

LUÍS EDUARDO GIRÃO MOTA

**OBJEÇÃO E ESCUSA DE CONSCIÊNCIA POR
IMPERATIVO DE CRENÇA EM FACE DE JURISPRUDÊNCIA
VINCULANTE DO STF: ANÁLISE DAS OBJEÇÕES AOS
JULGADOS DA ADPF 54, DA ADPF 132 (E DA ADI 4.277) E DA
ADI 4.275**

FORTALEZA

2025

Luís Eduardo Girão Mota

**OBJEÇÃO E ESCUSA DE CONSCIÊNCIA POR IMPERATIVO DE
CRENÇA EM FACE DE JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE DO STF:
ANÁLISE DAS OBJEÇÕES AOS JULGADOS DA ADPF 54, DA ADPF
132 (E DA ADI 4.277) E DA ADI 4.275**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito Constitucional (PPGD), da Universidade de
Fortaleza (UNIFOR), como requisito parcial para
obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Área de Concentração:

Aluno: Luís Eduardo Girão Mota

Orientador: Prof. Dr. Antonio Jorge Pereira Júnior

FORTALEZA

2025

Mota, Luís Eduardo Girão.

Objeção e escusa de consciência por imperativo de crença em face de jurisprudência vinculante do STF: análise das objeções aos julgados da ADPF 54, da ADPF 132 (e da ADI 4.277) e da ADI 4.275 / Luís Eduardo Girão Mota. - 2025 328 f.

Dissertação (Mestrado Acadêmico) - Universidade de Fortaleza. Programa de Mestrado Em Direito Constitucional, Fortaleza, 2025.

Orientação: Prof. Dr. Antonio Jorge Pereira Júnior.

1. Liberdade Religiosa. 2. Objeção de Consciência. 3. Supremo Tribunal Federal. 4. Jurisprudência Vinculante. I. Pereira Júnior, Prof. Dr. Antonio Jorge. II. Título.

Luís Eduardo Girão Mota

**OBJEÇÃO E ESCUSA DE CONSCIÊNCIA POR IMPERATIVO DE
CRENÇA EM FACE DE JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE DO STF:
ANÁLISE DAS OBJEÇÕES AOS JULGADOS DA ADPF 54, DA ADPF
132 (E DA ADI 4.277) E DA ADI 4.275**

BANCA EXAMINADORA

**Prof. Dr. Antonio Jorge Pereira Júnior (Orientador/Universidade de Fortaleza –
UNIFOR)**

Profa. Dra. Natércia Sampaio Siqueira (Membro/Universidade de Fortaleza – UNIFOR)

**Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho (Membro/Universidade Federal do Ceará –
UFC)**

DEDICATÓRIA

Aos meus filhos, Natália e Guilherme, que me inspiraram para trabalhar nesta obra como um legado.

A Deus, que sempre caminhou comigo, mesmo quando eu caminhei sem Ele.

AGRADECIMENTOS

Aos meus avós, Dazinha (Maria Solon) e Adail Mota (ambos em memória), pelo exemplo de solidez quase centenária.

Aos meus avós, Celso Girão (em memória) e Wilma Girão, pelos exemplos de justiça, de amor e de amor à justiça.

À minha esposa, Andréa Melo, que me orientou na Academia e fora dela, e que comeu um quilo de poeira comigo no interior do Ceará.

À família Melo: meus sogros, Adelmo (em memória) e Elza, e meus cunhados, Adelmo Júnior, Juliana e Viviane, por todo o suporte dado ao longo desses anos, pelo qual tornaram-se como pais e irmãos.

À minha mãe, Rachel Girão, que me possibilitou chegar até o início deste trabalho.

Ao meu pai, Fernando Sobreira, que me induziu a refinar meus pensamentos.

Ao professor Arnaldo Vasconcelos (em memória), que me ensinou a refinar meus pensamentos.

Ao professor Glauco Barreira Magalhães Filho, que me inspirou a escrever.

Ao professor Antonio Jorge Pereira Júnior, que abre caminhos na Academia.

A Deus, que sempre caminhou comigo, mesmo quando eu caminhei sem Ele.

RESUMO

Esta dissertação analisa o direito constitucional à objeção de consciência em face de da ADPF 54, ADPF 132, ADI 4.275, na Resolução 175/2013, do Conselho Nacional de Justiça, e na ADI 4.277. O inciso VIII do artigo 5º da Constituição Federal dispõe que “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”. Esta pesquisa examina se esse dispositivo pode ser interpretado no sentido de que, por motivo de crença religiosa bíblica, uma pessoa – especialmente um agente público – não seja punido por não cumprir dever funcional decorrente de julgado com efeitos *erga omnes* e vinculantes. Como metodologia, a pesquisa é documental e bibliográfica, de natureza teórica, com abordagem qualitativa e com objetivos exploratórios e prescritivos. Foi empregado o método genealógico para sondar as origens e os propósitos da laicidade do estado brasileiro, para examinar se a exceção constitucional do inc. VIII do art.5º da CF incide sobre crentes bíblicos demandados a prestar os referidos direitos positivados pela jurisprudência vinculante. Empregou-se também o método dedutivo da subsunção a regra obtida por analogia do artigo 438 do Código de Processo Penal, bem como da subsunção a regras do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Empregou-se também o método da ponderação entre os direitos de liberdade religiosa dos objetores e os direitos objetáveis positivados pela jurisprudência vinculante. Ao final, concluiu-se que existe, sim, um direito à escusa de consciência aos objetores que invocam imperativos éticos bíblicos para não colaborar para tais práticas cujos deveres funcionais derivam de obrigações estabelecidas por julgados vinculantes proferidos no exercício do controle de constitucionalidade. A partir dessa conclusão, foram propostas intervenções no ordenamento jurídico nacional para explicitar esse direito à objeção de consciência dos funcionários públicos, mesmo em face de direito positivado por jurisprudência vinculante.

Palavras-chave: Liberdade Religiosa. Objeção de Consciência. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Vinculante.

ABSTRACT

This dissertation examines whether there is a constitutional right to conscientious objection for those who refuse to collaborate to abort anencephalic babies (after the STF authorized this practice in ADPF 54), to cooperate to homosexual civil unions (after the STF and the CNJ instituted this practice in ADPF 132, ADI 4.275 and Res.175 /2013) or to formalize a change of sexual gender (and respective given name) in the Civil Registry (after the STF instituted this practice in ADI 4.277), as well as for those who refuse to collaborate for some consequent rights, such as, for example, refusing to collaborate for the adoption of a child or adolescent by two people of the same sex. Article 5 (VIII) of Brazilian Federal Constitution states that “no one shall be deprived of their rights for reasons of religious belief or philosophical or political conviction, unless they invoke them to exempt themselves from a legal obligation imposed on them and refuse to comply with an alternative provision established by law”. This research examines whether this provision can be interpreted to mean that, for reasons of biblical religious belief, a person - especially a public official - cannot be punished for failing to comply with a functional duty arising from a judgment with *erga omnes* and binding effects. The research, based on documentary and bibliographical sources, is of a theoretical nature, with a qualitative approach and exploratory and prescriptive objectives. The genealogical method was used to probe the origins and purposes of the secularity of the Brazilian state, in order to examine whether the constitutional exception in Article 5 (VIII) of the Federal Constitution applies to biblical believers who are required to provide the aforementioned rights established by binding case law. We also used the deductive method of subsuming the rule obtained by analogy from article 438 of the Code of Criminal Procedure, as well as subsuming the rules of the International Covenant on Civil and Political Rights and the American Convention on Human Rights. The method of weighing up the objectors' rights to religious freedom against the objectionable rights enshrined in binding case law was also used. In the end, it was concluded that there is a right to a conscience excuse for objectors who invoke biblical ethical imperatives in order not to collaborate in such practices whose functional duties derive from obligations established by binding judgments handed down in the exercise of constitutionality control. Based on this conclusion, interventions were proposed in the national legal system to make this right to conscientious objection explicit for civil servants, even in the face of a right established by binding case law.

Keywords: Religious Freedom. Conscientious Objection. Supreme Federal Court. Binding Jurisprudence.

LISTA DE ABREVIACÕES

AMM – Associação Médica Mundial
ASEAN – Association of Southeast Asian Nations
APA – American Psychological Association (Associação Psicológica Americana)
CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CADHP – Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos
CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CDHRI - Cairo Declaration on Human Rights in Islam (Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islã)
CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CFM – Conselho Federal de Medicina
CIC – Catecismo da Igreja Católica
CLAS – Council of the League of the Arab States
COFEN - Conselho Federal de Enfermagem
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CNU – Carta das Nações Unidas
COEA – Carta da Organização dos Estados Americanos
Corte IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos
DADDH – Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem
DDHC - Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão
DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos
ICE – Islamic Council of Europe
IELB – Igreja Evangélica Luterana do Brasil
LCMS – Lutheran Church Missouri Synod (Igreja Luterana do Sínodo de Missouri)
LDBE – lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional
LINDB – Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro
LOJ-CE – Lei de Organização Judiciária do Estado do Ceará
OEA - Organização dos Estados Americanos
OIC – Organisation of Islamic Cooperation
ONU – Organização das Nações Unidas
OUA - Organização da Unidade Africana
PIDCP – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
STF – Supremo Tribunal Federal
UE – União Europeia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. FATO E VALOR DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA RELIGIOSA EM FACE DA JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE DO STF

1.1 Definições de imperativo, objeção e escusa em relação à teoria do direito de John Austin como comando

1.2 Fato social: imperativos decorrentes de crença religiosa bíblica conflitantes com imperativos decorrentes de novos direitos jurisprudenciais

1.3 Valor individual: consciência religiosa bíblica como componente da personalidade protegido na axiologia da autonomia existencial e do direito ao livre desenvolvimento

1.4 Valor social: os valores e os fins originais do estado laico brasileiro na teleologia de Rui Barbosa

2. ANTE-FATO E ANTE-VALOR DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA RELIGIOSA

2.1 Ante-fato e ante-norma: breve história casuística da liberdade religiosa na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América

2.2 Ante-valor: genealogia da liberdade religiosa

2.2.1 Genealogia da liberdade religiosa: da contemporaneidade à modernidade

2.2.2 Genealogia da tolerância religiosa: da modernidade à antiguidade

2.2.3 Liberdade e tolerância religiosas como igualdade decorrente da dignidade humana bíblica

2.2.4 Cultura bíblica como fonte dos direitos fundamentais e humanos

3 - NORMATIZAÇÃO DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA RELIGIOSA BÍBLICA EM FACE DA JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE DO STF: ANÁLISE DA OBJEÇÃO AOS JULGADOS DA ADPF 54, DA ADPF 132 (E DA ADI 4.277) E DA ADI 4.275

3.1 Norma e não-norma

3.1.1 Aplicabilidade imediata da Constituição Federal

3.1.2 Lacuna legal

3.1.3 Analogia legal (analogia legis)

3.1.4 Costume

3.1.5 Princípios gerais de direito

3.2 Norma internacional: a regulamentação da objeção de consciência por subsunção aos tratados de direitos humanos que regulam a liberdade religiosa

3.2.1 Regulação pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos

3.2.2 Comparação com a regulação pelos sistemas de direitos humanos europeu, africano, sudestino-asiático e árabe-islâmico

3.3 Analogia sistemática com a regulamentação da objeção de consciência na legislação portuguesa (*analogia juris*)

3.4 Normatização: a ponderação entre os direitos dos objetores de consciência e os direitos à prestação objetada

3.4.1 Adequação

3.4.2 Necessidade

3.4.3 Ponderação propriamente dita

3.4.3.1 Sopesamento entre liberdade religiosa e aborto

3.4.3.2 Sopesamento entre liberdade religiosa e institucionalização jurisprudencial da homossexualidade

3.4.3.3 Sopesamento entre liberdade religiosa e institucionalização jurisprudencial da transexualidade

3.4.3.4 Fator comum a ser considerado nos sopesamentos com a institucionalização jurisprudencial da homo-transexualidade

3.4.3.5 Subjetividade dos sopesamentos

3.4.3.6 Aplicação das cargas de argumentação

3.5 Breve comentário sobre a execução da objeção de consciência

CONCLUSÃO

A. Conclusões

B – Propostas normativas

B.1 - Propostas de intervenção no ordenamento jurídico federal

B.2 - Propostas de intervenção no ordenamento jurídico estadual do Ceará

B.3 - Propostas de intervenção nos ordenamentos jurídicos municipais do Ceará

APÊNDICE 1: ANTEPROJETO DE LEI FEDERAL GERAL

APÊNDICE 2: ANTEPROJETO DE LEI ESTADUAL OU MUNICIPAL

REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

No ano 2012, o Supremo Tribunal Federal normatizou: “mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal” (Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental n.54). Com isso, o abortamento de anencéfalo deixou de ser classificado não apenas como crime, mas até mesmo como ato ilícito. Passou a ser tido como uma conduta lícita, permitida, como um direito.

No ano 2011, o mesmo STF instituiu união civil homossexual análoga à união estável regulada pelo Código Civil. Aplicou “interpretação conforme à Constituição” ao art.1.723 do Código Civil, proibindo “discriminação das pessoas em razão do sexo”, no que compreendeu o “plano da orientação sexual” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.4.277 e Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental n.132). Esse julgado conjunto oficializou a possibilidade de duas pessoas do mesmo sexo terem sua união factual reconhecida formalmente pelo Estado, isto é, como união *civil*, com todas as consequências jurídicas que esse tipo de reconhecimento implica – especialmente o direito à adoção bilateral de crianças e adolescentes, além de outros.

Em 2018 o STF possibilitou “alteração do prenome e do sexo no registro civil”, inclusive “pela via administrativa” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.4.275). Instituiu a mudança potestativa de “sexo” e do correspondente prenome no registro civil de pessoas naturais. Assim, positivou mais um novo direito sexual, também por via jurisprudencial. Desse novo direito positivo, podem derivar outros direitos que dependam da classificação sexual, como, por exemplo, licença-maternidade para adotante e menor tempo de contribuição previdenciária para que a mulher obtenha aposentadoria.

Em 2019 o STF criminalizou condutas rotuladas como “homo-transfobia” (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.26 e Mandado de Injunção n.4.733). Por esse julgado conjunto, a lei que tipifica os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor (Lei n.7.716/1989) deve ser aplicada, por analogia, a situações que envolvem preconceito à homossexualidade e/ou à transexualidade ou transgênderismo. Tal legislação viabiliza punir diversas condutas que anteriormente não eram constrangidas, como, por exemplo: recusar produzir um bolo temático de casamento civil homossexual (subsumível ao art.5º dessa lei), recusar hospedar uma pessoa nascida homem em um pensionato exclusivamente feminino (subsumível ao art.7º), recusar emprego a travesti em uma escola infantil (subsumível ao

art.4º), e, em combinação com o referido julgado conjunto da ADI 4.277, recusar celebrar casamento civil homossexual (subsumível ao art.14).

Todos os julgados listados acima detêm efeitos *erga omnes* e vinculantes, isto é, obrigam todos os juízos das instâncias inferiores do Poder Judiciário a tratar casos idênticos da mesma forma, e obriga todos os funcionários públicos com função executiva a adequarem suas condutas às novas regras jurídicas postas por esses julgados, nos termos do art.28, parágrafo único, da Lei nº9.868/1999¹, e do art.10-§3º da Lei nº9.882/1999². As normas criadas por esses julgados funcionam efetivamente como leis: vigem a favor de todos cujas pretensões com elas concordem, e vigem contra todos os que delas discordem. Nesse conjunto de julgados, nessa jurisprudência, o STF exerceu atividade legiferante *de facto*.

