

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

VITÓRIA DO PRADO BERNARDINIS

A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NO DIREITO PRIVADO
um estudo de casos à luz do discurso jurídico

PORTO ALEGRE
2019

VITÓRIA DO PRADO BERNARDINIS

A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NO DIREITO PRIVADO
um estudo de casos à luz do discurso jurídico

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Maria Cláudia Mércio Cachapuz

PORTO ALEGRE
2019

VITÓRIA DO PRADO BERNARDINIS

A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NO DIREITO PRIVADO

um estudo de casos à luz do discurso jurídico

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Doutora Maria Cláudia Mércio Cachapuz
(Orientadora)

Doutora Dalva Carmem Tonato

Doutora Giovana Valentiniano Benetti

Doutora Véra Maria Jacob de Fradera

*"Dentro de nós há uma coisa que não tem nome,
essa coisa é o que somos."
(SARAMAGO, 2017, p. 262)*

RESUMO

O presente trabalho trata sobre a aplicação da cláusula de objeção de consciência nas relações jurídicas entre privados. Esse tem como objetivo testar a aplicação desta cláusula no Direito Privado como justificativa para a recusa a contratar, à luz do artigo 187 do Código Civil. Para tanto, divide-se em duas partes: na primeira, são abordados aspectos da dogmática, em relação à objeção de consciência, à restrição a direitos fundamentais e a cláusula geral de ilicitude — o artigo 187 do Código Civil; na segunda, analisam-se as decisões proferidas no caso *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* e em um caso de recusa médica julgado pelo judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. Ao fazê-lo, propõe-se critérios ao intérprete para a aplicação — e, talvez, restrição — da objeção de consciência, quando posta em conflito com outros direitos de particulares, em relação privadas. Com isto, busca-se chegar a uma melhor compreensão sobre o conflito entre o exercício da liberdade de consciência e um direito à igualdade, em uma relação jurídica entre privados. Os questionamentos que permeiam o presente estudo são a licitude da recusa a contratar sob o pretexto de crença religiosa, política e filosófica, bem como a possibilidade de restringir o exercício de um direito fundamental, a liberdade de consciência, junto ao ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: argumentação jurídica; ilicitude; liberdade de consciência; objeção de consciência.

ABSTRACT

The present work is an analysis of the application of the conscientious objection clause in legal relations between private individuals. It aims to test the application of this clause in Private Law as a justification for the refusal to contract, applying article 187 of the Brazilian Civil Code. In order to do so, it is divided into two parts: in the first, aspects of the dogmatics are approached, concerning the conscientious objection clause, the restriction of fundamental rights and the general clause of unlawfulness — article 187 of the Brazilian Civil Code; in the second part, the decisions in the case *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* and in a medical refusal case judged by the Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul are object of analysis. In doing so, it is proposed for the interpreter a criteria for the application — and perhaps restriction — of the conscientious objection clause, when put in conflict with other individuals rights, in private relations. With this, it is sought to reach a better understanding of the conflict between the exercise of the liberty of conscience and a right to equality in a legal relation between private individuals. The questions that permeate the present study are the lawfulness of the refusal to contract under the pretext of religious, political and philosophical beliefs, as well as the possibility of restricting the exercise of a fundamental right, the freedom of conscience, in the Brazilian legal system.

Keywords: legal argumentation; unlawfulness; freedom of conscience; conscientious objection.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
PARTE UM: DA DOGMÁTICA.....	13
2. A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA	13
2.1. A EVOLUÇÃO DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA	13
2.2. QUANTO À NATUREZA JURÍDICA, DIREITO FUNDAMENTAL?.....	17
2.3. OS SUJEITOS EM RELAÇÃO A QUEM SE OBJETA	32
2.4. A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS.....	35
3. DAS RELAÇÕES JURÍDICAS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	41
3.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	41
3.2. O ARTIGO 187 DO CÓDIGO CIVIL E A RESTRIÇÃO A DIREITOS.....	55
3.3. A OFERTA, A ACEITAÇÃO E A RECUSA A CONCLUIR	62
PARTE DOIS: ESTUDO DE CASOS.....	73
4. SOBRE OS CASOS ESTUDADOS.....	73
4.1. A RECUSA AO BOLO DE CASAMENTO: MASTERPIECE CAKESHOP V. COLORADO CIVIL RIGHTS COMMISSION.....	73
4.2. A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA MÉDICA: A RECUSA PARA ALÉM DO ABORTO	84
5. ANÁLISE DOS CASOS: POR UMA APLICAÇÃO DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NO DIREITO PRIVADO	86
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	98
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	100

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto a aplicação da cláusula de objeção de consciência no direito privado. Enquanto tema de discussões em ordenamentos jurídicos como o espanhol e o americano¹, a objeção de consciência é pouco estudada no Direito brasileiro. A escusa de consciência apareceu disposto na Constituição de 1891² como hipótese de perda de direitos políticos para aqueles que alegassem motivo de crença com o fim de eximir-se de ônus imposto pela lei. A Constituição de 1934 manteve essa hipótese de perda de direitos políticos, prevendo como direito não só a objeção de consciência como também a liberdade de consciência³. Na Constituição de 1937, estava prevista a hipótese de perda de direitos políticos idêntica à Constituição anterior⁴. Já a Constituição de 1942 garantiu a liberdade de consciência como direito, ressalvando seu exercício à observância da ordem pública dos bons costumes, bem

¹ Conforme se verificará na parte um desse trabalho a partir da abordagem da autores tanto americanos como espanhóis sobre a liberdade e objeção de consciência.

² "Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 29 - Os que alegarem motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer ônus que as leis da República imponham aos cidadãos, e os que aceitarem condecoração ou títulos nobiliárquicos estrangeiros perderão todos os direitos políticos." (BRASIL, 1891) Com alteração feita em 1926, foi mantida tal restrição no "Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: § 28. Por motivo de crença ou de função de seus direitos civis e políticos, nem eximir-se do cumprimento de qualquer dever civico. § 29. Os que allegarem por motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer onus que as leis da Republica imponham aos cidadãos e os que aceitarem condecoração ou titulos nobiliarchicos estrangeiros perderão todos os direitos políticos." (BRASIL, 1981)

³ "Art 111 - Perdem-se os direitos políticos: b) pela isenção do ônus ou serviço que a lei imponha aos brasileiros, quando obtida por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política; Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 4) Por motivo de convicções filosófica, políticas ou religiosas, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo o caso do art. 111, letra b. 5) É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costume. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil." (BRASIL, 1934)

⁴ "Art 119 - Perdem-se os direitos políticos: (...) b) pela recusa, motivada por convicção religiosa, filosófica ou política, de encargo, serviço ou obrigação imposta por lei aos brasileiros" (BRASIL, 1937)

como a objeção de consciência⁵. As Emendas Constitucionais de 1967⁶ e de 1969⁷ mantiveram a previsão da liberdade de consciência em termos similares à Constituição anterior. Por fim, a Constituição Federal de 1988⁸ manteve a inviolabilidade da liberdade de consciência, sem, no entanto, fazer qualquer ressalva, bem como prevendo o direito à liberdade de consciência, dispondo sobre a prestação alternativa, ausente nas Constituições anteriores.

De acordo com o último censo do IBGE, quando comparado com aqueles feitos até a década de 1970, nota-se que houve maior diversificação do perfil religioso da população brasileira⁹. Esta, até 1970, possuía perfil predominantemente católico; a partir de então, passou

⁵ "Art 135 - Só se suspendem ou perdem es direitos políticos nos casos deste artigo. § 2º - Perdem-se: II - pela recusa prevista no art. 141, § 8º; rt 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 7º - É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil. § 8º - Por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política, ninguém será privado de nenhum dos seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de obrigação, encargo ou serviço impostos pela lei aos brasileiros em geral, ou recusar os que ela estabelecer em substituição daqueles deveres, a fim de atender escusa de consciência." (BRASIL, 1946)

⁶ "Art 144 - Além dos casos previstos nesta Constituição, os direitos políticos: II - perdem-se: b) pela recusa, baseada em convicção religiosa, filosófica ou política, à prestação de encargo ou serviço impostos aos brasileiros, em geral; Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 5º - É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes. § 6º - Por motivo de crença religiosa, ou de convicção filosófica ou política, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo se a invocar para eximir-se de obrigação legal imposta a todos, caso em que a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência." (BRASIL, 1967)

⁷ "Art. 149. Assegurada ao paciente ampla defesa, poderá ser declarada a perda ou a suspensão dos seus direitos políticos. § 1º O Presidente da República decretará a perda dos direitos políticos: b) pela recusa, baseada em convicção religiosa, filosófica ou política, à prestação de encargo ou serviço impostos aos brasileiros em geral; Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 5º É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes. § 6º Por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo se o invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta, caso em a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com escusa de consciência." (BRASIL, 1969)

⁸ "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei." (BRASIL, 1988)

⁹ "Desde o primeiro recenseamento de âmbito nacional até a década de 1970, o perfil religioso da população brasileira manteve como aspecto principal a hegemonia da filiação à religião católica apostólica romana, característica herdada do processo histórico de colonização do País e do atributo estabelecido de religião oficial do Estado até a Constituição da República de 1891. As demais religiões praticadas no Brasil, resultantes dos vários grupos constitutivos da população, tinham contingentes significativamente menores. Em aproximadamente um século, a proporção de católicos na população variou 7,9 pontos percentuais, reduzindo de 99,7%, em 1872, para 91,8% em 1970. No Censo Demográfico deste último ano, os evangélicos no seu conjunto somavam 5,2% e as demais religiões 2,3% do total." (IBGE, 2010, p. 89)

a ocorrer mudanças expressivas, aumentando a proporção daqueles que declararam religiões outras que não a católica¹⁰. Ou seja, a diversidade de crenças no Brasil aumenta nas últimas décadas¹¹ e, com isso, aumenta também a possibilidade dessas crenças entrarem em colisão nas relações cotidianas. Contudo, não só as crenças religiosas se tornam mais plurais, como, também, os pontos de vista políticos e morais acentuam-se.

É no referido cenário que começa a surgir com mais força a liberdade de consciência e a figura da objeção de consciência, instituto que surgira mais ligado à prestação de serviço militar, mas que passa a ser invocado em circunstâncias diversas desta. Com a prática de aborto previsto pela lei, ainda que em poucas circunstâncias, torna-se possível ao médico não realizar esse procedimento caso fira alguma crença sua¹². Com a legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo, nos Estados Unidos, por exemplo, passa a ser recorrente os casos em que prestadores de serviços negam-se a prestá-los para celebrações destas uniões sob a justificativa de que as mesmas ferem as suas crenças religiosas. Farmacêuticos em Países da Europa já discutiram acerca do seu direito a não vender medicamentos anticoncepcionais por crerem serem eles abortivos¹³.

Assim a liberdade de consciência passa a ser colocada a teste, na medida em que, ao ser exercida, colide com direito de terceiros, não sendo mais apenas o Estado o único sujeito

¹⁰ "No Censo Demográfico 1991, foram registradas mudanças expressivas na composição religiosa da população brasileira, notadamente, o crescimento do segmento populacional que se declarou evangélico, o qual passou de 6,6% para 9,0% do total da população no período de 1980 a 1991, com destaque para os evangélicos pentecostais que cresceram de 3,2% para 6,0%. Neste interregno, o segmento católico, embora majoritário, deu continuidade à tendência de declínio, perfazendo 83,0% dos residentes." (IBGE, 2010, p. 89)

¹¹ "Os resultados do Censo Demográfico 2010 mostram o crescimento da diversidade dos grupos religiosos no Brasil, revelando uma maior pluralidade nas áreas mais urbanizadas e populosas do País. A proporção de católicos seguiu a tendência de redução observada nas duas décadas anteriores, embora tenha permanecido majoritária. Em paralelo, consolidou-se o crescimento da parcela da população que se declarou evangélica. Os dados censitários indicam também o aumento do total de pessoas que professam a religião espírita, dos que se declararam sem religião, ainda que em ritmo inferior ao da década anterior e do conjunto pertencente a outras religiosidades." (IBGE, 2010, p. 90)

"A população que se declarou sem religião se distribui por várias outras áreas do País, sendo menor na Região Sul e nos Estados de Minas Gerais, Piauí, Ceará e interior dos demais estados nordestinos, bem como do Amazonas e do Pará, com proporções de até 5% (Cartograma 7). Da observação dos diversos mapas, entende-se que a diversificação dos grupos religiosos em curso nas últimas décadas tem como características importantes a dinâmica da ocupação do Território Nacional, ressaltando espaços que historicamente foram povoados por não católicos decorrentes dos grupos tradicionais que formaram a população brasileira e das diversas correntes migratórias internacionais que vieram para o Brasil." (IBGE, 2010, p. 93)

¹² Em pesquisas realizadas com estudantes de medicina e profissionais da saúde chegou-se a resultados expressivos daqueles que se recusariam, ou se recusam, a fazer tal procedimento. Cf. MADEIRO, 2016.

¹³ Sobre o tema cf. GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 401/416. Também já proferiu decisão sobre o tema a Corte Européia de direitos humanos — cf. Pichon et Saious v. France. "*Irrecevable* sous l'angle de l'article 9 de la Convention: la vente de la pilule contraceptive est légale et intervient sur prescription médicale uniquement et obligatoirement dans les pharmacies; dans ces conditions, les requérants ne peuvent faire prévaloir et imposer à autrui leurs convictions religieuses pour justifier un refus de vente de ce produit, la manifestation de leurs convictions pouvant s'exercer de multiples manières hors de la sphère professionnelle: manifestation mal fondée." (UNIÃO EUROPÉIA, 2001)

em face de quem a objeção é exercida. De forma que, partindo de dois casos trazidos ao mundo do Direito para apreciação do Judiciário, o presente trabalho visa a verificar se, no ordenamento jurídico brasileiro, no âmbito privado, quando exercida a liberdade de consciência, torna-se possível que o exercício da mesma prevaleça com força suficiente para não se tornar exercício irregular e, portanto, ilícito; ou, ainda, seja restringido este direito. Ou seja, quer-se responder em que medida o direito a objetar-se pode tornar, por exemplo, regular a recusa a contratar ou a continuidade de uma relação jurídica.

Assim, propõe-se aqui a pensar na objeção de consciência não a partir da relação entre sujeito e Estado, mas, sim, entre sujeitos privados; e, ao fazê-lo, outros desafios surgem. Introdutoriamente as hipóteses são de que (a) a objeção de consciência possui natureza de direito fundamental, com reflexos, portanto, na verificação da regularidade de seu exercício para a hipótese de sofrer uma restrição e que (b) é possível haver a configuração de ilicitude, ou o afastamento desta, na recusa a contratar, nas relações entre privados, com fundamento no artigo 187 do Código Civil, embora sob a justificativa do exercício de liberdade de consciência, a depender da análise no caso concreto de qual das liberdades em confronto prevalecerá.

A fim de testar como o exercício da liberdade de consciência nas relações entre privados pode ser manifestado, tanto como forma de garanti-lo, como forma de restringi-lo, o caminho a ser seguido será primeiramente estabelecer as bases donde se parte dogmaticamente, isto é, primeiro definir-se-á o que se entende por objeção de consciência; após, serão trabalhadas as posições jusfundamentais em uma relação jurídica, bem como a utilização da teoria das restrições a direitos fundamentais, conforme Robert Alexy (2017), na aplicação do artigo 187 do Código Civil e os enunciado normativos sobre a formação contratual. Na segunda parte do presente trabalho, partir-se-á do estudo dos dois casos supramencionados, com a finalidade de testar se, com base naquilo construído dogmaticamente, a hipótese de ilicitude da objeção de consciência sustenta-se (ou não). Serão, os casos analisados: a recusa de um confeitiro em vender um bolo de casamento para casal do mesmo sexo; e a objeção de consciência na relação entre médico-paciente invocada por uma pediatra para romper com o atendimento eletivo que realizava. Selecionaram-se estes casos considerando a repercussão deles e que aquele foi objeto de decisão de uma Corte Constitucional e que este foi judicializado no Brasil — perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul —, na medida em que escasso é o material acerca do tema no Brasil.

O que se espera é que, ao final das páginas que seguem, seja alcançada uma resposta ao questionamento de se um sujeito pode, ou não, alegar uma crença de cunho religioso, político

ou moral, em relações jurídicas privadas que possui com outrem, sem que isto configure um ato ilícito, ou o contrário.

PARTE UM: DA DOGMÁTICA

2. A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

2.1. A EVOLUÇÃO DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

“And it is ‘soule rape’ when any person is limited with respect to either belief or practice (so long as he is not violating civil laws or harming others).”
(NUSSBAUM, 2009, p. 53)

Abordar a temática da liberdade de consciência é tocar em algo sensível ao sujeito. É nesse sentido que Roger Williams — quem teve um importante papel não só como fundador do estado norte-americano de Rhode Island, mas também na formulação daquilo que veio a ser a proteção à liberdade de consciência — poeticamente referiu-se à violação da consciência como um “Soule Rape”¹⁴. Williams, tendo sido um daqueles que estabeleceram as fundações para a liberdade que veio a se concretizar na constituição norte-americana (NUSSBAUM, 2009, p. 51), acreditava que ferir a consciência era causar danos naquilo que de mais precioso haveria da vida humana (NUSSBAUM, 2009, p. 54).

Martha Nussbaum (2009), em obra sobre liberdade de consciência no Direito norte-americano, reflete acerca deste importante instituto jurídico — fazendo uma reconstrução do ponto de vista do tratamento histórico e jurisprudencial — e nos apresenta à concepção de Roger Williams, do porquê da importância para a construção do que hoje se entende por liberdade de consciência, de acordo com a autora, deve ser reconhecida. Como pontua Nussbaum (2009, p. 40), “Williams shows us a different way of living with uncertainty, a way involving civil peace and equal respect for each person’s conscience”¹⁵. Williams, mais

¹⁴ Conforme Nussbaum (2009, p 37), “To impose an orthodoxy upon the conscience is nothing less than what Williams, in a memorable and oft-repeated image, called ‘soule rape’” (Tradução livre: Impor uma ortodoxia sobre a consciência é nada menos do que Williams, em uma memorável e repetida imagem, chamou de *soule rape*). Aqui, para preservar a melhor compreensão do termo, mantém-se o mesmo em inglês — que poderia ser traduzido como “violação da alma”.

¹⁵ Em tradução livre: “Williams nos mostra um modo diferente de viver como incerteza, um modo que envolve a paz civil e igual respeito pela consciência de cada pessoa”

Continua a autora (2009, p. 40) “By the time of the Founding, America had evolved considerably, if not under William’s direct influence, at least in the spirit of his life and work. During a period in which there were fifty prosecutions for which craft in Massachusetts and forty-three in Connecticut (where orthodoxy was even more severe), there were no such trials in Rhode Island, the colony that Williams founded”. Ainda, “Williams immediately provided for religious liberty in the new colony. The majority would make policy, but ‘only in civil things’. Broad liberty of conscience was officially guaranteed. Rhode Island rapidly became a haven for people who were in trouble elsewhere; other settlements were founded. [...] Jews enjoyed the same religious liberty granted to others — a fact that is astonishing when we note that Jews in Britain gained full civil rights only in 1858.” (NUSSBAUM, 2009, p. 47/48).

conhecido pelo seu papel histórico como colonizador do que como pensador, acreditava que o governo deveria ser responsável pela manutenção da ordem pública e da moral, cuja concepção, entretanto, se distanciaria da religião (NUSSBAUM, 2009, p. 49). Para ele, que era contrário, inclusive, à escolha do domingo como dia para descanso¹⁶, as leis de aplicação geral teriam força até enquanto não ameaçassem a liberdade religiosa — conceito esse que, posteriormente, seria atribuída às *accomodations*¹⁷.

A consciência, para Williams, integraria a dignidade do sujeito¹⁸; em outras palavras, todos teriam em si algo "infinitely precious, something that demands respect from us all, and something in regard to which we are all basically equal"¹⁹ (NUSSBAUM, 2009, p. 52). Esse algo precioso — que é também delicado e frágil — precisaria de um ambiente favorável ao seu desenvolvimento para ser livre. Nesta linha, "William, by contrast, sees that the conscience is not invulnerable: it can be damaged and crushed, and it needs space to unfold itself"²⁰ (NUSSBAUM, 2009, p. 53), sendo a referida visão, inclusive, favorável à noção de liberdade política. Na verdade, as discussões acerca das liberdades religiosas, como demonstra Nussbaum (2009), não foram promovidas apenas por esse colonizador americano, mas por tantos outros pensadores americanos, bem como foi moldada a partir de decisões judiciais em casos paradigmáticos, dentre o quais o *caso Sherbert*²¹.

Logo, depreende-se que a liberdade de consciência e as liberdades religiosas — e, nesse sentido, as *accomodations* —, foram objeto de reflexão e de discussões pelos colonos

¹⁶ Conforme escreve Nussbaum (2009, p. 50), "Williams was notoriously skeptical about Sunday as the chosen day for no work. He had considerable sympathy with the theological arguments of the Seventh-Day Baptists. More generally, he saw the burden that comes with imposing a majority practice on all. Rhode Island had no Sunday law during his lifetime".

¹⁷ *Accomodations* é um instituto jurídico norte-americano forjado para afastar determinada obrigação de pessoas religiosas, por motivos de consciência. (NUSSBAUM, 2009, p. 21)

¹⁸ "Conscience, Williams holds (perhaps influenced by the Stoic ideas that were so prominent in his education), is the dignity of the person; it is, indeed, the person himself." (NUSSBAUM, 2009, p. 52)

¹⁹ Em tradução livre: "infinitamente precioso, algo que demanda respeito de todos nós, e algo em relação a que somos todos basicamente iguais"

²⁰ Em tradução livre: "Williams, por contraste, vê que a consciência não é invulnerável: esta pode ser violada e esmagada, e precisa de espaço para que se desenvolva."

²¹ Para saber mais cf. Nussbaum, 2009, p. 135/147.

americanos — e pelos *founding fathers* —, quando da colonização dos Estados Unidos da América, bem como durante²² e após o processo de criação desta Nação²³. Neste sentido,

This idea that each person's inner and intimate searching is precious living thing that must be respected by laws and institutions went well with the idea that we have to learn to live together on terms of mutual respect. Conscience, and its strivings, were the proper object of that respect. The free conscience, and the civil peace it requires, became the foundation of America's distinctive approach to religious liberty and equality. The equal status of religious minorities was its most persistent concern.²⁴ (NUSSBAUM, 2009, p. 37).

Entretanto, conforme Gómez Abeja (2016, p. 88), já era possível de ser invocado no Império Romano uma isenção à prática de determinada ação, com a ascensão do cristianismo, frente à guerra que se considerasse injusta. Com o passar dos séculos e as rupturas internas à Igreja Católica, surgem outros grupos com interpretações diversas do evangelho; esses movimentos dissidentes possibilitaram, mediante diferentes interpretações e modos de professar a sua fé, o surgimento de uma nova dimensão para atuação da objeção, na medida em que choques entre a interpretação majoritária e as interpretações minoritárias se potencializaram, ante o pacifismo que surge.

Durante los siglos XVI y XVII se otorgan *cartas* a algunas sectas anabaptistas por parte de ciertos monarcas europeos, concediéndoles libertad de culto y derecho de organización de su comunidad según sus usos y costumbres, que incluían la de objetar al uso de armas. No se pierda de vista el carácter limitado de esta <<objeción>>, cuyo reconocimiento se efectúa por un mero interés político, se limita a motivos religiosos y se restringe a comunidades concretas.²⁵ (GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 90)

²² Acerca do processo de construção, no direito norte-americano, da noção de 'Establishment Clause', mais especificamente quanto à extensão de cláusulas da constituição aos Estados: "Above all, however, the mixture of civil with religious jurisdictions threatened an equality of standing in the public realm that was enormously precious to all Americans. Separation, to the extent that the framers urges it, was not a way of belittling religion, it was a way of respecting human beings" (NUSSBAUM, 2009, p. 114).

²³ Nesse sentido, firma GASCÓN ABELLÁN que "fuera en Estados Unidos, una nación en la que la libertad religiosa tiene un carácter históricamente constitutivo, donde el reconocimiento de la objeción de conciencia alcanza-se un desarrollo más temprano y articulado" (1990, p. 263).

²⁴ Tradução livre: "Essa ideia de que a busca íntima e íntima de cada pessoa é um algo precioso que deve ser respeitado por leis e instituições foi bem recebida pela ideia de que temos que aprender a viver juntos em termos de respeito mútuo. A consciência, e seus esforços, eram o objeto apropriado deste respeito. A livre consciência e a paz civil que ela exige se tornaram a base da abordagem distinta dos EUA à liberdade e igualdade religiosas. O status de igualdade das minorias religiosas era sua preocupação mais persistente".

²⁵ Tradução livre: "Durante os séculos XVI e XVII foram concedidas cartas a alguns grupos batistas por certos monarcas europeus, concedendo a liberdade de culto e o direito de organizar sua comunidade de acordo com seus usos e costumes, o que incluía a objeção ao uso de armas. Não se perca de vista a natureza limitada desta "objeção", cujo reconhecimento é feito por um mero interesse político, se limitado a motivos religiosos e é restrito a comunidades específicas".

A Revolução Francesa e a independência dos Estados Unidos da América produzem mudanças naquilo que se concebera até então como objeção de consciência. Com a Modernidade, introduz-se noções distintas daquelas propagadas até então, dentre elas a de igualdade e a de liberdade, sendo que já nas primeiras declarações e constituições escritas, que passam a reconhecer os mais diversos direitos e liberdades aos cidadãos, se fazem presentes a liberdade religiosa e a liberdade de consciência.

Será entonces cuando jurídicamente se esboce por primera vez la objeción de conciencia de conformidad con el esquema actual. Puesto que se pretende garantizar la libertad de conciencia, se planteará la posibilidad de reconocer la facultad de oponerse al cumplimiento de un deber jurídico para poder actuar conforme a una convicción personal cuando la propia conciencia lo exija. Y no como una concesión a determinados grupos minoritarios, sino sobre la base de la igualdad de todos en la titularidad de los derechos y la libertad para profesar unas u otras creencias.²⁶ (GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 92)

Com a generalização do caráter obrigatório da prestação de serviço militar, ao final do século XIX e início do século XX, ante os movimentos contrários ao cumprimento desta obrigação, surgem leis que passam a reconhecer o direito a estar isento de prestação deste caráter, a qualquer pessoa, em decorrência de motivos religiosos. Com o passar das décadas, após as duas Grandes Guerras do século XX e ante os movimentos pacifistas que se inauguram contrários à guerra nuclear, à Guerra do Vietnã, à segregação racial, entre outros, o conceito de objeção de consciência passa a ser alargado e generalizado. De forma que

[...] la secularización de la objeción de conciencia y las crisis del positivismo legalista, junto con la cada vez mayor diversidad cultural y religiosa y la tendencia actual [...] a valorar positivamente las motivaciones individuales en los comportamientos de objeción a la ley, que difieren de las que conducen al incumplimiento por motivaciones egoístas o pasionales, han dado lugar a un nuevo panorama al que se ha aludido con 'un boom de los casos de objeción de conciencia'. Ello conduce a la necesaria reflexión sobre las posibilidades de ejercicio de otros tipos distintos de objeciones [...]. (GÓMEZ ABEJA, 2016, 97)²⁷

²⁶ Tradução livre: “Será então quando a objeção de consciência, de acordo com o esquema atual, é esboçada juridicamente pela primeira vez. Uma vez que se pretende garantir a liberdade de consciência, será considerada a possibilidade de reconhecer a faculdade de se opor ao cumprimento de um dever legal de poder agir de acordo com uma convicção pessoal quando a própria consciência assim o exigir. E não como uma concessão a certos grupos minoritários, mas, sim, com base na igualdade de todos nos direitos e na liberdade de professar alguma crença”.

²⁷ Tradução livre: “(...) a secularização da objeção de consciência e a crise do juspositivismo, juntamente com a crescente diversidade cultural e religiosa e a tendência atual (...) de valorizar positivamente as motivações individuais nos comportamentos de objeção à lei, que diferem daquelas que levam ao não cumprimento em razão de motivações egoístas ou apaixonadas, deram origem a um novo panorama que foi referido como um "boom em casos de objeção de consciência". Isso leva à necessária reflexão sobre as possibilidades de exercer outros tipos de objeções (...).”.

Assim, este conflito entre o que a consciência do sujeito exige e o direito obriga a que chamamos de objeção de consciência, inicialmente possuiu um caráter puramente religioso, fortemente relacionado ao serviço militar, para, com o passar das décadas e com o aumento das complexidades das relações sociais existentes, tornar-se uma noção mais ampla, aliada às liberdades religiosa e ideológica quanto a outras obrigações do sujeito²⁸. De forma que, com o crescimento da complexidade das relações jurídicas, as discussões se tornam cada vez mais diversas, e neste contexto também se insere a objeção de consciência, que desloca-se da esfera de discussão militar para adentrar a questões outras, tais como a venda de medicamentos, casamentos entre pessoas do mesmo sexo, disciplinas escolares específicas, aborto etc. Nesse sentido,

[...] la objeción constituye la expresión más clara de las complicadas relaciones entre ley y conciencia que ha estado siempre presente pero que quizás hoy, cuando la heterogeneidad y el pluralismo moral y cultural parecen haberse acrecentado, se exhibe con mayor intensidad.²⁹ (GASCÓN ABELLÁN, 2018, 86).

2.2. QUANTO À NATUREZA JURÍDICA, DIREITO FUNDAMENTAL?

Uma vez compreendida, ainda que em linhas gerais, a evolução da aplicação da cláusula de objeção de consciência, passemos, agora, a olhar mais especificamente para o seu tratamento no campo jurídico. O tema da cláusula de objeção de consciência é controverso na doutrina (GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 189 e 201) — tanto quanto ao seu enquadramento, quanto à sua aplicação —, na medida em que há tanto aqueles (PRIETO-SANCHÍS, 2007, p. 25) que defendem ser esta um direito fundamental — que guardaria direta relação com a liberdade de

²⁸ Quanto à ligação da objeção de consciência à liberdade religiosa, afirma Gascón Abellan (1990, p. 259) que “tanto la libertades de conciencia en general como la objeción en particular han estado siempre presentes en la lucha por la libertad religiosa.”. Ainda, afirma a autora que “Si en un primer momento se aprecia una ampliación del objeto o contenido de la objeción de conciencia, que junto a las privaciones inmediatamente religiosas procura integral también a otras obligaciones seculares rechazadas por la doctrina moral de las confesiones, en un segundo momento se producirá una ampliación en el fundamento: la libertas de conciencia dejará de tener a una referencia exclusivamente religiosa para aceptar cualquier fundamento ético. (...) Más tarde el ámbito de protección se ampliará a cualesquiera motivos de índole religiosa; a mi juicio, es entonces cuando la objeción de conciencia traduce un respecto profundo hacia la libertad de conciencia. En todo caso, el paulatino reconocimiento de la objeción de conciencia puede entenderse siempre como una exigencia de la libertad ideológica y religiosa (...)” (1990, p. 263). Por fim, conclui que “la objeción de conciencia ha marchado siempre paralelamente a la libertad religiosa o, mejor dicho, que ha constituido una de sus dimensiones más destacadas, tal vez históricamente la primera. (...)La objeción aparecerá vinculada así a la libertad de creencias o, más exactamente, a la dimensión práctica de ese derecho, que es la libertad de conciencia” (1990, p. 265).

²⁹ Tradução livre: “(...) a objeção é a expressão mais clara das complicadas relações entre o direito e consciência que sempre esteve presente, mas talvez hoje, quando a heterogeneidade e o pluralismo moral e cultural parecem ter aumentado, é exibida com maior intensidade”.

consciência, conceito mais amplo — quanto aqueles (GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 233) que compreendem o tema sob ponto de vista diverso, encarando esta cláusula como direito subjetivo a ser exercido apenas quando previa e expressamente previsto pela legislação³⁰. Esta controvérsia, dados os efeitos na extensão da aplicação, torna-se relevante, considerando as mudanças sociais nos comportamentos que trazem novos desafios ao Direito; em outras palavras, é “(...) la pretensión de ejercicio de nuevas objeciones que surgen ante obligaciones jurídicas más recientes que las otras <<clásicas>> que tradicionalmente se habían rechazado por motivos de consciencia”³¹ (GÓMEZ ABEJA, 2016, 31).

Nesta seção, pretende-se abordar o assunto a fim de que se possa estabelecer um ponto de partida para aplicação desta cláusula pelo intérprete a casos concretos. Para tanto, inicialmente, há de se pensar acerca da definição de objeção de consciência.

A cláusula de objeção de consciência pode ser definida, conforme Gascón Abellán (2018, p. 86), como um descumprimento motivado de um dever jurídico em razão deste ser contrário a um ditame de consciência, sendo que, diferentemente da desobediência civil³², a finalidade disto seria a “defesa da moral individual” e não a mudança política ou jurídica. Ou, ainda, pode-se defini-la como “(...) la situación en que halla la libertad de conciencia cuando alguna de sus modalidades de ejercicio (*prima facie*) encuentra frente a sí razones opuestas derivadas de una norma imperativa o de la pretensión de un particular”³³ (PRIETO-SANCHÍS, 2006, p. 264-265). Sendo que esta última definição parte de um pressuposto não pacífico na doutrina, qual seja, a relação entre liberdade de consciência e objeção de consciência.

Ainda, no que tange à desobediência civil e à objeção de consciência, Hannah Arendt (1999) entende que a mesmas diferenciam-se, pois, enquanto esta seria um exercício individual,

³⁰ Gómez Abeja (2016, p. 30) na introdução de sua obra acerca do tema pontua a discussão jurisprudencial sobre a questão: “(...) sucata el interrogante de si la objeción es un derecho fundamental, vinculante para el legislador, o si la positivación es *conditio sine qua non* para la objeción de conciencia”.

³¹ Tradução livre: “(...) a pretensão de exercer novas objeções, que surgem de obrigações legais mais recentes que as outras “clássicas” que tradicionalmente haviam sido rejeitadas por razões de consciência”

³² Diferentemente da objeção de consciência, a desobediência civil teria como finalidade causar uma mudança no sistema jurídico ou político. Para Gascón Abellán (2018, p. 86) “(...) El desobediente civil incumple una norma con el propósito de lograr su modificación o la de alguna institución o decisión política que considera injustas. Por eso no es infrecuente que se desobedezcan normas que en sí mismas se consideran irreprochables con el fin de impulsar la modificación de otras (desobediencia civil indirecta), pues lo que se pretende es “protestar”, participar en la política aunque sea de este modo informal”.

