homoafetivos. Em sua avaliação, sendo inviável conciliar a ordem do Conselho com sua convicção ética, tornou-se necessária sua saída. V. SÓTER, Gil; MÜLLER, Ingo. Juiz de paz do Pará pede demissão para não celebrar casamento LGBT. *G1 Pará*, 20 maio 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/W984d>>. Acesso em: 7 dez. 2016.

CHEMERINSKY, Erwin; GOODWIN, Michele. Religion is not a basis for harming others: review essay of Paul A. Offit's *Bad faith: when religious belief undermines modern medicine*. *The Georgetown Law Journal*, v. 104, pp. 1111-1136, 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. rev. v. I. Coimbra: Coimbra, 2007.

CONSTITUTIONAL law – First Amendment – New Mexico Supreme Court holds that application of public accommodations law to wedding photography company does not violate First Amendment speech protections. — *Elane Photography, LLC v. Willock*, 309 P.3d 53 (N.M. 2013). *Harvard Law Review*, v. 127, pp. 1485-1492, 2014.

DINIZ, Debora. Objeção de consciência e aborto: direitos e deveres dos médicos na saúde pública. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 5, pp. 981-985, out. 2011.

FARBER, Daniel A. *The First Amendment*. 3<sup>rd</sup> ed. New York: Foundation Press, 2010.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional*. v. II. Coimbra: Almedina, 2005.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LEITE, Fábio Carvalho. LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade religiosa e objeção de consciência: o problema do respeito aos dias de guarda. In: (Orgs.). *A religião no espaço público: atores e objetos*. São Paulo: Terceiro Nome, 2012.

MCCONNELL, Michael W.; POSNER, Richard A. An economic approach to issues of religious freedom. *The University of Chicago Law Review*, v. 56, n. 1, pp. 1-60, Winter 1989.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. t. IV – Direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2000.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Da perda e suspensão dos direitos políticos. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 139, pp. 203-216, jul./set. 1998.

NUSSBAUM, Martha. *Liberty of conscience: in defense of America's tradition of religious equality*. New York: Basic Books, 2008.

PARDO SCHLESINGER, Cristina. La objeción de conciencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Persona y Bioética*, v. 10, n. 1, pp. 52-68, ene./jun. 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. As garantias constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 10, n. 35, p. 345-373, jul./dez. 2016.

\_\_\_\_\_. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PREUß, Ulrich K., Associative rights (the rights to the freedoms of petition, assembly, and association). In: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, András (Eds.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 24, n. 71, pp. 47-72, mayo/ago. 2004.

RAZ, Joseph. *The authority of law*. Oxford: Oxford, 2009.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. La objeción de conciencia a deberes cívicos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 16, n. 47, pp. 101-124, mayo-ago. 1996.

SANTIAGO NINO, Carlos. *Introdução à análise do direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SORIANO, Ramón. La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivación en el ordenamiento jurídico español. *Revista de Estudios Políticos*, n. 58, pp. 61-110, oct./dic. 1987.

SÓTER, Gil; MÜLLER, Ingo. Juiz de paz do Pará pede demissão para não celebrar casamento LGBT. *G1 Pará*, 20 maio 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/W984d>>. Acesso em: 7 dez. 2016.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *General comment no. 22: Article 18 (Freedom of thought, conscience or religion)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 27 September 1993. Disponível em: <<https://goo.gl/NlrKZT>>. Acesso em: 30 jan. 2016.

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