Não apenas o julgado da ADO 26, mas todos os demais listados acima, proferidos no controle concentrado de constitucionalidade, positivam não apenas direitos: positivam deveres sobre todos os brasileiros. O novo direito ao aborto de anencéfalo implica o dever de terceira pessoa abortá-lo, e implica o dever de alguém autorizá-lo – geralmente uma autoridade judiciária – nos casos concretos. O novo direito de união estável homossexual implica o dever de registrá-la em cartório de registro civil, de processar seu reconhecimento em juízo, de processar, em juízo, partilha de bens decorrente desse reconhecimento, de processar administrativamente benefícios previdenciários dela decorrente. O novo direito de mudança potestativa de gênero sexual implica o dever de registrá-la em cartório, de processar administrativamente benefícios previdenciários dela decorrente, de chamar a pessoa pelo nome e pelo pronome correspondentes ao gênero sexual por ela preferido. Os novos direitos sexuais e reprodutivos positivados pela jurisprudência vinculante podem implicar a positivação de novos deveres sexuais e reprodutivos a quem é demandado a colaborar para a sua realização.

Ingo Sarlet esclarece que um *direito à prestação* é aquele em que o seu titular pretende de outrem o cumprimento de uma conduta. No direito à prestação, o seu titular pode exigir

1 Art.28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

2 Art.10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. §3ºA decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

uma ação da parte de outra pessoa, o “destinatário” (Sarlet, 2018, p.268)³. Essa conduta positiva que se pretende de outrem pode vir a não ocorrer, ou seja, pode ser inadimplida, o que configuraria uma violação do direito. Tome-se por exemplo o novo direito reprodutivo de abortar feto anencéfalo. Se uma gestante exigir do sistema de saúde pública que um médico mate o feto, demanda então que a Administração Pública providencie funcionários públicos que *façam* isso. Há um direito prestacional na relação entre a gestante e o Estado: para executar o direito de abortar, é necessário que pessoas em nome do Estado desempenhem condutas comissivas, que efetuem uma prestação. Se ocorrer de um médico público (obstetra ou anestesista, por exemplo) não colaborar para abortar, estaria ele violando o direito da mulher à prestação. Semelhantemente, qualquer outro funcionário do sistema de saúde pública demandado para auxiliar no procedimento de aborto (enfermeiros, técnicos de enfermagem) estariam, *prima facie*, obrigados a prestar a ação de abortar. Até mesmo os funcionários que exercem funções preponderantemente burocráticas e documentais do sistema de saúde pública parecem obrigados a fazer algo em prol desse aborto, como, por exemplo, auxiliar o registro da escalção das equipes cirúrgicas. Se eventualmente não prestarem suas respectivas ações funcionais porque não queiram tomar parte no ato de abortar, arriscam-se a ser enquadrados no crime de prevaricação, do Código Penal: “Art.319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício..., para satisfazer... sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa”. Tanto a não-prestação como a simples demora em realizar a prestação podem ser interpretadas como configuração de crime.

Se ocorrer de um desses funcionários da saúde pública receber uma ordem direta de um superior hierárquico para prestar o serviço – isto é, para prestar o novo direito reprodutivo da mãe –, participando da ação abortiva, e, mesmo assim, persistir na não-prestação, arrisca-se a ser incriminado no tipo de desobediência, também do Código Penal: “Art.330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa”. Se outro funcionário público tomar conhecimento da aparente prevaricação e deixar de providenciar punição ao suposto prevaricador, arrisca-se a incidir no crime de condescendência criminosa: “Art.320 - Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa”.

³ Tem-se ciência do costume metodológico de não efetuar citações bibliográficas ou documentais nas introduções de textos acadêmicos. No entanto, considerando a complexidade, as sutilezas e a sensibilidade dos temas tratados, julgou-se necessário excepcionar esse costume, informando importantes bases fundamentais suas, para a correta compreensão do objeto de pesquisa.

A não-colaboração do profissional da saúde pública à prestação pretendida pela paciente-gestante pode ser interpretada como crime por autoridades encarregadas da persecução criminal. Pode ser interpretada também como infração administrativa disciplinar. O regime jurídico dos servidores públicos civis da União Federal (Lei n.8.112/1990), por exemplo, normatiza: “Art.117. Ao servidor é proibido: IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço”. Todas essas omissões tipificadas como ato ilícito podem ensejar, ainda, a responsabilidade civil do funcionário não-prestador por eventuais danos corporais ou morais à titular do direito à prestação, conforme arts.121, 122, 124 e 125 da Lei n.8.112.⁴

Todos esses riscos que pairam sobre funcionários da saúde pública podem pairar também sobre funcionários judiciários. No Brasil costuma-se pedir permissão ao Judiciário para abortar, nos casos em que o Código Penal despenaliza a conduta, como nos casos de gravidez resultante de estupro. Agentes do Judiciário podem igualmente vir a ser demandados para processar e autorizar a realização de aborto de anencéfalo, como decorrência da norma posta pela ADPF 54.

Na esteira da legislação da ADI 4.277 e da ADPF 132, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) outorgou norma geral e abstrata que instituiu o casamento civil homossexual em todo o Brasil (Resolução n.175/2013). Em seguida a Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará baixou norma geral e abstrata que instituiu essa nova modalidade de casamento civil em todos os cartórios de registro civil (Provimento n.02/2013). Assim, a partir do novo direito sexual à união estável homossexual, positivado pela jurisprudência do STF, derivou-se outro direito sexual, ao casamento civil homossexual, positivado por outro órgão superior do Poder Judiciário.

O casamento civil também se configura como direito à prestação. Há nele uma relação jurídica entre os nubentes e o Estado, bem como há relações jurídicas entre o Estado e todos os agentes públicos que tem o poder-dever (competência) de praticar atos na celebração do casamento e no respectivo e anterior processo de habilitação, conforme previsto nos arts.1.526 a 1.535 do Código Civil e nos arts.67 a 70 da Lei de Registros Públicos: o oficial do Registro

⁴ Art.121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições. Art.122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros. Art.124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função. Art.125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

Civil⁵, o promotor de justiça⁶, o juiz de paz⁷, o juiz de direito⁸ e todos os seus respectivos auxiliares. Todos esses agentes públicos que não colaborem para um casamento civil homossexual arriscam-se a persecução penal pelos mesmos crimes de prevaricação, desobediência e condescendência criminosa, ou, após o trânsito em julgado da ADO 26 e do MI 4.733, do novo crime de “homo-transfobia”. Os atos de reconhecimento e registro de união estável também decorrem de um direito à prestação. Por isso, essa mesma lógica punitiva paira sobre agentes públicos do Sistema de Justiça – cartorários, judiciários, do Ministério Público, da Defensoria Pública etc. – que se recusem a praticar atos processuais ou registrai para fins de reconhecimento de união estável homossexual (nos termos do art.94-A da LRP)⁹, ou que não colaborem com a averbação de sobrenome de companheiro de união estável dessa modalidade (nos termos do art.57-§2º da LRP)¹⁰.

Do mesmo modo, o novo direito de alterar (“retificar”) sexo e nome no registro civil de pessoas naturais depende de prestação estatal, nos termos dos arts.109 a 112 da LRP¹¹. Logo a mesma lógica punitiva paira sobre funcionários que não colaborem para a prática de atos

5 Art.1.526. A habilitação será feita pessoalmente perante o oficial do Registro Civil, com a audiência do Ministério Público. Art.1.527. Estando em ordem a documentação, o oficial extrairá o edital, que se afixará durante quinze dias nas circunscrições do Registro Civil de ambos os nubentes, e, obrigatoriamente, se publicará na imprensa local, se houver.

Art.1.528. É dever do oficial do registro esclarecer os nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento, bem como sobre os diversos regimes de bens. Art.1.530. O oficial do registro dará aos nubentes ou a seus representantes nota da oposição, indicando os fundamentos, as provas e o nome de quem a ofereceu. Art.1.531. Cumpridas as formalidades dos [arts. 1.526 e 1.527](#) e verificada a inexistência de fato obstativo, o oficial do registro extrairá o certificado de habilitação.

6 Art.1.526, supra

7 Competências fixadas na Constituição Federal: “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação”. Competências fixadas no Código Civil: “Art.1.533. Celebrar-se-á o casamento, no dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade que houver de presidir o ato, mediante petição dos contraentes, que se mostrem habilitados com a certidão do [art.1.531](#). Art.1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: ‘De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados’”.

8 Art.1.526.(...) Parágrafo único. Caso haja impugnação do oficial, do Ministério Público ou de terceiro, a habilitação será submetida ao juiz. Também os arts.1.533 e 1.535, reproduzidos acima.

9 Art.94-A. Os registros das sentenças declaratórias de reconhecimento e dissolução, bem como dos termos declaratórios formalizados perante o oficial de registro civil e das escrituras públicas declaratórias e dos distratos que envolvam união estável, serão feitos no Livro E do registro civil de pessoas naturais em que os companheiros têm ou tiveram sua última residência, e dele deverão constar:

10 Art.57 (...) §2º Os conviventes em união estável devidamente registrada no registro civil de pessoas naturais poderão requerer a inclusão de sobrenome de seu companheiro, a qualquer tempo, bem como alterar seus sobrenomes nas mesmas hipóteses previstas para as pessoas casadas.

11 Art.109. Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório. [...] Art.110. O oficial retificará o registro, a averbação ou a anotação, de ofício ou a requerimento do interessado, mediante petição assinada pelo interessado, representante legal ou procurador, independentemente de prévia autorização judicial ou manifestação do Ministério Público, nos casos de:

processuais ou registrais para fins dessas alterações por motivo de transexualidade ou transgenderismo.

Como decorrência lógica do novo direito de casamento e do novo direito de união estável, deriva-se um novo direito familiar: o direito de adoção conjunta de crianças e adolescentes, de modo que dois homens ou duas mulheres sejam constituídos como ascendentes e detentores de poder familiar sobre menores de idade, nos termos do art.42-§2º do Estatuto da Criança e do Adolescente¹² e art.1.619 do Código Civil¹³, combinados com arts.1.630 e seguintes do CC¹⁴. A adoção conjunta também consiste em um direito prestacional, de modo que os mesmos riscos de sanções assombram funcionários estatais que não colaborem para uma adoção conjunta homossexual.

Um problema surge quando a conduta de “retardar ou deixar de praticar... ato de ofício” decorrer de um imperativo de consciência do não-colaborador por causa de uma crença religiosa ou de uma convicção filosófica ou política. Parece não haver dúvida de que tal imperativo de consciência enquadra-se na descrição típica “para satisfazer... sentimento pessoal”, do crime de prevaricação do CP art.319. Porém surge a dúvida de se, diante de tal motivo, configura-se circunstância significada pelo termo textual “indevidamente” do mesmo *caput* do art.319. A solução de tal dúvida determina se o não-colaborador incide ou não no crime de prevaricação, e, por conseguinte, determina se há cabimento para materialidade dos crimes consequentes de desobediência e/ou de condescendência criminosa. Seguindo-se a mesma lógica, surge também a dúvida de se os referidos motivos de crença ou convicção para a conduta “opor resistência... ao andamento de... processo ou execução de serviço” configura ou não o significado do termo textual “injustificada” no art.117-IV da Lei n.8.112/1990. A solução dessa dúvida determina se se configura ou não infração administrativa disciplinar.

Ainda na mesma trilha de raciocínio, surge a dúvida de se tais imperativos de consciência configuram alguma causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade no novo crime de homo-transfobia.

A Constituição Federal de 1988 parece fixar regra que soluciona a dúvida:

Art.5º - (...)

12 Art.42 (...) §2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família

13 Art.1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da [Lei no.8.069, de 13 de julho de 1990](#)-Estatuto da Criança e do Adolescente.

14 Art.1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

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;

O termo textual “privado de direitos” parece abranger as penas e sanções disciplinares comumente aplicáveis aos que se conduzem nos termos dos tipos penais e infracionais-administrativos listados acima. Já o termo textual “ninguém” parece abranger funcionários públicos prestadores de serviço. Essas interpretações iniciais podem ser questionadas. Porém esse dispositivo constitucional levanta questões mais difíceis. Não se controverte que a obrigação de um funcionário público prestar o serviço público das funções de seu cargo enquadre-se no termo textual “obrigação legal”, porém, se a prestação demandada ao funcionário público decorre não da Lei, mas da jurisprudência vinculante que decide uma matéria supostamente constitucional, o termo “obrigação legal” pode ter seu alcance jurídico estendido para significar também “obrigação *jurisprudencial*” ou “obrigação *implicitamente constitucional*”?

Esta pesquisa tem como objetivo geral analisar o direito constitucional de objetar ao cumprimento de deveres funcionais decorrentes de julgados vinculantes dos tribunais superiores brasileiros, bem como propor meios de assegurar sua efetivação. Como objetivos específicos, pretende: 1) identificar quais crenças religiosas na realidade social brasileira objetam aos julgados vinculantes que permitem o aborto ou que oficializam a homo-transsexualidade; 2) avaliar se o acolhimento dessas objeções religiosas é congruente com os valores e os princípios dos direitos da personalidade e da laicidade do estado brasileiro; 3) avaliar em que medida o direito à objeção de consciência prevalece, em caso de conflito, sobre os direitos positivados por esses julgados vinculantes.

A pesquisa justifica-se porque os julgados vinculantes listados acima, apesar de afetar a todos os brasileiros, não consideraram todas as consequências que deles poderiam resultar. Apesar dos longos votos neles exarados pelos ministros do STF, nenhum tópico neles trata, com profundidade, da possibilidade de alguém recusar-se a colaborar para concretizar os novos direitos postos por causa de imperativo de consciência. O mais próximo que o STF chegou dessa cogitação foi no julgado da ADO 26, quando, uma única vez, refere-se a imperativo de consciência, para tratar apenas da liberdade de expressar opinião religiosa contrária à homo-transsexualidade (p.481), mas não para tratar da liberdade de prática religiosa que implica a abstenção de tomar parte na aprovação de tais atos. A mesma jurisprudência que adicionou novos direitos ao rol de direitos fundamentais ignorou o relevante assunto do potencial dissenso que ela mesma é capaz de provocar nos seus jurisdicionados, colocando-os,

assim, sob o risco de serem criminalmente perseguidos e tolhidos de seus direitos fundamentais que já estavam consolidados, pelo texto da Constituição, até o surgimento dessas inovações desse tribunal.

Essa jurisprudência selecionada positivou novos direitos sexuais, reprodutivos e familiares, inovando profundamente na ordem jurídica brasileira, contrariando valores religiosos de grandes porções da população. Segundo Grégor Puppink, o direito à objeção de consciência tem sido mais reivindicado como consequência do “crescente pluralismo da sociedade e da desconexão entre a lei e a moral” (Puppink, 2021, p.11). Esse conjunto de julgados também desafia princípios do regime democrático como eram compreendidos até então, pois ela também ultrapassou limites textuais de dispositivos legais – e até mesmo constitucionais – que até então eram tidos como intransponíveis por órgãos judiciários: a autorização de aborto de anencéfalos menosprezou a proteção da vida *desde a concepção*, inscrita no art.4º-§1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁵; a instituição da união estável homossexual menosprezou a sua definição como relacionamento *entre um homem e uma mulher*, inscrita no art.226-§3º da Constituição Federal¹⁶; a criminalização da “homo-transfobia” menosprezou a *necessidade de lei* para criar crimes, inscrita no inc.XXXIX do art.5º da mesma CF¹⁷. Essa relativização serial de textos normativos caros à doutrina jurídica tradicional e conformes os costumes sociais configura também um desafio às concepções até então predominantes de estado de direito e aos limites dos poderes de um poder constituído que eram implicadas por essas concepções. A falta de autocontenção do STF para legiferar nesses temas diante até mesmo de um direito declarado invulnerável pela própria Constituição Federal – caso do mencionado inc.XXXIX do art.5º da CF, segundo o art.60-§4º-IV da mesma CF¹⁸ – suscita dúvidas de se o sentido textual do inc.VIII do mesmo art.5º conseguiria resistir a outra futura e eventual decisão inovadora do mesmo STF que também relativizasse o direito fundamental de objeção de consciência. Uma vez que o STF é incumbido de ser o guardião precípua da Constituição (CF art.102, *caput*)¹⁹, como se pode garantir que o relevante direito constitucional de objeção de consciência continue sendo guardado, depois que o guardião já exemplificou que guarda a carta magna de modo diverso do que muitos brasileiros razoavelmente esperariam que ela fosse guardada?