³³ Tradução livre: “(...) a situação em que há liberdade de consciência quando qualquer uma de suas modalidades de exercício (*prima facie*) encontra oposta a si razões derivadas de uma norma imperativa ou da pretensão de um particular”.

aquela seria exercitada em grupo³⁴. Para Arendt (1999, p. 58/59), "a consciência é apolítica" e suas deliberações "são sempre expressas de maneira puramente subjetiva"; por isso, "as regras de consciência dependem do interesse no eu. Elas dizem: evite fazer coisas com as quais não poderás conviver" (ARENDR, 1999, p. 61). Na medida em que a consciência é subjetiva, o reconhecimento da objeção de consciência estará ligado ao exercício individual, enquanto que a desobediência civil³⁵ necessariamente será de um grupo, pois o critério utilizado como justificativa para a escusa adentrou a esfera do público³⁶. Nesse sentido, afirma Hannah Arendt (1999, p. 64) que

O que foi decidido *in foro conscientiae* tornou-se agora parte da opinião pública, e apesar de que este grupo especial de contestadores civil possa ainda alegar a validação inicial - suas consciências - eles na verdade já não contam mais somente com eles mesmos. No mercado, o destino da consciência não é muito diferente do destino da verdade do filósofo: torna-se uma opinião não diferenciável de outras opiniões. E a força de opinião não depende da consciência, mas do número de pessoa com quem está associada [...].

Como ponto de partida, ainda, pode-se definir objeção de consciência como "(...) la negativa del individuo por razones de conciencia a sujetar-se a un comportamiento jurídicamente exigible"³⁷ (GÓMEZ ABEJA, 2016, P. 29), sendo "el derecho reconocido a la persona para incumplir un deber jurídico por motivos de conciencia"³⁸ (GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 29). Tais

³⁴ Nesse sentido, "Sempre que os juristas procuram justificar a desobediência civil em termos de moral e legalidade, interpretam sua causa à imagem, ou do objetor de consciência ou do homem que testa a constitucionalidade de um estatuto. O problema é que a condição de contestador civil não tem qualquer analogia com nenhum dos casos, pela simples razão que ele nunca existe como um único indivíduo; ele só pode funcionar e sobreviver como membro de grupo" (ARENDR, 1999, p. 54/55).

³⁵ Ainda que não o objeto do presente estudo, a fim de bem diferenciar da objeção de consciência, menciona-se que Hannah Arendt (1999, p. 68) define a desobediência civil como aquela que "aparece quando um número significativo de cidadãos se convence de que, ou os canais normais para mudanças não mais funcionam, e que as queixas não serão ouvidas nem terão qualquer efeito, ou então, pelo contrário, o governo está em vias de efetuar mudanças e se envolve e persiste em modos de agir cuja legalidade e constitucionalidade estão expostas a graves dúvidas" e conclui que "a desobediência civil pode servir tanto para mudanças necessárias e desejadas como para preservação ou restauração necessária e desejada do *status quo* - preservação dos direitos garantidos pela Primeira Emenda ou restauração necessária do equilíbrio dos poderes do governo, ameaçado pelo poder executivo e pelo enorme crescimento do poder federal em detrimento dos direitos dos estados. Em nenhum dos casos a desobediência civil pode ser comparada à desobediência criminosa" (ARENDR, 1999, p. 69).

³⁶ Conforme Lafer (2018, p. 223), para Hannah Arendt, a desobediência civil "é legítima e pode ser bem-sucedida na resistência à opressão". Considera Lafer (2018, p. 223) que apesar de "a análise que Hannah Arendt faz da desobediência civil" ser "criativa, por se afastar da lógica razoável, que não dá conta das realidades contemporâneas", carece esta da delimitação de *standards* que evitem a prática generalizada da mesma. De forma que elenca o estudo da obrigação política em conexão "com a resistência à opressão, por meio da *desobediência* civil, que em situações-limites pode resgatar a obrigação política da destrutividade da violência" (LAFER, 2018, p. 227) dentre os temas de Direitos Humanos direcionados a evitar um estado totalitário.

³⁷ Tradução livre: "(...) a recusa do indivíduo por razões de consciência a submeter-se a um comportamento legalmente requerido".

³⁸ Tradução livre: "O direito reconhecido do sujeito não cumprir um dever legal por razões de consciência"

motivos podem ser de ordem religiosa, moral, ética, humanitária, etc. Por fim, também pode-se considerar objeção de consciência “como un derecho subjetivo que tiene por objeto lograr la dispensa de un deber jurídico o la exención de responsabilidad cuando el incumplimiento de ese deber se ha consumado”³⁹ (GASCÓN ABELLÁN, 1990, p. 249).

Em linhas gerais, nota-se que esta cláusula é relacionada à isenção no cumprimento de um dever jurídico por razões de ordem religiosa, política ou filosófica; não havendo, contudo, qualquer finalidade do objetor em uma mudança no ordenamento jurídico⁴⁰. Na verdade, diversas são as formas como a doutrina trabalha a cláusula e — superada a mera conceituação — torna-se relevante para a aplicação ao caso concreto ter claro de onde se parte para melhor compreender como se chegou à determinada solução, a fim de verificar a existência, ou não, de determinada pretensão. Assim, é importante assentarmos, quanto à natureza jurídica, se compreenderemos a objeção de consciência como mero direito que, para ser configurado, dependa da sua prévia e expressa posituação ou, então, como direito fundamental, que se desdobra da liberdade de consciência, a ser aplicado ao caso através de ponderação — o que se poderia aproximar a uma concepção argumentativa do direito. Conforme Gómez Abeja (2016, p. 77),

Parte de la doctrina, de un lado, entiende que forma parte del contenido del derecho a la libertad de conciencia. Hay quienes defienden, de otro lado, que no forma parte del mismo, de modo que el concreto supuesto de objeción de conciencia debe estar expresamente regulado por el legisladora poder ejercitarlo⁴¹.

A objeção de consciência pode ser compreendida como um conflito jurídico entre crenças de cunho religioso, moral ou ideológico, no qual de um lado há um entendimento majoritariamente aceito, por outro, há o sujeito, cuja crença será em relação àquela minoritária. Pode, esta cláusula, para Gómez Abeja (2016, p. 74/78), se caracterizar por responder a uma

³⁹ Tradução livre: “como um direito subjetivo que visa a alcançar a dispensa de um dever legal ou isenção de responsabilidade quando a violação desse dever tiver sido consumada”.

⁴⁰ Quanto a esta diferenciação, Prieto-Sanchis (2007, p. 15) afirma que na desobediência civil “la motivación moral o política no pretende fundamentar una justificación circunstancial, sino que se dirige la misma norma”, enquanto que “la objeción de conciencia, por su parte, se agota en la preservación del propio dictamen de conciencia, en rehusar el cumplimiento de un deber jurídico que se considera injusto” (2007, p. 17). Assim, tem-se que “La objeción, en cambio, si quiere tener un sentido propio, debe entenderse como un acto estrictamente privado, no político, como la exteriorización de un imperativo de conciencia. Por supuesto, la objeción puede entrecruzarse con otras formas de desobediencia y convertirse también en un instrumento de presión política; asimismo, es evidente que el objetor desearía que se derogase la ley que impone el deber jurídico que él rechaza. (...) el significado de la objeción de conciencia se agota en su propia exteriorización” (2007, p. 17).

⁴¹ Tradução livre: “Parte da doutrina, por um lado entende que integra o conteúdo do direito à liberdade de consciência. Há aqueles que defendem, por outro lado, que não faz parte dela, de modo que a previsão concreta de objeção de consciência deve ser expressamente regulada pelo legislador para poder exercê-la”.

motivação moral, por ser um ato de caráter pacífico⁴², pelo seu caráter excepcional, podendo ser ativa ou passiva — isto, é, objetar-se frente tanto a uma obrigação quanto a uma proibição⁴³ —, por uma objeção direta ao cumprimento de uma obrigação específica⁴⁴, pelo seu caráter privado e individual — na medida em que o objetor não visa a uma mudança, mas sim à acomodação de sua crença, diferentemente da desobediência civil —, pelo aceite a uma prestação alternativa caso necessária, e, para alguns, seria um ato contra a lei⁴⁵. Definiríamos a cláusula, caso a encaremos como direito fundamental expressão da liberdade de consciência, como uma pretensão de descumprimento àquilo que, *a priori*, seria uma obrigação/dever; por outro lado, caso entendêssemos a objeção apenas como um direito a excepcionar uma obrigação jurídica se previamente definido por lei. Conclui-se que, a depender da visão da qual partimos, a objeção de consciência

[...] podrá bien consistir en actos ilegales - mejor dicho, aparente o inicialmente ilegales pero sucesibles de protección por ser expresión de un derecho fundamental —, o bien, tratándose de un excepción prevista por ley al cumplimiento de un deber jurídico, no tener nunca ese carácter ilícito, sino consistir precisamente en un derecho de rango legal.⁴⁶ (GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 76)

Além das duas posições doutrinárias mais evidentes que acima já se expôs, há quem defenda seis distintas noções sobre a natureza jurídica da objeção de consciência. Seriam elas: “(...) a) una mera desobediencia a la ley; b) una tolerancia del legislador; c) una excepción legal a la norma; d) una sustitución de la moral social por la moral individual; e) un derecho subjetivo; f) un derecho fundamental”⁴⁷ (GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 189). Passa-se, agora, à análise de

⁴² Conforme pontua Gómez Abeja (2016, p. 75), diferentemente da desobediência civil, que visa a provocar uma mudança, “La objeción implica la concurrencia de un deber que se impone individual y directamente a alguien cuya moral le impede de dar cumplimiento al mismo. El recurso a la fuerza, el uso de la violencia, queda fuera de este contexto”.

⁴³ O caráter passivo ou ativo da objeção de consciência não é pacífico na doutrina. Há os que compreendem que o dever a que se objeta deverá ser uma ação e não uma proibição; também, há aqueles que compreendem a viabilidade da objeção frente tanto a uma ação quanto a uma proibição. Nesta última, dá-se o exemplo do médico que proibido de atender o soldado inimigo, sente-se obrigado a fazê-lo. cf. GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 77/78.

⁴⁴ “La objeción de conciencia se muestra siempre como una desobediencia donde el sujeto rehúsa el cumplimiento de una obligación a la que es inmediatamente llamado, de manera que la norma incumplida es precisamente aquella que suscita el reproche moral” (PRIETO SANCHIS, 2007, p. 18/19).

⁴⁵ Contudo, quanto a este aspecto, há divergências. “Hay diversidad de opiniones a la hora de concretar si la norma incumplida há de ser necesariamente una ley o puede tratarse de otro tipo de norma, pero no hay duda sobre el imprescindible carácter *contra legem* del acto” (GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 75).

⁴⁶ Tradução livre: “(...) poderá consistir em atos ilegais - em outras palavras, atos aparentemente ilegais mas suscetíveis de proteção por expressão de um direito fundamental - ou, no caso de uma exceção prevista em lei ao cumprimento de uma obrigação legal, não ter nunca esse caráter ilícito, senão o de consistir precisamente em um direito de status legal”.

⁴⁷ Tradução livre: “(...) a) mera desobediência à lei; b) tolerância do legislador; c) uma exceção legal à regra; d) uma substituição da moral social pela moralidade individual; e) um direito subjetivo; f) um direito fundamental”.

cada um destes possíveis enquadramento para a natureza jurídica da cláusula de consciência, sabendo, entretanto, que poderíamos separá-los em dois grandes grupos: daqueles que veem-na como direito fundamental passível de ponderação - “a”, “d” e “e” — e daqueles que encaram-na como direito dependente de uma positivação, rechaçando, pois, o seu caráter de direito fundamental — “b” e “c”.

Aqueles que consideram a objeção de consciência como uma mera desobediência à norma, fazem-no porque defendem que a objeção seria uma infração ao que dispõe uma norma jurídica, acatando aquilo que outra norma dispõe. Essa posição entende que “la desobediencia responde a la injusticia de la norma”⁴⁸ (GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 190); sendo que a norma possui este caráter de injusta apenas em relação ao objetor, que, por sua vez, não visa à mudança concreta na norma, caso contrário voltaríamos-nos à desobediência civil. Ou seja, o caráter de injustiça atribuído à norma não é geral, mas, sim, individual, sob o ponto de vista daquele que se objeta. Uma crítica feita a essa visão é a de que seria no mínimo contraditório atribuir o caráter de descumprimento de uma norma à objeção quando esta estivesse amparada por dispositivo legal. Ademais, quanto à caracterização de uma norma como injusta, diz-se que o objetor em nada se oporia à norma se esta não o obrigasse, mas sim o deixasse isento, apenas o permitindo.

Outra posição é a daqueles⁴⁹ que defendem ser a objeção de consciência uma forma de tolerância do legislador. Isto é, o poder público assumiria uma posição de tolerância frente à ação do objetor por não a considerar prejudicial. Contudo, essa posição, para Gómez Abeja (2016, p. 192/193), diferiria da dimensão objetiva do direito fundamental, na medida em que esta “determina la necesaria consideración de la objeción como un derecho resultante de la promoción de la libertad de conciencia y no este sentido mucho más limitado que constituye la tolerancia entendida como mera aceptación”⁵⁰.

A terceira posição doutrinária (GÓMEZ ABEJA, 2016, 193/194) é aquela que defende a objeção como uma exceção à norma, pois aquela seria uma concessão dada pelo legislador que admitiria um descumprimento da norma ante a justificação de um conflito com a consciência. Para tanto, a pergunta que é lançada é acerca da possibilidade, ou não, de coexistência da norma da consciência e da norma jurídica, para a qual a resposta é que é possível

⁴⁸ Tradução livre: “a desobediência responde à injustiça da norma”.

⁴⁹ Dentre os doutrinadores com esta posição, Gómez Abeja (2016, p. 192) cita González Del Valle.

⁵⁰ Tradução livre: “Determina a consideração necessária da objeção como um direito resultante da promoção da liberdade de consciência e não no sentido muito mais limitado que constitui tolerância entendida como mera aceitação”.

este coexistir, ante o caráter excepcional da objeção de consciência. Afinal, o caráter de excepcionalidade é essencial, pois

[...] si el incumplimiento del deber jurídico se generalizase la objeción de conciencia por sí sola no sería un mecanismo adecuado para satisfacer los diversos intereses en juego. En relación con ello se ha apuntado que el legislador debería preguntarse, en este caso, sobre la conveniencia de mantener la exigencia del deber jurídico. El hecho de que el recurso a la conciencia fuese ejercido mayoritariamente por los ciudadanos, podría poner en entredicho la propia existencia de la obligación y conducir al legislador a hacerlo desaparecer.⁵¹ (GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 195)

A quarta posição entende a objeção como a substituição da moral social pela moral individual. Essa leva ao “reconocimiento *jurídico* de la moralidad individual”⁵² (GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 196). Conforme Gómez Abeja (2016, p. 196), esta posição doutrinária⁵³ faria uma crítica ao Estado Moderno que privaria o sujeito de seus princípios morais, na medida em que reconhecida a laicidade e valores distintos daqueles assentado socialmente. A objeção, que viabilizaria incorporação de pautas morais ao ordenamento jurídico, seria a concretização da crítica ao Direito, o qual teria se distanciado de suas bases morais.

A quinta posição doutrinária defende a objeção de consciência como um direito subjetivo e pretende afastar o caráter pejorativo por vezes atribuído a este instituto que, na verdade autorizaria um comportamento determinado como forma de limitar o poder do Estado. A proteção que derivaria deste direito se traduziria, então, no “poder ejercer la alternativa ofrecida por la norma, disponiendo para ello, en última instancia, de una acción judicial para lograr ejercitarla ante cualquier impedimento”⁵⁴ (GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 199).

Por fim, a sexta posição seria aquela que vê na objeção de consciência um caráter de direito fundamental, e que esta seria a expressão da liberdade de consciência. Assim, a cláusula de consciência gozaria de proteção como direito fundamental, não sendo necessária à sua prévia previsão expressa para intenção do descumprimento de determinada obrigação. Seria esta um

⁵¹ Tradução livre: “[...] se o não cumprimento do dever legal fosse generalizada, a objeção de consciência por si só não seria um mecanismo adequado para satisfazer os vários interesses em jogo. Em relação a isso, foi apontado que o legislador deveria se perguntar, neste caso, sobre a conveniência de manter a exigência de dever legal. O fato de o recurso à consciência ter sido exercido principalmente pelos cidadãos poderia colocar em questão a própria existência da obrigação e levar o legislador a fazê-lo desaparecer”.

⁵² Tradução livre: “reconhecimento jurídico da moralidade individual”.

⁵³ Dentre os doutrinadores desta posição, Gómez Abeja (2016, p. 196) cita Alberto de La Hera.

⁵⁴ Tradução livre: “Poder exercer a alternativa oferecida pela norma, dispondo para isso, em última instância, uma ação judicial para poder exercê-la antes de qualquer impedimento”.

direito configurado *prima facie* e que poderia sofrer restrições por meio de ponderação ante um caso concreto.

Incluso se ha hablado de la objeción de conciencia como un derecho a la ponderación, en el sentido de que debe efectuarse una justificación adecuada de la limitación del derecho a actuar según las exigencias de las creencias éticas o religiosas.⁵⁵ (GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 200).

Portanto, como pode notar-se, na verdade, a questão acerca da natureza jurídica da liberdade de consciência se resume em enquadrá-la, ou não, como direito fundamental⁵⁶ — e, nessa medida, falar-se em um direito geral à liberdade de consciência —; dependendo, ou não, sua eficácia de prévia disposição legal⁵⁷. Neste trabalho, na medida em que se parte de uma concepção argumentativa do direito, adota-se o ponto de vista da objeção de consciência como um direito fundamental. Nesse sentido, integra-se a objeção de consciência à liberdade de consciência, de forma que aquela “sería una noción lógicamente más restringida que la de libertad de conciencia, pero estaría plenamente integrada en ella; sería la realización de la libertad de conciencia incluso frente a los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico”⁵⁸ (GASCÓN ABELLÁN, 1990, p. 258).

Assim, dentre as formas de manifestação da liberdade de consciência — que compreende a formação e o atuar conforme a consciência —, a objeção de consciência é uma delas. Entretanto, definir de forma limitada o que compreenderia esta liberdade de consciência

⁵⁵ Tradução livre: “Inclusive, se há tratado da objeção de consciência como um direito a ser ponderado, no sentido de que uma justificativa adequada deve ser feita para a restrição do direito de agir de acordo com as exigências das crenças éticas ou religiosas”.

⁵⁶ Pontua Gómez Abeja (2016, p. 201) “Puede sostenerse, de un lado, que la objeción forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad de conciencia, reconocida en sus vertientes ideológicas y religiosa en el apartado primero del artículo 16 de nuestra Norma Fundamental, con el consiguiente tratamiento preferente que a tal categoría corresponde. De otro lado puede defenderse que, independientemente de su indudable conexión con este derecho - numerosas veces puesta de manifiesto por nuestro Tribunal Constitucional - la objeción no forma parte de su contenido, por lo que únicamente podrá ejercerse cuando esté reconocida legalmente como un derecho para un supuesto concreto. Solo la intervención del legislador permitirá que pueda hablarse de un derecho a la objeción de conciencia”.

⁵⁷ Ainda, quanto a esta oposição, pontua Gascón Abellan (1990, p. 272) que o que interessa é “saber si las objeciones jurídicas que eventualmente pueden dar lugar a objeciones de conciencia, deben ser atendidas como restricciones que inciden en la libertad de conciencia, o si, por el contrario, el contenido de este derecho no contempla en modo alguno una hipotética insumisión al deber jurídico. En el primer caso cabría hablar de un derecho general a la objeción de conciencia, de modo que las obligaciones operarían como límites cuya existencia podría ser discutida; en el segundo, en cambio, habríamos de concebir que la libertad de conciencia no ampara en ningún caso la negativa al cumplimiento de deberes jurídicos, de manera que estos no necesitarían justificarse en presencia del derecho fundamental; no existiría, pues, un derecho general a la objeción de conciencia, sino acaso concretas modalidades reguladas específicamente”.

⁵⁸ Tradução livre: “Seria uma noção logicamente mais restrita do que da liberdade de consciência, mas seria totalmente integrada nela; seria a realização da liberdade de consciência mesmo em face dos deveres impostos pelo sistema legal”.

se torna tarefa difícil, pois “resulta inviable formular un elenco cerrado y exhaustivo de las modalidades de ejercicio de la libertad de conciencia: en principio casi cualquier conducta puede aparecer como una exteriorización de la propia ideología o religión”⁵⁹ (PRIETO-SANCHIS, 2007, p. 24). Se, por um lado, a dimensão interna desta liberdade estaria confinada a um exercício psicológico e, portanto, pouco relevante ao Direito, por outro, a dimensão externa seria o exercício prático por meio da objeção de consciência e, por isso, relevante para o Direito⁶⁰. De forma que

[...] la objeción de conciencia es en realidad un corolario de la libertad de conciencia, pues no es sino el nombre que recibe el ejercicio de esa libertad en situaciones de conflicto con algún deber jurídico. Es una noción lógicamente más restringida que la de libertad de conciencia, pero está plenamente integrada en ella. ⁶¹(GASCÓN ABELLÁN, 2018, p. 87).

Na verdade, a discussão acerca da natureza jurídica desta cláusula e, consequentemente, da extensão de sua aplicação, guarda origem no modo como as liberdades em geral - na relação entre Estado e sujeitos - são compreendidas. Ou seja, a depender se se parte de uma noção de que ou as liberdades são configuradas já com as limitações pelo legislador e que, disto, nasce a imposição de deveres jurídicos, ou estas são passíveis de restrições apenas quando justificadas, isto é, são *prima facie* configuradas e ilimitadas, sendo os deveres jurídicos possíveis limitadores do exercício da liberdade de consciência. Neste caso,

[...] cuando en ejercicio de su libertad de conciencia un individuo objeta un deber jurídico su libertad no queda sin más cancelada, sino que habrá que evaluar si la imposición de ese deber está justificada. Puede hablarse entonces de un derecho general a la objeción de conciencia con base en la libertad de conciencia, en el sentido de que hay una presunción de legitimidad constitucional para quien actúa en ejercicio de su libertad de conciencia, y por lo tanto las obligaciones jurídicas frente a las que se formula objeción operarían como limitaciones a la libertad cuya justificación podría discutirse.⁶² (GASCÓN ABELLÁN, 2018, p. 88)

⁵⁹ Tradução livre: “resulta inviável formular um rol fechado e exaustivo das modalidades de exercício das liberdades de consciência: em princípio, quase qualquer comportamento pode aparecer como uma externalização da própria ideologia ou religião.”

⁶⁰ Neste sentido, Prieto-Sanchís (2006, p. 261) “la libertad de conciencia no puede referirse a una facultad interna o psicológica, esfera en la que por fortuna el Derecho y el poder aún se muestran incompetentes (*cogitationis poenam nemo patitur*), sino a una facultad práctica y plenamente social que protege al individuo frente a las coacciones o interferencias que pudiera sufrir por comportarse de acuerdo con sus creencias o convicciones”.

⁶¹ Tradução livre: “(...) a objeção de consciência é, na verdade, um corolário da liberdade de consciência, já que não é senão o nome que recebe o exercício dessa liberdade em situações de conflito com um dever legal. É uma noção logicamente mais restrita do que a liberdade de consciência, mas está totalmente integrada a ela”.

⁶² Tradução livre: “(...) quando, no exercício de sua liberdade de consciência, um indivíduo se objeta a um dever legal, sua liberdade não é simplesmente cancelada, mas será necessário avaliar se a imposição desse dever é justificada. Pode-se falar de um direito geral à objeção de consciência baseada na liberdade de consciência, no sentido de que há uma presunção de legitimidade constitucional para aqueles que atuam no exercício de sua

Uma vez que se parte de uma posição *prima facie* dos direitos fundamentais, — no sentido em se passa a encarar a cláusula de objeção de consciência como meio a dar concretude à liberdade de consciência —, pode-se afirmar que

[...] existe en el ordenamiento un derecho general a objetar (obviamente *prima facie*) con base en la libertad de conciencia. Es decir, un derecho a que la objeción no sea tratada como la simple infracción de un deber jurídico sino como un supuesto de colisión entre la libertad de conciencia y el deber jurídico incumplido [...]⁶³ (GASCÓN ABELLAN, 2018, p. 90)

a ser testado no caso concreto a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, obtendo-se, ao final, uma regra definitiva aplicada àquele caso concreto apreciado pelo intérprete. Ao enquadrar a objeção de consciência como forma de exercício de um direito fundamental, faz-se a partir de uma posição *prima facie*⁶⁴, ou seja, em princípio haveria um direito do sujeito em atuar conforme as suas próprias convicções, direito este a ser testado no caso concreto por meio da ponderação, quando em conflito com direitos outros. Ou seja,

Esto supone que la objeción de conciencia no es propiamente un derecho fundamental autónomo o, al menos, que no tiene porqué serlo necesariamente, sino que constituye ante todo una especificación de la libertad de conciencia; más exactamente, es el nombre que cabe atribuir a la libertad de conciencia cuando se enfrenta o entre en conflicto con deberes jurídicos. La objeción de conciencia no es más que la libertad de conciencia en caso de conflicto; es la situación en que se halla libertad de conciencia cuando algunas de sus modalidades de ejercicio (*prima facie*) encuentran frente a sí razones opuestas derivadas de una norma imperativa o de la pretensión de un particular.⁶⁵ (PRIETO-SANCHÍS, 2007, p. 25)

liberdade de consciência e, portanto, as obrigações legais contra eles, frente as quais a objeção é levantada, operariam como restrição à liberdade cuja justificação poderia ser discutida”.

⁶³ Tradução livre: "(...) existe no ordenamento jurídico um direito geral de objetar (obviamente *prima facie*) baseado na liberdade de consciência. Ou seja, um direito que a objeção não seja tratada como a mera violação de um dever legal, mas como uma colisão entre a liberdade de consciência e o dever legal não cumprido (...)”.

⁶⁴ Nesse sentido, complementa-se que “Quien objeta, cualquiera que sea el deber jurídico, *en principio* ejerce un derecho fundamental, por más que el juicio *definitivo* pueda desembocar en la negación, rechazo o modulación de la posición *iusfundamental* a la vista de la presencia en el caso de otras razones más fuertes a favor de tal deber jurídico” (PRIETO-SANCHÍS, 2007, p. 35).

⁶⁵ Tradução livre: "Isso supõe que a objeção de consciência não é, em si mesma, um direito fundamental autónomo ou, pelo menos, que não necessariamente tem que ser, mas antes constitui uma especificação da liberdade de consciência; Mais precisamente, é o nome que pode ser atribuído à liberdade de consciência quando enfrenta ou entra em conflito com os deveres legais. Objeção de consciência nada mais é que liberdade de consciência em caso de conflito; é a situação na qual a liberdade de consciência é encontrada quando algumas de suas modalidades de exercício (*prima facie*) encontram frente a si razões opostas derivadas de uma norma imperativa ou da pretensão de um particular”.

Todavía, como já afirmado, há uma certa complexidade em definir, ante o caso concreto, quais atos constituem exercício deste direito, na medida em que a consciência “puede ser fuente de los más heterogéneos imperativos”⁶⁶ (GASCÓN ABELLÁN, 2018, p. 89) passíveis, ou não, de justificarem a restrição a outros direitos. Isto é,

[...] los contenidos de la conciencia pueden ser de lo más variado, especialmente en el marco de sociedades pluralistas, por lo que no resulta ni muy útil ni respetuoso con la libertad de conciencia intentar circunscribir a priori el número de posibles deberes objetables.⁶⁷ (GASCÓN ABELLÁN, 2018, p. 96).

Considerando estas possíveis nuances da consciência de cada sujeito, partir de uma concepção de direito geral a objetar viabiliza que qualquer sujeito possa pretender que a sua objeção a um dever jurídico seja tratada como um conflito de liberdades e, portanto, sujeito a um exercício de argumentação racional diverso da mera subsunção, de forma que, “*en definitivo*, la conducta objetora merezca tutela no depende propia o directamente de la Constitución, sino que es el resultado de un proceso argumentativo que se quiere gobernado por la racionalidad”⁶⁸ (SANCHÍS, 2007, p. 35).

Observa-se, ainda, que o direito a se objetar não dever ser tratado como uma forma de escolha para descumprir um dever legal, mas sim como o exercício da liberdade de atuar conforme suas convicções nos limites da sua esfera de direitos, isto é, na medida em que não afete, sem razões suficientes, a esfera jurídica alheia. Como pontua Gascón Abellán (2018, p. 93),

La objeción solo resulta aceptable si los derechos de terceras personas u otros intereses protegidos por el deber jurídico objetado quedan efectivamente garantizados; y por tanto, cuando tales derechos o intereses puedan verse afectados (como sucede, por ejemplo, con todas las objeciones sanitarias) habría que asegurar la sustitución del objetor en el cumplimiento de sus obligaciones. Por eso, en ausencia de regulación, puede resultar dudoso cómo y cuándo debe el objetor formular su objeción para que esos derechos e intereses no queden desamparados. Naturalmente, aunque la objeción no esté regulada no es imposible adoptar las medidas organizativas necesarias para garantizar la sustitución del objetor (y con ello los derechos de los potencialmente afectados).⁶⁹

⁶⁶ Tradução livre: “pode ser fonte dos mais heterogêneos imperativos”

⁶⁷ Tradução livre: “(...) o conteúdo da consciência pode ser dos mais variados, especialmente no âmbito das sociedades plurais, de modo que não é nem muito útil nem respeitoso com a liberdade de consciência tentar circunscrever a priori o número de possíveis obrigações objetáveis”.

⁶⁸ Tradução livre: “Em definitivo, que a conduta de objeção mereça a tutela não depende direta ou diretamente da Constituição, mas é o resultado de um processo argumentativo que é regido pela racionalidade”.

⁶⁹ Tradução livre: “A objeção só é aceitável se os direitos de terceiros ou outros interesses protegidos pelo direito legal objetado forem efetivamente garantidos e, portanto, quando tais direitos ou interesses puderem ser afetados (como acontece, por exemplo, com todas as objeções sanitárias) a substituição do objetor no cumprimento de suas obrigações deveria ser assegurada. Por isso, na ausência de regulação, pode ser duvidoso como e quando o opositor deve formular sua objeção para que esses direitos e interesses não fiquem desprotegidos. Naturalmente,

Frisa-se, pois, que há de não pensar nesta liberdade como absoluta, mas sim como passível de restrições, frente a casos concretos, nos quais entre em conflito com outros direitos e não se sobressaia na ponderação. Ainda no que tange à limitação, Hesse (1998, p. 300) vai além e defende que “a liberdade de consciência da Lei Fundamental é, por isso, limitada, imanentemente aos direitos fundamentais e pela constituição mesma, enquanto uma limitação legal é inadmissível”.

Nota-se que, partindo-se da concepção de um direito geral a objetar, há uma abertura para as possibilidades de aplicação desta cláusula, pois, ao não ser necessário enunciado normativo específico, o ordenamento jurídico abre-se às mais diversas situações possíveis e que, muitas vezes, fogem à capacidade de previsibilidade do legislador. Ou seja, uma vez que haja abertura ao sistema, o intérprete poderá, a partir da ponderação - e, pois, de uma argumentação racional - verificar se, no caso concreto, há, ou não, pretensão de objeção ao aborto, à venda da pílula do dia seguinte, à confecção de um bolo de casamento. Contudo, claro está que, para a justificação da restrição a direito de terceiro, deverão existir razões suficientes, sendo que na verificação destas deverá tomar-se o cuidado de que não seja “(...) instaurando un control ideológico que discrimine entre unos motivos u otros según lo moralmente relevantes o razonables que nos parezcan”⁷⁰ (GASCÓN ABELLÁN, 2018, p. 94). Como discorre Prieto-Sanchís (2006, p. 264),

[...] si de un lado estamos dispuestos a considerar como una modalidad de ejercicio de la libertad cualquier conducta que presente una propiedad susceptible de adscripción a la misma, es decir, cualquier conducta que el sujeto perciba como un imperativo de conciencia, de otra parte hemos de estar dispuestos también a considerar como una causa de limitación cualquier razón que, en sentido opuesto, nos proporcione la cláusula del orden público o de algún otro derecho constitucional que concurra en el caso. Cabe entonces hablar de derechos (y de límites) *prima facie* y de derechos (y de límites) *definitivos*: dada la concepción amplia de la libertad de conciencia, no hay inconveniente en incluir dentro de ella comportamientos de la más variada naturaleza, con la única condición de que pueda verse en los mismos una manifestación de las convicciones o creencias del agente; pero dada la concepción amplia de la cláusula limitadora, tampoco hay inconveniente en tratar el asunto como un caso incurso en la esfera de la limitación, por ejemplo como una lesión del orden público o de otro derecho fundamental.⁷¹

ainda que a objeção não esteja regulamentada, não é impossível adotar as medidas organizacionais necessárias para garantir a substituição do objetor (e com isso os direitos daqueles potencialmente afetados). “

⁷⁰ Tradução livre: “(...) instaurado um controle ideológico que discrimine entre um motivo e outros segundo o moralmente relevante ou razoável que nos pareçam”.

⁷¹ Tradução livre: “(...) se por um lado estamos dispostos a considerar como uma forma de exercício da liberdade qualquer conduta que apresente uma propriedade suscetível de atribuição a ela, ou seja, qualquer comportamento que o sujeito perceba como um imperativo de consciência; de outra, também devemos estar dispostos a considerar como causa de limitação qualquer razão que, na direção oposta, nos forneça a cláusula da ordem

Como já mencionado, para considerar a cláusula de objeção de consciência um direito fundamental parte-se da noção de que esta guardaria direta relação com a liberdade de consciência, vez que aquela seria a face assumida quando do exercício desta liberdade em uma situação de conflito com outros direitos e liberdades. Assim, haveria, na verdade, um direito geral a objetar-se, cuja verificação pelo intérprete perpassaria a inicial invocação de um direito à liberdade de consciência. Ou seja, ao objetar-se, “(...) cualquiera que sea el deber jurídico, *en principio* ejerce un derecho fundamental, por más que el juicio definitivo pueda desembocar en la negación o rechazo de la posición iusfundamental a la vista de la presencia en el caso de otras razones más fuertes en favor de tal deber jurídico.”⁷² (PRIETO-SANCHÍS, 2006, p. 266).