15 Art.4-§1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

16 Art.226 (...) § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

17 Art.5º (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

18 Art.60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

19 Art.102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

A pesquisa tem caráter exploratório. Aplicou-se o método qualitativo. Foram consultadas fontes bibliográficas e documentais. Quanto aos documentos, além de leis federais que possam servir de paradigma para analogia, consultaram-se leis estaduais que tratam de liberdade religiosa, códigos de ética de profissionais da saúde, tratados internacionais de direitos humanos – seja o Brasil deles signatário ou não –, leis portuguesas análogas, declarações de direitos historicamente relevantes e constituições estrangeiras, bem como jurisprudência que interpreta os dispositivos constitucionais. A bibliografia consultada consiste em livros e em artigos de periódicos brasileiros e portugueses, bem como de obras filosóficas fundamentais, na medida em que elas parecem influenciar as declarações de direitos e os julgados que interpretam os direitos fundamentais e humanos.

No capítulo 1, tratamos dos fatos e dos valores da objeção de consciência por imperativo de crença religiosa. Seu objetivo é identificar quais fatos socioculturais constituem conflitos entre norma ética jurídica estatal jurisprudencial e norma ética moral religiosa na consciência do objetor, isto é, quais crenças religiosas apresentam, objetivamente, imperativos de consciência que se opõem aos deveres funcionais decorrentes desses julgados vinculantes, nos termos da teoria imperativa do direito de John Austin, que entende o direito essencialmente como comandos emitidos por autoridades sob risco de punição. Para tanto, examinaram-se documentos que detêm autoridade dentro do universo da crença religiosa majoritariamente infensa à colaboração com tais julgados, como documentos oficiais de congregações religiosas e os textos por elas tidos como escrituras sagradas, abrangendo tanto congregações que tem uma grande quantidade de adeptos quanto aquelas cujos documentos oficiais reagem diretamente aos julgados vinculantes do STF. Também é objetivo desse capítulo identificar o valor que esses imperativos têm na consciência do crente, como componentes de sua personalidade, identidade e autonomia existencial, e, portanto, identificar os valores que funcionam como critérios sobre os fatos sociais, sob o crivo da doutrina civilista que ressalta o livre desenvolvimento da personalidade como um direito, bem como sob o crivo da teleologia da laicidade brasileira original nos termos do pensamento de Rui Barbosa.

No capítulo 2, examinam-se as jurisprudências. No subcapítulo 2.1 examina-se a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América que tratou de vários casos concretos de objeção de consciência religiosa, à luz da cláusula de livre exercício da religião (*free exercise clause*), contida na Primeira Emenda de sua constituição federal. Reputa-se importante esse estudo porque demonstra o desenvolvimento jurídico das premissas constitucionais pertinentes no ordenamento jurídico americano, cujo modelo de relação

estado-religião foi o modelo explicitamente inspirador do modelo do Brasil republicano, segundo o constituinte Rui Barbosa. A jurisprudência suprema americana aborda uma grande variedade de práticas religiosas, que reflete a heterogeneidade atual daquela sociedade, que compreende não apenas a religiosidade cristã protestante dos fundadores daquelas colônias (e daquela nação) e daqueles estados (e daquela federação), mas também a de judeus, a de correntes do chamado “cristianismo de fronteira” (por exemplo, testemunhas de Jeová, adventistas do sétimo dia e mórmons), a de religiões de matriz nativa-ameríndia e as religiões de matriz africana mais recentemente chegadas – e também um caso de uma religião originariamente brasileira.

No subcapítulo 2.2 examina-se a história da liberdade religiosa no Ocidente, a fim de sondar a teleologia, a axiologia e a deontologia da liberdade religiosa e do direito à objeção de consciência. Essa história da liberdade religiosa usa do método genealógico, partindo das fontes de direito positivo hierarquicamente mais altas e mais recentes – as declarações de direitos humanos dos sistemas de proteção global e interamericano – para rastrear quais fontes de direito positivo historicamente anteriores compartilham seu conteúdo. Essa comparação textual regride até onde foi possível obter documentos jurídicos cujos textos compartilham conteúdos. Essa comparação regressiva abrange também obras filosóficas notoriamente influentes na formação do senso comum da filosofia política, obras essas que historicamente precederam os documentos jurídicos examinados e com eles compartilham conteúdo eidético. O objetivo dessa genealogia é identificar a origem e a cadeia das concepções atuais sobre a liberdade religiosa.

No capítulo 3 passamos à abordagem normativa do problema, constatando uma lacuna legal no ordenamento jurídico brasileiro sobre regulação da objeção de consciência contrária a obrigação decorrente de julgado vinculante que trata de matéria jurídica cujo status hierárquico é constitucional. A busca da solução segue então a sequência prescrita no art.4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: tentam-se analogias com leis que regulam outros casos hipotéticos de objeção de consciência (*analogia legis*); considera a objeção sob a ótica dos costumes; e discute o que poderia ser considerado princípio geral do direito apto a colmatar a lacuna. Objetivo desse capítulo é subsumir a objeção de consciência em face de jurisprudência vinculante ao direito de liberdade religiosa previsto nas normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, comparando os resultados com os que poderiam ser extraídos da aplicação de dispositivos normativos correspondentes nos sistemas europeu e africano de proteção aos direitos humanos, bem como na legislação portuguesa (*analogia juris*), a qual já tratara tanto dos

novos direitos sexuais, reprodutivos e familiares quanto da objeção a prestá-los. Outro objetivo do capítulo é ponderar os princípios que lastreiam o direito à objeção de consciência com os princípios que lastreiam os novos direitos sexuais, reprodutivos e familiares, cujas prestações são objetáveis.

Na conclusão espera-se que os resultados obtidos possam complementar as normas atualmente existentes no ordenamento jurídico brasileiro, refinando a regulação atual sobre os fatos sociais que são as objeções de consciência por crença religiosa bíblica, para que ela seja capaz de solucioná-los para as peculiares ocasiões em que a objeção for levantada em face da concretização de um direito positivado por julgado vinculante. Espera-se que o direito positivo brasileiro seja complementado com tal detalhamento, seja no nível legal, seja no nível das resoluções do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público.

Esta dissertação trata diretamente de casos nos quais a objeção de consciência por crença religiosa bíblica contrapõe-se *a jurisprudência vinculante*. Para deixar claro o limite do objeto de pesquisa, convém delimitar também sobre o que esta dissertação *não trata diretamente*. Este artigo não trata diretamente de objeção de consciência *contra legen*, isto é, não trata de objeção *direta contra a lei*. Dito isso, convém exemplificar sobre o que este trabalho não trata diretamente – aquilo que, se porventura tratar, trata apenas indiretamente:

Este trabalho não trata de objeção de consciência por crença religiosa bíblica contraposta *à Lei*. Um caso hipotético dessa classificação seria a prática de algumas igrejas cristãs de fornecer vinho, juntamente com pão, a adolescentes, como parte do ritual da Santa Ceia (eucaristia)²⁰. Essa conduta contrapõe-se ao dever decorrente de tipificação criminal da Lei n.8.069/1992 (Estatuto da Criança e do Adolescente): “Art.243. Vender, fornecer, servir, ministrar ou entregar, ainda que gratuitamente, de qualquer forma, a criança ou a adolescente, bebida alcoólica ou, sem justa causa, outros produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica:”. O imperativo estatal que se contrapõe ao imperativo da consciência dos cristãos fornecedores de vinho consiste em um imperativo claramente decorrente do texto da lei, e não de um imperativo que um órgão superior do Poder Judiciário deduziu como implícito a partir de textos legais claros. A necessidade de delimitar o tema

20 Essa prática decorre de um imperativo evangélico: “Quando chegou a hora, Jesus e os seus apóstolos reclinaram-se à mesa. (...) Recebendo *um cálice*, ele deu graças e disse: ‘*Tomem isto e partilhem uns com os outros*. Pois eu lhes digo que não *beberei* outra vez *do fruto da videira* até que venha o Reino de Deus’. Tomando o pão, deu graças, partiu-o e o deu aos discípulos, dizendo: ‘*Isto é o meu corpo dado em favor de vocês; façam isto em memória de mim*’. Da mesma forma, depois da ceia, tomou o cálice, dizendo: ‘*Este cálice é a nova aliança no meu sangue, derramado em favor de vocês*’.” (Lucas, cap.22, vv.14-20, grifos nossos. Semelhantemente em Marcos cap.14, vv.22-25; e em Mateus cap.26, vv.26-29)

deixa de fora a possibilidade de tratar desse assunto por dois motivos. Primeiro, porque a redação do inc.VIII do art.5º da Constituição Federal parece deixar mais clara a escusa como solução para objeções de consciência manifestadas em face de “obrigação legal”. Segundo, porque a conduta de fornecer vinho consiste em uma conduta ativa, comissiva, em uma ação, e não em uma omissão, como as não-colaborações para a concretização dos direitos objetáveis positivados pela jurisprudência vinculante.

Outro caso hipotético de objeção de consciência por crença religiosa bíblica contraposta à *Lei*, da qual este trabalho não trata diretamente, é a recusa em colaborar para o divórcio. Correntes cristãs recusam-se a auxiliar o divórcio²¹, o que pode ensejar que alguns funcionários cartorários (do Registro Civil), do Ministério Público e do Poder Judiciário objetem a prestar o direito positivo legal ao divórcio, previsto no Código Civil: “Art.10. *Far-se-á averbação em registro público: I - das sentenças que decretarem a nulidade ou anulação do casamento, o divórcio, a separação judicial e o restabelecimento da sociedade conjugal;*” (grifo nosso)²². Semelhantemente, correntes cristãs recusam-se a auxiliar pessoas já casadas uma vez a se casarem uma segunda vez com outra pessoa, desde que o (ex-)cônjuge do pretendo casadouro ainda esteja vivo, e desde que a separação ou o divórcio anterior não tenha ocorrido por violação daquele (ex-)cônjuge do dever de fidelidade sexual, porque entendem que tal segundo casamento importaria em colaborar para o adultério alheio²³, o que pode ensejar que os funcionários eventualmente demandados objetem a prestar o direito positivo legal ao casamento civil (ou à constituição de união estável): “Art.1.525. O requerimento de *habilitação para o casamento* será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos: V - certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do *registro da sentença de divórcio*” (grifo nosso).

21 Em obediência a imperativo evangélico: perguntaram a Jesus: “É permitido ao homem divorciar-se de sua mulher?”; ao que ele respondeu, ordenando: “... o que Deus uniu, ninguém o separe” (Marcos, cap.10, vv.2-9. Semelhantemente em Mateus cap.19, vv.3-6). Os crentes bíblicos judeus podem deduzir o mesmo imperativo da profecia de Malaquias expressada no seu cap.2, vv.13-16.

22 Ou que objetem a colaborar para a dissolução da união estável – para as correntes que interpretam que o casamento consuma-se com a coabitação e com as relações sexuais, independentemente de haver uma celebração pública solene. O Código Civil dispõe: “Art.1.562. Antes de mover a *ação* de nulidade do casamento, a de anulação, a de separação judicial, a *de divórcio* direto ou a de dissolução de união estável, poderá requerer a parte, comprovando sua necessidade, a separação de corpos, que será concedida pelo juiz com a possível brevidade. [...] Art.1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua *conversão em divórcio*. §1º-A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou. §2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

23 Deduzido do complemento do já referido imperativo evangélico, no qual Jesus diz: “Todo aquele que se divorciar de sua mulher e se casar com outra mulher estará cometendo adultério contra ela. E, se ela se divorciar de seu marido e se casar com outro homem, estará cometendo adultério” (Marcos, cap.10, vv.10-12; também em Mateus, cap.26, vv.7-9).

Também não tratamos diretamente da objeção a colaborar para aborto “se não há outro meio de salvar a vida da gestante” ou “se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”, pois essas são causas de despenalização previstas na própria Lei (Código Penal, art.128, incs.I e II). A Lei afirma que tais hipóteses de aborto consistem em crimes sem pena: “*Não se pune o aborto praticado por médico*” (cabeça do art.128, grifo nosso). É controvertida se tal despenalização implica também em descriminação – ou se implica em tornar lícito o que se deduz ilícito por violar o direito à vida humana uterina, cuja proteção é facilmente dedutível pelo Código Civil: “Art.2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (grifo nosso) – considerando que o CC pressupõe a vida como um direito: art.15²⁴ e art.13²⁵.

A recusa em colaborar para usar células-tronco obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, conforme foi permitida pela ADI 3.510, é mais outro caso hipotético de objeção de consciência por crença religiosa bíblica da qual este trabalho não trata diretamente. Embora, nessa hipótese, haja objeção de consciência em face de julgado vinculante, tal julgado apenas reforça – em vez de desafiar – o que a Lei n.11.105/2005 (Lei de Biossegurança) já permitia em seu art.5º: “É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:”. Tal objeção de consciência ocorre diretamente contra a Lei, e apenas de modo indireto (reflexo) à jurisprudência vinculante.

Em suma, esta dissertação trata diretamente apenas de casos de objeção de consciência *a jurisprudência contra legen*, isto é, quando contraposta à Lei. O objeto *contra legen* aqui diretamente tratado é a *jurisprudência* “contra legen”, não a *consciência* “contra legen”. Trata-se aqui, diretamente, da *consciência secundum legen em face de jurisprudência contra legen*. Também não se trata da consciência contra a jurisprudência quando a jurisprudência é *secundum legen*, porque isso também implicaria, indiretamente, em uma consciência *contra legen*. Como será detalhado adiante, os três principais julgados objetáveis parecem contrariar textos de lei, de tratado internacional de direitos humanos e da própria Constituição, de modo que, se há dúvida de que se classificam como *contra legen*, não há dúvida de que se

24 Art.15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de *vida*, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

25 “Art.13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do *próprio corpo*, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Se a Lei afirma que a vida de uma parte do corpo é um bem a ser preservado, então logicamente maior proteção se presume da vida de todo o corpo humano. Se não é permitido operar a mutilação de um feto, muito menos é permitido operar a sua morte.

classifiquem como *praeter legem*. Uma das razões para essa delimitação do tema é por economia argumentativa: se a conclusão geral for a de que existe um direito constitucional a escusar as objeções de consciência que se contrapõem ao que é exigido por julgados vinculantes que interpretam a Constituição Federal de modo *erga omnes* e vinculante, então, logicamente, deduz-se que há, também, um direito fundamental e humano às objeções de consciência que se contrapõem ao que é exigido por lei infraconstitucional.