Sem dúvida, apesar de não ser necessária a previsão normativa específica para sua aplicação ao caso, a prévia enunciação por parte do legislador de hipótese de objeção de consciência pode trazer força argumentativa para o seu exercício e eventual aplicação da cláusula pelo intérprete. Dessa forma, na medida em que se considera o imperativo de consciência um direito fundamental, para proceder a uma restrição deste será necessário fazê-lo por meio de ponderação, aplicando o princípio da proporcionalidade, para só após encontrar, para o caso concreto, a regra definitiva aplicável. Conforme Prieto-Sanchís (2006, p. 269),

[...] no existe un derecho general, definitivo y concluyente a ejercer cualquier modalidad de objeción de conciencia, pero sí existe un derecho a que la conducta sea enjuiciada como el ejercicio de un derecho (o de una posición subjetiva provisional, si se prefiere) en conflicto con otros derechos o bienes constitucionales, cuyo resultado queda librado al juicio de ponderación. En suma, concebir la objeción como una manifestación del derecho fundamental a la libertad de conciencia tan sólo supone que las distintas formas o modalidades de objeción no reguladas -que son prácticamente todas, salvo la relativa al servicio militar, ya inútil- deben ser tratadas como un caso de conflicto entre el derecho fundamental y el deber jurídico cuyo cumplimiento se rehúsa. Nada más, pero tampoco nada menos.⁷³

pública ou algum outro direito constitucional que surge no caso. Portanto, é necessário falar de direitos (e limites) *prima facie* e direitos (e limites) definitivos: dada a concepção ampla da liberdade de consciência, não há problema em incluir comportamentos da natureza mais variada dentro dela, com a única condição de que possa ser visto neles uma manifestação das convicções ou crenças do agente; mas dada a concepção ampla da cláusula restritiva, tampouco há objeção em tratar a questão como um caso incorrido na esfera da limitação, por exemplo, como um dano à ordem pública ou a outro direito fundamental. ”

⁷² Tradução livre: “(...) Qualquer que seja o dever jurídico, em princípio exerce um direito fundamental, embora o julgamento final possa levar à negação ou rejeição da posição fundamental em vista da presença no caso de outras razões mais fortes em favor de tal dever jurídico.”

⁷³ Tradução livre: “(...) não há direito geral, definitivo e conclusivo de exercer qualquer forma de objeção de consciência, mas existe um direito de que a conduta seja processada como o exercício de um direito (ou uma posição subjetiva provisória, se preferir) em conflito com outros direitos ou bens constitucionais, cujo resultado é deixado ao julgamento de ponderação. Em resumo, conceber a objeção como uma manifestação do direito fundamental à liberdade de consciência significa apenas que as diferentes formas ou modalidades de objeção não-regulada - que são praticamente todas, exceto aquelas relativas ao serviço militar, que não são mais úteis -

Aqueles que se opõem à concepção de direito fundamental da objeção de consciência afirmam que seria incompatível a equiparação entre esta e a liberdade de consciência, na medida em que compreendem estes dois direitos como sendo estanques e independentes; em outras palavras, sustentam que “(...) en los casos en que se ha lesionado la vertiente negativa no está, en realidad, en juego tal dimensión de esta libertad sino el derecho a la objeción de conciencia”⁷⁴ (GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 215). Ainda, defendem que, ao trabalhar a cláusula de consciência no campo de direitos fundamentais, estar-se-ia a criar possibilidade de objeção individual, isto é, do sujeito escolher qual lei poderia ou não lesionar sua consciência e deixar de cumpri-la, ao invés de buscar sua invalidação.⁷⁵ No entanto, isto leva à sobreposição, como se regra fosse, do enunciado normativo sobre a consciência do sujeito a qualquer hipótese, que não prevista expressamente, o que, por sua vez, tem como efeito a limitação prévia do exercício desta liberdade. Considerando que se vive em uma sociedade cujas relações entre os sujeitos são diversas e fogem, na maioria das vezes, àquelas situações antevistas pelo legislador, esta limitação, causada por uma visão estrita, implica em prováveis violações da esfera mais privada de uma pessoa, causando-lhe danos à sua intimidade, principalmente. Isto é, as possibilidades de exercício deste importante direito restariam demasiadamente limitadas à sua configuração estritamente legal.

Outrossim, no que tange a uma delimitação desta liberdade de consciência, ao tratar do tema, Hesse (1998, p. 298) a insere como parte essencial do grupo dos direitos que garantem “liberdade espiritual e a participação livre na política como pressupostos fundamentais do desenvolvimento pessoal e da ordem fundamental liberal democrática e estatal-jurídica”.

devem ser tratadas como um caso de conflito entre o direito fundamental e o dever legal cujo cumprimento é recusado. Nada mais, mas nada menos.”

⁷⁴ Tradução livre: “nos casos em que se lesionou-se a vertente negativa não está, na realidade, em jogo tal dimensão desta liberdade, senão o direito à objeção de consciência”.

⁷⁵ Em sentido contrário, defende Prieto-Sanchís (2006, p. 269) que “afirmar que el objetor está ejerciendo un derecho *prima facie* supone imponer una carga de argumentación sobre toda norma o decisión que pretenda limitarlo. La primacía del derecho o del deber, el triunfo de la ley o de la conciencia, no es así el presupuesto de la argumentación, sino su resultado; no es el producto de una decisión autoritaria (aunque democrática), sino de una justificación razonada.”, que continua “(...) tras un juicio de ponderación en el que se tomen en consideración al mismo tiempo el valor intrínseco de la libre conciencia y la justificación de la norma objetada, esto es, su adecuación, necesidad y proporcionalidad en orden a la protección de derechos o bienes relevantes que tengan que ver con el estatus de otras personas; juicio que sin duda tampoco garantiza un acuerdo intersubjetivo universal, pero que intenta hacer de la racionalidad la herramienta común al Derecho y a la moral” (PRIETO-SANCHIS, 2006, p. 270).

Divide, o autor, a liberdade religiosa⁷⁶ em três, sendo que aquela que aqui nos interessa é “a liberdade de fé e confissão, que pela liberdade de confissão ideológica é ampliada” (HESSE, 1998, p. 298)⁷⁷. Estas liberdades de crença, caracterizadas como um limitador do Estado, viabilizam a neutralidade religiosa deste, garantindo “um processo espiritual livre, no qual se devem formar as concepções de valores decisivas, livre de influência estatal.” (HESSE, 1998, p. 299). Neste contexto, a liberdade de consciência, conforme afirma o autor, se torna a forma mais geral das liberdades de crença, confissão religiosa e ideológica; sendo que aquela liberdade

não está restringida à liberdade da ‘formação’ da consciência, portanto, o ‘forum internum’; mas ela compreende também a liberdade da ‘atuação’ da consciência e protege, com isso, a decisão de consciência destacada para fora também então, quando ela não é motivada religiosa ou ideologicamente. (HESSE, 1998, p. 299-300).

Posicionamento este que corrobora com a tese de que é, na verdade, a objeção de consciência uma forma de exercício da liberdade de consciência, estendendo-se àquela o caráter de direito fundamental, na medida em que se considera liberdade de consciência como liberdade para atuar conforme o seu íntimo. Ora, seria, então, esta escusa um agir negativo, a fim de evitar a imposição de um comportamento que seria contrária à crença e a violaria — sua expressão prática.

Hesse, ao abordar o tema, afirma que a Lei Fundamental Alemã ao dispor acerca desta liberdade fundamental está a proteger a “personalidade espiritual-moral” (HESSE, 1998, p. 300) dos sujeitos, pois possibilita que haja a livre discussão, e talvez até mesmo formação de consenso, acerca de determinados assuntos, os quais, por vezes, “carecem da comunicação racional, não podem ser forçados e, por causa disso, compreendem tolerância prática, também diante do estranho.” (HESSE, 1998, p. 300). Ressalta que, no entanto, apesar de ser importante essa liberdade, “nenhuma constituição pode, **naturalmente, garantir ilimitadamente a liberdade de consciência, a não ser que convivência juridicamente ordenada no interior da coletividade deva tornar-se impossível.**” (HESSE, 1998, p 300, grifo meu); possibilidade

⁷⁶ Martha Nussbaum, contudo, defende ser diferente falar em liberdade de crença/religião e direito à consciência. “The words ‘conscience’ and ‘religion’, however, ring very differently in our contemporany ears. As we shall see, it has been a perpetual problem whether conscientious commitments that do not take a religious forms receive any protection under Free Exercise Clause. (...) Such problems became acute during the Vietnam War, when many people resisted the war for reasons of conscience, only some of which were religious in any traditional sense” (NUSSBAUM, 2009, p. 102).

⁷⁷ A saber, as outras duas partes seriam a liberdade de culto e a liberdade de associação religiosa. cf. HESSE, 1998, p. 298.

essa de restrições que é problema central do presente trabalho e que será resultado da análise feita pelo intérprete frente ao caso concreto.

Importante pontuar que a liberdade de consciência⁷⁸, concretizada na possibilidade de invocar o imperativo de consciência como escusa para prática de determinado ato, não leva a um agir contrário à lei ou ao Direito, a uma desobediência, mas sim “cuando la objeción de conciencia se ejerce de modo regular o razonable, lo que se desobedece es la norma positiva que estatuye la obligación, pero se actúa conforme a derecho”⁷⁹ (DIDIER, 2016, p. 257). Ainda, nesse sentido pontua Prieto-Sanchís (2007, p. 21) que “(...) donde existe una objeción reconocida no cabe hablar de desobediencia a Derecho, sino de una norma que ofrece cobertura al incumplimiento de una obligación”⁸⁰.

2.3. OS SUJEITOS EM RELAÇÃO A QUEM SE OBJETA

Estabelecida a natureza jurídica da objeção de consciência como direito fundamental, em decorrência do modo de aplicação desta cláusula que será diversa a depender das posições jurídicas tomadas por cada sujeito e, nestas circunstâncias, a ponderação a ser feita, faz-se necessário extrair duas diferentes divisões: (a) quanto aos sujeitos da relação na qual será exercida a objeção; e (b) quanto a quem sofrerá os efeitos da objeção. No que tange à primeira, são duas as possibilidades, ou será na relação do sujeito frente ao Estado, casos em que se verifica, por exemplo, a objeção ao alistamento militar obrigatório, ou entre dois sujeitos privados, sendo um exemplo já disposto em regulamentação a possibilidade de médicos se socorrerem do imperativo de consciência para não realizarem determinados procedimentos. Já quanto à segunda diferenciação, são também duas as possibilidades: ou a recusa terá efeitos

⁷⁸ Ainda, no que tange a liberdade de crença, esta estaria, ao lado da liberdade científica e da artística, compreendida pela Liberdade Espiritual, para Jan Schapp (2009), sendo que esta última serviria “à interpretação da liberdade civil, mas ao mesmo tempo” a transcenderia (SCHAPP, 2009, p. 189). Para o autor, a “liberdade de crença é definida como liberdade de conhecimento religioso e universal” (SCHAPP, 2009, p. 196), sendo que a crença tem de ser um escolha pessoal, isto é, não deve estar subordinada à obediência ao Estado. Dessa forma Schapp (2009, p. 197) pontua que a liberdade de crença é, antes de tudo, a “a liberdade do Estado”, e assegura o espaço para que a crença possa existir. Ao viabilizar que o sujeito possa se posicionar em defesa daquilo que lhe é mais caro - sua crença -, elevando a liberdade de crença à direito fundamental, “la objeción de conciencia se convierte en el más firme obstáculo para cualquier modalidad de tiranía, en la más segura defensa de la libertad y de la dignidad del ser humano constituyendo su reconocimiento como derecho fundamental (...)” (DIDIER, 2016, p. 271).

⁷⁹ Tradução livre: “(...) quando a objeção de consciência é exercida de maneira regular ou razoável, o que é desobedecido é a norma positiva que estabelece a obrigação, mas age de acordo com a lei”.

⁸⁰ Tradução livre: “(...) onde há uma objeção reconhecida, não podemos falar de desobediência ao direito, mas de uma norma que oferece cobertura para o descumprimento de uma obrigação”.

apenas quanto ao objeto ou a objeção se relacionará com conduta alheia. Nesta última, o sujeito, ao engajar em determinado comportamento, se sentiria apoiador de determinada crença e, ao negar-se, gerará efeitos na esfera jurídica de terceiro. Sendo relevante esta última distinção principalmente para verificação de possível conflito entre direitos fundamentais e resolução por uma ponderação, que poderia culminar em restrição de direitos. Nesse sentido,

There are at least two important dimensions to such claims. The claim concerns the third party's conduct—for example, her use of contraception—but, crucially, it also concerns the claimant's relationship to the third party. Complicity claims are faith claims about how to live in community with others who do not share the claimant's beliefs, and whose lawful conduct the person of faith believes to be sinful. Because these claims are explicitly oriented toward third parties, they present special concerns about third-party harm.⁸¹ (NEJAIME; SIEGEL, 2015, p. 2519)

Afinal, na medida em que a ação que representaria ofensa às crenças religiosas, morais ou políticas de determinada pessoa estão relacionadas à esfera jurídica de outra pessoa, esta também sofrerá consequências; por essa razão, os parâmetros e restrições impostas ao exercício do imperativo de consciência devem ser distintos daqueles de quando está-se a acomodar⁸² as crenças em relação à própria pessoa. Conforme exemplificam Nejaime e Siegel,

In *Holt v. Hobbs*, a Salafi Muslim inmate claimed an exemption from a rule forbidding prisoners to wear beards. Gregory Holt sought an exemption to groom in accordance with precepts of his religion—not to avoid complicity in what he believed were the sinful acts of another citizen. This difference in the structure of religious exemption claims is relevant—not to the claim's sincerity or religious significance, but instead to the claim's potential to inflict harms on specific third parties. The Court held that Holt was entitled to an accommodation. Accommodating Holt's religious exercise claim imposed modest costs on the public and the prison system; no persons or groups were singled out to bear the burden of Holt's religious exercise.⁸³ (NEJAIME; SIEGEL, 2015, p. 2524)

⁸¹ Tradução livre: “Há pelo menos duas dimensões importantes para tais alegações. A reivindicação diz respeito à conduta de terceiros - por exemplo, o uso de contraceptivos -, mas também diz respeito à relação do reclamante com o terceiro. Reivindicações de *complicity* são de fé sobre como viver em comunidade com outras pessoas que não compartilham as crenças do requerente e cuja conduta lícita a pessoa de fé acredita ser pecaminosa. Como essas reivindicações são explicitamente orientadas para terceiros, elas apresentam preocupações especiais sobre danos de terceiros” (NEJAIME; SIEGEL, 2015, p. 2519).

⁸² O termo aqui utilizado faz referência às accommodation laws, instituto como já referido do direito norte-americano.

⁸³ Tradução livre: “Em *Holt v. Hobbs*, um preso muçulmano salafista reivindicou eximir-se de uma norma proibindo que os prisioneiros usassem barbas. Gregory Holt procurou uma isenção para se barbear de acordo com os preceitos de sua religião - não para evitar cumplicidade com o que ele acreditava serem os atos pecaminosos de outro cidadão. Essa diferença na estrutura das reivindicações de objeção religiosa é relevante, não para a sinceridade ou importância religiosa da reivindicação, mas sim para o potencial da reivindicação de infligir danos a terceiros específicos. O Tribunal considerou que Holt tinha direito à objeção. Acomodar a alegação de exercício religioso de Holt impôs custos modestos ao público e ao sistema prisional; nenhuma pessoa ou grupo suportou qualquer fardo do exercício religioso de Holt”.

Em seu texto, Najaiame e Siegel passam a analisar, como exemplo de efeitos em terceiros, os impactos de decisões que garantem aos empregadores contratantes de seguros de saúde a possibilidade de afastarem a contratação da cobertura a procedimentos e medicamentos contraceptivos, sob o pretexto de que ao fazê-lo eles estariam sendo cúmplices daqueles que se utilizariam dos métodos, o que iria de encontro com suas crenças religiosas.

For example, in *Hobby Lobby*, the employers objected to providing insurance coverage that their employees might use to purchase contraceptives the employers viewed as sinful. Similarly, wedding-related vendors have objected to providing goods and services to same-sex couples because doing so would make them complicit in a relationship they deem sinful.⁸⁴ (NEJAIME; SIEGEL, 2015, p. 2542)

Ao fazer a análise do impacto destes enunciados normativos, levantam a hipótese de que, na verdade, está-se a caminhar para uma “guerra cultural”, na qual alguns se utilizam da objeção de consciência para fazer frente à legislação que iria de encontro com uma visão moral mais tradicional e que, atualmente, está sendo colocada à margem, através de mudanças legais, como por exemplo a legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo⁸⁵, a popularização do acesso a meios contraceptivos, a descriminalização do aborto.

As the conditions of conflict change and arguments rooted in traditional morality lose their ability to persuade, movement leaders have advocated shifting to religious liberty arguments for exemption as part of a long-term effort to shape community-wide norms.⁸⁶ (NEJAIME; SIEGEL, 2015, p. 2543)

Nessa medida, tem-se que as possíveis restrições a serem impostas à liberdade de consciência serão diversas em casos em que a relação é entre Estado/sujeito e entre sujeito/sujeito, além de levar-se em conta os efeitos produzidos por este exercício. Ou seja, se na relação entre privados o ônus imposto à outra parte não é mais gravoso que a restrição que seria imposta ao direito dele.

⁸⁴ Tradução livre: “Por exemplo, no caso *Hobby Lobby*, os empregadores se opuseram a fornecer cobertura de seguro que seus funcionários pudessem usar para comprar contraceptivos que os empregadores consideravam pecaminosos. Da mesma forma, fornecedores relacionados a casamentos se opuseram a fornecer bens e serviços a casais do mesmo sexo, porque isso os tornaria engajados em um relacionamento que eles consideram pecaminoso”.

⁸⁵ Nesse sentido, "Our brief consideration of healthcare refusals legislation suggests that complicity-based conscience claims are entangled in long-running “culture war” conflicts about laws that break from traditional morality” (NEJAIME; SIEGEL, 2015, p. 2542) e, ainda, “In the sexual orientation context, complicity-based conscience claims, which are beginning to proliferate, have been modeled on healthcare refusals” (NEJAIME; SIEGEL, 2015, p. 2558).

⁸⁶ Tradução livre: “À medida que as condições de conflito mudam e os argumentos baseados na moralidade tradicional perdem sua capacidade de persuadir, os líderes do movimento têm defendido a mudança para argumentos de liberdade religiosa como parte de um esforço de longo prazo para moldar as normas”.

2.4. A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

A cláusula de objeção de consciência, além de aparecer disposta no ordenamento jurídico de diversos Países, também possui previsão em textos e documentos do direito internacional. O artigo 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (1948) dispõe que

"Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular"

Ainda, o artigo 18 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos também prevê a defesa a um direito à liberdade de pensamento, de religião e de consciência. Neste mesmo documento, há referência indireta ao direito à objeção de consciência ao serviço militar.

ARTIGO 8. 3. c) Para os efeitos do presente parágrafo, não serão considerados "trabalhos forçados ou obrigatórios": ii) qualquer serviço de caráter militar e, nos países em que se admite a isenção por motivo de consciência, qualquer serviço nacional que a lei venha a exigir daqueles que se oponham ao serviço militar por motivo de consciência [...].

ARTIGO 18. 1. Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino. 2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha. 3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas à limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais - de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções. (BRASIL, 1992)

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê em seu artigo 12 o direito à liberdade de consciência e de religião, que podem ser compreendidas na extensão de trocar de crença ou religião e de professá-las. Igualmente aos outros documentos a que se referiu, este não faz referência expressa à objeção de consciência.

Artigo 12. Liberdade de consciência e de religião. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado. 2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças. 3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas. 4. Os pais, e quando for o

caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969)

A ausência de previsão expressa neste documento da objeção de consciência ao serviço militar⁸⁷ pode ser atribuída à dificuldade de obter a anuência em relação a esta cláusula de todos os Países envolvidos na construção destes textos. Todavia, tal lacuna não leva a inferir que não haja uma preocupação das Nações Unidas quanto ao tema. Inclusive, esta organização aprovou resoluções a respeito (GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 105) e produziu relatório sobre a observância ou não deste direito.

Ante isso, conclui Gómez Abeja (2016, p. 108), que no campo do direito internacional de direitos humanos há “la genérica libertad de pensamiento, conciencia y religión, mientras que la objeción de conciencia no está recogida en ninguno de los tres grandes documentos internacionales de los derechos humanos”⁸⁸. De fato, não há a previsão expressa, entretanto, como já anteriormente exposto, dada a posição neste trabalho tomada de que é a objeção de consciência um direito fundamental, não resta prejudicado este direito ante a ausência de previsão específica.

Na esfera da União Européia, em termos de previsão normativa expressa, o cenário é diverso. O artigo 10 da Carta de Direitos Fundamentais da União Européia reconhece expressamente um direito à objeção de consciência, referindo-se àquele constante nas legislações nacionais, sendo este documento um dos únicos internacionais a preverem tal direito expressamente (GÓMEZ ABEJA, 2016, p. 115).

Artigo 10. Liberdade de pensamento, de consciência e de religião 1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, bem como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individual ou coletivamente, em público ou em privado, através do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. O direito à objeção de consciência é reconhecido pelas legislações nacionais que regem o respetivo exercício. (UNIÃO EUROPÉIA, 2012)

⁸⁷ Em análise à obrigatoriedade do serviço militar, Sandel (2017, p. 100) expõe breve análise histórica da evolução desta nos EUA que — assinada a primeira lei de alistamento obrigatório em 1862 durante a Guerra Civil Americana — “atingia a tradição individualista americana m sua base, e a União abriu uma ampla concessão: quem fosse convocado e não quisesse servir poderia contratar outra pessoa para assumir seu lugar”. Após reclamações feitas, “em 1863, o Congresso aprovou uma lei relativa ao alistamento, na tentativa de solucionar o problema. Embora não abolisse o direito de contratar um substituto, a lei permitia que qualquer convocado pagasse ao governo uma taxa de 300 dólares em vez de servir” (SANDEL, 2017, p. 100). Esta lei foi revogada no ano seguinte a sua sanção, permanecendo, no entanto, a possibilidade de contratação de substituto durante a referida guerra. Durante a Segunda Guerra Mundial e a Guerra do Vietnã manteve-se o alistamento obrigatório. Sandel (2017, p. 103), ao fazer essa retrospectiva do alistamento nos Estados Unidos da América, questiona-se qual forma de compor um exército seria mais justa: o alistamento obrigatório, a convocação com a possibilidade de pagar um substituto, ou a voluntariedade do alistamento regulada pelo mercado.

⁸⁸ Tradução livre: “A liberdade genérica de pensamento, consciência e religião, enquanto a objeção de consciência não está incluída em nenhum dos três grandes documentos internacionais de direitos humanos”.

Já no ordenamento jurídico brasileiro, partindo da concepção já exposta de que a cláusula de objeção de consciência seria a expressão do exercício da liberdade de consciência, esta está disposta e garantida implicitamente como direito fundamental pela Constituição Federal de 1988 no art. 5º, VI e VIII⁸⁹, e, ordinariamente, é relacionada ao serviço militar obrigatório. Quanto a este, a Constituição Federal, no artigo 143, parágrafo 1º dispõe que será atribuído serviço alternativo aos que alegarem imperativo de consciência, em tempos de paz, e especifica que este seria em decorrência de crença religiosa e de convicção política e filosófica; sendo o alistamento regulamentado pela Lei 8.239/1991, na qual, contudo, está disposto de forma genérica do que se trataria o serviço alternativo, nos parágrafos 3º e 4º do artigo 3º⁹⁰. Tal é a importância da prestação de serviço alternativo que há, inclusive, dispositivo constitucional prevendo a cassação dos direitos políticos em caso de recusa ao cumprimento de prestação alternativa, imposta quando da objeção de consciência⁹¹.

Consoante a posição acima tomada, conforme Moraes (2010, p. 46), “o direito à recusa de consciência não está adstrito simplesmente ao serviço militar obrigatório, mas pode abranger quaisquer obrigações coletivas que conflitem com as crenças religiosas, convicções políticas ou filosóficas”. Em direção diversa à da visão que aqui se adota, qual seja, a de um status de direito fundamental dessa cláusula, há, em tramitação no Congresso Nacional, Projeto de Lei que visa à regulamentação específica deste instituto, na medida em que se compreenderia a necessidade de positivação deste direito para viabilizar sua aplicação. O Projeto de Lei n. 6.335/2009, que atualmente ainda tramita na Câmara de Deputados, de autoria do deputado federal Gonzaga Patriota, conceitua a objeção de consciência e passa a dispor sobre a sua aplicação, *in verbis*

Art. 1º Esta lei dispõe acerca do direito à objeção de consciência como escusa ao disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

⁸⁹ "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (...) VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei. (BRASIL, 1988)

⁹⁰ Lê-se nos dispositivos legais: “(...) § 3º O Serviço Alternativo será prestado em organizações militares da ativa e em órgãos de formação de reservas das Forças Armadas ou em órgãos subordinados aos Ministérios Cíveis, mediante convênios entre estes e os Ministérios Militares, desde que haja interesse recíproco e, também, sejam atendidas as aptidões do convocado. § 4º O Serviço Alternativo incluirá 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 cívica.” (BRASIL, 1991)

⁹¹ Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII. (BRASIL, 1988)

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se objeção de consciência a possibilidade de recusa por um indivíduo da prática de um ato que colida com suas convicções morais, éticas e religiosas, por imperativo de sua consciência.

Art. 3º A objeção de consciência pode se dar no campo do exercício profissional, por motivos de religião, ou por qualquer outro que agrida os princípios e o foro íntimo do indivíduo.

Art. 4º No exercício da objeção de consciência, além dos argumentos éticos, morais ou religiosos, pode ser exigida do cidadão a apresentação de histórico que comprove seu envolvimento com a convicção alegada, a fim de fundamentar sua recusa à prática do ato. (BRASIL, 2009)

De acordo com este projeto, passaria a ser considerado imperativo de consciência ato que colida não só com as crenças religiosas e convicções morais, como também ética, não abrangendo as políticas, exigindo-se da pessoa objetora a fundamentação da sua recusa. Sendo justificado, segundo o redator, pela necessidade de evitar a banalização do uso do instituto, bem como para a proteção ainda maior da liberdade do sujeito frente o poder público.⁹² Certamente, impor um dever de fundamentação da recusa não implicaria em uma restrição legal à liberdade, contudo o que se questiona seria quais os parâmetros dados para considerar a justificação da recusa, pois, como exposto anteriormente, não é possível julgar uma crença correta ou verdadeira.

Em parecer, restou consignado que não haveria óbices constitucionais à aprovação do projeto, aconselhando, todavia, a supressão do art. 3º do projeto, em razão de possibilidade de esse “levar a uma interpretação restritiva do direito à objeção de consciência, limitando-o apenas ao campo do exercício profissional.” (BRASIL, 2013, p. 2). Entretanto, é interessante notar que lei com o texto idêntico – sem a exclusão do art. 3º — já foi sancionada, e atualmente é vigente, no Estado do Rio de Janeiro, a Lei nº 6.998/2015⁹³.

Outrossim, há disposição quanto à possibilidade de alegar imperativo de consciência, no exercício médico, conforme o Código de Ética Médica, que seus princípios fundamentais, permite ao profissional da saúde

Princípios fundamentais, 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.

XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles

⁹² Para mais sobre o assunto, cf. justificativa constante em BRASIL, 2013.

⁹³ Conforme informação disponível no site da Assembleia Estadual do Rio de Janeiro (ALERJ). Disponível em <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/8e7b9d49473cfd6c83257e430066063c?OpenDocument&Highlight=0,consciência>. Acesso em 02 de junho de 2019.

expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018)

Também prevê o referido Código de Ética como direitos dos médicos "IX recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência" (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018).

Ocorre, conforme dados de pesquisa realizada com médicos e estudantes de medicina⁹⁴, a alegação deste instituto para recusar-se a participar de procedimentos de legal de interrupção da gravidez. Contudo, é importante pontuar que, apesar de haver a necessidade, em determinados casos, da prestação de serviços alternativos quando da alegação de imperativo de consciência, a questão é delicada, uma vez que "o constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar sua fé representa o desrespeito à diversidade democrática de ideias, filosofias e a própria diversidade espiritual" (MORAES, 2010, p. 47).

Também, a Lei 11 689/2008, que alterou o Código de Processo Penal, revogou o artigo 435⁹⁵ que dispunha a perda de direitos políticos ante a recusa a ser jurado, inseriu o artigo 438⁹⁶ estabelecendo prestação alternativa àquele que apresenta escusa de consciência, compatibilizando-se, assim, com a Constituição Federal⁹⁷. Inclusive, é de se ressaltar, prevê a legislação a observância pelo intérprete da proporcionalidade da medida alternativa imposta.

Por fim, ressalta-se, considerando o ponto de vista aqui assumido — qual seja, da existência de um direito fundamental à objeção de consciência — que, por exemplo, apesar de previsto expressamente pelo ordenamento jurídico apenas as possibilidades de objeção de consciência quanto ao serviço militar obrigatório e tratamentos médicos, as hipótese para exercício deste direito não estão fechadas ao expressamente previsto. Na verdade, o conflito entre as convicções, sejam elas religiosas, morais ou políticas, e eventuais deveres jurídicos são os mais diversos possíveis, não sendo imaginável que o legislador possa desde logo limitar o

⁹⁴ Cf. MADEIRO, 2016.

⁹⁵ Código de processo penal, Art. 435. A recusa ao serviço do júri, motivada por convicção religiosa, filosófica ou política, importará a perda dos direitos políticos. (redação original). (BRASIL, 1941)

⁹⁶ Art. 438. A recusa ao serviço do júri fundada em convicção religiosa, filosófica ou política importará no dever de prestar serviço alternativo, sob pena de suspensão dos direitos políticos, enquanto não prestar o serviço imposto. § 1º Entende-se por serviço alternativo o exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, no Poder Judiciário, na Defensoria Pública, no Ministério Público ou em entidade conveniada para esses fins. § 2º O juiz fixará o serviço alternativo atendendo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. (BRASIL, 1941)

⁹⁷ Nesse sentido, defendia HERINGER JUNIOR (2007, p. 84) que "o disposto no art. 435 do Código de Processo Penal, que estabelece que a recua a serviço do júri, motivada por convicção religiosa, filosófica ou política, implicará a perda dos direito políticos. Essa norma encontra-se, claramente, defasada juridicamente, sendo incompatível com a extensão da liberdade de consciência constitucionalmente garantida"

seu exercício intentado catalogar a todas as hipóteses. E, nesse sentido, acredita-se que tal tentativa não lograria êxito ante a crescente pluralidade das relações sociais.

3. DAS RELAÇÕES JURÍDICAS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Estabelecido que se atribui natureza jurídica de direito fundamental à objeção de consciência e que, portanto, quanto a esta cláusula, se parte de uma concepção *prima facie*, passemos a discorrer acerca da noção que se utiliza para configuração e restrição de direitos, a fim de esclarecer ainda mais as bases donde se parte para passarmos à análise propriamente dita dos casos a que se propõe.

Inicialmente, no que tange à norma jurídica, para fins de situar o intérprete, necessário se distingam regras de princípios, inclusive para esclarecer posteriormente acerca da configuração de direitos⁹⁸. O enunciado normativo referente a um direito fundamental ou estará no nível das regras⁹⁹ ou dos princípios¹⁰⁰ e, este fato, repercutirá no tratamento quando da sua aplicação ao caso concreto. Caso esteja no nível das regras, a aplicação se dará por mera subsunção, na medida em que foi o enunciado apresentado desde logo com uma razão definitiva¹⁰¹. Já, caso esteja no nível dos princípios, uma vez que estes são “mandados de otimização” (ALEXY, 2017, p. 68)¹⁰² a aplicação ao caso concreto dar-se-á por meio da ponderação, resultando esta, ao final, em uma regra definitiva aplicável àquele caso concreto específico.

Quando posta “como regra, a norma jurídica vale como comando universal, exigindo a sua adoção de forma absoluta, como determinação definitiva e, relação ao seu cumprimento” (CACHAPUZ, 2006, p. 161). Por outro lado, caso o enunciado normativo seja tratado como princípio, se “permite apenas que se considere a existência *a priori* de sua observância estrita. É que, como princípio, exige um cumprimento na melhor medida possível, sem descartar a possibilidade de que seja submetido a um confronto, por meio da ponderação, a princípios opostos (...)” (CACHAPUZ, 2006, p. 161).

⁹⁸ Aqui, faz-se esta distinção na medida em que será utilizada para aplicação aos casos concretos, pois as técnicas de interpretação serão diversas — a subsunção e a ponderação.

⁹⁹ Alex (2017, p. 68) define as regras como “normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contiene *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”.

¹⁰⁰ Conforme Alexy (2017, p. 67), “los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.

¹⁰¹ “Los principios son siempre *razones prima facie*; las reglas, a menos que se haya establecido una excepción, son *razones definitivas*” (ALEXY, 2017, 82).

¹⁰² Nesse sentido, assim o são pois “se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo defende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas” (ALEXY, 2017, p. 68).

Dessa forma, nota-se que os princípios possibilitam uma maior abertura do ordenamento jurídico às mudanças e desafios do mundo concreto, dando a ele, pois, maior flexibilidade. Afinal, no conflito entre regras, diferentemente daquele entre os princípios, a resposta não repousa na ponderação, mas sim na análise da (in)validade das regras postas em conflito¹⁰³. Na verdade, é preciso “entender que a razão *a priori* e não definitiva assumida pelos princípios é justamente o que estimula a argumentação e reforça a possibilidade de utilização da ponderação no momento da concreção do direito.” (CACHAPUZ, 2006, p. 162). Os princípios, portanto, conduzem à formulação de uma razão definitiva ao final — pois, *a priori* tem-se uma razão relativa — e para tanto se lançará mão da ponderação quando houver conflito entre direitos fundamentais, isto é, quando exercício de um direito fundamental entrar em rota de colisão com o exercício de outro direito fundamental.

Embora tanto a regra quanto o princípio conduzam ao discurso, o tratamento deste demanda, para a análise da situação concreta, a aplicação do princípio da proporcionalidade¹⁰⁴. Ao verificar a necessidade da argumentação quando da aplicação tanto de princípios quanto de regras — apesar de que com forças distintas — difícil se torna distanciar-se da teoria da argumentação jurídica através do discurso. Aproxima-se, pois, a norma – em seus dois níveis – do discurso. Em outras palavras,

[...] toda a solução jurídica que imponha restrições ao exercício de uma liberdade individual, seja para privilegiar uma situação do âmbito privado, seja para fazer preceder uma liberdade de expressão do pensamento em nome do interesse público, deve ser o resultado de uma ponderação entre princípios, à qual concorrem todas as circunstâncias fáticas e jurídicas dispostas à análise do intérprete. Por isso a relevância da adoção de uma argumentação jurídica fundada no discurso, capaz de autorizar a todos que expressem suas opiniões, seus desejos, suas razões de fundamentação. (CACHAPUZ, 2006, p. 146-147)

¹⁰³ Afirma Alexy (2017, p. 69): “Un conflicto entre reglas sólo puede solucionarse mediante la introducción en una de las reglas de una cláusula de excepción que elimine el conflicto o mediante la declaración de que por lo menos una de las reglas es inválida”. Também, tem-se que enquanto lacunas normativas ocorrerão na falta de disposição uma regra que dê solução ao problema proposto e os princípios aplicáveis ao caso exigem que haja esta regra (MANERO, 2015, p. 49), a antinomia de entre as regras “son situacionales en las que hay más de una regla aplicasse y estas resultam lógicamente incompatibles entre sí. Conviene advertir que, así como el silencio de las reglas no siempre es, como hemos visto, un defecto (no lo es en aquellos supuestos en los que los principios del sistema no exigen una respuesta jurídica), el que las reglas hablen con múltiples voces incompatibles entre sí es, indudablemente, un defecto del sistema en cualquier supuesto en el que esto se produzca” (MANERO, 2015, p. 58).