1 - FATO E VALOR DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA RELIGIOSA EM FACE DA JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE DO STF

1.1 Definições de imperativo, objeção e escusa em relação à teoria do direito de John Austin como comando

Neste trabalho abordamos a *objeção* de consciência, porém esse instituto jurídico por vezes é chamado de *escusa* de consciência, e, por outras, de *imperativo* de consciência. Os termos “objeção” e “escusa” não aparecem no texto da Constituição Federal de 1988, nem mesmo no inc.VIII do art.5º, que é o texto que alça o direito ao status de fundamental. Jayme Weingartner Neto nomina o direito do inc.VIII como “direito à objeção (ou escusa) de consciência”, e entende que ele densifica o direito mais genérico da liberdade de consciência, expresso no anterior inc.VI do mesmo art.5º²⁶ (Weingartner Neto, 2016, p.63). O termo “imperativo” aparece no texto do art.143-§1º da CF, que trata do serviço militar obrigatório. Convém comparar o texto da regra mais geral do art.5º-VIII com o da regra mais especial do art.143-§3º, para uma interpretação sistemática:

Art.5º - (...) 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;

Art.143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

§1º - Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

Em ambos os dispositivos, listam-se crença religiosa, convicção filosófica e convicção política como motivos invocáveis para que alguém pretenda eximir-se de “obrigação legal a todos imposta” – o serviço militar é uma obrigação legal a todos imposta²⁷. Em ambos os textos, prevê-se uma “prestação alternativa” a ser cumprida em substituição a essa obrigação legal imposta “a todos” – para o serviço militar, o seu §1º prevê um “serviço alternativo”. Relevante é que o §1º do art.143 expressa que o que determina a prestação do serviço alternativo é a alegação de um “imperativo de consciência”, que deve ser entendido como o

²⁶ “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;”

²⁷ *Caput* do art.143: “é obrigatório nos termos da lei”. Essa lei é a Lei n.4.375/1964, a qual dispõe que “todos os brasileiros são obrigados ao Serviço Militar” (art.2º, *caput*).

imperativo decorrente de uma espécie de crença ou de duas espécies de convicção. O termo “consciência” consta no dispositivo constitucional que trata da objeção específica ao serviço militar (CF art.143-§1º), mas não no dispositivo que trata das objeções em geral (art.5º-VIII), porém o texto do inc.VI refere-se explicitamente a ela: “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;”. Portanto, o texto do inc.VIII pressupõe o do inc.VI, de modo que a crença religiosa e a convicção filosófica (e/ou a convicção política) podem ser entendidas como modalidades da consciência.

Na língua portuguesa, “consciência” tem como significando “faculdade de estabelecer julgamentos morais dos atos realizados” (dicionário Aurélio Ferreira, 2009, p.527) ou como “senso de responsabilidade” (p.528); ou ainda como um atributo que se define por uma oposição básica do homem em relação ao mundo e em relação aos seus próprios estados interiores (subjetivos), uma distância que possibilita “níveis mais altos de integração” (p.527). Define ainda “consciência moral” como “faculdade de distinguir o bem do mal, de que resulta o sentimento do dever ou da interdição de se praticarem determinados atos, e a aprovação ou o remorso por os haver praticado” (p.528). Para Hannah Arendt, a consciência é “supostamente um modo de *sentir* além da razão e dos argumentos, e de conhecer pelo sentimento o que é certo e errado” (Arendt, 2004, cap.1.2, p.172-173, grifo no original). Arnaldo Vasconcelos afirma que a consciência é instrumento da apreensão crítica da realidade social, e também, “ao nível moral, fonte de nossos juízos de valor sobre esta mesma realidade”, individualizando e distinguindo o bem (o justo) do mal (o injusto) (Vasconcelos, 2001, cap.17, p.107). Glauco Barreira Magalhães Filho aponta que: “A consciência é um órgão espiritual sancionador. Assim, quando suas determinações são descumpridas, surge a culpa, e, com ela, a dor íntima” (Magalhães Filho, 2006, cap.6.1, p.131). Arendt ainda aponta que o imperativo moral enseja a objeção conforme a sentença “isso não *posso* fazer”, a qual é mais forte do que a sentença “isso não *devo* fazer”, pois “é sempre possível revidar o ‘deves’ ou o ‘tens a obrigação de’ com ‘não quero’ ou ‘não posso’, por quaisquer que sejam as razões” (Arendt, 2004, cap.1.2, p.143, grifos no original). Segundo ela, isso se dá porque o objetor conduz-se “de acordo com algo que lhe é evidente por si mesmo, mesmo que já não fosse evidente por si mesmo para aqueles ao seu redor”.

Não há, no Brasil, lei federal que defina imperativo, objeção e escusa de consciência, distinguindo-os. No entanto, leis estaduais trataram do assunto. O estado do Rio de Janeiro definiu objeção de consciência a partir da ideia de imperativo, que funciona como sua premissa (Lei n.6.998/2015):

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 filosóficas, éticas, morais, e religiosas, por imperativo de sua consciência, desde que esta recusa não configure violação a direitos de outros cidadãos expressos no Artigo 9º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Já o estado de São Paulo relaciona a objeção ao termo “ditame impreterível” da consciência, que funciona como sinônimo de imperativo (Lei n.17.346/2021):

Art.17 - A liberdade de consciência compreende o direito de objetar o cumprimento de leis que contrariem os ditames impreteríveis da própria consciência, dentro dos limites dos direitos e deveres impostos pela Constituição. Parágrafo único - Consideram-se impreteríveis aqueles ditames da consciência cuja violação implica ofensa grave à integridade moral, que torne inexigível outro comportamento.

O parágrafo único do art.17 da lei paulista emprega um termo mais explicado do que o termo “imperativo”, do art.143-§1º da CF, porém suscita a questão: o que caracterizaria um ditame como sendo de tal maneira que sua “violação implica ofensa grave à integridade moral” e de modo que ele torne “inexigível outro comportamento”? Para se obter a resposta, pode ser necessário primeiramente conhecer quais ditames manifestam-se ou são plausíveis de se manifestar na prática social de modo a se conflitar com leis do direito positivo – bem como conhecer quais riscos a consciência que se submete a esses ditames prevê ou imagina para o caso de não os atender.

Segundo o mesmo dicionário citado, o substantivo “imperativo” significa “imposição, ditame, dever” (Ferreira, 2009, p.1076). Ou, ainda, em termos filosóficos: “proposição que tem a forma de uma ordem”. O substantivo “ditame” significa “o que a consciência e a razão dizem que se deve ser”, mas também “regra, aviso, ordem, doutrina” (p.692). A partir desses sinônimos, pode-se afirmar que um imperativo consiste em um comando, em uma ordem proferida por alguém para outrem. Já o substantivo “objeção” significa “réplica, contestação”; ou então “oposição”, ou, ainda “obstáculo, óbice” (p.1420). No contexto dos casos hipotéticos tratados neste trabalho, no qual um funcionário simplesmente omite-se de colaborar (simplesmente deixa de fazer algo), o sentido de “obstáculo” parece o mais adequado, pois um titular de um dos novos direitos positivados pela jurisprudência vinculante, em sua pretensão por concretização, depara-se com uma situação na qual esse seu direito não é prestado *imediatamente* pelo funcionário do qual razoavelmente podia esperar colaboração, mas é, sim, prestado em um tempo posterior – preferencialmente o menor tempo posterior possível –, por outro funcionário que não se comporta como um obstáculo. Finalmente o substantivo “escusa” significa “desculpa, justificativa” (p.797). No contexto ora examinado,

uma desculpa a um objeitor implicaria em ele não ser “privado de direitos”, nos termos do art.5º-VIII da CF. Os dois dispositivos constitucionais também empregam o termo “eximir-se” (“se eximirem”). O verbo “eximir” significa “isentar, dispensar, desobrigar”, ou “livrar, libertar”, ou “*escusar-se, esquivar-se*”, ou “escapar, livrar-se” (p.853). Aparentemente, então, o ato de se eximir significa o mesmo que escusa. Portanto, apesar de relacionados, os termos “imperativo”, “objeção” e “escusa” não significam a mesma coisa, mas, sim, três coisas distintas, três fenômenos distintos.

Esses três fenômenos – imperativo, objeção e escusa – ocorrem de modo encadeado, mas não *necessariamente* encadeado. Pode-se afirmar que o imperativo é o fenômeno que ocorre primeiro, porque consiste em um pensamento que ocorre em uma consciência. Pode-se afirmar que o imperativo precede a objeção, que, por sua vez, precede a escusa. No entanto, a objeção não seguirá ao imperativo, se, apesar deste, a consciência optar por ceder ao direito positivo, pois a objeção é um comportamento, a manifestação externa da consciência que optou por seguir um imperativo moral. Também pode ocorrer de a escusa não se seguir à objeção. A objeção é uma conduta do funcionário que não colabora com o direito posto, enquanto que a escusa é uma reação favorável a essa objeção, isto é, uma conduta condescendente de outros funcionários diante do funcionário objeitor. A escusa seria o comportamento de não punir, de não causar dano, de não causar perda de direitos ao objeitor. Ocorrerá objeção sem escusa se o objeitor for punido por não cumprir o direito posto. A escusa é comumente chamada também de “isenção”²⁸, o que denota que o objeitor não sofre perda ou dano pela conduta de objetar. Esse sinônimo reforça a distinção entre escusa e objeção, porque a isenção é uma concessão da parte de quem tem autoridade sobre o objeitor: o objeitor não pode isentar a si mesmo. Portanto, o imperativo consiste em um pensamento, enquanto que a objeção consiste em um fato, e a escusa consiste em outro fato, distinto do fato que é a objeção. Se a objeção não for escusada, implica que não foi reconhecida como um direito: se a objeção for escusada, significa que existe um *direito de objeção* de consciência. Portanto, *objeção de consciência* não é sinônimo de *escusa de consciência*, mas *escusa de consciência* é sinônimo de *direito de objeção de consciência*. Para aferir se uma objeção de consciência deve ser escusada, isto é, se ela é direita – se ela é um direito, se ela é lícita, – é necessário examinar as regras e princípios jurídicos pertinentes.

28 Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “Art.6 – Proibição da escravidão e da servidão. 3. Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo: b) o serviço militar e, nos países onde se admite a *isenção* por motivos de consciência, o serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daquele;”. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos: “Art.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;”.

Cabe aqui uma breve, porém relevante, digressão. O fato hipotético “objeção” do qual trataremos nesta obra consiste no que Grégor Puppink chama de “objeção de consciência *stricto sensu*”, a qual “não diz respeito à recusa em não agir, mas à *recusa em agir positivamente* contra as próprias convicções; trata-se da liberdade de consciência na sua dimensão negativa” (Puppink, 2021, cap.1.4-a-β, p.34, grifo nosso). Esta obra limita-se a apreciar a justiça ou injustiça de escusar as objeções a agir, isto é, de eximir as recusas a agir – e não da licitude ou ilicitude de insistir em fazer o que o direito positivo proíbe de fazer. Assim, por exemplo, o caso hipotético do fornecimento de vinho a menor de 18 anos, em face do Estatuto da Criança e do Adolescente, mencionado na Introdução, não configura objeção de consciência *stricto sensu*, pois entregar tal bebida consiste em uma ação. Por outro lado, os casos hipotéticos de não colaborar para uso de células-tronco embrionárias, ou para divórcio ou para um segundo casamento civil, também mencionados na Introdução, enquadram-se como objeção de consciência *stricto sensu*, pois a atitude de não-colaborar consiste em omissão. A razão da limitação para as objeções de consciência consistentes em não agir decorre também do texto constitucional. O inc.VIII do art.5º da CF dispõe que alguém só será privado de direitos por motivo de crença religiosa se “recusar-se a cumprir prestação alternativa”. Essa redação sugere que a *prestação* alternativa deve ser prestada porque consiste em uma *conduta ativa*, e que consiste em uma conduta ativa que substitui outra conduta ativa – a que tinha sido exigida pelo direito positivo e que fora recusada pelo objeitor –, pressupondo, assim, que a conduta objetada consistia em uma conduta de fazer, e que, portanto, a objeção consista em um não-fazer. Essa interpretação é mais facilmente dedutível da letra do texto constitucional. Não negamos terminantemente a possibilidade de licitude da objeção de consciência *lato sensu*, isto é, de uma contrariedade ao direito positivo que consista em fazer o que o direito positivo manda não-fazer. Porém essa possibilidade parece derivar mais de analogia (mais de uma cadeia de raciocínio), do que diretamente do texto constitucional. Portanto, este trabalho tratará apenas das objeções *a agir* – das objeções a omitir ele não trata nem mesmo indiretamente.

A redação do termo “imperativo” no texto da Constituição Federal constitui indício de que o Constituinte pressupôs, ao regular esse tema, a doutrina imperativista do direito. Essa doutrina entende que a essência da norma jurídica consiste em um comando, isto é, em um imperativo, em uma ordem, em um dever expresso por alguém (Vasconcelos, 1993, cap.2.2, p.49-51). John Austin (1790-1859) é considerado o principal expoente dessa noção²⁹, e assim conceituou o que seria uma norma de conduta jurídica geral, como uma lei:

29 Austin desenvolveu essa ideia a partir do pensamento de Jeremy Bentham, que, por sua vez, desenvolveu-a a partir de Thomas Hobbes (Morbach, 2021, parte I, caps.2 a 4, p.56-121).

Uma lei é um comando que obriga uma pessoa ou pessoas. Mas, diferentemente ou em oposição a um comando ocasional ou particular, uma lei é um comando que obriga uma pessoa ou pessoas e obriga, *de modo geral*, a atos ou abstenções de uma *classe*. Em uma linguagem mais popular, mas menos distinta e precisa, uma lei é um comando que obriga uma pessoa ou pessoas a um *curso* de conduta. Diz-se que as leis e outros comandos são provenientes de superiores e que vinculam ou obrigam os inferiores. (...)
(Austin, 1832, p.35, traduzido pelo DeepL, grifos no original)³⁰

A descrição de Austin sobre no que consiste uma lei identifica-se com os julgados *erga omnes* do STF: regras gerais que implicam deveres a serem cumpridos por todos os que estiverem em uma mesma posição jurídica³¹, como, por exemplo, a de funcionários prestadores de serviço.

Apesar de todas as críticas que foram dirigidas à doutrina de Austin nos séculos seguintes, ela ainda parece adequada para tratar do tema específico da objeção de consciência³², porque, ao formular sua ideia de norma, Austin considera não apenas as regras estabelecidas pelo Estado, isto é, pelo “Soberano” (Austin, p.14-15). Austin considerava também, na sua noção de norma legal, regras que provém de Deus, e, mais do que isso, chegou a imaginar explicitamente a possibilidade de leis humanas conflitarem com leis divinas:

As leis propriamente ditas, ou adequadamente chamadas, são comandos; as leis que não são comandos são leis impróprias ou inadequadamente chamadas. As leis propriamente ditas e as leis impróprias ditas podem ser adequadamente divididas nos quatro tipos seguintes: 1. As leis divinas, ou leis de Deus: isto é, as leis que são estabelecidas por Deus para suas criaturas humanas. 2. Leis positivas: isto é, leis que são simples e estritamente chamadas assim, e que formam a matéria apropriada da jurisprudência geral e particular. (...)
As leis divinas e as leis positivas são leis propriamente ditas. (...) (p.04, traduzido pelo DeepL)

.....
Além disso, a lei divina é a medida ou teste da lei positiva e da moralidade: ou (mudando a frase) a lei e a moralidade, na medida em que são o que deveriam ser,

30. No original: “A law is a command which obliges a person or persons. But, as contradistinguished or opposed to an occasional or particular command, a law is a command which obliges a person or persons, and obliges *generally* to acts or forbearances of a *class*. In language more popular but less distinct and precise, a law is a command which obliges a person or persons to a *course* of conduct. § Laws and other commands are said to proceed from superiors, and to bind or oblige inferiors. (...)”

31 Lei n.9.868/1999, art.28-§único; Lei n.9.882/1999, art.10-§3º. Vide notas 1 e 2 [correto; apagar antes de imprimir].

32 A quase bicentenária doutrina de Austin parece ter sido atualizada pelo próprio STF. No longo julgado da ADO 26 e do MI 4.733, o termo “imperativo” aparece mais de dez vezes, sempre no sentido de “imperativo dirigido ao legislador”, “imperativo de tutela”, “imperativo constitucional”. E aparece apenas uma vez no sentido de “imperativo de consciência” (p.481), quando trata da liberdade de expressão. Já o termo “comando” aparece muito mais vezes, sempre se referindo a normas jurídicas. Nesse julgado, os ministros do STF referem-se repetidamente à liberdade de consciência como liberdade de expressar a opinião religiosa sobre a homo-transsexualidade, mas não como a liberdade de se recusar a promovê-la. O julgado menciona genericamente que a inviolabilidade da liberdade de crença não se compatibiliza com a violação do direito à “dignidade do outro, daquele que se apresente com convicções de consciência diversas” (p.482). Essa generalidade abre a oportunidade para perseguir criminalmente os não-colaboradores, apesar de suas razões religiosas.

Augusto Zimmermann interpreta a doutrina de Austin no sentido de que uma lei é uma regra estabelecida por um ser inteligente para a orientação de outro ser inteligente, com base no poder daquele sobre este (Zimmermann, 2022, p.126). As “leis propriamente ditas” são expressamente estabelecidas por um soberano – seja um soberano político, seja Deus –, o qual impõe um dever ao seu destinatário, ao ameaçá-lo com punição por desobediência (p.125). Gilberto Morbach interpreta a teoria de Austin no sentido de que o direito positivo é o direito posto por superiores políticos a subalternos políticos. Entende que o “comando do soberano” consiste na expressão de um desejo que coloca o indivíduo para quem esse desejo é expresso como passível de um mal qualquer por ato de quem exprime o desejo, se ele não for realizado (Morbach, 2021, p.110-111). Desse modo, o direito positivo é expresso pela fórmula “comando³⁴ do soberano + sanção” (p.112)³⁵.

Embora a Constituição Federal só empregue o termo textual “imperativo” ao se referir a normas de conduta moral na consciência individual – “o decorrente de crença religiosa, convicção filosófica ou política” (art.143-§1º) –, a velha teoria jurídica de Austin ainda pode ser verificada em normas de conduta estabelecidas por autoridades estatais. Um imperativo pode decorrer também de uma norma jurídica. O art.1º da Resolução do CNJ n.175/2013 dispõe que “é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”. Essa é uma expressão da presidência do CNJ de um desejo de habilitação, de celebração e de conversão. Dela infere-se logicamente, na consciência dos funcionários do registro civil, uma ordem no modo verbal imperativo do tipo: “celebre casamento entre pessoas do mesmo sexo”. Tal imperativo, se for inferido na consciência de um funcionário crente de alguma religião de matriz bíblica, pode vir a conflitar com outro imperativo, um que decorra de sua crença religiosa. E esse imperativo estatal já sugere a ameaça da punição por

33 No original: “Laws proper or properly so called, are commands: laws which are not commands, are laws improper or improperly so called. Laws properly so called, with laws improperly so called, may be aptly divided into the four following kinds: 1. The divine laws, or the laws of God: that is to say, the laws which are set by God to his human creatures. 2. Positive laws: that is to say, laws that are simply and strictly so called, and which form the appropriate matter of general and particular jurisprudence. (...). The divine laws and positive laws are laws properly so called. (...) [...] Besides, the divine law is the measure or test of the positive law and morality: or (changing the phrase) law and morality, insofar as they are what they ought to be, conform, or are not repugnant, to the law of God. (...)”

34 Kelsen emprega o termo “comando” de modo semelhante ao imperativo de Austin: “(...) A norma cuja validade é afirmada na premissa maior legitima, assim, o sentido subjetivo do ato de comando, cuja existência é afirmada na premissa menor, como seu sentido objetivo. Por exemplo: devemos obedecer às ordens de Deus. Deus ordenou que obedecemos às ordens dos nossos pais. Logo, devemos obedecer às ordens dos nossos pais” (Kelsen 2014, cap.5.1-d, p.226).

35 Assim, faz sentido a afirmação de Puppink de que “a consciência só é objeto de direitos porque impõe deveres à pessoa”, de modo que “a objeção de consciência deve ser apreendida como um dever, antes mesmo de ser eventualmente reconhecida como um ‘direito’” (Puppink, 2021, cap.2, p.38).

desobediência, nos termos da teoria de Austin, pois o art.2º da mesma resolução dispõe que “a recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis”. O juiz corregedor funciona aqui como aquilo que a teoria de Austin considera como “superior”, isto é, alguém com poder de infligir dano ou dor ao súdito desobediente ao comando: prevê-se que o juiz corregedor atue como uma autoridade delegada do presidente do CNJ³⁶, que manifestou seu desejo, para causar mal aos comandados insubordinados. Nos termos de Austin, essa resolução do CNJ com apenas dois dispositivos é “lei positiva”, estabelecendo imperativos e punições. No entanto, um imperativo decorrente de crença religiosa implica logicamente outro ente superior que também atua na consciência do crente como alguém com poder para também lhe infligir dano e dor: uma divindade.

Zimmermann percebe, na obra de Austin, “dois tipos de autoridade da qual derivam todas as ‘leis propriamente ditas’: a autoridade das Escrituras (a lei de Deus) e a autoridade do chefe político (lei instituída)” (Zimmermann, p.125). Nos termos de Austin, então, a objeção de consciência consistira no problema de um comando proferido por uma autoridade estatal em conflito com um comando proferido por uma divindade. As “Escrituras” referidas por Austin são os textos que os cristãos consideram sagrados, reunidos na coletânea chamada comumente de “Bíblia”. Como documento simultaneamente religioso e histórico – e cuja consulta é de fácil acesso –, a Bíblia constitui uma fonte de imperativos para as crenças religiosas que nela se baseiam, os quais podem ser objetivamente conhecidos³⁷, para que se consiga aferir minimamente a plausibilidade de uma alegação de imperativo de consciência por alguém. Uma vez que a objeção de consciência implica a negação de um direito a alguém – ainda que apenas momentânea –, a constatação de sua seriedade pode depender da possibilidade de provar que ela decorre não de um mero capricho, antipatia, preconceito, ódio ou qualquer outro mero “sentimento pessoal” leviano (nos termos do CP art.319). A Bíblia viabiliza constatar se há um fundamento objetivo a partir do qual se possa deduzir um imperativo de conduta na consciência de alguém que objeta a prestar um direito. Esse documento religioso e normativo é reconhecido como expressão de uma autoridade superior por uma porção não desprezível dos cidadãos brasileiros.

36 Lei n.8.935/1994: “Art.31. São infrações disciplinares que sujeitam os notários e os oficiais de registro às penalidades previstas nesta lei: I - a inobservância das prescrições legais ou normativas; Art. 32. Os notários e os oficiais de registro estão sujeitos, pelas infrações que praticarem, assegurado amplo direito de defesa, às seguintes penas: I – repreensão; II – multa; III - suspensão por noventa dias, prorrogável por mais trinta; IV - perda da delegação. Art.34. As penas serão impostas pelo juízo competente, independentemente da ordem de gradação, conforme a gravidade do fato.”

37 Gadamer afirma que “o escrito tem a palpabilidade do que é demonstrável, é como uma peça demonstratória” (Gadamer, 2004, cap.2.1.1-b, p.362).

Por isso, nos termos da teoria de Austin, convém conhecer quais imperativos das “Escrituras” apresentam potencial para conflitar com imperativos decorrentes de julgados vinculantes, e, assim, nos termos do art.17-§único da lei paulista, aferir minimamente se eles podem configurar ditames “cuja violação implica ofensa grave à integridade moral” e “que torne inexigível outro comportamento”.

1.2 Fato social: imperativos decorrentes de crença religiosa bíblica conflitantes com imperativos decorrentes de novos direitos jurisprudenciais

A relevância de se conhecer preceitos religiosos potencialmente conflitantes com julgados vinculantes não decorre apenas da velha teoria de Austin. Para Jónatas Machado, professor da Universidade de Coimbra, “a consciência individual não cria as suas próprias leis, antes se subordina à lei moral que lhe é racionalmente acessível” (Machado, 2013, cap.2.4, p.42). Para Heringer Jr., um dos requisitos do direito de objeção de consciência consiste na necessidade de um procedimento de verificação da existência real de imperativos que possam ser seguidos como código de conduta na consciência pessoal, e que sejam incompatíveis com deveres legais (Heringer Júnior, 2007, p.45-49)³⁸. Segundo a teoria tridimensional do direito, de Miguel Reale, o direito consiste em fenômeno social cujo caráter não é apenas normativo (não apenas jurídico). Para Reale, a formulação das normas jurídicas (nomogênese) resulta da seguinte sequência: 1) constatação ou imaginação de fatos que repercutem na Sociedade; 2) valoração desses fatos (atos) como bons ou maus; 3) formulação de normas para que não se pratiquem atos cujos efeitos são maus (proibição) ou para que se pratiquem atos cujos efeitos são bons (obrigação) – ou a expressão de que alguns atos são indiferentes (permissão) (Reale, 2000, cap.36, §205, p.550-555). Portanto, na lógica de Reale, além de sua dimensão normativa – própria e essencialmente jurídica –, o direito detém também uma dimensão fática (os fatos sociais que ele pretende normatizar) e uma dimensão axiológica (os valores que funcionam como critérios para *avaliar* os fatos como bons ou maus). Para se normatizar algum fato – por exemplo, para decidir se uma objeção de consciência deve ser escusada ou não, isto é, permitida (tolerada) ou proibida (punida) –, deve-se primeiramente medir-lhe o valor. No entanto, essa valoração só é possível se primeiramente os fatos tiverem sido conhecidos com maior profundidade. No caso da objeção de consciência por imperativo de crença religiosa, os fatos que devem ser conhecidos são o

³⁸ Heringer Júnior afirma que esse processo de verificação, comumente exercido pelo Judiciário, não deve externar “qualquer tipo de crítica sobre a escolha do indivíduo”.

estabelecimento de preceitos de conduta dessa religião que eventualmente são aceitos e cumpridos socialmente.

Na introdução mencionamos a possibilidade de alguém omitir-se em colaborar para prestar serviços que executem novos direitos positivados, direta ou indiretamente, por jurisprudência vinculante, como, por exemplo: não colaborar para abortar um feto anencéfalo (ainda que meramente concedendo-lhe um alvará para tanto); não colaborar para celebrar um casamento civil homossexual (ou reconhecer civilmente essa união estável); não colaborar para que duas pessoas do mesmo sexo adotem conjuntamente alguém (especialmente criança ou adolescente); não colaborar para alterar o registro civil do sexo de alguém (e o correspondente prenome). Esses exemplos de não-colaboração podem vir a ser interpretados como “para satisfazer sentimento pessoal” (conforme a tipificação do crime de prevaricação no art.319 do Código Penal) ou como “resultantes de discriminação ou preconceito” (nos termos textuais do art.1º da Lei n.7.716/1989).

Essas interpretações podem estar corretas, embora incompletas. Se a não-colaboração decorrer de “motivo de crença religiosa” (conforme texto do inc.VIII do art.5º da CF), parece não haver dúvida de que a crença religiosa consista em um sentimento pessoal que demanda satisfação, ou de que consista em um preconceito (*pré-conceito*), isto é, em um *conceito prévio*, em um conceito *pré-existente* à demanda de colaboração. Segundo Gadamer, “preconceito” não significa necessariamente um juízo falso ou errôneo, pois “seu conceito permite que ele possa ser valorizado positiva ou negativamente” (Gadamer, 2004, cap.2.1.1-b, p.360). Também parece não haver dúvida de que não-colaborar para um aborto de anencéfalo é um tratamento diferente de colaborar para o parto do anencéfalo, ou de que não colaborar para o casamento civil entre duas mulheres é um tratamento diferente de colaborar para o casamento civil entre uma mulher e um homem, daí porque não parece haver dúvida de que esses dois exemplos de não-colaboração sejam classificadas como discriminação³⁹.

No entanto, a análise jurídica que chegasse até este ponto e aí parasse, julgando a não-colaboração como proibida (e merecedora de punição) corre o risco de igualmente incidir em satisfação aos preconceitos (conceitos pré-existent) das leis, julgando que decisões individuais tomadas com fundamento em um pré-conceito são necessariamente todas más e absurdas⁴⁰. Se tomarmos o significado do termo textual legal “discriminação” como

39 O dicionário Aurélio define “discriminação” como “faculdade de distinguir ou discernir; discernimento” (Ferreira, 2009, p.686).

40 Gadamer afirma que o pensamento iluminista cultiva um mau preconceito sobre os preconceitos em geral (cap.2.1.1-b, p.360).

tratamento diferenciado, uma abordagem mais prudente poderia examinar porque casos semelhantes são tratados igualmente enquanto que casos diferentes são tratados desigualmente na mesma medida de sua desigualdade⁴¹ pelos objetores. Daí perquire-se: o pré-conceito que motiva a não-colaboração consiste em um desvalor a ser reprimido? Diante desse pré-conceito, o tratamento discriminatório que dele decorre é socialmente mau ao ponto de fazer merecer ao objeitor a diminuição de seus direitos? Para se avaliar esses preconceitos, discriminações e sentimentos pessoais, faz-se necessários conhecê-los mais a fundo. Identifiquemos então quais crenças religiosas objetivamente verificáveis na cultura brasileira ensejam imperativos nas consciências dos crentes para que eles objetem a colaborar com a prestação desses novos direitos sexuais, reprodutivos ou familiares decorrentes da jurisprudência vinculante.

Logo depois que o STF instituiu união estável homossexual na ADI 4.277, uma pesquisa de opinião realizada pelo IBOPE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) demonstrou que a maioria dos brasileiros (55%) opunha-se a essa institucionalização, bem como à adoção conjunta de crianças e de adolescentes, que dela decorre (G1, 2011). Outra pesquisa de opinião indicou que a maioria dos brasileiros posiciona-se a favor da manutenção da criminalização do aborto⁴². Questões existenciais quanto ao direito à vida e quanto à sexualidade pública⁴³ costumam dividir a opinião da Sociedade. Os resultados de tais pesquisas de opinião demandam sondar por que tantos brasileiros avaliam que matar um feto no ventre é algo mau, ou por que o Estado não deveria oficializar uniões homossexuais, concedendo-lhes os mesmos direitos derivados de uma união duradoura homem-mulher. O Censo 2010⁴⁴ apurou que 123.280.172 dos 190.755.799 brasileiros pesquisados professam a religião católica romana, enquanto que 42.275.440 professam religiões evangélicas. Da soma

41 Esse bordão jurídico sintetiza as opiniões dos primeiros teóricos ocidentais da justiça: “(...) E será a mesma igualdade para as pessoas e para as coisas, pois a relação que existe entre esses últimos, a saber as coisas envolvidas, é também aquela que existe entre as pessoas. Se, com efeito, as pessoas não são iguais, elas não terão partes iguais; mas as contestações e as queixas nascem quando, sendo iguais, as pessoas recebem partes desiguais, ou quando as pessoas desiguais recebem partes iguais. (...)” (Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, livro V.3, 1131a10-b15 -25). “(...) Por exemplo, parece que a justiça é igualdade, e é, mas não é para todos, mas, sim para os iguais. E a desigualdade parece que é justa, certamente é, mas não é para todos, mas sim para os desiguais; (...)” (Aristóteles, *Política*, livro III.9, p.131). [...] “(...)... parece a todos que a justiça é uma certa igualdade... (pois dizem que a justiça é algo relacionado com os homens e que deve haver igualdade para os iguais).” (*Política*, livro III.12, p.139). De modo semelhante, vide Platão, “*As Leis*”, livro VI, 757; “*A República*”, livro VIII, 558c.

42 Datafolha, Gerência de Pesquisas de Opinião. Temas Polêmicos PO n.813942. 2.765 entrevistas presenciais em 192 municípios, 29-30/11/2017

43 Tratamos as questões das uniões civis (casamento ou união estável) homossexuais e da oficialização de transgênerismo (travestismo ou transexualização) como “sexualidade pública”, pois o que está em causa não é propriamente o uso que indivíduos fazem do sexo em suas privacidades, mas, sim, como essas preferências sexuais podem ensejar que outras pessoas do Povo sejam obrigadas a se adequar a elas. A partir do momento em que uma preferência sexual pode fazer recair obrigações sobre qualquer pessoa que não a exerce, a sexualidade passa a interessar ao público em geral.

44 O Censo 2010 ainda é o mais recente dos que divulgam dados sobre religiões. Os dados do Censo 2022 sobre a composição religiosa da população brasileira não foram publicados até 18/11/2024.

dessas duas confissões religiosas, monta-se a que 165.555.612 dos brasileiros podem ser classificados como cristãos⁴⁵, o que importa em 86,78% da população total. Dessa predominância religiosa na composição da população brasileira, supõe-se que os valores éticos dessa religião influam na cosmovisão geral⁴⁶ do brasileiro, cosmovisão essa a partir da qual ele avalia como os agentes estatais devem normatizar comportamentos sociais.

A primeira fonte de consulta sobre os preceitos éticos da religião cristã é a que os próprios cristãos chamam de “sagradas escrituras”, reunidas na coletânea comumente chamada “Bíblia”⁴⁷. A Bíblia compõe-se basicamente de duas partes, sendo que a primeira delas, chamada “Antigo Testamento”, é tida como sagrada também para quem professa a religião judaica. Essa coletânea de livros é praticamente aceita como fonte de autoridade para todas as denominações cristãs. O seu teor constitui relevante indício de qual seria uma crença religiosa pertinente ao tema tratado em um julgado vinculante.

Com relação ao tema tratado na ADPF 54 (aborto de anencéfalo), passagens bíblicas tratam do tema do aborto em geral. Um profissional da saúde pode se recusar a trabalhar para a morte do ser humano no ventre arguindo o imperativo mosaico: “não condene à morte o inocente”. Assim como o ato de não colaborar implica riscos de multa ou de demissão, para a consciência do profissional crente, o ato de colaborar implica outro risco, pois a mesma ordenança veterotestamentária prevê uma punição divina: “...porque não absolverei o culpado”⁴⁸. Para o objeter, o risco de punição divina existe também fora de sua consciência, em uma realidade transcendente – e não apenas para ele, mas também para quem o demandar, isto é, para o titular do direito positivo ao aborto e para o funcionário que lhe for

45 Os dados apontam ainda 3.848.876 espíritas. O termo genérico “espiritismo” é frequentemente empregado para se referir a uma espécie de espiritismo: o kardecismo, que se apresenta como “espiritismo cristão”. Se se somar o número de espíritas ao de católicos e de evangélicos, o número de brasileiros cristãos alcança 169.404.488, o que reforça a predominância cristã. No entanto, o kardecismo interpreta a Bíblia conforme o teor de outros livros que são fundamentais e particulares às suas crenças. Por isso, não podemos afirmar que as conclusões aqui obtidas a partir de interpretação bíblica coincidam majoritariamente com as posições kardecistas.

46 Cosmovisão é um conjunto de pressupostos que alguém mantém, consciente ou inconscientemente, consistente ou inconsistentemente, sobre a realidade e que fornece o fundamento sobre o qual se vive (Sire, 2009, p.26), ou, ainda, que reúne as crenças últimas que orientam e dão significado à vida (p.24). Segundo Sire, poucas pessoas têm algo próximo de uma filosofia articulada, mas todas têm uma cosmovisão (p.25).

47 A palavra “bíblia” (do grego, βιβλία) significa “livros”, no plural, a partir do singular “livro” (βιβλίον). Portanto, a Bíblia não é exatamente *um* livro, mas, sim, um conjunto de livros, uma biblioteca. A falta de especificação de quais livros seriam esses – são chamados simplesmente de “(os) livros” – faz deduzir que, para a Cristandade, esses livros são absolutizados, que são valorados como os livros essenciais, os livros por excelência, os livros que não dependem de nenhum outro para que sua autoridade seja reconhecida, ou seja, os livros que, para os crentes, estão no topo da hierarquia de seus valores para a vida.

48 Êxodo, cap.23, v.7. Trata-se de um imperativo mais detalhado do que o “não matarás” do chamado “Decálogo” (Êxodo cap.20, v.13; Deuteronômio cap.5, v.17). O Antigo Testamento protege a vida do nascituro em oposição a um mero parto prematuro sem dano grave (Êxodo, cap.21, vv.22-25), e deplora o aborto até mesmo quando ele acomete o gado (Salmo 144, v.14). Todas as citações da Bíblia são da tradução Nova Versão Internacional.

hierarquicamente superior. Essa proibição ético-religiosa é interpretada em combinação com um salmo que declama que “desde o ventre materno és o meu Deus” ou com outro, que afirma “Tu... me teceste no ventre de minha mãe/(...)/ os teus olhos viram o meu embrião”⁴⁹. Por isso, para o adepto de uma religião de matriz bíblica que considera com seriedade as escrituras fundamentais de sua crença religiosa, matar um ser humano nascituro e/ou anencéfalo é tão proibido quanto matar um ser humano já nascido e/ou dotado de encéfalo.

A proibição religiosa de não matar nascituros anencéfalos pode ser facilmente deduzida dessas passagens dos textos fundamentais do cristianismo. Will Durant afirma que, entre os cristãos, já no primeiro século, o aborto e o infanticídio eram vedados como equivalente ao homicídio, e que eles frequentemente recolhiam as crianças deixadas expostas, batizavam-nas e as criavam com os recursos de seu fundo comum (Durant, 1971, cap.28, p.469). Quinto Tertuliano (c.160-c.220 d.C.), além de jurista, é tido como um dos pais (padres) fundadores da Igreja, tendo vivido quando o cristianismo ainda era uma religião minoritária no Império Romano. Ele esclarece como os cristãos tratavam os nascituros diferentemente da ética pagã então predominante:

[2] As crianças perto de África foram sacrificadas abertamente a Saturno até ao proconsulado de Tibério, que expôs os mesmos sacerdotes às cruzes votivas dos seus crimes nas mesmas árvores que ofuscavam o seu templo, como testemunho da milícia do nosso país, que realizou a mesma função para aquele procônsul. (...)

[6] Mas como não há diferença no que diz respeito ao infanticídio, se é perpetrado pelo sagrado ou pelo arbitrário, embora o parricídio esteja envolvido no assassinato, voltar-me-ei para o povo. Quantos daqueles que estão por aí e que derramam o sangue dos cristãos, mesmo entre vocês, os mais justos e mais severos de nós, governadores, querem atacar a consciência daqueles que matam os seus próprios filhos? (...)

[8] Entre nós, porém, uma vez proibido o assassinato, mesmo a concepção do útero, enquanto o sangue ainda está sendo derramado na pessoa, não pode ser dissolvida. A pressa do assassinato é impedir o nascimento, e não importa se se resgata a alma que nasce ou se perturba aquela que está nascendo. O homem é e quem será; até mesmo todo fruto já está na semente.⁵⁰

[17] (...) Em primeiro lugar, as crianças expostas deveriam ser acolhidas pela misericórdia de algum estranho passageiro, ou adotadas por pais melhores e emancipados. (...)

(Tertuliano, 1999-a, cap.9, traduzido pelo Google Tradutor)

A proibição do aborto em geral é sustentada atualmente por diversas igrejas cristãs, do que se deduz uma continuidade ininterrupta da vigência desse preceito proibitivo como costume vivo da aplicação da velha ética bíblica. Para a Igreja Católica Romana, o aborto é

49 Salmo 22, v.10. Salmo 139, vv.13-16

50 No original: “Nobis vero semel homicidio interdicto etiam conceptum utero, dum adhuc sanguis in hominem delib[er]atur, dissolvere non licet. Homicidii festinatio est prohibere nasci, nec refert, natam quis eripiat animam an nascentem disturbet. Homo est et qui est futurus; etiam fructus omnis iam in semine est.”. Na tradução de Vidal e Pasquotto: “Em nosso caso, para os cristãos, a morte foi de uma vez por todas proibida. Não podemos nem mesmo destruir o feto no útero, porque, mesmo então, o ser humano retira sangue de outras partes de seu corpo para sua subsistência. Impedir um nascimento é simplesmente uma forma mais rápida de matar um homem, não importando se mata a vida de quem já nasceu, ou põe fim a de quem está para nascer. Esse é um homem que está se formando, pois tendes o fruto já em sua semente.” (Tertuliano, 2001-b).

um “crime nefando” (CIC, 2000, p.591-593, §2270-2275). Já a Igreja Evangélica Luterana do Brasil posicionou-se especificamente sobre a questão do valor da vida do anencéfalo, após o julgado da ADPF 54: “a brevidade da vida de um anencéfalo não nos dá o direito de abreviá-la no útero”; e se explica: “cristãos consideram que a vida humana tem início na concepção (salmo 51.5)” (IELB, 2014, p.5). Para o cristianismo bíblico, não há distinção entre o valor da vida de um anencéfalo e o da de alguém dotado de encéfalo. A própria distinção entre anencéfalo e pessoa dotada de encéfalo só passou a fazer sentido para fins de aborto a partir do momento em que a tecnologia de exames de imagem para gravidez viabilizou observar a anatomia do nascituro – o que só ocorreu no século 20. Antes disso, durante séculos, a anencefalia só era detectada após o nascimento⁵¹. Somente depois dessas novas técnicas foi que o valor da vida do anencéfalo no útero pôde ser questionada e relativizada perante o tribunal máximo do Brasil.

Pode-se então concluir que o ato de abortar um ser humano anencéfalo contraria imperativo de crença religiosa cristã – ou de que contraria imperativo de crença religiosa de matriz bíblica, o que pode abranger também crença religiosa judaica.

A prática homossexual também é avaliada por considerações bíblicas. Um preceito levítico ordena: “não se deite com um homem como quem se deita com uma mulher; é repugnante”⁵². Norman Geisler observa que o termo ora traduzido como “repugnante” tem conotações, no idioma original (hebraico), de uma infração (pecado) mais grave do que a média das outras infrações religiosas (Geisler, 2010, cap.16, p.345). No cristianismo, esse imperativo veterotestamentário é confirmado pela avaliação paulina de que a homossexualidade – aí já não apenas a masculina, mas também a feminina – configura “paixão vergonhosa”, “atos indecentes”, “perversão”, “depravação”, resultado de uma “disposição mental reprovável”, por ser “não natural” e “contrária à ordem da criação do mundo por Deus”. A crença paulina é a de que os homossexuais “não herdarão o reino de Deus” porque contrariam Sua lei⁵³.

51 Depois de nascido, matar o bebê anencéfalo já não se enquadra mais no crime de aborto (CP arts.124 a 127), mas, sim, no de homicídio (CP art.121) ou no de infanticídio (art.123). A Lei não prevê nenhuma despenalização, nesses dois crimes, pelo simples fato de a vítima não ter encéfalo.

52 Levítico cap.18, v.22. Esse é o mesmo livro bíblico que fixou o preceito ético comumente chamado de “regra de ouro”: “ame cada um ao seu próximo como a si mesmo” (cap.19, v.18). A proibição à homossexualidade é repetida com o mesmo tom de gravidade: “Se um homem se deitar com outro homem como quem se deita com uma mulher, ambos praticaram um ato repugnante” (cap.20, v.13). Para a qualificação como “regra de ouro”: Sagan, 2009, cap.16, p.227.

53 Epístola aos Romanos, cap.1, vv.18-32. 1ª Epístola aos Coríntios, cap.6, vv.9-10. Epístola a Timóteo, cap.1, vv.8-11.

Tertuliano distingue a moralidade sexual cristã com a dos costumes greco-romanos de então: afirma que “um cristão não troca de sexo nem de mulher” (Tertuliano, 1999-a, cap.46, v.10)⁵⁴, com isso significando que cada homem cristão mantém relações sexuais apenas com uma única mulher, e que, ao todo, só pratica relações sexuais com o sexo feminino⁵⁵. Por isso Durant afirma que, entre os cristãos do primeiro século, a homossexualidade era desaprovada com uma severidade rara no mundo antigo (1971, cap.28.1, p.469). Juntamente com a proibição do aborto, a interdição da homossexualidade caracterizava a peculiaridade cultural dos cristãos que viviam em uma cultura dominante na qual não apenas as crenças lhes eram diferentes, mas também os comportamentos decorrentes dessas crenças. A posição bíblica de Tertuliano é mantida pelo também africano Santo Agostinho (354-430 d.C.), o teólogo e filósofo mais influente na cristandade medieval, para quem o comportamento “de Sodoma” consiste em um “crime contra a natureza”, condenável “em virtude da lei divina, que não criou os homens para que fizessem tal uso de si mesmos”, configurando “uma violação do vínculo que deve subsistir entre Deus e nós” e em profanação da natureza criada por Deus (Agostinho, 1984, livro 3.8.15, p.74).

Essas antigas posições perduraram na cultura cristã até alcançar o século 20, quando Clive Staples (C. S.) Lewis (1898-1963) desaprova a homossexualidade como um “desejo pervertido” pouco natural decorrente de distúrbio no subconsciente (Lewis, 2017, livro 3, cap.4, p.128-129). O atual catecismo da Igreja Católica também avalia seus atos como “depravações graves”, que são “intrinsecamente desordenados” (CIC, 2000, p.610, §2357). A IELB posicionou-se especificamente sobre a união estável homossexual, também como reação aos julgados da ADI 4.277 e da ADPF 132: “A IELB não aprova o casamento entre pessoas do mesmo sexo”. E explica que “agir de forma diferente é ir contra a criação perfeita de Deus, é ignorar os desígnios de Deus, é desprezar o seu conhecimento, conforme ele afirma em Romanos 1.18-32” (IELB, 2021, p.12).

Pode-se concluir então que atos homossexuais contrariam imperativo de crença religiosa cristã (e que atos de homossexualidade masculina contrariam imperativo de crença religiosa judaica).

54. Traduzido livremente, com o auxílio do Google Tradutor. No original: “Ceterum si de pudicitia provocemur, lego partem sententiae Atticae, in Socratem corruptorem adolescentium pronuntiatum. Sexum nec femineum mutat Christianus”.

55 Na tradução do verso 10 para o inglês, de Sydney Thelwall: “(...). The Christian confines himself to the female sex.” (Tertuliano, 1998). W. Reeve traduz o verso 10 para o inglês assim: “(...); but a Christian keeps inviolably to one sex and one woman.” (Tertuliano, 2001-a). Reeve traduz o início desse verso no sentido de que Sócrates fora acusado de sodomia: “(...) I read one article of the Athenians against him for sodomy; (...)”

Contudo essa questão de interesse teológico e moral adquire relevância jurídica a partir da Resolução do CNJ n.175/2013, que proíbe recusar prestação de casamento civil entre pessoas de mesmo sexo, sob risco de sanções. Uma vez estabelecida tal regra por um órgão da cúpula judiciária, a opção homossexual deixa de dizer respeito apenas à privacidade dos homossexuais envolvidos, e passa a produzir efeitos sobre a esfera de direitos de terceiros – especialmente de agentes estatais –, a exemplo dos funcionários do Registro Civil. A demanda por colaboração para a homossexualidade alheia desperta, no cristão agente público envolvido, a questão de tomar ou não parte naquilo que sua crença avalia como grave violação da lei divina. Quanto a isso, a mesma epístola paulina apresenta posição da qual se pode deduzir um imperativo de conduta:

Da mesma forma, os homens também abandonaram as relações naturais com as mulheres, e se inflamaram de paixão uns pelos outros. Começaram a cometer atos indecentes, homens com homens, e receberam em si mesmos o castigo merecido pela sua perversão.

Além do mais, visto que desprezaram o conhecimento de Deus, ele os entregou a uma disposição mental reprovável, para praticarem o que não deviam.

.....
Embora conheçam o justo decreto de Deus, de que as pessoas que praticam tais coisas merecem a morte, não somente continuam a praticá-las, *mas também aprovam aqueles que as praticam.*

(Epístola aos Romanos, cap.1, vv.27-32, grifo nosso)

A escritura bíblica desaprova não apenas os atos homossexuais em si, mas também os *atos de aprovação a essa prática*. E o fundamento cristão aponta duramente que os apoiadores do pecado alheio *merecem a morte*, porque “tornaram-se cheios de toda sorte de injustiças”, além de “insensatos e desleais”⁵⁶. A pessoa que crê nessas afirmações vê-se na posição de ter que escolher entre se arriscar às “providências cabíveis” indicadas pelo CNJ – que podem culminar com sua demissão do cargo público – ou de se arriscar à “merecida morte” por desaprovação divina. Na consciência do crente, essa morte pode ser tanto a morte natural quanto a morte sobrenatural – o que a escritura apocalíptica chama de “segunda morte” ou morte eterna⁵⁷. Se a morte natural já parece uma consequência terrível, a segunda morte – para quem nela crê – parece ainda mais terrível. O agente estatal que optar por cumprir o imperativo funcional emanado do CNJ enquanto viola o imperativo da crença religiosa cristã adquire um forte motivo para se perturbar em sua psique. Já o agente estatal que optar por cumprir o imperativo divino e desafiar o imperativo do CNJ adquire motivos

56 vv.29-31

57 Na crença cristã bíblica, essa segunda morte acontece depois que os mortos são ressuscitados e julgados pelo próprio Deus: os autores de más obras morrerão novamente no lago de fogo, “onde... o fogo não se apaga” (Evangelho de Marcos cap.9, v.46). Essa crença na ressurreição do corpo físico para ser julgado consiste em uma das crenças mais notórias do cristianismo, e em uma das mais determinantes para a conduta de seus adeptos. Maiores detalhes sobre ela constam no cap.20 do Apocalipse (especialmente vv.5 e 12-15), e no cap.21 v.8. A dramaticidade apocalíptica ilustra o drama vivenciado pela consciência do crente dividido entre o imperativo estatal que lhe demanda a prestação de um direito jurisprudencial e o imperativo da crença religiosa que lhe acena com uma visão das gravíssimas consequências de colaborar para um pecado qualificado como grave.

para se perturbar pelo medo de perder direitos e seus respectivos bens jurídicos, dentre eles, o seu trabalho (e sua correspondente renda) e/ou a sua liberdade. A objeção de consciência religiosa decorre de um anterior *dilema* de consciência – opção pelo imperativo da crença religiosa ou pelo imperativo do dever funcional –, com toda a insegurança e toda a ansiedade que esse conflito de tendências ocasiona na própria consciência.

O catecismo católico fixa que atos de homossexualidade “em caso algum podem ser aprovados” (CIC, 2000, p.610, §2357). O teólogo Kevin DeYoung também afirma a atualidade da desaprovação divina ao ato de apoiar uniões homossexuais, especialmente celebrando-as, isto é, literalmente tornando-as célebres (sabidas e lembradas por muitas pessoas):

(...) No entanto, o fato de que Paulo destaca as relações homossexuais como exemplo notório do coração humano detendo a verdade e se afastando de Deus sugere que não devemos considerar insignificante o que a Bíblia destaca como rebelião odiosa. Isso significa que devemos encarar francamente a grave acusação que a Palavra de Deus impõe contra os indivíduos e igrejas que ‘aprovam os que assim procedem’ (v.32). É um grave erro aos olhos de Deus incentivar e apoiar o que prejudica o nosso próximo e desonra o nosso Criador.

.....
(...) Mas, se Coríntios está certo, não é exagero dizer que solenizar comportamento homossexual – assim como apoiar qualquer forma de imoralidade sexual – incorre no risco de conduzir pessoas para o inferno. A Escritura nos adverte frequentemente – nos termos mais severos – contra acharmos nossa identidade sexual à parte de Cristo e contra seguirmos uma prática sexual incoerente com nossa posição em Cristo (quer seja o pecado homossexual ou, muito mais frequentemente, o pecado heterossexual). (...) (DeYoung, 2005, p.72, p.155)

Portanto, pode-se concluir que prestar aprovação à homossexualidade por meio da sua oficialização civil contraria imperativo de crença religiosa cristã.

Uma vez oficializado casamento ou união estável civil homossexual, abre-se a possibilidade jurídica de uma adoção conjunta (dos dois cônjuges ou companheiros) sobre outrem para constituir vínculo de filiação, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁸, o que configura mais outra solenização estatal da união homossexual (mais outra aprovação da homossexualidade). Um resultado equivalente pode ocorrer se o parceiro homossexual de alguém adotar-lhe, unilateralmente, um filho, pois o adotado passaria a ter, civilmente, dois pais ou duas mães, exercendo os papéis de um pai e de uma mãe. Essa segunda hipótese configuraria o que Gilmar Mendes chama de objeção de consciência *indireta*, que é a que ocorre “quando a conduta é recusada por ligar-se instrumentalmente a outra conduta ou fato repelidos pelo indivíduo” (Mendes; Coelho; Branco, 2007, cap.6.4.1.1, p.404). Essa outra solenização pode ser tida, por uma perspectiva cristã, como ainda mais

58 “Art.41-§2º - Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.”

grave do que a união civil que a preceder, pois constitui sobre o adotado, se menor de dezoito anos, a autoridade do poder familiar⁵⁹, o qual abrange o poder de dirigir a criação e a educação do filho adotivo⁶⁰, implicando, na prática, em exibição intensiva da homossexualidade como padrão de comportamento ao adotado, sujeitando-o, assim, à maior probabilidade de também vir a praticar a homossexualidade por causa do exemplo habitual⁶¹. Contudo, uma vez que a homossexualidade é desaprovada pela ética cristã bíblica, infere-se logicamente que colaborar para submeter uma criança ou adolescente à autoridade conjunta de uma união já considerada indevida perante a lei divina configura também um inaceitável apoio à homossexualidade alheia, e com agravante sugerida por uma advertência do próprio Jesus Cristo.⁶²

Portanto, pode-se concluir que prestar apoio à homossexualidade, constituindo seus praticantes como autoridade sobre crianças, também contraria imperativo de crença religiosa cristã.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos caracteriza o travestismo como atitudes e uso de roupas associadas a gênero sexual diferente do sexo natural (Corte IDH, 2017, p.18). Esse comportamento é diretamente desaprovado por uma ordenação mosaica: “a mulher não usará roupas de homem, e o homem não usará roupas de mulher”⁶³. A Corte IDH caracteriza o transexualismo por alguém ver a si mesmo como tendo gênero sexual diferente de seu sexo natural, optando por intervenções médicas (inclusive cirúrgicas) para adaptar o próprio corpo a essa autocompreensão (p.17-18), o que implica frequentemente em amputações de seios, de ovários, de pênis e de testículos. Os atos de mutilação de partes do corpo humano também são

59 ECA: “Art.41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.”

60 Código Civil: “Art.1.634. - Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação.”

61 Um estudo nos EUA aponta chances de praticar homossexualidade oito vezes maiores entre filhos de homens homossexuais, em comparação à média geral da população: 9% diante de 1% (Bailey e outros, 1995). Outro estudo apurou que 24% de crianças adotadas por homossexuais (de um subtotal de 25 adotados) admitiram já ter tido relação homossexual, contra nenhum caso das adotadas por heterossexuais (de um subtotal de 21 adotados) (Golombok; Tasker; 1996). Um terceiro estudo apurou que 35% de filhos de homossexual assumiram uma identidade também homossexual (Cameron, P.; Cameron, K.; 1996). Esse mesmo estudo apurou ainda que 29% de filhos de homossexual (de um subtotal de 17 filhos) tiveram relações sexuais incestuosas com pelo menos um dos dois próprios pais, contra apenas 0,6% de filhos de heterossexuais (de um subtotal de 4.623 filhos) molestados por um dos dois pais. Esses estudos, em síntese, levam a concluir que a criação por homossexual está relacionada ao aumento das chances de imitar o comportamento homossexual, bem como ao aumento do risco de a criança ser sexualmente molestada pelos seus responsáveis parentais.

62 “Jesus disse aos seus discípulos: ‘É inevitável que aconteçam coisas que levem o povo a tropeçar, mas ai da pessoa por meio de quem elas acontecem. Seria melhor que ela fosse lançada no mar com uma pedra de moinho amarrada no pescoço, do que levar um desses pequeninos a pecar’” (Evangelho de Lucas cap.17, vv.1-2). Essa dura avaliação do próprio Cristo é repetida nos relatos de outros dois evangelhos: Mateus cap.18, vv.1-10; Marcos cap.9, vv.35-42.

63 Deuteronômio, cap.22, v.5

repudiados pela lei mosaica: “não façam cortes no corpo”⁶⁴. Tertuliano qualifica como “loucura” o ato de alguém cortar suas genitálias (Tertuliano, 1999-b, cap.23, v.3)⁶⁵. Essa corte internacional também caracteriza transgênerismo como situação semelhante ao transexualismo, porém sem a realização de intervenções médicas (p.17). Em qualquer desses três casos, ocorre uma simulação do sexo oposto ao natural, que incide, pelo menos, em uma dessas duas proibições mosaicas.

O próprio ministro Fux, do STF, ao julgar a ADPF 4.275, admitiu que um transgênero poderia não se submeter à cirurgia de transexualização por causa de “reservas religiosas” (Brasil, STF, 2018, p.106)⁶⁶. O catecismo católico afirma: “fora das indicações médicas de ordem estritamente terapêutica, as amputações, mutilações ou esterilizações diretamente voluntárias de pessoas inocentes são contrárias à lei moral” (CIC, 2000, p.598, §2297). E também desaprova mutilações corporais: “é moralmente inadmissível provocar diretamente mutilação que venha a tornar alguém inválido” (p.597-598, §2296). Uma vez que a mutilação de seios inviabiliza a amamentação, e uma vez que a mutilação de ovários, de pênis e de testículos inviabiliza a reprodução, os atos cirúrgicos de transexualização enquadram-se no interdito catequético⁶⁷. A IELB adota posição idêntica. Sendo uma igreja irmanada à americana Lutheran Church Missouri Synod, a IELB reproduz a posição oficial da LCMS: “porque o cristianismo leva nossos corpos criados a sério, ele é obrigado a ver como uma desordem da criação se um homem ou uma mulher sente desconforto com o seu corpo e deseja vestir-se e agir da maneira do sexo oposto ou ‘mudar’ o seu sexo por meio de hormônios ou cirurgia”. E sugere como a cirurgia de transexualização ofende a lei divina: “tal

64 Deuteronomio, cap.14, v.1. Essa regra veterotestamentária parece mantida pelo cristianismo, a partir da noção paulina de que o pecado sexual profana o corpo humano como templo do Espírito Santo (1 Coríntios, cap.6, vv.15-20).

65 No original: “Locorum differentia distinguatur, opinor, ut a templis deos existimetis quos alibi deos non dicitis; ut aliter dementire videatur qui sacras turres pervolat, aliter qui tecta viciniae transilit, et alia vis pronuntietur in eo qui genitalia vel lacertos, alia qui sibi gulam prosequat. Compar exitus furoris et una ratio est instigationis.”. Thelwall traduz “genitalia” como “secret pans” (Tertuliano, 1998), Reeve traduz como “privities” (Tertuliano, 2001-a), e Vidal e Pasquotto como “intimidades” (Tertuliano, 2001-b).

66 O STF acatou o suposto motivo religioso como fundamento para que a falta da cirurgia de transexualização não privasse o transgênero do novo direito, que então positivava, de alterar o sexo no registro civil por sua mera vontade: “Não são apenas os custos financeiros que tornam discriminatório o critério cirúrgico. É possível que não haja efetivamente uma escolha livre quanto à realização da cirurgia em razão de outros fatores, como reservas religiosas, convicções ideológicas ou riscos cirúrgicos associados a comorbidades.” Para positivizar esse novo direito sexual, o STF acolheu razões religiosas para que alguém não seja discriminado.

67 O papa Pio XI é mais específico: “Os magistrados públicos não têm poder direto sobre o corpo dos seus súbditos; por isso, quando não há crime e não há motivo para punição grave, nunca podem prejudicar diretamente ou interferir na integridade do corpo, seja por razões de eugenia ou por qualquer outro motivo (...) Além disso, a doutrina cristã estabelece, e a luz da razão humana torna-o muito claro, que os indivíduos privados não têm outro poder sobre os membros dos seus corpos senão aquele que pertence aos seus fins naturais; e não são livres de destruir ou mutilar os seus membros, ou de qualquer outra forma tornarem-se inaptos para as suas funções naturais, exceto quando nenhuma outra provisão pode ser feita para o bem de todo o corpo” (Pio XI, 1930, §§70, 71, tradução própria).

cirurgia, por exemplo, não mudará a composição cromossômica do indivíduo, mas apenas mutilará o corpo que Deus deu” (LCMS, 2017, p.6).

A participação na transexualidade ou travestismo alheio também são proibidos aos cristãos, o que se deduz da proibição geral de tomar parte em pecados alheios, na ordenação paulina: “não participem das obras infrutíferas das trevas”⁶⁸. O catecismo católico afirma que “temos responsabilidade nos pecados cometidos por outros, quando neles cooperamos: (...) louvando ou aprovando esses pecados”. Segundo esse documento eclesiástico, “o pecado torna os homens cúmplices uns dos outros, faz reinar entre eles a concupiscência”. E continua:

Os pecados provocam situações sociais e instituições contrárias à vontade divina. As ‘estruturas de pecado’ são a expressão e o efeito dos pecados pessoais. Induzem suas vítimas a cometer, por sua vez, o mal. Em sentido analógico, constituem um ‘pecado social’.
(CIC, 3ª parte, 1ª seção, cap.I, art.8-V, §§1867 a 1869, 2000, p.500)

Com isso, além de se poder concluir que prestar apoio à transexualidade contraria imperativo de crença religiosa judaico-cristã, percebe-se uma tendência eclesiástica de se posicionar contra institutos sociais que organizam as atividades humanas de modo a fazer com que indivíduos pratiquem atos que contrariem os mandamentos divinos. O instituto social mais poderoso é o próprio Estado, que, por sua vez, estabelece suas próprias sub-instituições, dentre elas o seu sistema Judiciário, que colabora com o Ministério Público e com outros órgãos auxiliares à administração da justiça (como os cartórios de registro civil e a Defensoria Pública). A jurisprudência vinculante aqui examinada institui sistemas de prestação de direitos cuja prática é avaliada como pecaminosa pela crença religiosa cristã. O estado brasileiro coloca-se então em antagonismo com a Igreja, na medida em que imperativos decorrentes de sua jurisprudência vinculante disputam a primazia da obediência nas consciências dos crentes cristãos (e judeus) que exercem funções estatais envolvidas na prestação de novos direitos que já eram tidos como velhos pecados. Esse conflito entre normas estatais e normas religiosas gera tensão na psique do indivíduo, tanto durante o impasse que pode preceder a decisão quanto depois que sua consciência delibera obedecer a um dos seus dois senhores, após constatar que não consegue servir a ambos. A seguir examinaremos como essa tensão aflige consciências que não eram incomodadas antes da instituição desses novos direitos.

68 Epístola aos Efésios cap.5, v.11. A ética jurídica brasileira funciona sob a mesma lógica de avaliar como ilícita a participação nas condutas ilícitas alheias. O Código Penal dispõe que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade” (art.29). A Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.8.429/1992) regula: “As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade” (art.3º). Semelhantemente: “Independentemente de integrar a administração indireta, estão sujeitos às sanções desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade privada para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual...” (art.1º-§7º).

Até este ponto, examinamos a dimensão dos fatos que configuram a objeção de consciência por imperativo de crença religiosa bíblica em face de três julgados vinculantes. Explanamos também algumas noções axiológicas e normativas da ética cristã. Passemos então ao exame da dimensão de valor do problema que é a objeção de consciência. Iniciaremos esse exame pelo valor que o zelo religioso tem na psique do crente. A partir daí poderemos passar às noções axiológicas e normativas da Sociedade como um todo, que são receptivas a esses valores e normas da ética cristã.

1.3 Valor individual: consciência religiosa bíblica como componente da personalidade protegido na axiologia da autonomia existencial e do direito ao livre desenvolvimento

Verifica-se a existência de preceitos éticos religiosos na religião nominalmente majoritária do Brasil (cristianismo) que conflitam com deveres da jurisprudência vinculante. Contudo sua existência não significa necessariamente que a consciência de um cristão adote-os fielmente como parte de sua personalidade e de sua identidade. O delineamento de uma personalidade e identidade cristãs a partir desses preceitos interessa na medida em que personalidade e identidade são alçados pela doutrina mais recente do direito civil como valores relevantes que demandam proteção mais ampla. Já se verificou como o cumprimento dos imperativos religiosos de conduta particulares aos cristãos distinguem-nos da maioria da sociedade na antiguidade imperial romana, e também observou-se como essa ética peculiar foi sustentada ao longo dos séculos.

Contudo, interessa também examinar se a observância a esses preceitos compõe porção valiosa para a personalidade e para a identidade dos cristãos, pois, para Heringer Júnior, um dos requisitos da objeção de consciência consiste na “relevância do conflito de consciência”, isto é, que ele “cause prejuízo à integridade moral do indivíduo” (Heringer Júnior, 2007, p.45-49). O ministro Celso de Mello, do STF, entendeu, no julgamento da ADI 4.275 que o “princípio do livre desenvolvimento da personalidade” gera um “direito à autodeterminação”, que seria um direito constitucional e um direito humano (Brasil, STF, 2018, p.121). Por sua vez, Jónatas Machado afirma que, para a proteção do núcleo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa, é necessário que uma eventual restrição considere o “impacto na

consciência individual”, ou seja, “do modo como é sentida e compreendida pelos sujeitos a quem diz concretamente respeito”:

A existência e a medida da restrição devem ser, tanto quanto possível, empaticamente determinadas atendendo à perspectiva do sujeito em causa, da sua própria compreensão e avaliação da situação dilemática eventualmente criada no seu *foro interno*. Quer dizer, para além de uma adequada ponderação de bens constitucionais, poderá verificar-se uma restrição ilegítima do direito à liberdade religiosa, mesmo que objetivamente não haja qualquer intenção estadual [estatal] nesse sentido.

(Machado, 2021, cap.5.7, p.293, grifo no original)

Jónatas Machado entende a consciência como “a última instância individual de julgamento e afirmação, a *autoconstituição* da pessoa humana” (Machado, 2013, cap.2.3, p.40, grifo no original). Segundo Pontes de Miranda, os direitos de personalidade são todos aqueles necessários à realização da personalidade, “à sua inserção nas relações jurídicas” (Miranda, 1955, p.13). Para Reis Júnior, o direito à objeção de consciência garante a livre formação e o desenvolvimento da consciência (Reis Júnior e outros, 2020, p.88), favorecendo o livre desenvolvimento da personalidade e guardando íntima relação com a dignidade da pessoa humana (p.89). E, segundo Ana Carolina Brochado Teixeira, a ordem constitucional brasileira pós-1988 voltou-se para um humanismo que configura “uma escolha metodológico-interpretativa que determina que, em toda situação jurídica, a interpretação adequada é aquela que prima pela realização da pessoa humana e de sua personalidade, pela sua emancipação, pela sua liberdade” (Teixeira, 2019, p.165). Uma vez que a liberdade religiosa é um direito fundamental (CF art.5º-VI), passa a interessar em que medida a personalidade é por ela protegida. Nas palavras de Teixeira:

Para se efetivar e garantir os direitos fundamentais, o ser humano deve ser considerado a própria razão da existência da situação jurídica, na qual deve ter sua personalidade protegida e promovida. Diante disso, passou-se a dar grande relevância aos direitos de personalidade, como forma de positivação explícita da proteção à pessoa. (...) (Teixeira, 2019, p.164)

Teixeira entende que liberdade e intimidade “dizem respeito à essencialidade da própria existência da pessoa humana, denominadas cerne da pessoalidade”. Por isso entende que o direito deve proteger o “livre desenvolvimento da personalidade” e a autonomia do indivíduo, que se revelam no seu “estilo de vida eleito” (p.176), que é por ele mesmo construído e que “pertence apenas a ele mesmo”, em seu “poder de autodeterminar-se”, sendo inviolável por terceiros que pretendam determinar, em seu lugar, “os destinos e as opções que digam respeito à sua intimidade” (p.177).

A partir dessa nova compreensão dos direitos de personalidade, convém examinar se os preceitos éticos da crença religiosa cristã marcam profundamente a personalidade do crente em seu íntimo, para, daí, examinarmos se essas intimidade, personalidade, identidade e liberdade são ou não respaldadas por esse entendimento hodierno dos valores sociais da personalidade, que determinarão a normatização da sua objeção. Para examinar essa identidade cristã, convém repassar rapidamente alguns pontos marcantes na história e na literatura, para comparar a personalidade cristã com outros modelos religiosos que a precederam.

Na antiga democracia ateniense, a contestação da consciência não passava de um mero protesto verbal com relação ao dever-ser da lei, não chegando a se manifestar como uma efetiva objeção⁶⁹. Apesar de exercer o mais alto cargo da *polis*, Péricles (495– 429 a.C.) submeteu sua consciência a cumprir o dever legal, embora dele discordasse. Escolhido para discursar em um funeral de guerreiros mortos, diferenciou seu próprio ideal de justiça do ideal de justiça da lei: “Muitos... fizeram elogios ao legislador que acrescentou um discurso à cerimônia usual nestas circunstâncias, considerando justo celebrar também com palavras os mortos na guerra.... A mim, todavia, ter-me-ia parecido suficiente, tratando-se de homens que se mostraram valorosos em atos, manifestar apenas com atos as honras que lhes prestamos....”. Apesar de avaliar o dever de discursar como inadequado, o arconte cumpriu a lei, e discursou em elogio dos defuntos: “Seja como for, já que nossos antepassados julgaram boa essa prática, também devo obedecer à lei, e farei o possível para corresponder à expectativa e às opiniões de cada um de vós” (Figueiredo, 2002, p.20-21)⁷⁰.

A tragédia “Antígona” é lembrada como arquétipo da objeção de consciência religiosa. Contudo, seu autor, Sófocles, já usara do mesmo tema em outra peça anterior, a qual consiste no primeiro registro escrito ocidental não-bíblico em que a contestação de consciência manifesta-se como efetiva objeção material diante de um dever expressado por uma fonte de direito positivo. Na tragédia “Ájax” (“Ajaz”), os reis irmãos (e comandantes militares) Agamenon e Menelau proíbem que o cadáver de Ájax seja sepultado, sob pena de morte (Sófocles, 2013, vv.1470-1473; 1546). O irmão de Ájax, Teucro, afirma que a ordem do rei Menelau despreza as leis divinas (vv.1530-1532), e desafia explicitamente a ordem régia declarando-lhe que sepultará o morto (v.1547). O rei Agamenon critica a atitude indômita de Teucro, afirmando que, seguindo-se o exemplo de sua objeção, “nenhuma das humanas leis seria estável” (vv.1679-1680).

69 Essa liberdade de expressão foi a única que o STF permitiu expressamente ao criminalizar a homo-transfobia. Vide ADO 26, ementa.

70 Apud Tucídides, História da Guerra do Peloponeso, trad. Mário da Gama Curi, Ed.UnB, Brasília, 1999

Diante da ameaça régia da pena de morte pela desobediência ao comandante-em-chefe, o objeter Teucro retribui ao rei Agamenon com a mesma ameaça de morte (vv.1767-1770). Odisseu então intervêm, e argui o direito divino para o rei: “Ouve-me, então: em nome de todos os deuses. Não abandones impiamente este cadáver. Não te deixes vencer pela brutalidade, nem permitas que teu rancor chegue ao extremo de desconsiderar um direito sagrado.” (vv.1799-1803) (...) “Seria um atentado às leis divinas muito mais que a ele mesmo” (vv.1814-1815). O direito divino também é expresso por Teucro, que esclarece o tipo de punição a qual se arrisca quem o viola, ainda que detenha autoridade sobre outros homens: “Possam afinal o venerável Pai, soberano do Olimpo, e também de Erínias que não esquecem, e afinal a Justiça, julgar duramente e sem apelação os dois irmãos ignóbeis e condená-los a morrer penosamente, da mesma forma que eles queriam deixar sem sepultura o herói digno de outra sorte!” (vv.1873-1880).⁷¹

Em “Antígona”, Sófocles narra um caso semelhante, em que mais outro rei também proíbe um sepultamento sob pena de morte. Antígona, irmã do falecido, diferentemente de Teucro, não dispõe de força física sequer para proferir bravatas ao Rei. Ao contrário de Teucro, que mostra disposição para matar o Rei, Antígona afirma sua disposição para morrer cumprindo “a lei mais cara aos deuses” (Sófocles, 1989, vv.78-86), pois, caso contrário, arriscar-se-ia a ser odiada pelo morto (v.105). Interrogada pelo Rei quanto ao fato de tê-lo desobedecido, ela lhe expõe o direito divino:

Mas Zeus não foi o arauto delas [das leis que proibiam o sepultamento] para mim, nem essas leis são as ditadas entre os homens pela Justiça, companheira de morada dos deuses infernais; e não me pareceu que tuas determinações tivessem força para impor aos mortais até a obrigação de transgredir normas divinas, não escritas, inevitáveis; não é de hoje, não é de ontem, é desde os tempos mais remotos que elas vigem, sem que ninguém possa dizer quando surgiram. E não seria por temer homem algum... que me arriscaria a ser punida pelos deuses por violá-las. (vv.511-523)

Antígona invoca imperativos fixados por autoridades superiores à autoridade do Rei: os deuses⁷². Costuma-se atribuir a “Antígona” um esboço de teoria do direito *natural*, porém percebe-se nitidamente que o que ela expõe é claramente um direito *religioso, sobre-natural*, superior ao direito posto pelas autoridades estatais. Seu discurso não manifesta uma ideia de direito calcada nem na natureza do mundo nem na natureza humana (na razão), mas, sim,

71 O coro finaliza a estória com uma declamação digna de reflexão para quem desafia o direito divino: “Nós, homens, tomamos conhecimento de muitas coisas porque são visíveis, mas o futuro e o nosso destino, nunca existiu um único adivinho capaz de conhecê-los com certeza.” (vv.1911-1915)

72 Como se percebe, esses imperativos dos deuses gregos não estavam registrados por escrito, diferentemente de muitos imperativos divinos da crença judaico-cristã, que, como visto, estão registrados por escrito desde de antes das tragédias de Sófocles.

como em Teucro, na ideia de um direito propriamente *divino*. A noção moderna de direito natural que invoca essa personagem trágica deriva e depende totalmente de uma antiga noção religiosa de direito – de uma noção teísta, ainda que ela seja *poli*-teísta. O que é considerado como direito natural – aquilo que deve ser considerado justo e direito para todos os homens⁷³ – apresenta-se aqui como direito divino: a vontade dos deuses.

Voltando à realidade de Atenas, Sócrates (470–399 a.C), proibido pela democracia de filosofar em público, questionando e embaraçando os transeuntes, manifesta o primeiro caso de objeção de consciência por convicção filosófica, embora, no seu caso, as ideias de “convicção filosófica” e de “crença religiosa” confundam-se, pois, segundo o próprio Sócrates, considerado pai da filosofia, foi um deus quem lhe ordenou a filosofar pelos métodos da ironia e da maiêutica. Sócrates discursa que a proibição da lei contraria a ordem do deus, e expressa que, nesse conflito, sua consciência se posiciona a favor da ordem divina e contra a lei civil, apesar do risco de punição com a morte:

(...) Estás enganado, homem, se pensas que um varão de algum préstimo deve pesar as possibilidades de vida e morte em vez de considerar apenas este aspecto de seus atos: se o que faz é justo ou injusto, de homem de brio ou de covarde. (...) A verdade, atenienses, é esta: quando a gente toma uma posição, seja por a considerar a melhor, seja porque tal foi a ordem do comandante, aí, na minha opinião, deve permanecer diante dos perigos, sem pesar o risco de morte ou qualquer outro, salvo o da desonra.

(Figueiredo, 2002, p.29-30, apud Sócrates, coleção “Os Pensadores”, Ed. Nova Cultural, 1987)

E Sócrates continua:

Grave falta,..., teria cometido eu, ..., se, quando um deus, como eu acreditava e admitia, me mandava levar vida de filósofo, submetendo a provas a mim mesmo e aos outros, desertasse o meu posto por temor da morte ou de outro mal qualquer. Seria grave e então deveras com justiça me haveriam trazido ao tribunal pelo crime de não crer nos deuses, pois teria desobedecido ao oráculo por temor da morte e supondo ser sábio sem que o fosse. (...) Sei, porém, que é mau e vergonhoso praticar o mal, desobedecer a um melhor do que eu, seja deus, seja homem; (...); mesmo que, apesar disso, me dissésseis: ‘Sócrates, ... te deixamos ir, mas com a condição de abandonares essa investigação e a filosofia; (...)’ (...); eu responderia: ‘atenienses, ... obedecerei antes ao deus que a vós; enquanto tiver alento e puder fazê-lo, jamais deixarei de filosofar, de vos dirigir exortações, de ministrar ensinamentos em toda ocasião àquele de vós que eu deparar, dizendo-lhe o que costume: ‘Meu caro, tu, ... não te pejas... de não te importares nem cogitares da razão, da verdade, e de melhorar quanto mais a tua alma?’. E se algum de vós redarguir que não se importa, não me irei embora, deixando-o, mas o hei de interrogar, examinar e confundir e, se me parecer que afirma ter adquirido a virtude e não a adquiriu, hei de repreendê-lo por estimar menos o que vale mais e mais o que vale menos. É o que hei de fazer a quem eu encontrar, Tais são as ordens que o deus me deu, ficai certos. E eu acredito que jamais aconteceu a cidade maior bem que minha obediência ao deus.

(Figueiredo, 2002, p.30-31, apud Sócrates, coleção “Os Pensadores”, Ed. Nova Cultural, 1987)

⁷³ Essa é a definição de direito natural para Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*, livro 5

Apesar da objeção ao direito positivo ateniense, Sócrates não entendia que ela fosse um motivo para escusa à punição. Ele admitia contrariar preceitos do povo ateniense para cumprir os de seu deus, porém não admitia contrariar as consequências jurídicas decorrentes dessa contrariedade àqueles preceitos estatais: Sócrates aceitou a pena de morte que lhe foi sentenciada por essa objeção (por obedecer ao deus e por desobedecer ao Povo). Darcy Azambuja comenta que essa posição de Sócrates era comum a todos os homens antigos, para os quais o Estado seria um fenômeno natural e necessário, para os quais a origem do poder estatal não era uma questão importante. Azambuja afirma que Sócrates, embora discutisse a razão de ser de todas as coisas, não discutia a razão do poder, preferindo morrer injustamente a se rebelar-se (Azambuja, 2008, cap.6.2, p.75,). No entanto, os exemplos gregos de Sócrates, de Antígona e de Teucro indicam que as crenças religiosas pré-cristãs significavam muito na intimidade dos crentes, determinando os caracteres de suas personalidades enquanto reivindicavam a liberdade de as praticar⁷⁴.

Na Roma antiga, o direito humano (*jus*) distinguia-se do direito divino (*fas*). O *jus* (do latim, *justitia*) designava o bom e o justo nas relações humanas (Ulpiano, Digesto, livro I-§3, p.13)⁷