¹⁰⁴ Salienta-se que a aplicação da ponderação, e portanto do princípio da proporcionalidade, foi ratificado pelo ordenamento jurídico brasileiro que introduziu no Código de Processo Civil disposição acerca deste tema. Conforme o artigo 489 “São elementos essenciais da sentença: § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” (BRASIL, 2015). Para mais sobre este enunciado normativo conferir HECK, 2017.

Logo, a distinção entre regras e princípios e o modo da sua aplicação, mediante a argumentação, torna-se ainda mais relevante quando a questão posta em discussão diz respeito às restrições a direitos fundamentais. Será a partir do debate proposto em concreto que, através da ponderação, resultará a extensão do conteúdo essencial de determinado direito fundamental. Nessa medida, restrição, por ser resultado de uma ponderação, passa a ser admitida de forma ampla, a fim de possibilitar o exame do maior número de situações concretas de conflito – cuja análise envolva direitos fundamentais – possível¹⁰⁵.

Quanto às relações jusfundamentais, uma preocupação situa-se em verificar em que medida a restrição e a configuração de direito se associam simultaneamente. Na verdade, parte-se da hipótese de que seria possível a restrição a direitos fundamentais, pelo intérprete, por meio de uma justificação racional suficiente a tanto. A fim de testar tal hipótese, também, lança-se mão da noção — concretizada por Hohfeld (2009) — de conceitos jurídicos fundamentais e as posições jurídicas — e a correlação e oposição entre as mesmas.

Assim, para a análise da possibilidade, ou não, de impor restrições a direitos fundamentais — e não da verificação de limitações a estes¹⁰⁶ — há de se voltar primeiramente para qual compreensão tem o intérprete acerca de qual posição se parte. Ou seja, se partimos de uma posição definitiva — considerando as normas como regras — ou se partimos de uma posição *prima facie* — considerando-as princípios. Tal ponto de partida implicará, por exemplo, na noção de configuração de direito: de forma que, caso se parta dessa noção definitiva, a configuração do direito é que imporá a estes os seus limites. Neste sentido, na medida em que a configuração — tarefa do legislador — torna-se mais ampla ideia que a de restrição, “(...) a atividade de restrição dissolve-se na ideia de existência de um limite imanente à conformação de todo e qualquer direito” (CACHAPUZ, 2017, p. 132); por outro lado, caso se parta de uma posição *prima facie*, a configuração dos direitos se dará em momento diverso, sendo a restrição a estes resultado de uma colisão e, pois, justificação posterior e de outra ordem, por meio da

¹⁰⁵ Nesse sentido, “a ponderação, manifestada a partir do caso concreto, sujeita o exame dos princípios a uma situação fática e jurídica suficientemente definida, para a qual os princípios concorrem em igualdade de condições no plano abstrato, exigindo que, na situação concreta, obedeçam a uma determinada relação de precedência. Não se trata de conferir maior ou menor importância a determinados interesses (privados ou públicos) envolvidos na questão. Trata-se, então de sujeitar esses interesses resguardados por princípios a um confronto real de ponderação” (CACHAPUZ, 2006, p. 165).

¹⁰⁶ A limitação a direitos fundamentais diferencia-se da restrição a direitos fundamentais, na medida em que aquela se trata de limite imposto quando da configuração do direito fundamental — sendo o conceito já preenchido e fechado — e conecta-se a ideia de limite ao conteúdo em si do direito; e a restrição é dirigida ao intérprete para fixação ante o caso concreto da regra definitiva e é externa ao direito fundamental, cujo conceito está em aberto, sendo diversa do momento da configuração do direito.

ponderação¹⁰⁷. Conforme Alexy, o ponto de onde se parte implicará na teoria a ser adotada quanto à noção de restrição a direitos fundamentais, ou seja, a adoção de qual das teorias

[...] es algo que depende, esencialmente, del hecho de que las normas de derecho fundamental se consideren como reglas o principios y las posiciones de derecho fundamental, como posiciones definitivas o *prima facie*. Si de parte de posiciones definitivas, es possível refutar la teoría externa; si se parte de posiciones *prima facie*, la teoría interna.¹⁰⁸ (ALEXY, 2017, p. 241)

Com efeito, o que acima se distingue reflete da adoção ora de uma teoria interna ora de uma teoria externa de restrição a direitos fundamentais¹⁰⁹. Quanto àquela, partir-se-ia, por exemplo, da noção de abuso de direito e da delimitação dos direitos do conteúdo do direito, que já fora previamente configurado¹¹⁰. Nesse sentido, leciona Alex que para a teoria interna

[...] no existen dos cosas, el derecho y sus restricciones, sino sólo una: el derecho con un determinado contenido. El concepto de restricción es substituído por el de límite. Las dudas acerca de los límites del derecho no son dudas acerca de si el derecho debe o no ser limitado sino acerca de cuál es su contenido.¹¹¹ (ALEXY, 2017, p. 240-241)

Outrossim, no que tange à teoria externa, na medida em que parte da noção de uma dupla dimensão, qual seja a de configuração e a de restrição de direitos, possui parâmetros distintos para análise. Para Alexy (2017, p. 240),

El concepto de restricción de un derecho sugiere suponer que existen dos cosas: el derecho y sus restricciones, entre las cuales existe una relación de tipo especial, a saber, la de la restricción o limitación. Si la relación entre el derecho y las restricciones ha de se definirse de esta manera, entonces primero existe el *derecho en sí*, que no está restringido o limitado, y, segundo, lo que queda del derecho cuando se

¹⁰⁷ Ainda, quanto a esta afirmação, “(...) o simples fato de haver justificação a uma norma para que desempenhe função restritiva a direito de alguém não confere, simultaneamente, caráter de configuração ou de conformação a esse mesmo direito. Na perspectiva de promoção de liberdade, a norma que restringe a conduta (...) permanece sendo restritiva, descabendo que se suponha, pelo seu estabelecimento, um ato de configuração a direito” (CACHAPUZ, 2017, p. 131).

¹⁰⁸ Tradução livre: “(...) é algo que depende, essencialmente, do fato de que as regras do direito fundamental são consideradas como regras ou princípios e as posições de direito fundamental, como posições definitivas ou *prima facie*. Se por parte de posições definitivas, é possível refutar a teoria externa; se começa a partir de posições *prima facie*, a teoria interna”.

¹⁰⁹ A distinção entre estas duas teorias guarda relação também com “pressupostos normativos gerais”, para Alexy (2017, p. 241) “(...) quién sostiene una teoría individualista del Estado y de la sociedad, tendrá más a la teoría externa y aquél a quien le interese la posición del miembro o de la membresía en una comunidad, tendrá a la teoría interna”.

¹¹⁰ Como crítica a esta posição, pode-se inferir a dificuldade de desenvolver a ideia de progresso para o enunciado dogmático. Nesse sentido, “a ideia de limite ao exercício ao conteúdo e à essência desse direito, intimamente identificada ao conteúdo e à essência desse direito, apenas permite, e Haberle, reforçar a compreensão referida de que o desafio argumentativo a cada caso novo proposto é praticamente inviável em termos jurídicos” (CACHAPUZ, 2017, p. 135).

¹¹¹ Tradução livre: “(...) não há duas coisas, o direito e suas restrições, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo limite. As dúvidas sobre os limites do direito não são dúvidas sobre se o direito deve ser limitado ou não, mas sobre qual é o seu conteúdo.”

le introducen las restricciones, es decir, el *derecho restringido*. Esta es la teoría que suele denominarse — por lo general, con intención crítica — <<teoría externa>>. [...] según la teoría externa, no existe ninguna relación necesaria entre el concepto de derecho y el de restricción. Esta relación sólo se crea por medio de la necesidad, externa al derecho, de hacer compatibles entre sí los derechos de diferentes individuos, así como los derechos individuales y los bienes colectivos.¹¹²

Ou seja, há dois momentos distintos e, portanto, independentes entre si: aquele da configuração do direito fundamental em si, sem qualquer restrição; e aquele quando este direito fundamental, através de uma justificação que expõe razões suficientes, é restringido em proporcional medida, em decorrência de colisão com outro. Assim, depende-se que não será necessariamente imposto a todo e qualquer direito configurado uma restrição; bem como que nem toda norma configuradora de direitos será, também, uma norma restritiva a direitos. De forma que,

Alexy identifica, na possibilidade de permanente correção do sistema, um pressuposto de liberdade máxima ao indivíduo em seu agir público, que importa em proporcional liberdade negativa em termos restritivos. O controle restritivo por parte do direito é, portanto, externo, sempre que identificada situação de conflito, suficiente e necessária, para promover uma intervenção institucional. (CACHAPUZ, 2017, p. 136).

Dessa forma, a restrição não faz parte do conteúdo do direito fundamental, mas, sim, é externa a ele. Sendo que, em realidade, há que se falar das restrições aos bens protegidos pelas normas de direito fundamental (por exemplo, liberdades) e, também, a posições jusfundamentais conferidas *prima facie* pelos princípios jusfundamentais. Estes dois objetos de restrições se inter-relacionam, na medida em que a restrição a um bem será necessariamente uma restrição a uma posição jurídica fundamental (ALEXY, 2017, p. 243/244).

Ainda, quanto à adoção de uma teoria interna de restrições a direitos fundamentais, na medida em que parte de posições definitivas, pontua-se que não há como se falar em liberdades de direitos fundamentais definitivas, uma vez que estas não se encontram expressamente delimitadas conforme se apresentam em casos concretos. Dessa forma, afirma Alexy (2017, p. 243) que “si se parte exclusivamente de posiciones definitivas, se llega al resultado de que

¹¹² Tradução livre: "O conceito de restrição de um direito sugere que haja duas coisas: o direito e suas restrições, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, restrição ou limitação. Se a relação entre direito e restrições tem que ser definida dessa forma, então primeiro há o direito em si, que não é restringido ou limitado, e, segundo, o que resta do direito quando as restrições são introduzidas, ou seja, o direito restringido. Essa é a teoria que geralmente é chamada - em geral, com intenção crítica - 'teoria externa'. (...) Segundo a teoria externa, não há relação necessária entre o conceito de direito e o conceito de restrição. Essa relação só é criada por meio da necessidade, externa à lei, de compatibilizar os direitos de diferentes indivíduos, bem como os direitos individuais e bens coletivos”.

nunca pueden ser restringidas las posiciones de derecho fundamental, aunque sí los bienes protegidos de derecho fundamental”¹¹³. Enquanto que, caso se fale em uma teoria externa, está-se não apenas restringindo um bem protegido por normas de direito fundamental, como também um direito subjetivo que é garantido *prima facie* por estas normas (ALEXY, 2017, p. 243).

Essa diferenciação leva a compreender a restrição a um direito fundamental como resultado da ponderação, ante um conflito entre direitos, e não como mera subsunção da configuração definitiva já previamente posta de um direito. Por fim, mas não menos importante, frisa-se desta distinção também

[...] o fato de que o caráter de razoabilidade ou mesmo de justiça acolhido para a edição de uma norma e para a tipificação de uma conduta (pelo estabelecimento de uma proibição, de um fazer obrigatório ou mesmo pelo estabelecimento de competências que atinjam o exercício de posições jurídico-civis), a partir do uso de argumentos jusfundamentais, não afasta a dimensão restritiva desta mesma norma, quando atinja um direito geral de liberdade ou de igualdade da pessoa. (CACHAPUZ, 2017, p. 140).

Logo, conclui-se que não apenas as regras, mas também os princípios podem ser fonte de restrições a posições jurídicas jusfundamentais. Estes, ao fazê-lo, não o serão de forma definitiva, mas sim por meio da ponderação, feita ante o caso concreto, entre o princípio de direito fundamental e aquele que o restringe, de maneira a obter-se uma resposta definitiva.

Un *principio* es una restricción de un derecho fundamental cuando hay casos en los cuales es una razón para que, en lugar de una libertad de derecho fundamental *prima facie* o de un derecho fundamental *prima facie*, aparezca una no libertad definitiva o un no derecho definitivo de igual contenido.¹¹⁴ (ALEXY, 2017, p. 247).

Assim, depreende-se que a restrição a direito fundamental apenas será admissível quando a um dos princípios contrapostos for atribuído peso maior — em relação àquele de direito fundamental. Dessa forma, como conclui Alexy (2017, p. 257), as normas de direito fundamental não apenas são passíveis de restrição, como também servem como “restricciones a sus restricciones”¹¹⁵. Entretanto, não basta apenas discorrer acerca das restrições, mas também sobre a configuração, na medida em que se tratam de situações distintas. No que tange à configuração, como já previamente exposto, estas se referem à posições *prima facie*, sem

¹¹³ Tradução livre: “caso se parta exclusivamente de posições definitivas, se chegará ao resultado de que as posições de direito fundamental nunca podem ser restringidas, ainda que direitos protegidos de direito fundamental”.

¹¹⁴ Tradução livre: “Um princípio é uma restrição de um direito fundamental quando há casos em que é uma razão pela qual, em vez de uma liberdade *prima facie* de direito fundamental ou um direito fundamental *prima facie*, aparece uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo”.

¹¹⁵ Tradução livre: “restrição às suas restrições”.

relacioná-las a uma restrição, sendo a face positiva das garantias a direitos fundamentais — o suporte fático e o âmbito de proteção¹¹⁶.

As normas de direito fundamental podem ser ou restritivas ou não-restritivas. Aquelas que não restringem direitos fundamentais guardam relação com o conteúdo destes direitos e são, portanto, normas configuradoras. Isto porque “cuando algo es restrictivo desde algún punto de vista, sigue siendo restrictivo, aun cuando desde algún otro punto de vista sea configurador”¹¹⁷ (ALEXY, 2017, p. 292), de forma que são independentes. Outra distinção necessária é aquela que atribui ao conceito de configuração um caráter estrito e ao de restrição, um caráter amplo, a fim de viabilizar as exigências da fundamentação, na medida em que aquilo que configura não precisa ser fundamentado, enquanto que aquilo que restringe precisa apresentar razões suficientes. Isto garantiria que “ninguna restricción podrá liberarse de la fundamentación; ello es un presupuesto esencial para que sólo se impongan restricciones permitidas”¹¹⁸ (ALEXY, 2017, p. 297). Em outras palavras,

[...] aquilo que se vê configurado como um direito não necessita de justificação. A restrição ao direito, de outra parte, tanto em abstrato como em concreto, exige argumentação necessária e suficiente para o desafio à garantia jusfundamental, ainda que seja para a edição de uma norma pela via ordinária. E esta é a distinção essencial a ser efetuada pela adoção de uma teoria externa de restrição a direitos fundamentais. (CACHAPUZ, 2017, p. 138).

Uma vez compreendida a distinção entre configuração e restrição de direitos fundamentais e as implicações da adoção das teorias interna e externa, necessário é voltar-se às relações nas quais ocorrerão as colisões de direitos fundamentais, a fim de ensejar a discussão acerca da possibilidade, ou não, de restringir determinado direito jusfundamental, a depender das posições jurídicas assumidas, quando observados direitos fundamentais como direitos subjetivos.

¹¹⁶ O suporte fático do direito fundamental em sentido amplo é composto pelo suporte fático em sentido estrito e pela cláusula de restrição. Aquele, em sentido estrito, que é oposto ao de restrição, poderá ser ou a proteção de um bem — aqui entendido como as “acciones, propiedades o situaciones y posiciones de derecho ordinario que no deben ser impedidas, afectada o eliminadas” (ALEXY, 2017, p. 264) — ou o direito a uma ação negativa, isto é, a que não ocorra uma intervenção. Assim, a amplitude de proteção dependerá da amplitude do conceito do bem protegido e/ou da intervenção. Para que haja a realização definitiva do direito fundamental necessário será que seja satisfeito o suporte fático e não satisfeita a cláusula de restrição.

¹¹⁷ Tradução livre: “quando algo é restritivo de determinado ponto de vista segue sendo restritivo, ainda que de outro ponto de vista seja configurador”.

¹¹⁸ Tradução livre: “nenhuma restrição poderá liberar-se da fundamentação; isto é um pressuposto essencial para que apenas se imponham restrições permitidas”.

As relações jurídicas estabelecidas entre os sujeitos se tornam cada vez mais complexas, de forma que os operadores deônticos - quais sejam, proibir, obrigar e permitir — não dão conta de oferecer as soluções aos mais diversos casos que desafiam o Direito¹¹⁹. Assim, na medida em que se deve encarar determinados casos não como meras ações deônticas, mas também como relações jurídicas — as quais poderão resultar na configuração ou na restrição de direitos —, faz-se necessário passar à análise dessas relações — e das posições jurídicas possíveis a cada parte — e quais são as consequências disto. Como nos ensina Vega (2015, p. 123/124),

Las relaciones jurídicas se traducen así en una densa red de posiciones recíprocas entre los individuos particulares sujetos a las normas, y entre ellos y las autoridades jurídicas, que blindan o atrincheran ciertos cursos de acción frente a otros. Esa red de posiciones va más allá del simple recuento de las propiedades o calificaciones normativas de las conductas: involucra la estructura institucional del derecho en su conjunto, esto es, el modo como las normas jurídicas reordenan la interferencia de la conducta social (dentro a su vez de las instituciones sociales) en términos constitutivos y no solo regulativos. Como consecuencia de ello, el análisis de las posiciones jurídicas solo es posible si se adopta un enfoque relacional, institucional. [...] podemos describir las modalidades desde el nivel de las posiciones jurídicas y, en rigor, como veremos, es necesario partir del mismo para reconstruir el verdadero sentido que las obligaciones, prohibiciones y permisos tienen como piezas o componentes del entramado urdido por las respectivas relaciones y posiciones jurídicas.¹²⁰

Primeiramente, entende-se como elementos constitutivos desta relações jurídicas, conforme Vega (2015, p. 116-118): (i) os sujeitos — cuja condição pressupõe capacidade jurídica; (ii) o vínculo estabelecido entre os sujeitos, que “implica las nociones de alteridad y bilateralidad. [...] Del vinculo depende el tipo de relación jurídica y las diferentes posiciones

¹¹⁹ Conforme pontua VEGA (2015, p. 123), “estas relaciones involucran múltiples sujetos que ocupan posiciones diversas dentro de ellas, desde las cuales contemplan la conducta debida de los demás sujetos. Así, en el derecho — a diferencia de otros sistemas normativos más simples del tipo de los que rigen los juegos, como p. ej., el ajedrez — las modalidades deônticas, esto es, las obligaciones, prohibiciones y permisos se transforman precisamente en obligaciones-relaciones, prohibiciones-relaciones y permisos-relaciones”.

¹²⁰ Tradução livre: "As relações jurídicas se traduzem-se, assim, em uma densa rede de posições recíprocas entre os indivíduos sujeitos às normas, e entre eles e as autoridades legais, que protegem ou consolidam certos cursos de ação frente a outros. Esta rede de posições vai além da simples contagem das propriedades ou qualificações normativas de condutas: envolve as instituições de direito em seu conjunto, isto é, a forma como as normas jurídicas reordenam interferência do comportamento social (dentro de sua vez de instituições sociais) em termos constitutivos e não apenas regulativos. Como consequência, a análise de posições jurídicas só é possível se uma abordagem relacional e institucional for adotada. [...] podemos descrever as modalidades do nível de posições jurídicas e, de fato, como veremos, é necessário partir destas para reconstruir o verdadeiro sentido que as obrigações, proibições e permissões tem como peças ou componentes do quadro elaborado pelo respectivo relações e posições jurídicas”.

en que esta puede desglosarse”¹²¹ (VEGA, 2015, p.117); (iii) as posições jurídicas, isto é, a posição que ocupa cada sujeito, a depender do ponto de vista do qual se analisa a relação, e que não se reduzem a apenas a dicotomia direito/dever, "sino que forman un haz más rico de relaciones. La descripción de las posiciones también depende de cuál se considere como posición principal dentro de una determinada relación [...], lo que a su vez está en función del objeto de la relación jurídica [...]"¹²² (VEGA, 2015, p. 117); (iv) e, por fim, o objeto da relação, que pode ser bens ou condutas/ações. Concentremo-nos, pois, nas posições jurídicas das partes, na medida em que se dará nestas a distribuição das obrigações de cada sujeito, cuja complexidade vai além da mera correlação direito e dever.

Neste sentido, nas relações jurídicas, as posições serão de sujeitos em duas situações, qual seja, a ativa e a passiva — inclusive, por vezes, atribuídas de forma simultânea, dada a extensão do feixe de relações que sejam estabelecidas. O sujeito ativo será aquele na titularidade de um poder, de um direito, de uma liberdade, de uma competência, ou, conforme explica Vega (2015, p. 117), “de derechos o facultades, dentro de la relación jurídica”¹²³. Por outro lado, o sujeito passivo será aquele a quem se atribuirá dever, quem “soporta los deberes y obligaciones correlativas a aquellos derechos y facultades”¹²⁴ (VEGA, 2015, p. 117). A condição ora de sujeito passivo ora de sujeito ativo atribuída a determinada posição jurídica dependerá do ponto de vista a partir do qual será analisada a relação.

A análise que se fará das posições jurídicas nas relações jurídicas parte do desenho idealizado por Hohfeld que pretendia, em última análise, através da linguagem, chegar a elementos básicos para a resolução de problemas jurídicos cotidianos¹²⁵. Pretendia, pois, através de conceitos gerais, montar um quadro base de oito posições¹²⁶ — quatro ativa e quatro

¹²¹ Tradução livre: “implica as noções de alterada e bilateralidade [...] Do vínculo depende o tipo de relação jurídica e as diferentes posições em que se pode dividir”.

¹²² Tradução livre: “mas eles formam um feixe de relações. A descrição das posições também depende de qual é considerada como a posição principal em uma determinada relação [...], o que por sua vez é em função do objeto da relação jurídica[...]”.

¹²³ Tradução livre: “de direitos, facultades, dentro da relação jurídica”.

¹²⁴ Tradução livre: suporta os deveres e obrigações correlatas a aqueles direitos e facultades”.

¹²⁵ Nesse sentido, afirma Niemi (2001, p. 10) que “(...) Hohfeld fue capaz, en un estilo muy simple, de demostrar los elementos básicos que son utilizados en el proceso mental cuando se discute derechos. (...) El valor de los conceptos fundamentales de Hohfeld como herramienta para el análisis de los distintos derechos y obligaciones no ha disminuido para nada a través de los años.”. Ainda, “El mismo Hohfeld pretendía que su análisis fuera auxiliar en la resolución de problemas jurídicos prácticos, cotidianos. Se apoyaba fuertemente en los precedentes y en el lenguaje que se utilizaba en ellos” (NIEMI, 2001, p. 10).

¹²⁶ Nesse sentido, ao introduzir a edição em espanhol do texto de Hohfeld, Carrió (2009, p. 14) afirma “nuestro autor pretende haber llegado a aislar ocho conceptos jurídicos fundamentales, cuatro de ellos pertenecientes a la familia presidida por derecho y cuatro de ellos pertenecientes a la familia presidida por deber, que constituirían

passivas — que serão, entre si, ora opostas ora correlativas¹²⁷, demonstrando que a complexidade destas relações transborda apenas a oposição direito/dever¹²⁸. Vega (2015, p. 133) explica que “las posiciones hohfeldianas serían entonces algo así como fragmentos de esas relaciones vistas desde alguno de esos particulares puntos de vista normativos”¹²⁹.

As posições jurídicas ativas seriam direito-pretensão, liberdade, poder e imunidade; enquanto que as passivas, dever, não-direito, sujeição, incompetência. Tais posições relacionar-se-iam em pares opostos e pares correlativos, de forma que, em uma relação entre A e B, sendo A o sujeito ativo e B o passivo teríamos que:

- (a) Se A tem direito a x em face de B, este tem dever de fazer x e, em oposição, tem um não-direito a não fazer x ;
- (b) Se A tem uma liberdade em B de fazer, ou não, x , B terá em relação a A o não-direito a exigir daquele que não faça, ou faça, x . Em oposição, A não terá ante a B o dever de fazer x ;
- (c) Se A tem o poder de dirigir a ação de B ou de produzir determinados efeitos quanto a B mediante certas ações x , então B está sujeito às ações de A. Em oposição, se A tem poder frente a B, aquele não estará frente a B em situação de incompetência;
- (d) Se A tem imunidade frente aos atos de B, então B está em uma situação de incompetência para inferir na situação jurídica de A. Em oposição, se A tem imunidade quanto a B, aquele não está sujeito a B.

O conceito de direito-pretensão pode ser definido como aquele que confere a pretensão ao seu titular de exigir de outrem um dever de agir ou de se abster de um comportamento —

los mínimos denominadores comunes a los que se podrían reducir todas las situaciones o relaciones jurídicas concebibles para dar acabada cuenta de ellas” e continua “en la tabla de los correlativos se destacan las cuatro modalidades activas -que suelen ser encubiertas por un uso indiscriminado de la palabra derecho (subjetivo)- y se las presenta en su relación con las cuatro modalidades pasivas correspondientes. Mientras que cada una de las modalidades activas identifica la situación de un sujeto A en su relación con un sujeto B, cada una de las modalidades pasivas identifica la situación que, en cada caso, tiene B frente a A” (CARRIO, 2009, p. 15).

¹²⁷ [Hohfeld] “Distingue ocho posiciones elementales, de las cuales cuatro serían posiciones activas, positivas o favorables para el sujeto, y a las que asocia con la noción de derecho, y las otras cuatro serían posiciones pasivas, negativas o desfavorables para el sujeto y asociadas a la noción de deber” (VEGA, 2015, p. 125).

¹²⁸ Conforme Niemi (2001, p. 32), “Los conceptos fundamentales, que se correlacionan y son opuestos entre sí son entonces refinamientos de los conceptos de derecho y deber en cuanto evidencian claramente los diferentes elementos y relaciones jurídicas que conllevan”.

¹²⁹ Tradução livre: “as posições hohfeldianas seriam, então, algo como fragmentos destas relações vistas a partir de algum destes particulares pontos de vista normativos”.

em relação ao qual este teria liberdade. Ainda, para haver um direito-pretensão, determinados atos dever ser permitidos a seu titular, contanto que estejam “respaldados por la existencia de obligaciones y prohibiciones para los demás sujetos B”¹³⁰ (VEGA, 2015, p. 132). Já quanto ao seu correlativo dever, este é as ações e omissões de seu titular a que B está ou proibido ou obrigado, e que são objeto das pretensões a que A tem direito. De forma que a evasão de um direito levará à violação de um dever (HOHFELD, 1913, p. 32).

Por outro lado, a liberdade significa a ausência de proibição ou de uma obrigação, de forma que liberdade não implica por si uma proibição a terceiro, mas apenas uma falta de permissão. No entanto, pontua-se que “en la medida en que Hohfeld la vincula [liberdade] a la ausencia de un derecho por parte de los demás sujetos, la libertad genera obligaciones de no interferir por parte de estos (libertades negativas)”¹³¹ (VEGA, 2015, p. 132). Assim, caso pensarmos quanto ao oposto da liberdade — o dever —, vê-se que “la ausencia de libertad significa estar sujeto a una prohibición, esto es, que otro tiene un derecho; y la ausencia de una prohibición significa lo mismo que libertad”¹³² (NIEMI, 2001, p. 41); nas palavras de Hohfeld (1913, p. 32), “the privilege of entering is the negation of the duty to stay off”¹³³.

No que tange ao conceito de poder e de imunidade, poder significa que um terceiro se encontra subordinado a si, isto é, sujeito ao titular do poder. Já imunidade, essa significa que terceiro, em relação ao seu titular, possui incapacidade de interferir em sua posição jurídica. Conforme sintetiza Hohfeld (1913, p. 55),

A right is one’s affirmative claim against another, and a privilege is one’s freedom from the right or claim of another. Similarly, a power is one’s affirmative control over a given legal relation as against another whereas an immunity is one’s freedom from the legal power or control of another as regards some legal relation.¹³⁴

As relações acima expostas estão ilustradas na figura abaixo:

¹³⁰ Tradução livre: “respaldados pela existência de obrigações e proibições para os demais sujeitos B”.

¹³¹ Tradução livre: “na medida em que Hohfeld a vincula [liberdade] à ausência de um direito por parte dos demais sujeitos, a liberdade gera obrigações de não interferir por parte destas [liberdade negativa]”.

¹³² Tradução livre: “a ausência de liberdade significa estar sujeito a uma proibição, isto é, que outro tem um direito; e a ausência de uma proibição significa o mesmo que liberdade”.

¹³³ Tradução: “a liberdade de entrar é a negação do dever de ficar fora”.

¹³⁴ Tradução livre: “o direito-direito-pretensão é a pretensão afirmativa de um sujeito em face de outro, e a liberdade é a liberdade de um sujeito em face da pretensão de outro. Similarmente, o poder é a afirmativa de controle de um sujeito sobre uma relação jurídica em face de outro sujeito, enquanto que a imunidade é a liberdade de um sujeito do poder jurídico ou controle de outro sujeito em relação à determinada relação jurídica”.

FIGURA 1 - QUADRO DE POSIÇÕES JURÍDICAS

Jural Opposites	{ right no-right	privilege duty	power disability	immunity liability
Jural Correlatives	{ right duty	privilege no-right	power liability	immunity disability

FONTE: HOHFELD (1917, 710)

Cada modalidade ativa de tais conceitos, como já anteriormente afirmado, correlaciona-se com a uma modalidade passiva; diversamente, é a relação de opostos, na medida em que “cada modalidad jurídica activa es presentada en conexión con aquella modalidad pasiva que, en lugar de complementarla, se le opone como su contradictoria en cabeza del mismo sujeto”¹³⁵, de forma que “cada una de las modalidades jurídicas activas excluye a la modalidad pasiva opuesta”¹³⁶ (CARRIÓ, 2009, p. 16). Caso realmente esteja em uma posição ativa de direito-pretensão ou poder, esta em oposição, se mostrará também de negação. Assim, a situação de A, se for de liberdade, “se muestra opuesta a una situación de deber u obligación por su parte (lo que implica que los demás no tienen derecho a exigirle nada)”¹³⁷ (VEGA, 2015, p. 129). Nesse sentido, tem-se que o conceito de opostos não indica a posição passiva da relação jurídica, mas sim aquilo que se opõe à posição ativa da qual se parte, sendo “usado solo como un espejo de otro concepto, para describir la negación de éste”¹³⁸ (NIEMI, 2001, p. 45).

Ainda, enquanto as posições ativas de liberdade e direito se refeririam à esfera do agir de A, as posições de poder e imunidade se refeririam à esfera do agir de B, cujos atos estaria sob o controle de A¹³⁹.

¹³⁵ Tradução livre: “cada modalidade jurídica ativa é representada em conexão com aquela modalidade passiva que, em lugar de complementá-la, se opõe a ela como sua contradição em relação ao mesmo sujeito”.

¹³⁶ Tradução livre: “cada uma das modalidades jurídicas ativas exclui a modalidade passiva oposta”.

¹³⁷ Tradução livre: “mostra-se oposta a uma situação de dever ou obrigação por sua parte (o que implica que as demais não tenham direito a lhe exigir nada)”.

¹³⁸ Tradução livre: “usando somente como um espelho de outro conceito para descrever a negação deste”.

¹³⁹ Nesse sentido, “las dos primeras categorías -derecho y libertad- se refieren primariamente a los actos de A, es decir, reflejan la disponibilidad de A sobre su propia esfera de acción [...]. Mientras que las dos categorías restantes - poder y inmunidad - se refieren más bien a los actos de B, es decir, reflejan ese mismo perímetro disponible de acción de A pero en la medida en que en ella interfieren o pueden estar incluidos los actos de B, que quedan así bajo control del primero” (VEGA, 2015, p. 130).

Por outro lado, ainda quanto ao enfoque analítico do qual se parte¹⁴⁰, Alexy trabalha com a noção de apenas três posições jurídicas fundamentais, quando analisa a estrutura de direitos subjetivos. Seriam elas: (a) Direito a algo; (b) liberdade; e (c) competência. Conforme Vega (2015, p. 140),

Alexy reconoce que cada uno de los derechos, especialmente si hablamos de los derechos fundamentales, está lejos de poder ser encapsulado en una sola de estas categorías, sino más bien debe verse como un complejo de posiciones diferentes en donde derechos de defensa, de prestación o protección, libertades y competencias se superponen e interconectan.¹⁴¹

No que tange ao direito a algo, esta é uma relação tríade na qual há o titular A a um direito *x* em relação ao destinatário B, sendo o objeto deste direito sempre uma ação. Nas palavras de Alexy (2017, p. 164), “el objeto de un derecho a algo es siempre una acción del destinatario. Esto resulta de su estructura como relación triádica entre un titular, un destinatario y un objeto. Si el objeto fuera ninguna acción del destinatario, no tendría sentido incluir al destinatario en la relación”¹⁴². De forma que A tem direito frente a B a *x*, sendo *x* uma conduta ativa ou omissiva que pode dar lugar a direito de defesa ou a direitos a prestações: (a.1) Os direito a defesa podem ser frente ao Estado - que não obstaculiza ações; frente ao estado para que não afete determinadas situações ou propriedades suas; frente ao Estado para que não elimine suas posições jurídicas; (a.2) Já os direitos de prestação são a atuação positiva do estado, isto é, o direito a que o Estado realize determinada ação positiva, a que o Estado estabeleça determinada norma.

Já as liberdades, estas são alternativas de ação e consistem na ausência de proibição. O objeto de uma liberdade, portanto, “traduz a seu titular uma posição jurídica apenas *prima facie* ao estabelecimento de uma conformação desse direito, justamente porque permite apenas uma determinação não definitiva com relação ao exercício da liberdade pressuposta” (CACHAPUZ, 2017, p. 143). Sendo que há as (b.1) Liberdades não protegidas, que equivalem a permissões de fazer e não fazer, isto é, a ausência de proibição — da obstacularização a um

¹⁴⁰ Alexy (2017, p. 156) responde à pergunta do porquê trabalha com posições jurídicas fundamentais, afirmando que “es algo necesario desde una determinada perspectiva, es decir aquella que se interesa por las *propiedades normativas* de las personas y las acciones y por las *relaciones normativas* entre personas, al igual que entre personas y acciones”.

¹⁴¹ Tradução livre: “Alexy reconhece que cada um dos direitos, especialmente se falamos dos direitos fundamentais, está longe de poder ser colocado em apenas uma destas categorias, mas sim deve ser visto como um complexo de posições diferentes, no qual direitos de defesa, de prestação ou proteção, liberdades e competências se sobrepõem e interconectam”

¹⁴² Tradução livre: “o objeto de um direito a algo é sempre uma ação do destinatário. Isto resulta de sua estrutura como relação tríade entre um titular, um destinatário e um objeto. Se o objeto fosse nenhuma ação do destinatário, não haveria sentido incluir o destinatário na relação”

direito — e “así sucede con los derechos de ejercicio discrecional o no obligatorio tales como la libertad de conciencia, expresión, asociación”¹⁴³ (VEGA, 2015, p. 138); e as (b.2) liberdades protegidas que são vinculadas a un conjunto de direitos a algo e de normas objetivas que garantem ao titular a possibilidade de realizar as ações permitidas, “por ejemplo la libertad de expresión incluye medidas protectoras tales como el derecho a la rectificación”¹⁴⁴ (VEGA, 2015, p. 139).

No que concerne às competências, estas são posições que consistem na possibilidade de modificar situações jurídicas. Ou seja, “si los derechos a algo se corresponden con obligaciones y prohibiciones y las libertades con permisos (es decir, ambos con normas regulativas), las competencias se corresponden con normas constitutivas”¹⁴⁵ (VEGA, 2015, p. 139). Sendo ou (c.1) competências do cidadão — que podem ser privadas ou públicas, as privadas derivam da autonomia contratual e as públicas possibilitam exigir o cumprimento de direitos liberais clássicos e sociais, ou (c.2) competências do estado.

Nos modelos de posições jurídicas apresentados tanto por Hohfeld quanto por Alexy se identifica a distinção de razões definitivas e *prima facie*. Ou seja, no modelo de opostos de Hohfeld, parte-se de uma “determinação apenas *prima facie* do direito, permitindo, tal qual na relação normativa ao nível do princípio, que, muito pouco possa ser dito sobre a conformação do direito em caráter definitivo” (CACHAPUZ, 2017, p. 144); enquanto que no modelo de correlatos, a determinação é por razões definitivas, “como ao nível das regras, justamente porque pressupõe descarga de argumentos distintos com relação à posição jurídica de onde se parte” (CACHAPUZ, 2017, p. 144). Nesse sentido, ressalta-se que a posição da qual se parte dependerá da pretensão a qual se propõe a analisar.

Nessa medida, relaciona-se, igualmente, os opostos e correlatos com a restrição e configuração de direitos — e aplicação das teorias interna e externa. De forma que, em se tratando de um desafio à situação posta, com razões suficientes a uma restrição, será trabalhado o problema à luz da estrutura de oposto proposta por Hohfeld, na medida em que o interprete deverá identificar na análise do caso proposto se há, ou não, razões para não afastar a negação àquela posição de direito-pretensão/liberdade que se assentara *prima facie*. Por outro lado, em não havendo qualquer desafio às posições identificadas, configurado estará o direito

¹⁴³ Tradução livre: “assim sucede com os direitos de exercício discricionário ou não obrigatório tais como a liberdade de consciência, expressão, associação”.

¹⁴⁴ Tradução livre: “por exemplo, a liberdade de expressão inclui medidas protetoras tais como o direito à retificação”.

¹⁴⁵ Tradução livre: “se os direitos a algo se correspondem com obrigações e proibições e liberdades com permissões (isto é, ambos com normas regulativas), as competências correspondem a normas constitutivas”.

fundamental e será analisado o caso da posição de A frente a B através das suas posições correlatas, uma vez que não há pretensão alguma de fazer valer a negação do direito-pretensão/liberdade de A.

Assim, na medida em que identificamos a possibilidade de restrição de direitos fundamentais a partir da análise de Hohfeld, há de ser pontuado que devem ser compreendidas as posições jurídicas como “en términos funcionales, programáticos y argumentativos. Es decir, como figuras cuyo sentido emerge del proceso dinámico de la práctica jurídica entendida como una empresa colectiva orientada por propósitos y valores”¹⁴⁶ (VEGA, 2015, p. 145). Ou seja, ressalta-se o sentido argumentativo das posições jurídicas ante o conflito social que poderá surgir em decorrência da pretensão a fazer valer um direito fundamental. Por fim, entende-se que

esta legitimidad tiene que ser argumentada en cada situación particular de la práctica jurídica a fin de salvaguardar y reactualizar las demandas de valor que hay tras los diferentes derechos, libertades, poderes e inmunidades. Y esa tarea argumentativa inevitablemente tiene lugar en el terreno fronterizo entre lo jurídico y lo moral.¹⁴⁷ (VEGA, 2015, p. 146).

3.2. O ARTIGO 187 DO CÓDIGO CIVIL E A RESTRIÇÃO A DIREITOS

No Código Civil Brasileiro de 2002, em sua redação, o legislador lançou mão de cláusulas gerais, contrapondo-se à antiga visão – presente nos códigos oitocentistas –, que acreditava “que a perfeição da construção conceitual e o encadeamento lógico-dedutivo dos conceitos bastaria para a total apreensão da realidade nos lindes do *corpus* codificado” (MARTINS-COSTA, 2002, p. 115). Códigos estes que eram marcados por uma linguagem precisa, o que dificultava a comunicação do mundo jurídico com o mundo concreto. Em sentido contrário, o Código Civil Brasileiro de 2002, ao apresentar a técnica das cláusulas gerais, abre-se à realidade e acaba por permitir uma maior abertura aos novos desafios, os quais surgem com velocidade diferente daquela das mudanças do direito e buscam neste a solução. Contudo, importante pontuar, o texto legal é o resultado da combinação entre regras específicas e

¹⁴⁶ Tradução livre: “em termos funcionais, programáticos e argumentativos. Isto é, como figuras cujo sentido emerge do processo dinâmico da prática jurídica entendida como uma empresa coletiva orientada por propósitos e valores”.

¹⁴⁷ Tradução livre: “esta legitimidades tem que ser argumentada em cada situação particular da prática jurídica a fim de salvaguardar e reatualizando as demandas de valor que tem por trás dos diferentes direitos, liberdades, poderes e imunidades. E essa tarefa argumentaria inevitavelmente tem lugar no terreno fronteiro entre o jurídico e o moral”.

cláusulas gerais, não sendo, pois, construído apenas com uma ou outra técnica, o que viabiliza a abertura, mobilidade e estabilidade do sistema.

As cláusulas gerais¹⁴⁸ não são entendidas como um tipo de enunciado normativo – que seriam, como visto, ou princípios ou regras –, mas sim como técnica legislativa. Estas não se inserem na ideia de aplicação "tudo ou nada" – como as regras – mas, sim, em uma moldura a ser preenchida levando-se em consideração outros princípios. De forma que, para dar concretude a este texto normativo, se requer a ponderação (HECK, 2006, p. 22/24). Assim, não basta a técnica legislativa das cláusulas gerais, na medida em que a abertura do direito a novas situações concretas dependerá, também, do trabalho de argumentação do intérprete. Neste contexto, pois, inserem-se as cláusulas gerais como “instrumentos eficazes à concreção de direitos fundamentais, especialmente quando a preocupação diz respeito à solução de conflitos no âmbito das relações jurídicas entre privados” (CACHAPUZ, 2017, p. 114).

Ainda, quanto às cláusulas gerais, tem-se que esta técnica legislativa “de forma especial e com maior evidência, permite que uma série de situações possa se submeter a um determinado tratamento jurídico a partir de um mesmo enunciado dogmático, sem que este se veja, desde logo, limitado em seu significado” (CACHAPUZ, 2006, p. 187). Dessa forma, considerando que as cláusulas gerais possibilitam abertura do ordenamento jurídico ao caso, tem-se que o enunciado dogmático relaciona-se com a interpretação, determinando-a e sendo por ela determinado. Possibilitam, em conjunto, a solução adequada ao caso concreto, sem, no entanto, fecharem-se às possibilidades futuras. Sendo que “o intérprete busca solução a uma questão prática proposta à discussão, partindo de condições ilimitadas de participação, de tempo e de abertura à manifestação de desejos, opiniões e necessidades” (CACHAPUZ, 2006, p. 180).

Neste cenário, o Código Civil Brasileiro de 2002 introduz ao ordenamento jurídico brasileiro um importante e inovador enunciado normativo – no qual a técnica legislativa das cláusulas gerais, aliada a conceitos indeterminados, foi utilizada –, que possibilita a abertura do ordenamento jurídico a desafios com vista à solução do caso concreto: a cláusula geral de ilicitude – o artigo 187¹⁴⁹. Enunciado esse que se relaciona à noção de restrição a direitos e

¹⁴⁸ Para Martins-Costa (2018, p. 158/159), “as cláusulas gerais constituem *estruturas normativas parcialmente em branco*, as quais são completadas por meio da referência às regras extrajurídicas, ou a regras dispostas em outros <<loci>> do sistema jurídico. A sua concretização exige, conseqüentemente, que o julgador seja *reenviado* a modelos de comportamento e a pautas de valoração que não estão *descritos* na própria cláusulas gerais”.

¹⁴⁹ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (BRASIL, 2002)

liberdades, conquanto dispõe que o exercício regular de um direito poderá vir a configurar ato ilícito, sendo orientada a conduta pela boa-fé objetiva, os costumes, o fim econômico e social.

O enunciado do artigo 187 do Código Civil representa uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, afastando-se da concepção de abuso do direito e aproximando-se da argumentação jurídica, assenta a possibilidade de configuração de ilicitude civil objetiva sem dano – na qual, portanto, nem a culpa nem o dano serão elementos essenciais a serem analisados –, mediante o exercício de ponderação, e, conseqüentemente, o nascimento de uma determinada pretensão, sendo ato ilícito uma das fontes obrigacionais. Cenário este que é diverso daquele existente sob a vigência do Código Civil anterior (de 1916), o qual

[...] não cuidou, estruturalmente, de sistematizar o regramento do exercício jurídico, isto é, a atuação humana relevante para o Direito, abrangendo os atos jurídicos, lícitos e ilícitos, incluindo, pois, todas as práticas negociais, muito embora o tenha feito – casuisticamente – por meio de regras esparsas. (MARTINS-COSTA, 2008, p. 59)

Ante a lacuna existente, para situações nas quais o exercício de direitos subjetivos estivesse em questão, por interpretação do artigo 160, I do Código Civil de 1916¹⁵⁰, a jurisprudência passou a aplicar uma concepção subjetiva de abuso do direito¹⁵¹. Exigia-se, portanto, como elemento integrante, para configuração de um abuso, a culpa, conforme leciona Martins-Costa (2008, p. 63). Com o passar dos anos, ainda sob a égide do antigo diploma legal, a jurisprudência começa a construir quais elementos estariam presentes no abuso de direito, a fim de apresentar soluções aos casos. Entretanto, neste contexto, o artigo 160, I,

viu-se caracterizado como espécie de ilicitude, porém, espécie de uma ilicitude reduzida à sua acepção mais subjetiva e geradora de uma única medida de eficácia, qual seja: a eficácia indenizatória, se do abuso resultasse dano patrimonial. Em outras palavras: para a perspectiva tradicional a ilicitude, para além de restar confundida com a culpa, era verdadeiramente construída, conceitualmente, a partir do seu efeito mais corriqueiro e geral, qual seja a obrigação de indenizar por dano ao patrimônio. (MARTINS-COSTA, 2008, p. 68)

Desta construção, da figura do abuso do direito, surge como consequência, a visão estrita da ilicitude como aliada à culpa, ao dano e a uma tutela eminentemente indenizatória. Em outras palavras, o conceito de ilicitude não mais valia em si mesmo, sendo apenas um dos

¹⁵⁰ "Art. 160. Não constituem atos ilícitos: I. Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido." (BRASIL, 1916)

¹⁵¹ Inclusive, quanto à aplicação desta concepção, afirmou Beviláqua ao comentar o Código Civil, que no artigo 160 "destacam-se três figuras jurídicas: a legítima defesa e o direito de necessidade, que, embora possam parecer violações de direitos, não são actos ilícitos; e o abuso do direito, que, tendo aparência legítima, imposta num desvio da ordem jurídica." (BEVILAQUA, 1975, p. 428). No que concerne o abuso de direito, afirma que o código "brasileiro, art. 160, I, refere-se ao exercício irregular do direito. É a doutrina de Saleilles. O exercício anormal do direito é abusivo. A consciência pública remove o exercício do direito do indivíduo, quando contrário ao destino econômico e social do direito, em geral" (BEVILAQUA, 1975, p. 433-434).

requisitos à configuração da responsabilidade civil. Logo, as possibilidades de aplicação e interpretação da ilicitude restringiram-se, afastando-a do campo do exercício de direitos, “razão pela qual parte da doutrina buscou discernir entre ilicitude e abuso” (MARTINS-COSTA, 2008, p. 68). Foi neste contexto que “só na década da virada para o séc. XXI que a jurisprudência passou a caminhar - ainda que em passos vacilantes - no sentido da objetivação do abuso” (MARTINS-COSTA, 2008, p. 65). De forma que

A estrutura fala e, no caso do exercício jurídico, o que nos diz é que o vigente art. 187 não é o antigo art. 160, I, contemporaneamente maquiado. Mais ainda: a estrutura hoje codificada mostra que a obrigação de indenizar ganhando autonomia e estando agora situada em título próprio, liberou a reconstrução do conceito de ilicitude por forma a abranger também a ilicitude derivada do exercício jurídico de que não resulte consequência indenizatória, mas outras formas de tutela, inclusive processuais [...]. (MARTINS-COSTA, 2008, p. 74)

A mudança, como visto, – que afastou a conexão de ilicitude e de culpa, cujo efeito era a falta de independência conceitual daquela – ocorre através do “método de legislar, adotando-se uma legislação por princípios, conceitos indeterminados e cláusulas gerais, a par da legislação casuística ou tipológica” (MARTINS-COSTA, 2008, p. 69), que resulta na diferenciação entre o que seria a ilicitude daquilo que seria a ilegalidade. A ilicitude aqui entendida como sendo aquilo que é contrário ao ordenamento jurídico – o qual compreende tanto as regras quanto os princípios e está “polarizado por uma precisa finalidade, qual seja, ordenar a coexistência de liberdades” (MARTINS-COSTA, 2008, p. 69); por outro lado, a ilegalidade seria a contrariedade ao texto legal – à lei. Ainda, quanto à ilicitude, esta poderá estar presente quando houver contrariedade às normas do ordenamento jurídico – aqui compreendidas como regras e princípios —, aquelas detectáveis desde já pois disposto expressamente em lei a sua configuração; e há, por fim, aquela que nasce em razão de determinadas circunstâncias fáticas aliadas a questões jurídicas.

Além dessa diferenciação entre ilicitude e ilegalidade, pode-se distinguir entre aqueles atos ilícitos, cujas condutas são contrárias às regras — os ilícitos típicos — daqueles atos ilícitos que “seriam condutas contrárias a princípios de mandato” (ATIENZA; MANERO, 2014, p. 27) — os ilícitos atípicos —, sendo que destes

alguns são o resultado de estender analogamente a ilicitude estabelecida em regras (analogia legis) ou o resultado da mera ponderação entre os princípios relevantes do sistema, cujo equilíbrio exige a criação de uma nova regra proibitiva (analogia iuris). Outros — os que aqui nos interessam — são ilícitos atípicos que, por assim dizer, invertem o sentido de uma regra: *prima facie* existe uma regra que permite a conduta em questão; contudo — e em razão de sua posição a algum princípio ou princípios —, essa conduta se converte, uma vez considerados todos os fatores em ilícita; isso, em nossa opinião, é o que ocorre com o abuso de direito, a fraude à lei e o desvio de poder. (ATIENZA; MANERO, 2014, p. 27)

Contudo, tal foi a inovação do Código Civil ao objetivar a ilicitude, afastando-a da verificação de culpa ou dano, e como já afirmado da figura do abuso do direito que surgira, no direito francês, como forma de correção ao formalismo legal e ao absolutismo do direito (ATIENZA; MANERO, 2014, p. 32). Ainda, contemporaneamente, pode-se definir o abuso de direito, diferenciando-o da ilicitude presente no artigo 187, como: quando presente uma regra que permita que S realize a ação A, nas circunstâncias X, mas de A resulta o dano D, sendo que não há regra que proíba causar D, e todavia D é injustificado, está configurado o abuso de direito (ATIENZA; MANERO, 2014, p. 48/49). Logo, para o abuso do direito é necessário o dano. Por fim, tem-se que

as razões - que podem entrar na conta à hora de qualificar uma certa ação como abusiva — e, por isso, finalmente como proibida — serão razões de princípio e não simplesmente razões de diretriz. E aqui cabe excluir que se trata de razões de princípios derivadas do respeito a direitos de outros estabelecidos nas regras: pois, como já sabemos, em tais casos não cabe falar de abuso de direito, mas sim de colisão de direitos, exigindo o abuso de direito que o interesse atingido não de encontre <<protegido por uma específica prerrogativa jurídica. As razões de princípio que entram na conta à hora de qualificar uma ação como abusiva são ações referidas ao alcance da autonomia que estimamos valioso proteger. Certamente estimamos como valioso que uma pessoa possa desenvolver seu próprio plano de vida, perseguir seus próprios interesses, sem necessidade de ponderar em cada ocasião de que maneira sua ação pode afetar o interesse de terceiros. Mas a autonomia, assim entendida, não tem alcance ilimitado, sendo que está sujeita a dois tipos de limites, que marcam o lance da autonomia que estimamos digna de ser protegida. Ficam de fora do alcance da autonomia digna de ser protegida tanto as ações orientadas a danificar outros interesses [...] como aquelas outras cujo sujeito persegue seus próprios interesses, mas o dano causado a outros sujeitos ou à coletividade mostra-se <<excessivo>> ou <<anormal>>. (ATIENZA; MANERO, 2014, p. 47/48)

De forma que o enunciado normativo do artigo 187 destaca-se ao propor, através da colisão de direito, a restrição do exercício de direito mediante a configuração da ilicitude deste, não prescindindo, portanto, para tanto, da existência de dano. E, nessa medida, tem-se que o artigo 187 do Código Civil,

trata-se de norma que, por meio de uma cláusula geral de restrição de liberdades — e mais, de uma efetiva *cláusula de subsidiariedade jurídico-fundamental*, na melhor aplicação da conformação descrita por Schwabe —, pelo reconhecimento de situação de ilicitude civil — portanto, de contrariedade ao direito, sem a exigência de culpa ou dano, que são pressupostos de responsabilidade civil mas, hoje, não necessariamente, de hipóteses de ilicitude civil —, exige o reconhecimento da existência de um vínculo de confiança entre os sujeitos de direito: a ideia de que é necessário confiar-se na autoridade da lei moral como forma de qualificar-se a liberdade humana. E, nessa medida, restringi-la apenas quando - e na devida proporção - se faça necessário. (CACHAPUZ, 2017, p. 119)

A ilicitude que se verifica no nível dos princípios será aquela a se relacionar ao exercício de direitos, poderes, liberdades, que poderá ser considerado ato ilícito — dadas as circunstâncias fáticas e jurídica do caso — emergindo assim a restrição a direitos. A essa contrariedade ao direito, diferentemente da construção do abuso do direito, não precisa estar remetida a culpa ou o dano — sendo estes, pois, irrelevantes à configuração desta ilicitude que está disposta no enunciado do artigo 187. Como leciona Martins-Costa (2008, p.71),

essa ligação entre a ação (ou omissão) e a sua consequência é informada por critérios normativos, sendo o mais corriqueiro, no Direito Civil, o critério da culpa. Porém, ainda que no terreno civil seja quantitativamente prevalecente a imputação informada pelo critério da culpa, esse não é o único critério. Também há essa atribuição segundo outros critérios (por exemplo, o critério da confiança; o do risco; etc). Como consequência, admite-se uma complexa dimensão da ilicitude que engloba a chamada ilicitude subjetiva e objetiva: é subjetiva quando a norma determina seja o nexo de imputação balizado pela culpa, impondo-se a verificação da negligência ou da imprudência ou, ainda, no caso do dolo, também da intencionalidade; é objetiva quando não é necessário averiguar se subjacente ao ato ou conduta, houve ato negligente ou imprudente, pois a ilicitude estará caracterizada pelo desvio ou pela contrariedade à norma de dever-ser imposta pelo Ordenamento, compreendido — como acima se explicitou — como o conjunto de princípios e regras derivadas das quatro fontes de normatividade e destinadas, em última instância, a assegurar a coexistência de liberdades.

Ora, a compreensão do enunciado normativo do artigo 187 do Código Civil como cláusula de ilicitude objetiva — afastada, pois, a noção de abuso do direito — conecta-se com uma concepção argumentativa do direito que visa à abertura do ordenamento jurídico aos desafios impostos pelo caso concreto e, por consequência, ao progresso. Nesta senda, a concepção de abuso de direito, caso atribuída a este enunciado, iria de encontro a essa pretensão de abertura do ordenamento jurídico ao estudo do caso — que, inclusive, se faz possível em decorrência das cláusulas gerais. A barreira ao progresso se daria, pois

a concepção do abuso de direito diminuiria o espectro de discussão do problema posto, já limitado por uma ideia de finalidade na própria solução de invalidação proposta. Os elementos do art. 187 seriam vistos como limitadores, e não promotores de uma conduta voltada a uma concepção de autonomia. Segundo, porque importaria, nessas circunstâncias, um conteúdo material à interpretação desde logo, o que permitiria ao intérprete indevidamente, maior possibilidade de valoração subjetiva (ação teleológica) na aplicação do Direito, substituindo a razão prática pela razão empírica - a ideia de *telos* em matéria jurídica. (CACHAPUZ, 2017, p. 120-121)

Portanto, na medida em que se visa a uma concepção de abertura do ordenamento jurídico ao progresso e aos desafios da realidade concreta, através da argumentação, o enunciado do artigo 187 será aplicado não como cláusula para limitação a direitos fundamentais — já definitivas quando da configuração destes direitos — mas sim, por meio da argumentação jurídica, como cláusula de restrição a direitos fundamentais, à luz da teoria externa. Ou seja, como visto, na aplicação deste enunciado há a adoção de um posicionamento que compreende

ocorrer a configuração e a restrição de direitos fundamentais em momentos distintos — esta direcionada ao intérprete e aquela, ao legislador —, sendo esta última modulada em elementos externos àquela. Isto porque se compreende as liberdades como posições *prima facie* — e, portanto, não definitivas, desde logo —, de forma que serão passíveis de restrição — com a fixação de regra definitiva aplicada ao caso concreto em análise —, após exame de ponderação, quando o seu exercício colidir com o exercício de liberdade de terceiro. Esta apreciação pelo intérprete será

[...] em relação às restrições possíveis a uma liberdade subjetiva — estas restrições é que são externas aos elementos de constituição do enunciado normativo — e não, em relação aos elementos do enunciado em si mesmos. O que contribui como móbil externo à liberdade humano são as restrições à liberdade. Mas esta liberdade pressuposta que é como condição de desenvolvimento da personalidade humana, é internamente ilimitada para a configuração do Direito, porque a vontade do homem não é determinada por máximas empíricas, e sim, por máximas universais. (CACHAPUZ, 2017, p. 120)

Na aplicação, portanto, deste enunciado normativo, os elementos da boa-fé, do fim econômico e social e dos bons costumes são nada mais que orientadores da “conduta universal exigida ao indivíduo” (CACHAPUZ, 2017, p. 122), verificando antes as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso, “torna-se essencial verificar em que medida restou afrontada a relação de confiança depositada na conduta observada em relação a um determinado caso particular (boa-fé)” (CACHAPUZ, 2017, p. 122). Portanto, caberá ao intérprete, quanto à pretensão de configuração de ato ilícito, submeter o caso concreto ao teste proposto pelo artigo 187, qual seja, verificar, por meio da ponderação de princípios, ante a colisão de posições jusfundamentais, qual solução “corresponda, na melhor medida, ao correto exercício da autonomia” (CACHAPUZ, 2017, p. 122).

Vê-se que esta nova visão atribuída à ilicitude traz consequências, para além do distanciamento da noção de abuso de direito, no que tange às tutelas possíveis a serem oferecidas à situação concreta. Ao afastar uma conexão do ilícito com o dano, afasta-se também a possibilidade de pretensão meramente indenizatória — aliada à existência necessária de um dano —, mas, principalmente, haverá a pretensão a uma obrigação de fazer ou de não-fazer, em decorrência do ato ilícito em si mesmo, que é fonte obrigacional. Portanto,

na medida em que o enunciado normativo proposto pelo artigo 187 permitiu a constituição de situações de ilicitude pelo exercício excessivo de um direito — no que lembra, é fato, a disciplina clássica do instituto do abuso do direito —, independentemente da verificação dos pressupostos da culpa e do dano, impôs que se alterasse, de forma significativa, a compreensão da origem de obrigações no sistema

e da forma como essas obrigações se desenvolvem no âmbito concreto das relações interpessoais. (CACHAPUZ, 2017, p. 81/82)

Nessa medida, propõe-se a aplicação do enunciado do artigo 187 do Código Civil, à luz da teoria externa das restrições a direitos fundamentais, como hipótese de ilicitude sem dano. De forma que, quando diante de uma colisão entre direitos fundamentais, aplicando a ponderação ao caso, chega-se à restrição, em determinada medida e não como um tudo ou nada, do exercício de um dos direitos. Sendo que “esta restrição não se estabelece *a priori* no sistema jurídico, mas se justifica na medida proporcional de exame da pretensão de defesa ou de resistência a este direito que possa ser oferecida e sentido contrário” (CACHAPUZ, 2017, p. 83). Todavia, apesar de hipótese de ilicitude sem dano — que poderá ensejar uma pretensão a um fazer ou a um não-fazer —, no caso, a depender das circunstâncias, inclusive de verificação da existência de dano, poderão ser extraídas da configuração deste ilícito objetivo pretensões outras. Ou seja,

na medida em que justificada, pelos argumentos trabalhados em concreto, a restrição a uma liberdade e caracterizada a ilicitude do art. 187 do Código Civil em relação ao exercício de um direito fundamental no âmbito das relações privadas, autorizada à aplicação se apresenta a solução reparatória, restitutória, constitutiva ou desconstitutiva de um direito que o intérprete entenda correto para o caso — porque resultado de uma ponderação —, observada a constatação de um ilícito capaz de gerar um dever de conduta específico a terceiro. (CACHAPUZ, 2017, p. 123)

Portanto, ao inserir no ordenamento jurídico brasileiro esta cláusula geral de ilicitude, a qual propõe ao intérprete a utilização da ponderação para compreensão de qual exercício teria sido excedido — ou, em outros termos, teria de ser restringido —, o legislador dá abertura para o sistema aos desafios que a pluralidade e circunstâncias diversas do mundo real apresentam ao direito ao adentrarem o mundo jurídico.

3.3. A OFERTA, A ACEITAÇÃO E A RECUSA A CONCLUIR

O Código Civil Brasileiro de 2002 trouxe consigo uma “visão aberta à experiência” (CACHAPUZ, 2017, p. 72), viabilizando que, ante a sociedade pluralizada, as normas que regem as relações civis deem “respostas flexíveis à realidade plural que se apresenta a partir das peculiaridades dos indivíduos” (CACHAPUZ, 2017, p. 72). Neste sentido, a diretriz traçada pelo código “remete o intérprete a justificar e aplicar a norma jurídica frente a uma sociedade jurídica, como permite a identificação, frente ao caso concreto, da singularidade do indivíduo e da sua posição jurídica no mundo de relação” (CACHAPUZ, 2017, p. 73). Assim, nas seções

anteriores, tratou-se das posições jurídicas de maneira geral assumidas pelos sujeitos das relações jurídicas e das possíveis formas como aquelas se relacionam, são interpretadas, e seus efeitos. Após, defendeu-se a aplicação da teoria externa de restrições a direitos fundamentais como interpretação da cláusula geral de ilicitude — o artigo 187 do Código Civil. Parte-se, agora, aplicando estas noções dogmáticas já trabalhadas, à análise de matéria mais específica do direito privado, qual seja a formação e conclusão do contrato, bem como a hipótese de recusa a essa.

O negócio jurídico, e especificamente o contrato, se forma a partir da declaração da manifestação de vontade das partes, no exercício da autonomia¹⁵² que lhes incumbe, em estabelecer entre si determinada relação jurídica e assumir determinadas posições jurídicas. Nessa medida, para a formação de um contrato há de haver uma proposta — oferta — e a aceitação desta, podendo a depender da complexidade das relações a serem estabelecidas, todavia, haverem tratativas e negociações prévias a este momento¹⁵³. Sendo que “chama-se conclusão ou celebração do contrato o momento em que o efeito da aceitação, tocando o efeito da oferta, solda os dois ou mais negócios jurídicos” (PONTES DE MIRANDA, 2012, TII, p. 522). Ou seja, “a conclusão de uma avença contratual demonstra-se marcada por uma sucessão de atividades que se apresentam conectadas entre si” (PEREIRA, 2017, p. 97). De forma que “uma vez ocorrendo a aceitação, haverá a conclusão do contrato, então se ingressando na fase da eficácia contratual propriamente dita” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 419). Em outras palavras, ensina Almeida (2013, p. 97) que

para a formação do contrato seriam sempre exigíveis, no mínimo, duas declarações subsequentes e encadeadas: uma proposta contratual seguida pela sua aceitação. (...) Nesta fórmula estereotipada de formação do acordo contratual, a proposta e a aceitação podem não ser a primeira e a segunda, mas são certamente a penúltima e a última das declarações contratuais eficazes.

¹⁵² E, aqui, ressalta-se que se compreende a autonomia como diversa da noção de liberdade: “no caso da liberdade subjetiva, a vontade é determinada por máximas de prudências, pelas preferências ou motivos racionais, digamos, que uma determinada pessoa tem. Nesse caso, o ato de liberdade surge como parte da consciência de um único sujeito. No caso da autonomia, porém, a vontade se deixa determinar por máximas aprovadas, pelo teste da universalização. A vontade de uma pessoa é determinada por motivos que deveriam igualmente ser levados em conta por todas as outras pessoas (na medida em que vistas como membros de uma comunidade plural). (...) Quanto à liberdade subjetiva, não é difícil imaginar que algumas pessoas possam gozar da liberdade e outras não, ou que algumas possam ser mais livre que outras. A autonomia, ao contrário, não é um conceito distributivo e não pode ser alcançada individualmente. Nesse sentido enfático, uma pessoa só pode ser livre se todas as demais o forem igualmente. A idéia que quero sublinhar é a seguinte: com sua noção de autonomia, o próprio Kant já introduz um conceito que só pode explicitar-se plenamente dentro de uma estrutura intersubjetivista” (HABERMAS, 2016, p. 12/13).

¹⁵³ Conforme Orlando Gomes (2008, p. 67), para a formação “são necessárias duas ou mais declarações de vontade que se encontrem emitidas por duas ou mais partes, ou a atuação da vontade do oblato”.

Neste contexto, em que ainda não propriamente formado o negócio jurídico — e, nesse sentido, havendo a ausência de pretensão a uma determinada prestação — e tendo sido estabelecida entre as partes negociação que vise à formação de relação jurídica específica, atua a boa-fé¹⁵⁴ como “*função corretora de comportamentos* no tráfico jurídico” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 420). Ocorre que, ao intérprete, a identificação “da fase que antecede à conclusão de um contrato não se põe sem dificuldades” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 422), dada a diversidade de formas como ocorrem a negociação, formação e execução do contrato no mundo dos fatos. Todavia, sabe-se que apesar das dificuldades de identificação do momento em que ocorreu a fase que culmina na conclusão, nesta prevalece o exercício da autonomia das partes que, em meio a propostas, contra-propostas e aceite, declaram por fim a sua vontade em contratar prestação determinada.

As declarações de vontade que formarão o contrato possuem cada qual uma “denominação peculiar” e são “submetidas a regras específicas”, sendo que “a declaração inicial, que visa a suscitar o contrato, chama-se *proposta* ou *oferta*” (GOMES, 2008, p. 67). No concernente à proposta, esta, nos termos do enunciado do artigo 427¹⁵⁵ do Código Civil, vincula — e diferenciações serão feitas quanto ao termo “obriga” — o seu emitente; contudo, importante pontuar a ressalva feita quanto aos termos da proposta ou as circunstâncias concretas que o caso pode apresentar. A proposta “é firme declaração receptaria de vontade dirigida à pessoa com a qual pretende alguém celebrar um contrato, ou ao público” (GOMES, 2008, p. 73), sendo que ao ser recebida pelo oblato entra no mundo jurídico como negócio jurídico unilateral, produzindo, pois, efeito: a vinculação do proponente¹⁵⁶. E, nessa medida, destinar-se-á à formação de negócio jurídico bilateral. Em outras palavras,

A oferta é, de si só, manifestação da vontade. Porque a oferta pode não ser aceita e perder toda a eficácia, tem-se dito que a oferta não é negócio jurídico e, até, que o ato não entra no mundo jurídico antes da aceitação. Primeiro, seria difícil considerar-se oferta ato jurídico *stricto sensu*, o que ela teria de ser, forçosamente, se negócio jurídico não fôsse, e fôsse vinculativa, como ;e. Segundo, a oferta entra no fundo jurídico, vincula o oferente, enquanto não é revogada, se pode ser revogada. De modo que temos de considerá-la negócio jurídico, que se destina à composição de negócio jurídico bilateral. Se considerássemos não entrado no mundo jurídico o ato de oferta,

¹⁵⁴ Refere Martins-Costa (2018, p. 422) que “modo geral, afirma-se que os deverá pré-contratuais decorrem da boa-fé objetiva como regra de lealdade e atenção às legítimas expectativas (boa-fé/confiança)”.

¹⁵⁵ Código Civil, Art. 427. “A proposta de contrato obriga o proponente, **se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.**” (BRASIL, 2002) (grifo meu)

¹⁵⁶ Ainda, quanto à definição de oferta, entende Pontes de Miranda (2012, T. XXXVIII, p. 59) que “(...) a oferta, em si, é negócio jurídico, é manifestação de vontade que entra no mundo jurídico, embora o seu destino seja apenas o de integrar o negócio jurídico bilateral ou plurilateral”.

não poderíamos explicar a irradiação de efeitos jurídicos antes da aceitação. (PONTES DE MIRANDA, 2012, TII, p. 510)

Porém, a proposta, apesar de ter como efeito a “vinculabilidade do ofertante à manifestação realizada” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 439) — tem efeitos de vinculada uma vez recebida pelo oblato¹⁵⁷ —, não tem força para criar por si a obrigação principal, para tanto é necessário haver o contrato concluído. De forma que

a proposta, quando realizada, gera no plano da eficácia do mundo jurídico a *vinculabilidade* do proponente, não a *obrigatoriedade* quanto à prestação. E se trata apenas de vinculabilidade porque, enquanto não existe o negócio jurídico bilateral (contrato), não existem as obrigações principais e os deveres inerentes à espécie do contrato que se pretende formar. A eficácia do contrato que se pretende formar, só irá existir quando houver a aceitação, razão pela qual Pontes de Miranda refere ao contrato como resultado da *colagem* entre oferta e aceitação. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 439)

Ainda quanto ao caráter vinculativo da proposta, este não se confunde, portanto, com obrigação. Está a proposta, apesar de depender da aceitação para a conclusão, já no plano da eficácia¹⁵⁸. Contudo, da proposta ainda não se extrai um dever de prestar algo, pois não concluído o negócio jurídico bilateral. Isto é, “o oferente ainda não deve, *a fortiori* ainda não é obrigado, mas vinculado fica, exceto se na oferta estabelecer restrições, ou se a invinculabilidade resulta do tipo mesmo do negócio jurídico, ou de circunstâncias do caso concreto” (PONTES DE MIRANDA, 2012, T. XXXVIII, p. 130). Assim, tem-se que, *a priori* esta não poderia ser revogada, na medida em que os negócios jurídicos unilaterais seriam irrevogáveis¹⁵⁹, conforme Pontes de Miranda (2012, T. V, p. 66), pois, vincular-se é não poder revogar.

Portanto, a oferta, apesar de vincular, não obriga contratualmente, na medida em que cria uma pretensão à formação contratual¹⁶⁰, mas não desde logo à prestação que fora ofertada

¹⁵⁷ Nesse sentido, oferta e aceitação “são, entretanto, *declarações receptícias* de vontade, somente eficazes no momento em que chegam ao conhecimento da pessoa a quem se dirigem” (GOMES, 2008, p. 68).

¹⁵⁸ “A oferta é apenas, na paridade com a aceitação, iniciativa. No mais, é manifestação de vontade, negocial, como a aceitação [...]. A oferta perfaz-se com a manifestação da vontade, e não com a chegada ao destinatário, ao ofertado, ao oblato; é preciso que se haja ofertado [...]. Há efeitos que dependem da chegada ou da recepção pelo destinatário, mas já se está no plano da eficácia, e não no plano da existência dos atos jurídicos” (PONTES DE MIRANDA, 2012, TII, p. 508).

¹⁵⁹ Nesse sentido, ensina Pontes de Miranda (2012, T. V, p. 68) que “de regra, os negócios jurídicos unilaterais são irrevogáveis. Dá-se vinculação jurídica, nos limites do seu conteúdo. Os sistemas jurídicos estabelecem irrevogabilidade, em princípio, porque quase sempre se atingiria esfera jurídica alheia, e não há outra razão para se tratarem diferentemente os negócios jurídicos unilaterais e os contratos”.

¹⁶⁰ Nesse sentido, “a oferta *vincula juridicamente*, mas não *obriga contratualmente*, é dizer: o proponente resta sob estado de sujeição, pois a proposta tem por efeito principal gerar ao oblato (àquele para quem foi dirigida), o

na manifestação. Outrossim, esta oferta deverá ser completa; no entanto, esta completude buscada é critério que varia conforme o negócio jurídico que se pretende concluir, isto é, a análise dependerá do caso concreto. Nesse sentido, “podem as partes considerar que o contrato só está completo com o aditamento de cláusulas livres, que, não sendo necessárias para um dado tipo, foram julgadas indispensáveis na formação de uma concreta ocorrência contratual” (ALMEIDA, 2014, p. 101). Também, a precisão da proposta é requisito cuja análise deverá ser feita ante as peculiaridades das circunstâncias fáticas do caso, de forma que há “certos elementos que na proposta podem ser deixados à livre escolha de quem eventualmente a aceite.” (ALMEIDA, 2014, p. 103).

Assim, tem-se que a proposta, enquanto não recebida pelo aceitante, terá consigo o caráter de vinculante, podendo, inclusive, ser revogada; ao ser recebida pelo aceitante, passa a proposta a ter como efeito a vinculação, tornando-se, pois, irrevogável. Entretanto, apesar de vincular, a oferta não traz consigo só a eficácia de uma obrigação, tal efeito será quando da conclusão do contrato com o aceite. Ou seja, “a oferta *vincula juridicamente*, mas não *obriga contratualmente*” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 440). De forma que o ofertante não está obrigado perante o ofertado, mas sim sujeito a este, por gerar para ele, para além da expectativa de conclusão do contrato, o direito à formação do negócio jurídico que fora proposto.

Quando a oferta é feita ao público, dispõe o enunciado normativo do artigo 429¹⁶¹ do Código Civil que esta equivalerá a uma proposta quando preencher os requisitos essenciais, ressalvadas as circunstâncias do caso ou os usos. Esta proposta, que pode visar à conclusão de um ou mais negócios jurídicos, tem como destinatário sujeito indeterminado, qual seja, o público. Além disso, também tem como característica “a fungibilidade da pessoa do futuro ou dos futuros contraentes e a utilização de um anúncio público como meio de difusão” (ALMEIDA, 2014, p. 105). Todavia, apesar de se considerar que, preenchidos os requisitos, esta oferta equivale a uma proposta e, portanto, vincula, há de se atentar às peculiaridades do caso concreto, que poderá trazer desafios a esta proposição quando, por exemplo, se tratar de, apesar de oferecido amplamente, uma relação jurídica de caráter personalíssimo ou ainda o

direito formativo gerador de aceitação. É por estar em estado de sujeição — e não em situação passiva de (dever) — que o ofegante não pode revogar a proposta, havendo prazo em que deva mantê-la” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 440).

¹⁶¹ Código Civil, Art. 429. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, **salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos**. Parágrafo único. Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada. (BRASIL, 2002) (grifo meu)

objeto da prestação foi ofertado de forma genérica a ser especificado uma vez aceita a proposta. Ressalva esta feita, inclusive, pelo enunciado do artigo 429, do qual se extrai que o intérprete observará as circunstâncias e os usos, ante o caso concreto¹⁶².

Realizada a proposta, portanto, espera-se que haja a aceitação — outra manifestação de vontade — a fim de que seja concluído o contrato. No que concerne à aceitação, esta é uma resposta positiva à proposta feita, sendo que a ela é atribuída certa flexibilidade e não exigido um simples ‘sim’, a depender do caso, desde que não adite, limite ou modifique a proposta. Ou seja, “é *declaração receptaria de vontade*, mediante a qual o oblato exerce o *direito potestativo de concluir o contrato proposto*” (GOMES, 2008, p. 76). Distingue-se, em regra, da oferta pois pressupõe que suceda de uma manifestação de vontade¹⁶³. Uma vez aceita a oferta e conformadas, portanto, as vontades das partes — ou ainda recusada — se encerra a fase pré-contratual, durante a qual observa-se desde já a boa-fé¹⁶⁴.

No entanto a aceitação da oferta poderá ser no sentido modificativo, qual seja, acrescentado à manifestação do interesse em contratar outros elementos, os quais terão de ser aceitos pelo ofertante — pois implicam em nova proposta, nos termos do artigo 431 do Código Civil¹⁶⁵ —, dando-se assim *prosseguimento na formação do contrato*, ocorrendo a conclusão com a manifestação de aceite daquele que fora o ofertante. Portanto, além do aceite, poderá ocorrer a recusa ou, ainda, uma nova oferta, esta por parte daquele que fora o ofertado. Nesse sentido,

À oferta ou sucede a *aceitação* pura e simples, que bilateraliza o negócio jurídico e vincula os figurantes, ou a *recusa*, ou a aceitação modificativa que não é, propriamente, aceitação, mas sim nova manifestação de vontade, outra *oferta*, no lugar da aceitação ou da recusa pura e simples, que se havia de esperar. O oferente passa à situação de destinatário da nova oferta e tem de aceitá-la, u de recusá-la, ou, por sua vez, em lugar de proceder como destinatário, novamente oferecer. Nesse jôgo de tênis de ofertas, tem-se de chegar ao ponto final: ou uma dela é aceita, totalmente, e pois não há pensar-se em nova oferta; ou há a recusa (nada feito). [...] Devemos evitar o

¹⁶² O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 30, amplia a noção de oferta, observadas as práticas de uma sociedade do consumo, equivalendo o anúncio publicitário à proposta, o que significa dizer que tais meios de propaganda poderão vincular o fornecedor. Também, na medida em que considera que tais propostas obriga, afasta a hipótese de recusa do fornecedor, sem qualquer ressalva, nos termos do artigo 35, sendo que tal recusa poderá, inclusive, configurar-se prática abusiva — conforme o artigo, 39,II e IX.

¹⁶³ Conforme Pontes de Miranda (2012, T. XXXVIII, p. 97), “a aceitação pode ser expressa, tácita, ou pelo silêncio. Já frisamos que a distinção entre oferta e aceitação supõe a sucessividade das duas manifestações de vontade, o que nem sempre é discernível, e pode mesmo não se dar”.

¹⁶⁴ Assim ensina Martins-Costa (2018, p. 440): “quanto às fases aqui nomeadas de <<prospecção>> e de <<negociação>> propriamente dita: a boa-fé atua como fonte de deveres de proteção, pois estes existem e se manifesta antes mesmo do estado de vinculação (recebimento da oferta) ou do estado de vinculabilidade (envio da oferta ainda não recebida). Incide, pois, a boa-fé desde quando os negociadores se põem em contato social pré-negocial”.

¹⁶⁵ Código Civil, Art. 431. A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta. (BRASIL, 2002)

nome oferta modificativa à oferta que substituiu a aceitação, porque, em verdade, o que se passou passou, e não h' modificação: há outra oferta. Também seria perturbador dizer-se aceitação em parte, ou aceitação modificativa: a oferta ou é aceita, totalmente, ou não é aceita. (PONTES DE MIRANDA, T. XXXVIII, p. 93)

Interessa-nos aqui voltar-nos à análise da situação em que, feita uma proposta e recebida a mesma pelo oblato, há posteriormente a recusa por parte do ofertante à conclusão do contrato — a revogação da oferta ou de parte desta. Ou seja, voltemo-nos a verificar em que medida desta recusa poderá extrair-se uma pretensão seja indenizatória, seja mandamental. *A priori*, tem-se que a oferta, tendo em vista que se torna vinculada quando recebida pelo aceitante, seria irrevogável, e, portanto, haveria um dever de conclusão. Inexistindo, pois, a possibilidade de recusa que não fosse se configurar em ato ilícito. Nesse sentido,

A oferta vinculou o oferente, criando ao destinatário direito formativo gerador, que êle exerce aceitando. [...] Outro efeito da oferta em si só é o dever para o oferente de evitar que se torne impossível a prestação, porque, se se concluiu o contrato, desde a oferta tem o oferente de indenizar pela impossibilidade da prestação, se houve culpa sua [...]. Não se trata de relação jurídica contratual, nem semelhante à relação jurídica contratual; mas da relação jurídica de que provam o seu direito formativo à aceitação [...] Tanto assim que outros efeitos se irradiam que não se poderiam explicar sem se atender a que, hoje, a oferta, vinculativa como é, estabelece relação jurídica pré-contratual, à diferença do que ocorria no direito romano e, mais, precisamente, antes do Preussisches Allgemeines Landrecht, de que vêm os princípios da irrevogabilidade e da vinculado: *a)* o oferente tem dever de esclarecer a oferta que fêz e de dar os informes que sejam mister à resolução do ofertado; *b)* tem igual dever, quanto à aceitação a ser expedida ou já recebida, o destinatário; *c)* oferente e aceitante têm pretensão à reparação pela chamada *culpa in contrahendo*, que em verdade é a do interêsse negativo, pelo que cause um ao outro, na não conclusão do contrato. Não de trata de responsabilidade contratual. Nem é responsabilidade contratual a que dêles tem pelo dano que a coisa entregue para a conclusão do contrato, que se deu, ou que não se deu, cause ao que teria de aceitar, ou ao que ofertou e receber a coisa, para exame. Não se trata tão-pouco, de reparação pelo ato ilícito absoluto (art. 159). [...] A fonte do dever e da obrigação de reparar na relação jurídica deriva da oferta, ou do próprio pré-exercício do direito formativo à aceitação. Se ainda não houve oferta, nem aceitação, mas apenas punctuações a reparação somente se pode basear na culpa, ou no dolo. (PONTES DE MIRANDA, T. II, p. 523-524)

Portanto, *a priori*, na medida em que a oferta gera efeitos vinculantes e é, pois, irrevogável, o ofertante não poderá se recusar a concluir o contrato; sendo que ao fazê-lo, poderá deduzir-se deste atos uma pretensão indenizatória e, inclusive, a um fazer, ante a violação da confiança (boa-fé) e da oferta. Dessa forma extrai-se que, via de regra, a parte que ofertou terá o dever de concluir o contrato — e nesse sentido, afasta-se a hipótese de recusa uma vez oferecido o aceite¹⁶⁶. Entretanto, o próprio artigo 427 do Código Civil, que dispõe acerca do

¹⁶⁶ “A oferta apenas não gerará a vinculação, e poderá ser revogada quando: a) ainda não tiver sido recebida por aquele ao qual foi dirigida; ou b) se o contrário não resultar dos termos dela (art. 427, parte final), da natureza do

caráter vinculativo da oferta, traz consigo importante ressalva a esta irrevogabilidade a ser observada pelo intérprete no caso concreto — qual seja “se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”. Ressalva esta também presente no artigo 429, em que o intérprete observará as circunstâncias e os usos.

Nessa sentido, extrai-se que, apesar do caráter irrevogável da oferta, a depender das circunstâncias fáticas que se apresentem ao intérprete, este poderá trabalhar o direito à conclusão do contrato do aceitante — o qual se extrai da irrevogabilidade da oferta — não como regra, mas sim no nível dos princípios. Uma vez que a recusa estaria baseada no exercício de um direito subjetivo — diverso da liberdade contratual, pois esta já presente na formação do negócio jurídico — que colidiria com o dever de conclusão, busca-se verificar se o direito à conclusão do contrato do aceitante poderia ser restringido. Ou seja, à luz do artigo 187 do Código Civil, se a recusa seria ato ilícito ou lícito, dadas as circunstâncias do caso concreto.

Portanto, como ressalvado pelo enunciado normativo do artigo 427 do Código Civil, a depender das circunstâncias do caso, poderá estar-se diante do exercício de direitos outros que colidirão com dever à conclusão do ofertante - o direito à conclusão do ofertado. E, nessa medida, à luz da cláusula geral de ilicitude, ao aplicar a ponderação no caso concreto, ante a colisão entre direitos — trabalhados no nível dos princípios —, poderá o intérprete chegar a uma regra permissiva à recusa para o caso. Ou seja, poderá o intérprete identificar razões suficientes a restrição do direito à conclusão do ofertado.

De fato, não será toda e qualquer recusa aceita pelo ordenamento jurídico, pelo contrário, é esta exceção. Contudo, na medida em que a legislação viabiliza, mediante ressalvas, que o intérprete se detenha às peculiaridades do caso, há de se admitir a hipótese de recusas supervenientes do proponente serem consideradas lícitas. Sendo que, para tanto, necessário aplicar-se, como já visto, uma teoria que restrinja um direito e não aquela que pressuponha já haver o sistema imposto os limites. Ademais, há situações do mundo real mais sensíveis e que desafiam de forma diversa o direito, por exemplo, os profissionais liberais, intelectuais e artísticos, cujas prestações podem trazer consigo característica mais pessoal do que os serviços prestados em massa, quanto a estas

gradativamente vai diminuindo a possibilidade de uma responsabilidade pela recusa de contratar em cada uma dessas atividades, não se concebendo mesmo, com relação à última, qualquer constrangimento para que um artista venha a assumir um compromisso para o qual não se sinta inclinado. Com relação às demais, assinale-se,

negócio jurídico (e.g., numa obrigação personalíssima morre o ofertante), ou das circunstâncias do caso” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 440).

preliminarmente, que seja qual for o ramo de atividade, a recusa de prestar serviços dará margem a responsabilidade desde que apresente colorido desonroso para a pessoa visada. (CHAVES, 1997, p. 26)

Ademais, caso estivessem as partes ainda em momento de propostas e contrapropostas, não tendo a uma das ofertas sido atribuído o máximo efeito da vinculação, pode-se estar diante da responsabilidade pré-contratual, isto é, da responsabilização do contratante que impediu a realização do negócio, quebrando com a confiança que gerara na outra parte da conclusão. Tem-se, entretanto, hipótese diversa, na medida em que não se atribuiu à proposta a irrevogabilidade. De forma que nesta fase a incidência da boa-fé, ante a ruptura das negociações, enseja a verificação da possibilidade de restrição à autonomia daquele que se recusou, à luz do artigo 187, com possíveis repercussões seja no campo da responsabilidade civil ou, ainda, na criação de uma fonte obrigacional. Em outras palavras, a autonomia de uma das partes — exercitada através deste ato de recusa — poderá ser restringida, na medida em que configurado ato ilícito, nos termos do enunciado do artigo 187. Assim, no que concerne à ilicitude como pressuposto da responsabilidade civil — como disposta pelo artigo 927¹⁶⁷ do Código Civil —, essa, estará relacionada ao exercício de direitos que será manifestamente contrário à boa-fé (MARTINS-COSTA, 2018, p. 464)¹⁶⁸.

O direcionamento do instituto da responsabilidade pré-contratual à boa-fé é justificado. As notas de relevo estão no elemento temporal (fases das tratativas) e na causação de um dano patrimonial em razão da violação a uma confiança legitimamente investida. A ilicitude, pressuposto geral da responsabilidade civil, estará, em regra, no modo de exercício dos direitos: quando este for exercido em manifesta contrariedade à boa-fé (Código Civil, art. 187), por importar, etiológicamente, na infração à confiança legítima. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 464)

Ainda no referente à aplicação do enunciado do artigo 187 para verificação de eventual responsabilidade civil,

Trata-se de sancionar a ilicitude consistente no exercício jurídico *disfuncional*, porque há desfuncionalidade ao manejar-se a liberdade de não contratar em prejuízo manifesto à confiança legitimamente despertada no parceiro das negociações pré-contratuais. Os deveres violados pelo exercício disfuncional são os de proteção, não os de prestação, porque ainda não há um <<prestar>>. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 470).

¹⁶⁷ Código Civil, Art. 927. Aquele que, **por ato ilícito (arts. 186 e 187)**, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, **independentemente de culpa, nos casos especificados em lei**, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (grifo meu). (BRASIL, 2002)

¹⁶⁸ À luz do Direito português, Almeida (2014, p. 198) defende que “a responsabilidade civil depende da frustração da expectativa do lesado quanto à conclusão, prorrogação ou renovação, fundada designadamente em acordo pré-contratual, intermédio ou final, violado por incumprimento do dever de lealdade”.

Consoante com o ponto de vista aqui adotado, deverá o intérprete verificar no caso concreto, quanto à eventual restrição de direitos subjetivos, qual a causa da recusa. Ou seja, a motivação de um dos sujeitos para no exercício da sua autonomia recusar-se à conclusão de negócio jurídico a que fizera a proposta será relevante para o teste que o enunciado normativo do artigo 187 propõe. Assim, pode-se concluir que, na verdade, “o que se veda é, portanto, a ruptura injusta porque violadora de confiança legítima, e, por isso mesmo, divorciada da conduta segundo a boa-fé” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 460). De forma que, quando uma das partes que gerara na outra a expectativa da conclusão de negócio jurídico, em um ato que seria *prima facie* lícito pois mero exercício de sua autonomia — “qual seja, o ato de não declarar vontade de contratar” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 460) — poderá se mostrar ante as circunstâncias do caso concreto¹⁶⁹ como ilícito e, logo, restringível.¹⁷⁰

Na fase pré-contratual estão presentes deveres outros que não o dever da prestação, sendo que aqueles relacionam-se à conduta das partes — concretamente dentre eles está a boa-fé. A violação daqueles deveres de conduta poderá ensejar a pretensão indenizatória para a outra parte, e ressalta-se que a responsabilidade pré-contratual abarca o injustificado recesso — que, por sua vez, advém “do fato de que um dos sujeitos ter causado ao outro danos em função da circunstância de ter-se gerado a expectativa, legítima, de que o contrato seria concluído, voltando atrás, abrupta e deslealmente” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 460).

Portanto, apesar de a proposta/oferta ser considerada irrevogável¹⁷¹ — e, assim, ausente hipótese de recusa a concluir o contrato —, ante a abertura que trazem consigo os dispositivos legais acerca da matéria, tem-se que, excepcionalmente, ante peculiaridades do caso

¹⁶⁹ Quanto à necessária análise *in concreto* da configuração de ato ilícito, “a atenção às circunstâncias é particularmente relevante no caso da responsabilidade derivada da ruptura das negociações, uma vez que, aí, dois dos elementos apenas analiticamente cindíveis, que a constituem — a ruptura *injustificada* e a confiança *legítima* que foi fraudada pela ruptura —, só se evidenciam *in concreto*” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 464).

¹⁷⁰ Refere Martins-Costa (2018, p. 460) que o recesso, ante o estabelecimento da confiança, terá de ser considerado injustificado para a configuração de ato desleal. E, nesse sentido, injustificada “é aquela ruptura traduzida em surpresa desleal, contradizendo o sentido sinalizado objetivamente por atos e comportamentos que apontavam à conclusão do contrato, sem que haja, para tanto, causa legítima”.

¹⁷¹ Ainda quanto à irrevogabilidade, em oposição à recusa, “Há como que uma proposta tácita, empréstimos não poderiam ser negados, uma vez que o cliente preencha os requisitos mínimos de apresentação e idoneidade. Observa SALEILLES ser opinião generalizada a de que dede o momentos em que o comprador se apresenta para concluir o contrato, o comerciante não tem mais o direito de recusar a entrega, assim como não tem o direito de exigir um preço superior, que seria maneira diferente de revogar a oferta primitiva, para substituí-la por outra. Não pode fazê-lo, de acordo com a doutrina mais aceita, senão no caso em que o objeto já tivesse sido vendido no momento em que se produz a aceitação, e ainda supondo-se que não haja outro em depósito para ser entregue” (CHAVES, 1997, p. 37).

concreto, poderá esta irrevogabilidade ser restringida e possibilitado ao ofertante o exercício de direito subjetivo entrando em colisão com o direito à conclusão do oblato.

PARTE DOIS: ESTUDO DE CASOS

4. SOBRE OS CASOS ESTUDADOS

4.1. A RECUSA AO BOLO DE CASAMENTO: MASTERPIECE CAKESHOP V. COLORADO CIVIL RIGHTS COMMISSION

O primeiro caso objeto de estudo ocorre quando, em 2012, no estado norte-americano do Colorado, o casal David Mullins e Charlie Craig buscam a confeitaria de Jack Phillips – *Masterpiece Cakeshop* – para encomendar um bolo personalizado para o seu casamento, que seria celebrado no estado Massachusetts e cuja festa ocorreria em uma cidade daquele estado (LIPTAK, 2018). Alegando crenças religiosas que iriam de encontro à celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo, o confeiteiro recusou-se a criar e vender o referido bolo, não se opondo, no entanto, a vender qualquer outro produto ao casal.

O casal protocolou uma reclamação junto à divisão de direito civis do Estado do Colorado, vislumbrando no caso prováveis violações a direitos e referiu-o à comissão de direitos civis do Estado do Colorado, alegando violação às leis de antidiscriminação do referido ente federativo. A comissão, então, referiu o caso a uma audiência formal na qual o juiz decidiu favoravelmente ao casal e, por conseguinte, condenou o confeiteiro por discriminação, determinando que a referida prática fosse cessada, bem como que fossem feitos relatórios periódicos à comissão de direitos civis do estado do Colorado informando acerca das medidas tomadas a fim de evitar discriminações como a que ocorrera. A corte estadual, em sede recursal, manteve a decisão da Comissão em condenar Phillips por discriminação por orientação sexual. Pontuou um dos juízes da Corte de Apelação que o caso justapõe o direito do casal em ser atendido e comprar o produto que desejavam para celebrar a sua união ao direito do confeiteiro de livre exercício de sua religião e de liberdade de expressão (ESTADOS UNIDOS, 2015, p. 272).

O confeiteiro, em sua defesa, alegou que a constituição dos Estados Unidos da América lhe garante em sua primeira emenda a liberdade de expressão, inclusive de escolha em como e no que expressa a sua arte – a criação de bolos. Ademais, afirmou que a sua decisão em não fornecer este determinado produto se relaciona não com sua oposição à orientação sexual da outra parte, mas sim com sua oposição ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Como é afirmado na decisão da Corte de Apelação, “Masterpiece thus distinguishes between discrimination based on a person’s status and discrimination based on conduct closely correlate

with that status”¹⁷² (ESTADOS UNIDOS, 2015, p. 280). Entretanto, a decisão que o condenou entendeu que, diferentemente do alegado, o confeitiro teria sim praticado discriminação quanto à orientação sexual de Craig e Mullins e que, portanto, teria violado a lei antidiscriminação do Estado do Colorado.

Ao analisar o argumento quanto à violação da primeira emenda da Constituição Norte-Americana que garante a liberdade de expressão, a Corte de Apelação assentou que há de ser verificado se a conduta em questão é suficientemente expressiva – ou seja, se e qual mensagem estaria nela sendo veiculada — para ser abarcada pela referida proteção constitucional. A análise, portanto, restaria em determinar se o bolo de casamento requisitado expressaria em si uma mensagem simbólica protegida pela liberdade de expressão. Para a Corte, a conclusão é de que a venda de um bolo para um casamento não possibilita inferir apoio ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, na verdade a mensagem quanto a esta questão liga-se muito mais aos clientes que quanto ao vendedor.

The fact that an entity charges for its goods and services reduces the likelihood that a reasonable observer will believe that it supports the message expressed in its finished product. Nothing in the record supports the conclusion that a reasonable observer would interpret Masterpiece’s providing a wedding cake for a same-sex couple as an endorsement of same-sex marriage, rather than a reflection of its desire to conduct business in accordance with Colorado’s public accommodations law. [...] The public has no way of knowing the reasons supporting Masterpiece’s decision to serve or decline to serve a same-sex couple. Someone observing that a commercial bakery created a wedding cake for a straight couple or that it did not create one for a gay couple would have no way of deciphering whether the bakery’s conduct took place because of its views on same-sex marriage or for some other reason.¹⁷³ (ESTADOS UNIDOS, 2015, p. 287)

Por fim, afirma que a dissociação do confeitiro com a mensagem supostamente veiculada por meio de um bolo pode ser feita de outras maneiras, pois

CADA [Colorado Anti-Discrimination Act] does not preclude Masterpiece from expressing its views on same-sex marriage—including its religious opposition to it—

¹⁷² Tradução livre: “Masterpiece portanto diferencia a discriminação baseada na pessoa e a discriminação baseada na conduta relativa ao estatus”

¹⁷³ Tradução livre: “O fato de uma entidade cobrar por seus bens e serviços reduz a probabilidade de que um observador razoável acredite que apóia a mensagem expressa em seu produto acabado. Nada nos autos corrobora com a conclusão de que um observador razoável interpretaria que o fornecimento pela Masterpiece de um bolo de casamento para um casal do mesmo sexo como um endosso do casamento entre pessoas do mesmo sexo, em vez de um reflexo de seu desejo de realizar negócios de acordo com a lei de acomodações públicas do Colorado. [...] O público não tem como saber as razões que sustentam a decisão da Masterpiece de servir ou recusar-se a servir um casal do mesmo sexo. Alguém observando que uma padaria comercial criou um bolo de casamento para um casal hétero ou que não criou um para um casal entre pessoas do mesmo sexo não teria como decifrar se a conduta da padaria ocorreu por causa de suas opiniões sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo ou para alguma outra razão ”.

[...] However, CADA does not prevent Masterpiece from posting a disclaimer in the store or on the Internet indicating that the provision of its services does not constitute an endorsement or approval of conduct protected by CADA. Masterpiece could also post or otherwise disseminate a message indicating that CADA requires it not to discriminate on the basis of sexual orientation and other protected characteristics.¹⁷⁴ (ESTADOS UNIDOS, 2015, p. 288)

Note-se, entretanto, que pode ser contraditório afirmar que, enquanto a confeitaria é obrigada a vender a qualquer um os mesmos produtos, sem qualquer distinção, não seria proibido a ela veicular indicação de que os seus serviços não compactuam, ou sequer aprovam, determinada conduta – neste caso, o casamento entre pessoas do mesmo sexo —, ou até mesmo afirmar publicamente que apenas está a atender determinados pedidos em razão de uma obrigação fundada em lei. Haveria, portanto, neste caso, apenas uma obrigação de fazer – de atender – mas não necessariamente uma proibição de discriminar, uma vez que a possibilidade de se expressar contrariamente a determinado fato ou circunstância ainda existiria. Dessa forma, infere-se que o não-fazer assenta-se na negação a uma oferta, mas não na expressão em si de uma opinião.

Na decisão da Corte de Apelação, também é analisado se a lei que proíbe a discriminação em um contexto de atendimento ao público violaria, ou não, a liberdade religiosa. A partir de um precedente da Suprema Corte Norte-Americana, distingue-se a lei que é neutra ou de aplicação geral daquela que se destina a um grupo religioso específico, relegando a este um peso maior que aos outros sujeitos. No que tange ao caso aqui analisado, assentou-se que a lei de antidiscriminação do Estado do Colorado é de aplicação geral, pois “a law need not apply to every individual and entity to be generally applicable; rather, it is generally applicable so long as it does not regulate only religiously motivated conduct.” (ESTADOS UNIDOS, 2015, p. 290)¹⁷⁵, sendo esta aplicável tanto a condutas motivadas por religião quanto a condutas com motivações outras. Por fim, a Corte conclui que esta lei estadual

creates a hospitable environment for all consumers by preventing discrimination on the basis of certain characteristics, including sexual orientation. In doing so, it prevents the economic and social balkanization prevalent when businesses decide to serve only their own “kind,” and ensures that the goods and services provided by

¹⁷⁴ Tradução livre: "A “lei antidiscriminação do Colorado” não impede a Masterpiece de expressar sua opinião sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo - incluindo sua oposição religiosa ao mesmo - [...] No entanto, a “lei antidiscriminação do Colorado” não impede que a Masterpiece publique um aviso na loja ou na Internet indicando que a prestação de seus serviços não constitui um endosso ou aprovação de conduta protegida pela “lei antidiscriminação do Colorado”. Masterpiece também pode postar ou disseminar uma mensagem indicando que a “lei antidiscriminação do Colorado” o exige não discriminar com base na orientação sexual e outras características protegidas".

¹⁷⁵ Tradução livre: “uma lei não precisa ser aplicável a todo indivíduo ou entidade para ter aplicabilidade geral; mas, sim, tem-na com tanto que não regule apenas uma conduta religiosa”

public accommodations are available to all of the state's citizens.¹⁷⁶ (ESTADOS UNIDOS, 2015, p. 294)

Passados 5 anos dos fatos ocorridos, em 2017, a Suprema Corte Norte-Americana admitiu o recurso para julgamento e em junho de 2018 proferiu decisão revertendo o julgamento da Corte Estadual. Em decisão não unânime (9X2), a Suprema Corte assentou que na decisão da comissão que fora proferida, ao qualificar a crença do confeitiro e ao não fazer a distinção em relação a outras decisões diversas em casos similares, este órgão não agiu com a devida imparcialidade e que, por conseguinte, o réu não deveria ser condenado por ato discriminatório.

Previamente à decisão da Suprema Corte, Day e Weatherby (2017) refletiram sobre a importância da decisão deste caso para o tratamento da questão discriminatória no que concerne ao gênero e orientação sexual. Defenderam a ordem pública como parâmetro para solucionar o conflito entre direito à liberdade de expressão, associada ao livre exercício de religião, e o direito à proteção do tratamento igualitário, concretizado nas chamadas *public accommodation laws*. Ante os precedentes analisados e o conceito utilizado para *public accommodation laws*, as autoras concluíram que não é possível aceitar discriminações privadas, sem tornar o governo cúmplice delas; por isso, o exercício da liberdade de expressão deve, quando em confronto com a proteção da igualdade, ceder lugar a esta, em nome da manutenção da ordem social.

Defenderam, portanto, que é importante a fixação da ordem social como limite ao livre exercício de direitos. O aspecto conciliador dos interesses privados e *public accommodation laws* seria, para as autoras, a manutenção da ordem social, uma vez que a violação ao direito de igualdade de proteção não seria socialmente aceita. Neste cenário, portanto, atribuem um papel importante para o caso *Masterpiece Cakeshop*, considerando que este tem o potencial para servir de precedente a estabelecer que o livre exercício de determinados direitos deve ceder lugar à proteção da igualdade, em nome da ordem social.

A decisão da Suprema Corte Norte-Americana, no entanto, diferentemente daquilo que afirmavam Day e Weatherby (2017), não só não estabeleceu um parâmetro à restrição ao exercício da liberdade – a ordem pública – como também reverteu a condenação do confeitiro sob argumentos que agora passo a aqui elencar e analisar. A decisão proferida – que foi acompanhada pela maioria dos componentes desta Corte, apesar de que com argumentos

¹⁷⁶ Tradução livre: “cria um ambiente agradável para todos os consumidores ao prevenir a discriminação embasadas em determinadas características, inclusive em orientação sexual. Ao fazê-lo, previne a balkanization social e econômica que prevalece quando negócios decidem servir a apenas determinados tipos, e assegura que bens e serviços disponibilizados em locais de circulação pública estejam disponíveis a todos os cidadãos do estado”

diversos – assentou que, em decorrência da falta de neutralidade na argumentação construída pelas decisões que previamente condenaram o confeitiro, aquelas deveriam ser afastadas e ele, absolvido.

Uma das circunstâncias fáticas e jurídicas que se relacionavam ao caso e que teve peso na decisão foi a prévia absolvição pela Divisão Estadual de Direito Cívico de confeitiros que se recusaram em três ocasiões a produzir um bolo em formato de bíblia com um dizer que remeteria à reprovação do casamento entre pessoas do mesmo sexo, sob o fundamento de que tal ato seria ofensivo. Ora, para a Corte Suprema, assim como estes confeitiros, “Phillips too was entitled to a neutral and respectful consideration of his claims in all the circumstances of the case”¹⁷⁷ (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2018, p. 2).

Conforme pontua o Justice Kennedy, em seu voto, quanto às dificuldades apresentadas pelo caso concreto,

The case presents difficult questions as to the proper reconciliation of at least two principles. The first is the authority of a State and its governmental entities to protect the rights and dignity of gay persons who are, or wish to be, married but who face discrimination when they seek goods or services. The second is the right of all persons to exercise fundamental freedoms under the First Amendment, as applied to the States through the Fourteenth Amendment.¹⁷⁸ (SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, 2018, p. 3)

Ao trazer a análise da aplicação do direito à liberdade de expressão, passa-se a questionar acerca dos significados desta liberdade, isto é, diante dos novos contextos apresentados ao direito, até que ponto um bolo de casamento seria abarcado como uma forma de expressão. Questão essa que, em certa medida, torna-se central ao caso, ao ser analisada a defesa apresentada pelo confeitiro.

Entretanto, para além da análise quanto à força expressiva que poderia, ou não, ter um bolo de casamento, a Corte Suprema constrói um argumento paralelo – e que será aquele que levará ao teor do dispositivo da decisão – o qual se centra na obrigação de neutralidade religiosa do estado. Esta neutralidade seria o respeito à religião e às convicções do sujeito ao fazer a análise das circunstâncias do caso concreto; direito esse que na decisão recorrida teria sido

¹⁷⁷ Tradução livre: “Phillips também teria o direito a consideração neutras e respeitosa de suas alegações em todas as circunstâncias do caso”

¹⁷⁸ Tradução livre: “O caso apresenta questões difíceis quanto à adequada reconciliação de pelo menos dois princípios. A primeira é a autoridade de um Estado e suas entidades governamentais para proteger os direitos e a dignidade dos homossexuais que são, ou desejam ser, casados, mas que enfrentam discriminação quando procuram bens ou serviços. O segundo é o direito de todas as pessoas de exercerem liberdades fundamentais sob a Primeira Emenda, conforme aplicado aos Estados através da 14ª Emenda”.

violado, conforme argumenta Justice Kennedy em seu voto¹⁷⁹. Ele pondera que apesar de a sociedade há pouco tempo ter passado a reconhecer que casais de pessoas do mesmo sexo têm direito de serem tratados de forma igual e digna e de terem seus direitos civis salvaguardados, as objeções religiosas e filosóficas devem também ser protegidas de certa maneira, como se forma de expressão fossem¹⁸⁰. Entretanto, colocam-se limites a esta liberdade: estas objeções não viabilizariam aos sujeitos a negar-se a fornecer serviços e produtos – de forma mais geral, a contratar – quando há uma proteção a estas pessoas que se aplica de maneira geral e neutra – no caso, a chamada "Colorado Anti-discrimination Act", uma espécie de *public accommodation law*. Haveria, todavia, uma lista limitada de pessoas cuja recusa estaria amparada por forte justificação a ponto de não se esquadrar como um ato discriminatório, segundo afirma em seu voto o Justice Kennedy.

When it comes to weddings, it can be assumed that a member of the clergy who objects to gay marriage on moral and religious grounds could not be compelled to perform the ceremony without denial of his or her right to the free exercise of religion. This refusal would be well understood in our constitutional order as an exercise of religion, an exercise that gay persons could recognize and accept without serious diminishment to their own dignity and worth. Yet if that exception were not confined, then a long list of persons who provide goods and services for marriages and weddings might refuse to do so for gay persons, thus resulting in a community-wide stigma inconsistent with the history and dynamics of civil rights laws that ensure equal access to goods, services, and public accommodations.¹⁸¹ (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2018, p 10)

¹⁷⁹ Já em um trecho inicial do voto há a menção à violação ocorrida, “Given all these considerations, it is proper to hold that whatever the outcome of some future controversy involving facts similar to these, the Commission’s actions here violated the Free Exercise Clause; and its order must be set aside.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2018), p.3) (Tradução livre: "Dadas todas estas considerações, pode-se considerar que seja qual for o resultado de alguma controvérsia futura envolvendo fatos semelhantes a estes, as ações da Comissão violaram aqui a Cláusula de Livre Exercício; e sua ordem deve ser anulada")

¹⁸⁰ “Our society has come to the recognition that gay persons and gay couples cannot be treated as social outcasts or as inferior in dignity and worth. For that reason the laws and the Constitution can, and in some instances must, protect them in the exercise of their civil rights. The exercise of their freedom on terms equal to others must be given great weight and respect by the courts. At the same time, the religious and philosophical objections to gay marriage are protected views and in some instances protected forms of expression.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2018, p 9) (Tradução livre: "Nossa sociedade chegou ao reconhecimento de que homossexuais e casais do mesmo sexo não podem ser tratados como párias sociais ou inferiores em dignidade e valor. Por essa razão, as leis e a Constituição podem, e em alguns casos devem, protegê-las no exercício de seus direitos civis. O exercício de sua liberdade em termos iguais aos outros deve ser dado grande peso e respeito pelos tribunais. Ao mesmo tempo, as objeções religiosas e filosóficas ao casamento entre pessoas do mesmo sexo são visões protegidas e, em alguns casos, protegem formas de expressão".

¹⁸¹ Tradução livre: "Quando se trata de casamentos, pode-se supor que um membro do clero que se opõe ao casamento entre pessoas do mesmo sexo por motivos morais e religiosos não poderia ser obrigado a realizar a cerimônia sem negar seu direito ao livre exercício da religião. Essa recusa seria bem entendida em nossa ordem constitucional como um exercício de religião, um exercício que os afetados poderiam reconhecer e aceitar sem uma séria diminuição de sua própria dignidade e valor. No entanto, se essa exceção não fosse restrita, uma longa lista de pessoas que fornecessem bens e serviços para casamentos e casamentos poderia se recusar a fazê-lo para casamentos entre pessoas do mesmo sexo, resultando em um estigma incompatível com a história e a dinâmica das leis dos direitos civis. que garantem acesso igual a bens, serviços e acomodações públicas".

Uma circunstância fática do caso a ser considerada, de acordo com a decisão, é que à época em que ocorreu a recusa o casamento entre pessoas do mesmo sexo ainda não era legalizado no Colorado; ademais a decisão da Suprema Corte Norte-Americana no caso *Obergefell v. Hodges* é posterior ao ocorrido.

No que tange à questão da neutralidade, ou melhor, da falta dela, nas decisões recorridas, Kennedy afirma que os argumentos utilizados nas decisões e o comportamento dos juízes nos atos processuais realizados colocam em xeque a imparcialidade com a qual o caso deveria ter sido julgado e que, analisando os autos, verifica-se que considerações talvez um tanto quanto hostis às crenças de Phillips foram feitas.

That hostility surfaced at the Commission's formal, public hearings, as shown by the record. On May 30, 2014, the seven-member Commission convened publicly to consider Phillips' case. At several points during its meeting, commissioners endorsed the view that religious beliefs cannot legitimately be carried into the public sphere or commercial domain, implying that religious beliefs and persons are less than fully welcome in Colorado's business community [...]. Standing alone, these statements are susceptible of different interpretations.¹⁸² (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2018, p.12/13)

To describe a man's faith as "one of the most despicable pieces of rhetoric that people can use" is to disparage his religion in at least two distinct ways: by describing it as despicable, and also by characterizing it as merely rhetorical—something insubstantial and even insincere. The commissioner even went so far as to compare Phillips' invocation of his sincerely held religious beliefs to defenses of slavery and the Holocaust.¹⁸³ (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2018, p.13/14)

Hostilidade esta que, segundo o Justice Kennedy, também é verificada na diferença de tratamento dado, sem que fosse feita uma apropriada distinção, entre o caso em tela e ao caso dos confeitores que se objetaram a fazer bolos com mensagens contra o casamento entre pessoas do mesmo sexo, sob fundamentação de objeção de consciência, que foram absolvidos. Enquanto que a comissão decidira o caso de Phillips sob o fundamento de que qualquer mensagem carregada pelo bolo de casamento seria atribuída aos seus compradores, nos outros casos não fez menção a este argumento, limitando-se à questão de que a recusa se baseava na

¹⁸² Tradução livre: "Essa hostilidade veio à tona nas audiências públicas formais da Comissão, como mostra o registro. Em 30 de maio de 2014, a Comissão de sete membros se reuniu publicamente para analisar o caso Phillips. Em vários pontos durante a audiência, os comissários endossaram a opinião de que as crenças religiosas não podem ser legitimamente realizadas na esfera pública ou no domínio comercial, implicando que as crenças e pessoas religiosas não são menos bem-vindas na comunidade empresarial do Colorado [...]. Isoladas, essas declarações são suscetíveis de interpretações diferentes".

¹⁸³ Tradução livre: "Descrever a fé do homem como "uma das mais desprezíveis peças de retórica que as pessoas podem usar" é depreciar sua religião de pelo menos duas maneiras distintas: descrevendo-a como desprezível e também caracterizando-a como meramente retórica - algo insubstancial e até insincero. O comissário até chegou a comparar a invocação de Phillips de suas crenças religiosas sinceras às defesas da escravidão e do Holocausto".

natureza ofensiva do produto. Ao diferenciar o tratamento relegado a cada caso de recusa, considera o Justice Kennedy, a comissão teria uma das crenças sobre a outra, sinalizando uma desaprovação da crença religiosa de Phillips¹⁸⁴. Conclui-se, então que

The official expressions of hostility to religion in some of the commissioners' comments—comments that were not disavowed at the Commission or by the State at any point in the proceedings that led to affirmance of the order—were inconsistent with what the Free Exercise Clause requires. The Commission's disparate consideration of Phillips' case compared to the cases of the other bakers suggests the same. For these reasons, the order must be set aside.¹⁸⁵ (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2018, p. 18)

A opinião foi acompanhada pelo Justice Kagan, que pontuou, também, acerca da falta de neutralidade na decisão recorrida. Inclusive porque a decisão não fez a distinção dos casos similares supramencionados, quando esta era evidente. A questão é, pois, em última análise, o comportamento das instâncias ordinárias ante a crença de um dos confeitores e não, em si, o dever, ou não, de atender ao casal.

The three bakers in the Jack cases did not violate that law. Jack requested them to make a cake (one denigrating gay people and same-sex marriage) that they would not have made for any customer. In refusing that request, the bakers did not single out Jack because of his religion, but instead treated him in the same way they would have treated anyone else—just as CADA requires. By contrast, the same-sex couple in this case requested a wedding cake that Phillips would have made for an opposite-sex couple. In refusing that request, Phillips contravened CADA's demand that customers receive "the full and equal enjoyment" of public accommodations irrespective of their sexual orientation.¹⁸⁶ (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2018, p. 1)

Inclusive, a Corte em outros casos (*Newman v. Paggie Park Enterprise, Inc.* 390 U.S. 400, 402, n.5 (1968)), já decidiu no sentido que um comerciante não pode se recusar a vender produtos a determinado grupo em razão de raça, sexo, etc., ou seja, pode-se escolher os

¹⁸⁴ "The Colorado court's attempt to account for the difference in treatment elevates one view of what is offensive over another and itself sends a signal of official disapproval of Phillips' religious beliefs." (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2018, p. 16) (Tradução livre: A tentativa da Corte do Colorado de explicar a diferença de tratamento eleva uma visão do que é ofensivo em relação a outro e reforça um sinal de desaprovação oficial das crenças religiosas de Phillips. "

¹⁸⁵ Tradução livre: "As expressões oficiais de hostilidade à religião em alguns comentários dos comissários - comentários que não foram rejeitados na Comissão ou pelo Estado em qualquer ponto dos procedimentos que levaram à confirmação da decisão - eram inconsistentes com a Cláusula de Livre Exercício. A consideração divergente da Comissão sobre o caso Phillips em comparação com os casos dos outros confeitores sugere o mesmo. Por estas razões, a ordem deve ser anulada. "

¹⁸⁶ Tradução livre: "Os três confeitores nos casos de Jack não violaram essa lei. Jack pediu-lhes para fazer um bolo (um denegrindo as pessoas homossexuais e o casamento entre pessoas do mesmo sexo) que eles não teriam feito para qualquer cliente. Ao recusar esse pedido, os padeiros não diferenciaram Jack por causa de sua religião, mas, em vez disso, trataram-no da mesma forma que tratariam qualquer outra pessoa - exatamente como a lei antidiscriminação do Colorado exigia. Em contrapartida, o casal do mesmo sexo, neste caso, solicitou um bolo de casamento que Phillips teria feito para um casal do sexo oposto. Ao recusar essa solicitação, a Phillips violou a exigência da lei antidiscriminação do Colorado de que os clientes recebam "o tratamento total e igual" das acomodações públicas, independentemente de sua orientação sexual."

produtos, mas não os clientes. Tendo em vista isto, a decisão do caso poderia ter sido proferida de forma a não adentrar na questão religiosa, mas simplesmente resumir-se a esta obrigação de servir, pontua Justice Gorsuch (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2018, p. 3). Este em seu voto assenta, no mesmo sentido dos anteriores, que houve uma violação à liberdade religiosa em razão da falta de neutralidade da decisão das instâncias ordinárias.

That kind of judgmental dismissal of a sincerely held religious belief is, of course, antithetical to the First Amendment and cannot begin to satisfy strict scrutiny. The Constitution protects not just popular religious exercises from the condemnation of civil authorities. It protects them all. Because the Court documents each of these points carefully and thoroughly, I am pleased to join its opinion in full.¹⁸⁷ (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2018, p. 2)

Justice Gorsuch em seu voto traz a distinção entre o caso de Jack, que teve seu pedido de um bolo contra o casamento entre pessoas do mesmo sexo negado por três confeitores, e o de Phillips, objeto do presente trabalho. Conclui que em ambos os casos a motivação da recusa se relacionava ao bolo em si e não aos atributos do cliente.

But there's no indication the bakers actually intended to refuse service because of a customer's protected characteristic. We know this because all of the bakers explained without contradiction that they would not sell the requested cakes to anyone, while they would sell other cakes to members of the protected class (as well as to anyone else). So, for example, the bakers in the first case would have refused to sell a cake denigrating same-sex marriage to an atheist customer, just as the baker in the second case would have refused to sell a cake celebrating same-sex marriage to a heterosexual customer. And the bakers in the first case were generally happy to sell to persons of faith, just as the baker in the second case was generally happy to sell to gay persons. In both cases, it was the kind of cake, not the kind of customer, that mattered to the bakers.¹⁸⁸ (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2018, p. 4)

Contudo, a Comissão ao analisar os casos presumiu que a pretensão de Phillips era discriminar um determinado grupo ao recusar-se a vender o bolo, enquanto que em relação àqueles que recusaram o produto buscado por Jack esta presunção não foi feita. Contudo, o fato de encarar os casos sob um mesmo ponto de vista, considerando, portanto, circunstâncias fáticas e jurídicas, não necessariamente teria levado a decisões similares. Esta diferença de tratamento,

¹⁸⁷ Tradução livre: “Esse tipo de julgamento de uma crença religiosa sincera é, naturalmente, antitético à Primeira Emenda e não pode começar um escrutínio rigoroso. A Constituição protege não apenas os exercícios religiosos populares da condenação das autoridades civis. Protege todos eles. Como o Tribunal documenta cada um desses pontos com cuidado e profundidade, tenho o prazer de acompanhar integralmente a vossa opinião”

¹⁸⁸ Tradução livre: “Mas não há indicação de que os confeitores pretendiam recusar o serviço por causa da característica protegida de um cliente. Sabemos disso porque todos os confeitores explicaram, sem contradição, que não venderiam os bolos pedidos a ninguém, enquanto venderiam outros bolos aos membros da classe protegida (assim como a qualquer outra pessoa). Assim, por exemplo, os padeiros no primeiro caso teriam se recusado a vender um bolo denegrindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo a um cliente ateu, assim como o padeiro no segundo caso teria se recusado a vender um bolo comemorando o casamento entre pessoas do mesmo sexo. cliente heterossexual. E os padeiros do primeiro caso em geral estavam dispostos a vender para pessoas de fé, assim como o confeiteiro do segundo caso costumava vender para pessoas gays. Em ambos os casos, era o tipo de bolo, não o tipo de cliente, que importava para os confeitores”.

para Gorsuch, configura-se uma violação ao dever do Estado ser laico em relação às crenças dos sujeitos e protegê-las por meio, inclusive, da garantia à liberdade de expressão.

Many may agree with the Commission and consider Mr. Phillips's religious beliefs irrational or offensive. Some may believe he misinterprets the teachings of his faith. And, to be sure, this Court has held same-sex marriage a matter of constitutional right and various States have enacted laws that preclude discrimination on the basis of sexual orientation. But it is also true that no bureaucratic judgment condemning a sincerely held religious belief as "irrational" or "offensive" will ever survive strict scrutiny under the First Amendment. In this country, the place of secular officials isn't to sit in judgment of religious beliefs, but only to protect their free exercise. Just as it is the "proudest boast of our free speech jurisprudence" that we protect speech that we hate, it must be the proudest boast of our free exercise jurisprudence that we protect religious beliefs that we find offensive¹⁸⁹. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2018, p. 7)

Na verdade, o que Gorsuch argumenta é que as percepções do significado religioso, ou não, de um bolo são subjetivas e, portanto, diferenciam-se para cada sujeito. De forma que, considerando estas diferenças existentes, não pode o Estado fazer um juízo de valor acerca do que representaria uma percepção específica e se esta está, ou não, correta. A natureza do comportamento ou do objeto caberia a cada um decidir, sendo a análise relegada ao direito não da crença *per se*, mas sim das circunstâncias objetivas presentes no contexto do caso.

Já o Justice Thomas, apesar de acompanhar os demais na decisão, apresenta em seu voto a análise quanto à questão de alegar violação à liberdade de expressão. No caso, verifica-se que o confeitiro é uma pessoa ativa na sua comunidade e ligado à sua igreja, bem como que o processo de criação do bolo para ele faz parte de um contexto maior de celebração, além de outras condutas praticadas fundamentadas nas suas crenças religiosas. E, portanto, para Thomas, as condutas de Phillips, neste contexto, denotam a presença do exercício de expressão na fabricação de um bolo. Sendo, portanto, um discurso protegido constitucionalmente.

Further, even assuming that most for-profit companies prioritize maximizing profits over communicating a message, that is not true for Masterpiece Cakeshop. Phillips routinely sacrifices profits to ensure that Masterpiece operates in a way that represents his Christian faith. He is not open on Sundays, he pays his employees a higher-than-average wage, and he loans them money in times of need. Phillips also refuses to bake cakes containing alcohol, cakes with racist or homophobic messages, cakes criticizing God, and cakes celebrating Halloween—even though Halloween is one of the most

¹⁸⁹ Tradução livre: "Muitos podem concordar com a Comissão e considerar as crenças religiosas do Sr. Phillips como irracionais ou ofensivas. Alguns podem acreditar que ele interpreta mal os ensinamentos de sua fé. E, com certeza, este Tribunal considerou que o casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma questão de direito constitucional e vários Estados promulgaram leis que excluem a discriminação com base na orientação sexual. Mas também é verdade que nenhum julgamento condenando uma crença religiosa sincera como "irrational" ou "ofensivo" jamais sobreviverá ao escrutínio rigoroso sob a Primeira Emenda. Neste país, o lugar dos oficiais seculares não é para julgar crenças religiosas, mas apenas para proteger seu livre exercício. Assim como é o "orgulho de nossa jurisprudência de liberdade de expressão" proteger o discurso que odiamos, deve ser o orgulho de nossa jurisprudência de livre exercício proteger as crenças religiosas que consideramos ofensivas."

lucrative seasons for bakeries. These efforts to exercise control over the messages that Masterpiece sends are still more evidence that Phillips' conduct is expressive.¹⁹⁰ (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2018, p. 10)

Justice Thomas conclui sua análise afirmando que a primeira emenda à constituição Norte-Americana garante aos sujeitos o direito de discordar quanto à correção da decisão de Obergefell e à moralidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo¹⁹¹.

Por fim, Justice Ginsburg e Justice Sotomayor apresentaram votos divergentes, nos quais mantinham a condenação de Phillips, não entendendo haver falta de imparcialidade na decisão da comissão. Para elas, ocorreu discriminação contra a identidade de um grupo de pessoas protegido.

Como se denota, a decisão da Suprema-Corte Norte-Americana, apesar de tangenciar a questão das liberdades que se fariam presentes no caso, não as colocou no centro. Por outro lado, trouxe à luz questão também relevante, qual seja a necessidade de ao tratar casos semelhantes, enfrentar a sua diferenciação, de forma a não reste dúvida que nas decisões, por mais diferentes que possam ser, as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso foram encaradas sob os mesmos critérios. Assim, chega-se ao outro ponto que se mostrou caro aos magistrados desta Corte: a neutralidade quanto ao conteúdo da crença de um sujeito. Em outras palavras, não é a crença do sujeito que se está a decidir se seu exercício é possível ou não, mas sim os efeitos que esta tem em relação a terceiros que deve ser o objeto da construção argumentativa conducente à decisão a ser tomada pelo intérprete.

¹⁹⁰ Tradução livre: “Além disso, mesmo supondo que a maioria das empresas com fins lucrativos priorize a maximização de lucros sobre a comunicação de uma mensagem, isso não é verdade para a Masterpiece Cakeshop. Phillips rotineiramente sacrifica os lucros para garantir que a Masterpiece opere de uma forma que represente sua fé cristã. Ele não está aberto aos domingos, paga a seus empregados um salário acima da média e empresta dinheiro a eles em momentos de necessidade. Phillips também se recusa a assar bolos contendo álcool, bolos com mensagens racistas ou homofóbicas, bolos criticando Deus e bolos comemorando o Halloween - mesmo que o Halloween seja uma das datas mais lucrativas para padarias. Esses esforços para exercer controle sobre as mensagens que a Masterpiece expressa são ainda mais evidências de que a conduta de Phillips é expressiva”.

¹⁹¹ “The First Amendment gives individuals the right to disagree about the correctness of Obergefell and the morality of same-sex marriage” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2018, p. 14) (Tradução livre: “A primeira emenda garante o direito a discordar sobre a correção de Obergefell e a moralidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo”).

4.2. A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA MÉDICA: A RECUSA PARA ALÉM DO ABORTO

O segundo caso objeto de estudo do presente trabalho trata do rompimento da relação médico-paciente por iniciativa de uma médica pediatra, sob a justificativa de discordâncias ideológicas quanto ao posicionamento político dos pais do paciente. Nesse caso, as partes mantiveram ao longo de quase um ano relação jurídica para atendimento e acompanhamento do desenvolvimento do paciente, quando o aviso de que não mais procederia nos atendimentos à criança foi feito por meio de aplicativo de mensagens e trouxe dentre as suas justificativas a ligação político-partidária dos pais do paciente. Na ocasião, consulta já agendada foi cancelada e foi dado acesso aos prontuários médicos da criança à sua mãe.

O caso foi judicializado em processo no qual a criança e seus pais pretendem, em face da médica, indenização por danos morais, na medida em que entendem ter ocorrido a configuração de discriminação na conduta da profissional de saúde. Com vista aos autos¹⁹², pode-se depreender os argumentos trazidos pelas partes acerca do ocorrido, bem como as provas produzidas. Os pais do paciente e a criança — autores da ação judicial — nas suas razões iniciais alegam que entre eles e médica — em face de que se moveu o processo — fora construída relação de confiança no decorrer do período em que esta assistiu à criança. O caso propriamente ocorre quando a médica informa que não mais atenderá ao paciente em decorrência de divergências políticas que possui em relação aos pais do menor.

Os fundamentos trazidos pelos pais do menor para embasar a sua pretensão indenizatória estão na configuração de ato ilícito, nos termos do artigo 186 do Código Civil, ante a violação de preceitos constitucionais — artigo 5º, IV, VI e X, CF — e do Código de Ética Médica, corroborados pelo ato de negar-se a continuar a atender o paciente, bem com a se omitir em encaminhá-lo a outro profissional, ensejando a responsabilidade civil da médica, com base no artigo 927 do Código Civil. Alegam, ainda, dano moral em decorrência da violação ao direito a não ser discriminado.

Já a médica pediatra alegou que o rompimento da relação médico-paciente foi motivado pelo desgaste que ocorrera nesta relação, pela perda de confiança, não tendo sido ato discriminatório. Ademais, ressaltou que não foi caso de negativa de atendimento de urgência, na medida em que só realizara atendimentos eletivos.

¹⁹² O contato com os autos do processo ocorreu, em cartório, em 18 de fevereiro de 2019. Sendo que a este tempo a sentença já fora prolatada.

No caso, foi realizada instrução do processo tendo sido ouvidas testemunhas arroladas por ambas as partes que falaram acerca da relação estabelecida entre elas. A decisão proferida pelo Juízo de primeiro grau, na Comarca de Porto Alegre — portanto, vinculado ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul — julgou improcedente a pretensão indenizatória que o paciente e seus pais haviam formulado. A decisão limitou-se à análise de enquadramento do caso nas hipóteses dos artigos 186 e 927 do Código Civil. Entendeu o magistrado que a responsabilidade da médica era subjetiva e, portanto, deveria ser verificada a presença de culpa na sua conduta. Outrossim, entendeu que a médica ao romper com a relação de médico-paciente cumpriu os pressupostos do artigo 36 do Código de Ética Médica, não incorrendo em ato ilícito, "ainda que não possa ser olvidado fosse melhor declinar do encargo de prestação do serviço médico sem a indicação do motivo" (RIO GRANDE DO SUL, 2018, p. 09).

Também, não vislumbrou o julgador a existência de dano. Assim, na medida em que não presentes os elementos para configurar ato ilícito nos moldes do artigo 186, ausente a culpa e o prejuízo, não havia pretensão indenizatória. Conforme a argumentação adotada na sentença,

não se vislumbra no agir da ré ilicitude com infringência ao Código de Ética Médico, não havendo caracterização de ato de imperícia, imprudência ou negligência, sendo que também não resta claro nos autos prejuízo ao menor, haja vista não estar, à época, em situação de emergência, relevando ser destacado que a exposição midiática gerada foi fortemente ampliada pela própria autora/reconvinda, o que não gera, assim, dever de indenizar. (RIO GRANDE DO SUL, 2018, p. 09)

Em face desta decisão foi interposta apelação, que pende de julgamento pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

5. ANÁLISE DOS CASOS: POR UMA APLICAÇÃO DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NO DIREITO PRIVADO

Na primeira parte do presente trabalho, trouxeram-se argumentos conducentes à afirmação de se tratar a objeção de consciência de forma concreta do exercício da liberdade de consciência e, portanto, um direito fundamental. Viu-se, ainda, que esta cláusula, por ser um direito fundamental, prescinde para sua configuração de prévia e expressa previsão legal. Também, ressaltou-se que o ordenamento jurídico brasileiro prevê, além da garantia constitucional à liberdade de consciência, a objeção de consciência no âmbito do serviço militar obrigatório e no exercício da profissão médica. Após, passou-se ao estudo das relações jurídicas e das posições jurídicas e a forma como estas se correlacionam e se opõem para, então, defender-se a aplicação da teoria externa de restrição a direitos fundamentais na interpretação do artigo 187 do Código Civil — a cláusula geral de ilicitude. Por fim, foi trabalhada a possibilidade, ou não, da recusa a concluir um contrato, chegando-se à conclusão, ainda que parcial, de que excepcionalmente o ordenamento jurídico ampararia tal exercício, ante as ressalvas trazidas pela legislação.

Nesta segunda parte, iniciou-se com a descrição de dois casos objeto do presente estudo: um ocorrido nos Estados Unidos da América e decidido pela Suprema Corte deste País e o outro, no Rio Grande do Sul e pendente de decisão de recurso de apelação pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Passa-se, agora, para a segunda subparte desta parte — e última etapa do trabalho proposto —, qual seja, a partir das circunstâncias dos casos expostos e da parte dogmática referida, a verificação da possibilidade de aplicação do Direito Fundamental à liberdade de consciência — concretizada na cláusula de objeção de consciência — nas relações jurídicas disciplinadas pelo direito privado, principalmente no concernente à recusa à formação de contrato¹⁹³. Para tanto, ressalta-se que, em ambos os casos, tanto em *Masterpiece Cakeshop*,

¹⁹³ Trabalhando a autonomia privada, Clóvis do Couto e Silva (1964, p. 24), já na primeira edição da obra “Obrigação como processo” em 1964, menciona a aplicação de direitos fundamentais no direito privado. Sob a vigência da Constituição Federal de 1946, referindo-se ao artigo 141, já afirmava que “por certo existem determinados direitos inalienáveis, como os de decisão de questões de crença e consciência, como os direitos à vida ou à liberdade individual, que se manifestam tanto perante o Estado como perante o indivíduo ‘ut singuli’”. Qualquer contrato, em que abolisse um desses direitos, seria, ‘ipso facto’, nulo”. Com as alterações impostas durante o Regime Militar pelas emendas constitucionais de 1967 e 1969, na edição de 1976 desta obra Clóvis do Couto e Silva (1976, p. 23/24) alterou o texto, substituindo a menção ao artigo 141 pelo artigo 153. Com a promulgação da constituição de 1988, alterou-se a edição de 2006, fazendo constar o artigo 5º: “Com relação à incidência de leis limitadoras do poder de regulamentar cláusulas, discute-se a aplicação de certas garantias e direitos individuais previstos, entre nós, no art. 5º da Constituição de 1988.” (COUTO E SILVA, 2017, p. 29). Ainda, quanto à estes dispositivos legais, cumpre referir que tanto o artigo 141 e 153 traziam disposição um pouco diversa daquela que se tem atualmente. O artigo 141, Constituição de 1946 dispunha "A Constituição

quanto no da escusa médica, a recusa à contratação e à continuidade da relação é fundada em motivo religioso ou político, isto é, na consciência de cada sujeito. De forma que, neste aspecto, aproximam-se as situações.

Situações como a do confeitiro que se negou a vender não qualquer produto a um casal entre pessoas do mesmo sexo, mas somente o bolo destinado ao seu casamento, ou a da médica que por convicção política decidiu não continuar a atender um paciente eletivo, ou de um médico que se recuse a realizar procedimento de aborto nas hipótese permitidas pela legislação, fazem parte de um grupo de situações nas quais ocorrem colisões de liberdades. Casos esses em que o exercício da cláusula de objeção de consciência – em essência a liberdade de consciência – por um privado vai de encontro a direito de terceiro, que pretenderá também exercer direito seu.

Enquanto que se em algumas situações o ordenamento jurídico dará a resposta ao caso concreto por meio de uma regra – que como já visto, terá um caráter de aplicação tudo ou nada; em outras, será lançada mão da ponderação, uma vez que se trata da colisão de princípios, em uma "tarea de optimización" (ALEXY, 2017, p. 144). O legislador já estabelece desde logo limites ao exercício desta liberdade, por exemplo, através da criminalização de determinadas condutas discriminatórias, como o racismo¹⁹⁴¹⁹⁵, bem como a resolução 175 de 14 de maio de 2013 do Conselho Nacional de Justiça proíbe a recusa pelo registrador à realização do

assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 7º - É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil; § 8º - Por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política, ninguém será privado de nenhum dos seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de obrigação, encargo ou serviço impostos pela lei aos brasileiros em geral, ou recusar os que ela estabelecer em substituição daqueles deveres, a fim de atender escusa de consciência. (BRASIL, 1946). E o artigo 153, da Constituição de 1969, "A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 5º É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes. § 6º Por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo se o invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta, caso em a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com escusa de consciência" (BRASIL, 1969).

¹⁹⁴ Lei 7.716/1989, Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Art. 5º Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador. Pena: reclusão de um a três anos. (...) Art. 14. Impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social. Pena: reclusão de dois a quatro anos. (...) Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa. E, nesse sentido, refere-se à decisão recente do Supremo Tribunal Federal pela criminalização por analogia da homofobia, que ainda não transitou em julgado. (BRASIL, 1989)

¹⁹⁵ Também, menciona-se aqui o recente julgamento pelo STF da ADO 26/DF que tipificou — partindo da lei antirracismo — a homofobia, tendo sido feita ressalva ao exercício da liberdade religiosa na tese firmada.

casamento entre pessoas do mesmo sexo. Haverá casos, como aqueles que são objeto de análise, em que a argumentação será construída e se estruturará de forma diversa. Nesse sentido, tratando-se de um conflito entre duas liberdades, configuradas sem limitação específica, há de pensar o caso como uma colisão de princípios, que será objeto de ponderação, para só então o intérprete chegar a uma regra do caso concreto, que deverá ser passível de universalização. E, como visto, é esta possibilidade de a partir de uma colisão o exercício de um direito, em circunstâncias fáticas específicas, seja considerado um ato ilícito, que está enunciada no artigo 187 do Código Civil Brasileiro.

Possível, então, pensar a aplicação de um direito fundamental em relação jurídica essencialmente regradada pelo direito civil pois “las normas de derecho fundamental tienen también influencia en la relación ciudadano/ciudadano”¹⁹⁶ (ALEXY, 2017, p. 464), sendo que

Actualmente se acepta, en general, que las normas de fundamental influyen en la relación ciudadano/ciudadano y, en este sentido, tienen un efecto entre terceros o un efecto horizontal. Lo que se discute es cómo y en qué medida ejercen esta influencia. Con la pregunta acerca de *cómo* influyen las normas de derecho fundamental en la relación ciudadano/ciudadano, se trata de un *problema de construcción*. La pregunta de *en qué medida* lo hacen, formula un problema material, es decir, un *problema de colisión*. Tanto el problema de construcción como el de colisión resultan de una diferencia fundamental entre la relación Estado/ciudadano y la relación ciudadano/ciudadano. La relación Estado/ciudadano es una relación entre el titular de un derecho fundamental y un no titular de un derecho fundamenta. En cambio, la relación ciudadano/ciudadano es una relación entre titulares de derechos fundamentales.¹⁹⁷ (ALEXY, 2017, p. 468/469)

Assim, apesar de direito fundamental garantido pelo ordenamento jurídico, a objeção de consciência pode gerar uma obrigação por ato ilícito, com base no artigo 187 do Código Civil — cláusula geral de ilicitude. Neste ponto, importante frisar, não se trata de estabelecer um juízo daquilo que é o melhor, mas sim daquilo que é o devido¹⁹⁸. Para tanto, a análise feita

¹⁹⁶ Tradução livre: “as normas de direito fundamental tem também influência na relação cidadão/cidadão”

¹⁹⁷ Tradução livre: “Atualmente, é aceito que as normas fundamentais influenciam a relação cidadão / cidadão e, nesse sentido, têm um efeito entre terceiros ou um efeito horizontal. O que é discutido é como e em que medida eles exercem essa influência. Com a questão sobre como as regras do direito fundamental influenciam a relação cidadão / cidadão, trata-se de um problema de construção. A questão deem que medida eles fazem isso representa um problema material, isto é, um problema de colisão. Tanto o problema de construção como o problema de colisão resultam de uma diferença fundamental entre a relação Estado / cidadão e a relação cidadão / cidadão. A relação Estado / cidadão é uma relação entre o titular de um direito fundamental e um não titular de um direito fundamental. Por outro lado, a relação cidadão / cidadão é uma relação entre titulares de direitos fundamentais”

¹⁹⁸ Essa distinção é feita pois “Entre princípios discute-se o que é, *a priori*, devido. Entre valores, o que é, *a priori*, melhor. Ambos permitem ao intérprete a formulação de um juízo. A questão é saber a que juízo pretende o intérprete chegar. A construção de um juízo valorativo ainda nada diz sobre a precedência de uma liberdade subjetiva a outra, na medida em que não se reconhece hierarquia entre valores alcançados pela liberdade humana, quando evidenciada a hipótese concreta de uma colisão entre liberdades individuais. Se a pretensão é a

será orientada pela discussão de princípios – não de valores – e, como já defendido, pela teoria externa de restrição aos direitos fundamentais, qual seja, aquela que parte da concepção de que *prima facie* os direitos fundamentais não sofrem limitações. A possibilidade de ocorrer uma restrição resta quando estes direitos entram em colisão, de forma que “la medida del efecto iusfundamental en la relación ciudadano/ciudadano es, en última instancia, un asunto relativo a la ponderación”¹⁹⁹ (ALEXY, 2017, p. 472)

Dessa forma, apesar de existir um direito geral à objeção de consciência, decorrente do exercício da liberdade de consciência, tem-se que tais alegações para o exercício da escusa não constituem “panacéia para convicções pessoais quaisquer, com o objetivo de reconhecimento de imunidade relativamente à observância da lei” (HERINGER JUNIOR, 2007, p. 3). Assim, em situações não previstas legalmente — e, portanto, ausente uma exigência legal de prestação alternativa —, as quais produzam efeitos na esfera jurídica de terceiro, será trabalho do intérprete verificar em que medida a liberdade de consciência, naquelas circunstâncias concretas, poderá prevalecer. Ou seja, “eventuais isenções pessoais não de ser excepcionais e estar suficientemente justificadas. O comando legal não subsistirá somente se razões relevantes autorizarem sua desconsideração” (HERINGER JUNIOR, 2007, p. 46).

Nestas relações entre os sujeitos as posições religiosas, políticas ou filosóficas poderão representar desafios ao seu desenvolvimento, devendo nestes casos o intérprete se perguntar em que medida — e se há razões suficiente — o exercício da liberdade de consciência de um sujeito poderá impor restrições ao exercício do direito de outro sujeito. Em outras palavras,

deve tratar-se de um conflito de consciência significativo, que leve o agente a passar por autêntica e profunda luta interna, capaz de afetar a sua própria personalidade. O código normativo que impede o objeto de cumprir a obrigação legal, portanto, deve estar enraizado em sua vida, a ponto de não poder deixar de observá-lo, sendo à custa de grave prejuízo à sua integridade moral. (HERINGER JUNIOR, 2007, p. 46)

Ou seja, deve ser levado em consideração em que grau a medida que seria imposta ao sujeito afetaria a sua esfera mais privada. Esta conduta que visa a reafirmar uma crença política, religiosa ou filosófica, exceto se tenha como fim prejudicar a outro sujeito, não terá consigo a caracterização do elemento da culpa, presente no conceito clássico da ilicitude (conforme o artigo 186 do Código Civil), nem, necessariamente, causará naquele a quem a objeção se dirija

de se chegar a um juízo deontológico – que resolva o conflito jurídico sem eliminar o valor que a liberdade contém em si mesma – é preciso que se construa o juízo a partir da confrontação entre princípios.” (CACHAPUZ, 2017, p. 44)

¹⁹⁹ Tradução livre: “a medida do efeito jusfundamental na relação cidadão/cidadão é, em última instância, um assunto de ponderação”

algum dano, seja ele material, seja ele à personalidade. Assim, a verificação da licitude desta conduta deverá se dar, ante a colisão com outro direito, pela ponderação e eventual restrição ao direito em oposição, caso haja razões suficientes para tanto, pois “en todo caso de colisión, es indispensable llevar a cabo una ponderación en la que debe preguntarse si la importancia de la satisfacción de uno de los principios justifica la medida inevitable de la falta de satisfacción del otro”²⁰⁰ (ALEXY, 2017, p. 504).

Nesse sentido, considerando as traves dadas pelas partes à argumentação proposta no caso da recusa da médica pediatra, vê-se a importância da compreensão do cenário em que se configura o exercício deste direito, que poderá ser restringido, e como ele deverá ser tratado pelo intérprete, isto é, não como mera conduta que visa à discriminação. Afinal, na maioria das situações, quando os sujeitos expõem suas crenças — que constituem aquilo que são e a forma como se reconhecem e se expressam — não são estas meios para prejudicar — discriminar — outrem. De forma que, no segundo caso analisado, constata-se que a tentativa de verificação de culpa e dano — como delimitado pelas partes — não possibilitaram ao intérprete a mais correta apreciação do caso, que ao fundo se trata do exercício colidente de liberdades e que poderia assim alcançar pretensões diversas daquelas decididas.

As relações em que se verificava a presença de posições jurídicas correlatas atribuídas às partes — ou seja, enquanto A possuía um direito, B, um dever, em uma estrutura de simples prestação e contraprestação —, passam a ser desafiadas por elementos que até então eram irrelevantes e que possuem força para inverter este quadro posto, fazendo se afastar a correlação e surgir uma situação de oposição. Isto é, não mais se está diante de direito e dever — que convergiriam, por exemplo à formação de um negócio jurídico — mas, sim, de uma liberdade em oposição a um dever, que desafiarão o que estava posto, aplicando em uma restrição.

Será nestas situações em que o exercício da liberdade de consciência torna-se elemento relevante a relações jurídicas em desenvolvimento que o intérprete, por meio da ponderação por uma interpretação discursiva do artigo 187, testará se a liberdade de consciência ou se o direito da outra parte será restringindo, podendo originar-se uma obrigação no exercício — e colisão — de liberdades. Ou seja, uma obrigação cuja fonte é ato ilícito, independentemente do elemento do dano e da culpa, da qual poderá se extrair pretensões de fazer ou de não-fazer — “de regra, obrigações que não estejam polarizadas por uma ideia de adimplemento — pelo

²⁰⁰ Tradução livre: “em todo caso de colisão, é indispensável levar a cabo uma ponderação na qual deve ser perguntado se a importância da satisfação de um dos princípios justifica a medida inevitável da falta de satisfação do outro”

cumprimento de um negócio jurídico específico — e, sim, voltadas a uma pretensão de correção de rumos quanto ao exercício de determinado direito subjetivo” (CACHAPUZ, 2017, p. 85).

Isto é, na medida em que introduzido na relação a hipótese do exercício de um direito fundamental, o intérprete não aplicará mais o enunciado do artigo 427 ou 429 do Código Civil — que dispõe sobre o caráter irrevogável da proposta/oferta — no nível das regras por mera subsunção, mas, sim, no nível dos princípios, por meio da ponderação, ante a colisão entre a liberdade de consciência e o direito à conclusão do contrato — ou, até mesmo, o direito à igualdade de tratamento. Sendo que a cláusula de objeção de consciência será a regra resultante da ponderação caso restringido o direito que se opôs àquela liberdade. Contudo, salienta-se que a depender do motivo exposto da recusa, caso ofensivo e afastada hipótese do exercício de liberdade de consciência, poderá, inclusive, originar-se uma pretensão indenizatória. Ainda que não aludindo especificamente à pretensão de exercício da cláusula de objeção de consciência — mas compreende-se que aplicável à situação —, afirmou-se que

a recusa não oferecerá margem a qualquer reclamação desde que seu motivo permaneça no âmbito fechado da consciência íntima do recusante. Uma vez externado, pode fazer surgir a álea de uma ação de indenização, não pela recusa de contratar em si e por si, mas justamente pela ofensa que encerra à honra, à dignidade, ao brio em que o fato possa implicar. (CHAVES, 1997, p. 51)

Está-se a tratar aqui, como já visto, de duas questões: dos direitos configurados que se apresentam no caso e as restrições a estes. Primeiro, portanto, identificam-se os direitos presentes nas situações concretas – e que em uma análise *a priori* não estão sujeitos a qualquer espécie de restrição. Após, frente às circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, justificando-se e como o resultado de uma ponderação, chega-se a figura das restrições incidentes e, pois, ao direito que foi restringido; isto, pois “o direito fundamental para o caso concreto é sempre o resultado de uma ponderação” (CACHAPUZ, 2017, p. 45). Todavia, na medida em que o intérprete utilizará o enunciado do artigo 427 e/ou 429 do Código Civil no nível de princípios e não de regras, deverá desde logo fundamentar tal movimento, pois

el juez civil está sujeto *prima facie* al derecho civil válido, que se presenta en forma de leyes, precedentes y de dogmática sobre la cual existe consenso. Si, sobre la base de los principios de derecho fundamental, el juez civil quiere apatarse de esto, tiene que asumir la carga de argumentación.²⁰¹ (ALEXY, 2017, p. 480)

²⁰¹ Tradução livre: “o juiz civil está sujeito *prima facie* ao direito civil válido, que se apresenta em forma de leis, precedentes e da dogmática sobre a qual existe consenso. Se, sobre a base dos princípios de direito fundamental, o juiz civil que afastar-se disto, tem que assumir a carga de argumentação.”

Para a construção da interpretação, a fim de identificar a presença ou ausência da incidência da cláusula geral de ilicitude, o intérprete deverá em um primeiro momento ter a compreensão de quais os direitos e liberdades incidentes no caso concreto, ante a colisão de princípios em um caso de recusa a contratação, para então aplicar a ponderação. Claro é que se de um lado está a liberdade de consciência – a ser concretizada no ato de objeção –, de outro está, o direito à conclusão do contrato ou, ainda, de forma mais genérica, o direito de cada qual à igualdade de tratamento. Todavia, para além destes dois direitos, outros fatores incidem no caso concreto. Como, por exemplo, ocorre no caso *Masterpiece Cakeshop*, saber se há relevância diferenciar se a recusa é quanto ao objeto da prestação ou em relação ao sujeito da relação. Isto é, se o sujeito se opõe não a contratar com determinada pessoa, mas sim a determinada prestação, o direito à não-discriminação ganha peso suficiente a restringir a liberdade de consciência. Ora, esta é uma diferenciação dos casos, no primeiro o objeto da escusa recai sobre a prestação *per se* — o bolo — afirmando o confeitiro, inclusive, que venderia qualquer outro produto ao casal; já no segundo caso, a recusa é motivada não pela natureza da prestação, mas sim pelos sujeitos que compunham a relação jurídica. Há de se verificar se a extensão dessa conduta discriminatória alcança a recusa a uma determinada prestação em decorrência da natureza do objeto e não em razão da pessoa. Essa distinção e sopesamento será feita pelo intérprete na ponderação: assumem pesos distintos a objeção por força da prestação e por força do sujeito, podendo se pensar inclusive em uma escala, na qual quanto mais próximo de uma escusa fundada em característica do sujeito, mais próximo se estaria de caracterizar-se uma discriminação e, portanto, mais distante do exercício da liberdade de consciência.

Ao aplicar a ponderação, uma vez que os princípios são medidas de otimização e não imposição de um tudo ou nada como as regras, o intérprete ponderará não a objeção em si ante o caso concreto, mas sim a liberdade de consciência e em que medida esta poderá ser restringida. Ao final, caso prepondere tal liberdade, a regra do caso concreto será a objeção de consciência. Isto porque é a liberdade que comporta em si uma medida de otimização, sem que deixe de ser configurada. Ou seja, seria possível afirmar que no primeiro caso a liberdade de consciência alcançaria a recusa à fabricação de determinada coisa, mas restaria restringida para recusa ao atendimento de determinada pessoa.

Além disso, similar ao que restou decidido pela Suprema Corte Norte-americana no caso analisado, há de se ressaltar que ao intérprete não caberá fazer qualquer juízo de valor quanto ao motivo fundamentando a recusa — isto é, se este é bom ou ruim, por exemplo —

pois a convicção em si não está em julgamento, mas sim se a sua exteriorização e exercício é amparado pelo ordenamento jurídico, não o infringindo. Ou seja, “não significa que será julgada a consciência ou a seriedade das convicções do agente por padrões externos: por mas estranhas que sejam, desde que constituam elemento integrante da personalidade do objeto, devem ser respeitadas” (HERINGER JUNIOR, 2007, p. 47).

Ainda, na medida em que se fala da ponderação no caso da liberdade de consciência para extração no caso concreto da regra quanto ao exercício ou não da objeção de consciência, imperioso é a distinção das esferas da vida do sujeito. De modo que, em determinadas circunstâncias, restringe-se a liberdade de consciência à esfera mais íntima de um sujeito, não podendo a concreção do exercício desta no imperativo de consciência na esfera social.

Ao mesmo tempo em que há um direito à igualdade, a vida dos sujeitos se divide em esferas, nas quais a igualdade e a exclusividade se revelarão de diferentes formas e com diferentes intensidades, levando, pois, a distintos efeitos. Espaços estes que, além de coexistentes, são complementares um do outro. Os domínios, como estabelecidos por Hannah Arendt, “constituem espaços distintos de manifestação da experiência humana e, enquanto tal, exigem experiências de tutela jurídica também distintas” (CACHAPUZ, 2006, p.106) e seriam eles o privado, o social e o político. A identificação de cada um dos espaços permitirá, na situação concreta, verificar se a questão é afeta à vida privada ou se é, pelo contrário, destinada à visibilidade característica do público, possibilitando ao intérprete aplicar em cada uma delas, ante o caso, medidas diversas de restrição.

O domínio público é aquele destinado à coletividade e, portanto, o espaço da socialização e do compartilhamento de experiências, no qual há espaço à busca da universalidade. É, este, o espaço dedicado à igualdade, “em que se configura possível o desenvolvimento de políticas públicas tendentes à promoção de uma igualdade” (CACHAPUZ, 2017, p. 36), sendo que esta “não é um dado; é um construído” (LAFER, 2015, p. 370), igualando aqueles que são essencialmente diferentes. Foi quando se propôs a analisar o caso da dessegregação nas escolas americanas, ordenada pela Suprema Corte, que Hannah Arendt (2003) lançou mão da distinção entre os espaços público, social e privado. Para a autora, a esfera política é aquela na qual o princípio da igualdade se sobressairá, sendo apenas nele em que todos são verdadeiramente iguais, nas palavras da autora,

for equality not only has its origin in the political body; its validity is clearly restricted to the political realm. Only there are we all equals. Under modern conditions, this equality has its most important embodiment in the right to vote, according to which

the judgment and opinion of the most exalted citizens are on a par with the judgment and opinion of the hardly literate.²⁰² (ARENDR, 2003, p. 204)

Prevalece, neste domínio, o princípio da igualdade jurídica, isto é, há nela o direito a exigir um tratamento igualitário, pois é em “uma esfera política de desenvolvimento em que participa o indivíduo como cidadão, na atuação de um princípio de igualdade” (CACHAPUZ, 2006, p. 117). E será, esta esfera, o espaço da visibilidade, aquele “where nothing counts that cannot make itself seen and heard, visibility and audibility are of prime importance” (ARENDR, 2003, p. 199).²⁰³ Neste espaço da esfera política, no qual é predominante a igualdade, bem como no da privada, em que como se verá adiante prevalece a exclusividade, não pode haver espaço à discriminação. Em outras palavras, no espaço político, com a incidência abstrata do princípio da igualdade jurídica, não pode haver a sobressalência das diferenças. Diferente será na esfera social, uma vez que esta será reservada “à área de comunicação daquilo que é comum aos indivíduos no sentido de identificá-los por grupos, por interesses, por afinidades” (CACHAPUZ, 2017, p. 37).

No domínio da esfera social haverá o espaço para a diversidade cultural e este será, conforme Hannah Arendt (2003), marcado pela discriminação — pelas diferenças. Aqui deve-se entender discriminação como aquela que viabiliza a observância da diversidade pelo direito, “para a promoção de uma igualdade fática.” (CACHAPUZ, 2017, p. 37). Conforme diferencia Hannah Arendt,

what equality is to the body politic – its inner most principle – discriminations is to society. Society is that curious, somewhat hybrid realm between the political and the private in which, since the beginning of the modern age, most men have spent the greater part of their lives.²⁰⁴ (ARENDR, 2003, p. 205)

A esfera social seria, pois, o entremeio da privada e da política – uma “esfera híbrida” (LAFER, 2015, p. 370) -, aquela na qual adentramos ao sairmos do âmbito privado e antes de chegarmos ao político e tudo o que a igualdade nele representa. Ao adentrá-la os iguais terão a tendência a se unirem, construindo o domínio social com os mais diversos grupos e associações de pessoas por afinidades. Sendo que, neste domínio, o que será relevante não é a distinção

²⁰² Tradução livre: “A igualdade não só tem origem no corpo político; sua validade é claramente restrita ao domínio político. Só há nós somos todos iguais. Sob as condições modernas, essa igualdade tem sua incorporação mais importante no direito de voto, segundo a qual o julgamento e a opinião dos cidadãos mais exaltados se equiparam ao julgamento e opinião dos que são pouco instruídos”.

²⁰³ Tradução livre: “onde nada conta que não possa se fazer visto e ouvido, visibilidade e audibilidade são de grande importância”

²⁰⁴ Tradução livre: “o que a igualdade é ao corpo político — seu mais importante princípio — discriminação é para a sociedade. A sociedade é curiosa, um híbrido domínio entre o político e o privado, no qual, desde o começo da era moderna, a maioria dos homens tem passado a maior partes de sua vida”

entre as pessoas, mas sim as similaridades e as diferenças que as levarão a formarem os mais variados grupos, que identificar-se-ão e discriminar-se-ão entre si, nesta mesma esfera. Nela prevalecerá não o princípio da igualdade, mas sim o da diferenciação “apesar dos riscos do conformismo social que busca elidir a heterogeneidade” (LAFER, 2015, p. 370) Na verdade,

From the view point of the human person, none of these discriminatory practices makes sense; but then it is doubtful whether the human person as such ever appears in the social realm. At any rate, without discrimination of some sort, society would simply cease to exist and very important possibilities of free association and group formation would disappear.²⁰⁵ (ARENDT, 2003, p. 205)

Enquanto nas esferas do domínio público – política e social – há o predomínio da igualdade e das diferenciações em grupos, na esfera privada sobressai a singularidade de cada pessoa, que se concretiza por meio do princípio da exclusividade. É esta dedicada à intimidade, aquela na qual “we move and live together with other people”²⁰⁶ (ARENDT, 2003, p. 207). Afirmar Arendt (2016, p. 47) que a privacidade “foi descoberta não como oposto da esfera política, mas da esfera social com a qual é, portanto, mais próxima e autenticamente relacionada”, sendo o princípio da exclusividade justamente aquele destinado a combater o conformismo social, evitar a identidade ao sujeito.

A esfera privada é aquela em que, partindo da distinção daquilo que merece se ocultado e o que merece ser exibido, resta aquilo que se oculta, o que é mais íntimo ao ser. Sendo que, “a distinção entre os domínios público e privado, concebida mais do ponto de vista da privacidade que do corpo político, equivale à distinção entre o que deve ser exibido e o que deve ser ocultado.” (ARENDT, 2016, p. 88-89). Será nesta esfera em que haverá o livre desenvolvimento da personalidade, sendo que o princípio da igualdade se restringirá à garantia do espaço privado frente ao mundo das aparências – o espaço público. Para Hannah Arendt, conforme Lafer (2015, p. 331), dos direitos privados, aquele mais importante seria o direito à intimidade, o qual “tutela o direito do indivíduo de estar só e a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada” (LAFER, 2015, p. 332). O princípio da exclusividade viabiliza o resguardo daquilo que é íntimo à pessoa, sendo que, se no âmbito privado não poderia ser objeto de discriminação, no social, poderia sê-lo. Este espaço dedicado ao desenvolvimento da intimidade, o qual se constrói entre quatro paredes, viabiliza “o direito

²⁰⁵ Tradução livre: "Do ponto de vista de uma pessoa humana, nenhuma destas condutas discriminatórias fazem sentido, mas é duvidoso se o sujeito dessa forma alguma vez aparece no domínio social. De qualquer forma, sem algum discriminação, a sociedade simplesmente cessaria a sua existência e importantes possibilidades de livre associação e formação de grupos também desapareceriam."

²⁰⁶ Tradução livre: “nos movemos e vivemos juntos com outras pessoas”

de destoar da média social e viver, ainda que solitariamente, a sua diferença, a sua escolha” (CACHAPUZ, 2006, p. 129). Portanto, tem-se que na esfera privada estará aquilo que pode e dever ser ocultado – oposto ao que pode/deve ser mostrado; contudo, “nem tudo aquilo que dever ser oculto constitui uma privação ou representa algo moralmente condenável e vergonhoso, ou seja, tem para a comunidade política o efeito deletério da mentira” (LAFER, 2015, p. 362).

Ao trabalhar a discriminação como algo que ocorrerá na esfera social, mas que precisa ser evitado nas outras esferas, Hannah Arendt lança mão de dois exemplos: os resorts de férias destinados a uma determinado público, o que para ela estaria confinado ao domínio social; e o direito de se sentar onde bem entender em ônibus, o qual relaciona-se à prestação de serviços públicos e que, portanto, encontra-se no domínio público e, por conseguinte, não deveria ser objeto de discriminação. Pois, se por um lado

discrimination is as indispensable a social right as equality is a political right. The questions is not how to abolish discrimination, but how to keep it confined within the social sphere, where it is legitimate, and prevent its trespassing on the political and the personal sphere, where it is destructive.²⁰⁷ (ARENDRT, 2003, p. 206)

O que se quer afirmar é que apesar de viver e possibilitar a diferença e as associações em diferentes grupos, há de se ter em mente a necessidade de submeter as possibilidades concretas de agir a um exame de universalidade, capaz de testar a sua aplicabilidade a todos, pesando, pois, a premissa universal da igualdade jurídica. Diante disso, impõe-se refletir acerca da liberdade exercitada em um espaço de convivência, propondo-se a pensar “como conviver com a liberdade na medida em que se exige partilhar interesses, em sociedade, do ponto de vista político-jurídico, com base num princípio da igualdade” (CACHAPUZ, 2017, p. 38). O que se defende é que apesar de ser o espaço propício à ocorrência da discriminação, não está a se possibilitar escolhas de agir que não sejam racionalmente construídas e que não levem em consideração as expectativas dos outros, tornando os agires compatíveis. Logo, há que tornar compatíveis as liberdades, fazendo escolhas, que poderão tender à diferenciação – porém apenas quando confinadas à esfera social.

Assim, partindo dos casos descritos, para além das peculiaridades de cada um deles, intentou-se aqui trabalhar com uma noção geral, na qual um sujeito exercerá nas relações que

²⁰⁷ Tradução livre: “a discriminação é tão indispensável como direito social como a igualdade é um direito político. A questão não é como abolir a discriminação, mas como mantê-la confinada à esfera social, onde é legítima, e prevenir que ultrapasse ao domínio político ou privado, onde é destrutiva.”

constrói em seu cotidiano no âmbito do direito privado, o direito fundamental à liberdade de consciência — exercido através da objeção de consciência. Verificou-se que não se trata de conduta culposa, mas, sim, do exercício regular de um direito fundamental — que estaria mais próximo à esfera privada de cada um, mas com repercussões na esfera social, onde se relacionam os sujeitos em grupos — que poderá entrar em colisão com direito de outros sujeitos e, nessa medida, faz-se necessária a ponderação.

De forma que estabelecer as bases de onde o intérprete partirá, isto é, que o exercício da objeção de consciência se trata ao fundo quando na relação entre privado de colisão de liberdade, permite que racionalmente seja possível a restrição deste direito ou, ainda, a sua garantia. Assim, tem-se que a objeção de consciência, apesar de não previa mente limitada, pode ser restringida. Diante de peculiaridades de cada caso, por exemplo a obrigação do médico de encaminhar a gestante para outro profissional que realize o procedimento de aborto legal a que aquele se recusou, serão objeto da ponderação e da restrição à esta liberdade em determinada medida. Pensar em uma construção racional da argumentação, encarando o problema posto sob a perspectiva mais correta, é também garantir a realização dos direitos o em jogo.

Neste cenário, em que inclusive relevante o objeto da objeção, tem-se que a verificação desta restrição à liberdade de consciência deverá ser feita por meio da argumentação que exponha as razões suficiente à imposição neste caso de restrição a este direito tão sensível do sujeito. Isto porque

es inevitable la apertura del sistema jurídico provocado por los derechos fundamentales. Sin embargo, es una apertura de tipo calificado. No se trata aquí de una apertura en el sentido de la arbitrariedad o de la mera decisión. La base presentada confiere a la argumentación iusfundamental una cierta firmeza y, por medio de las reglas y formas de la argumentación práctica general y de la argumentación jurídica, la argumentación iusfundamental que se lleva a cabo sobre esta base, es estructurada racionalmente.²⁰⁸ (ALEXY, 2017, p. 508)

²⁰⁸ Tradução livre: “é inevitável a abertura do sistema jurídico provocada pelos direitos fundamentais. No entanto, é um a abertura de tipo qualificado. Não se trata aqui de uma abertura no sentido da arbitrariedade ou da mera decisão. A base apresentada confere à argumentação jusfundamental uma certa firmeza e, por meios das regras e das formas de argumentação prática geral e da argumentação jurídica, a argumentação jusfundamental que se leva a cabo sobre esta base é estruturada racionalmente.”

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo testar a aplicação da cláusula de objeção de consciência nas relações entre privados. Para tanto, primeiramente, estabeleceu-se a natureza jurídica de direito fundamental da objeção de consciência — que guarda relação com o exercício da liberdade de consciência. Também, ao abordar a dogmática, defendeu-se a distinção dos momentos de configuração e restrição de direitos fundamentais e a aplicação da teoria externa de restrição a direitos fundamentais e que o artigo 187 do Código Civil trata de hipótese de ilicitude objetiva e, ante a colisão de direitos, ao aplicá-lo o intérprete lançará mão da ponderação. Por fim, apresentou-se uma leitura aos artigos 427 e 429 do Código Civil, combinada com o artigo 187, para verificar-se a possibilidade de restrição do direito à conclusão do contrato ante a oposição do exercício de um direito fundamental.

Partindo destas compreensões sobre as relações jurídicas e as posições jurídicas dos sujeitos, passou-a à análise de dois casos. Desses, conforme já afirmado, pode-se extrair que em casos em que se estiver diante das alegações do exercício de escusa de consciência, a fim de verificar a configuração de tal direito, bem como a sua possível restrição, para uma correta apreciação das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso, o intérprete deverá, ao aplicar a teoria externa de restrição a direitos fundamentais, fazer uma ponderação entre os direitos colidentes. Ao fazê-lo, o intérprete verificará se há razões suficientes, ou não, para restringir o direito fundamental à liberdade de consciência.

Do contrário, viu-se que a tentativa de apreciação de casos similares em que haveria o exercício da liberdade de consciência, a partir dos elementos da ilicitude enunciados no artigo 186, isto é, a procura da culpa, não conduzirá à mais correta argumentação. Nesse sentido, não se está diante de uma conduta humana que vise a causar qualquer dano a outrem — muito menos de imperícia, negligência ou imprudência —, ou ainda uma ação que desafie a um enunciado normativo, mas, sim, do exercício de um direito que poderá colidir com o exercício de direito do outro em relação a quem se formara a relação jurídica. Ou seja, posições jurídicas opostas. Nessa medida, defendeu-se a ponderação como a mais correta forma de apreciar o caso e dar uma resposta concreta a este.

Da análise da decisão proferida nos autos do caso que tinha pretensão indenizatória em face da médica pediatra, depreende-se que a argumentação construída pelo intérprete, na medida em que estabelecidas as traves para aplicação dos artigos 186 e 927 do Código Civil,

mostrou-se insuficiente para o enfrentamento das circunstâncias fáticas apresentada no caso concreto. Ora, como defendido, estava-se diante de uma situação de colisão de liberdades e, nesse sentido, insuficiente a tentativa de extrair da conduta da médica um ato culposo e danoso. Caso tivesse sido construída argumentação enfrentando o exercício regular da liberdade de consciência, apesar da consequência jurídica talvez ser idêntica, a análise das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso teria sido mais ampla e, nessa medida, mais correta. Em sentido similar, depreende-se da análise da decisão da Suprema Corte Norte-americana, ainda que proferida em ordenamento jurídico com mentalidade diversa do brasileiro, que esta não logrou enfrentar de forma exaustiva a questão que se considera como o seu cerne — qual seja o exercício da liberdade de consciência — construindo argumentos no sentido da necessidade de neutralidade na análise da crença religiosa expressada para afastar as obrigações de fazer a que a confeitaria for condenada.

Diante do exposto neste trabalho, entende-se pela possibilidade da aplicação da cláusula de objeção de consciência não só nas relação entre sujeito e o Estado, como também nas relações entre os sujeitos a serem desenvolvidas no âmbito privado. Não só se vê a importância de aplicação deste direito fundamental, como também se entende que apenas a correta compreensão no caso concreto de que se está diante do exercício colidente de direitos — sendo um deles a liberdade de consciência — que poderá o intérprete chegar corretamente à conclusão que impõe ao titular deste direito uma restrição ao seu exercício. Ou seja, será apenas por meio de uma argumentação racional — e da ponderação — que o exercício da objeção de consciência poderá ser restringido ou, ainda, garantido — caso em que outro direito será restringido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos I: conceitos, fontes, formação**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

ARENDT, Hannah. **Crises da República**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1999. Tradução de José Volkmann.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 13. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2016.

ARENDT, Hannah. Reflections on Little Rock. In: ARENDT, Hannah. **Responsibility and judgement**. Nova Iorque: Schocken, 2003, p. 193-213.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

BRASIL. Constituição (1891). CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. Constituição (1934). CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. Constituição (1937). CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm#art119b>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. Constituição (1946). CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. Constituição (1967). CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVO DO BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. Constituição (1969). CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVO DO BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVO DO BRASIL**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. Decreto Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm#art406>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. **Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 23 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 09 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 13105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 3071, de 01 de janeiro de 1916. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 12 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 7716, de 05 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 09 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 8239, de 04 de outubro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8239.htm>. Acesso em: 09 jun. 2019.

BRASIL. Parecer do Relator Deputado João Campos (PSDB-GO) de 2013. **Projeto de Lei 6335/2009**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1176895&filenome=Parecer-CCJC-07-11-2013>. Acesso em: 09 jun. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 6335, de 2009. **Câmara dos Deputados**.

CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. **A obrigação pelo discurso jurídico**: a argumentação em temas de direito privado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2018.

CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro**: uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

CARRIO, Genaro. Introducción. In: HOHFELD, Wesley Newcomb. **Conceptos jurídicos fundamentales**. Mexico D.F.: Distribuciones Fontamara, 2009, p. 7-24.

CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pre-contratual**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1997.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2217, de 2018. **Código de Ética Médico**. Diário Oficial da União, Disponível em:

<<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. Porto Alegre: Emma, 1964.

COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2017. 11ª reimpressão.

DAY, Terri R.; WEATHERBY, Danielle. Contemplating Masterpiece Cakeshop. **Washington And Lee Law Review Online**, [s. L.], v. 74, p.86-102, 2017.

DIDIER, María Marta. El derecho a la objeción de conciencia: criterios para su interpretación. **Dikaion**, [s.l.], v. 24, n. 2, p.253-281, 1 maio 2016. Universidad de la Sabana. <http://dx.doi.org/10.5294/dika.2015.24.2.3>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Colorado Court Of Appeals. . nº 14CA1351. Charlie Craig and David Mullins v. Masterpiece Cakeshop, INC.. **370 Pacific Reporter, 3d Series**. p. 272-295. Disponível em: <<https://www.leagle.com/decision/incoco20150813050>>. Acesso em: 09 jun. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court Of The United States. Masterpiece Cakeshop V. Colorado Civil Rights Commission nº 16–111. Decidido em 4 jun. 2018. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111diff2_e1pf.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2019.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Obediencia al Derecho y objeción de conciencia**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1990.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Defensa de la objeción de conciencia como derecho general = In defense of a general right to conscientious objection. **Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad**, [s.l.], n. 15, p.85-101, 1 out. 2018. <Http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2018.4342>.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GÓMEZ ABEJA, Laura. **Las objeciones de conciencia**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.

HABERMAS, Jurgen. **A Ética da Discussão e A Questão da Verdade**. 3. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2016.

HECK, Luís Afonso. A ponderação no Código de Processo Civil. In: HECK, Luís Afonso. **Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2017. p. 105-140.

HECK, Luís Afonso. Apresentação. In: CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro**: uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 11-30.

HERINGER-JUNIOR, Bruno. **Objecção de consciência e direito penal**: justificação e limites. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. Tradução de Luís Afonso Heck.

HOHFELD, Wesley N.. Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. **Yale Law Journal**, [s. L.], v. 26, p.710-770, 1917.

HOHFELD, Wesley N.. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. **Yale Law Journal**, [s. L.], v. 23, p.16-59, 1913.

HOHFELD, Wesley Newcomb. **Conceptos jurídicos fundamentales**. México D.f: Distribuciones Fontamara, 2009.

IBGE. **Censo Demográfico 2010**: Características Gerais da População, Religião e Pessoas com Deficiência. Rio de Janeiro: Ibge, 2010.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: a contribuição de Hannah Arendt. Porto Alegre: Companhia das Letras, 2015.

LAFER, Celso. **Hannah Arendt**: pensamento, persuasão e poder. 3. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018.

LIPTAK, Adam. **In Narrow Decision, Supreme Court Sides With Baker Who Turned Away Gay Couple**. 2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/06/04/us/politics/supreme-court-sides-with-baker-who-turned-away-gay-couple.html>>. Acesso em: 09 jun. 2019.

MADEIRO, Alberto et al. Objeção de Consciência e Aborto Legal: Atitudes de Estudantes de Medicina. **Revista Brasileira de Educação Médica**, [s.l.], v. 40, n. 1, p.86-92, mar. 2016. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1981-52712015v40n1e02382014>.

MANERO, Juan Ruiz. Sistema Jurídico: lagunas y antinomias. In: LAGIER, Daniel González. **Conceptos Básicos del Derecho**. Madri: Marcial Pons, 2015. p. 47-64.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O novo Código civil brasileiro: em busca da "Ética da Situação". In: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 88-169.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 57-95.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NEJAIME, Douglas; SIEGEL, Reva B.. Conscience Wars: Complicity-Based Conscience Claims in Religion and Politics. **Faculty Scholarship Series**, [s. L.], p.2516-2591, 2015. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/5000/>. Acesso em: 09 jun. 2019.

NIEMI, Matti. **Hohfeld y el análisis de los derechos**. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2001.

NUSSBAUM, Martha. **Liberty of conscience**. Nova Iorque: Basic Books, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos da Onu nº ., de 10 de dezembro de 1948. . Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139423>>. Acesso em: 09 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Sobre Direitos Humanos nº ., de 22 de novembro de 1969. . Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 23 fev. 2019.

PEREIRA, Fabio Queiroz. **O ressarcimento do dano pré-contratual: interesse negativo e interesse positivo**. São Paulo: Almedina, 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral t. II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES-DE-MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte especial t. V**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte especial t. XXXVIII**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRIETO-SANCHIS, Luis. Desobediencia civil y objeción de conciencia. In: GARGALLO, Ignacio Sancho. **Objeción de conciencia y función pública**. Madri: Consejo General del Poder Judicial, 2006. p. 13-42.

PRIETO-SANCHÍS, Luis. Libertad y objección de conciencia. **Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos**, [s. L.], v. 54, p.259-273, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Comarca de Porto Alegre. Sentença. Processo nº 001/1.16.0052619-6. Em 19 dez. 2018.

SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 24. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

SARAMAGO, José. **Ensaio Sobre a Cegueira**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

SCHAPP, Jan. **Liberdade, moral e direito**: elemento de uma filosofia do direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. Tradução de Mariana Ribeiro de Souza.

UNIÃO EUROPÉIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia. 2012. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2012.326.01.0391.01.POR>. Acesso em: 21 jun. 2019.

UNIÃO EUROPÉIA. Corte Européia de Direitos Humanos. PICHON and SAJOUS v. FRANCE. Reports of Judgments and Decisions 2001. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-6353>>. Acesso em 12 de junho de 2019.

VEGA, Jesús. El sujeto de derecho y la relación jurídica de las modalidades deónticas a las posiciones jurídicas de Hohfeld. In: LAGIER, Daniel González. **Conceptos Básicos del Derecho**. Madri: Marcial Pons, 2015. p. 113-145.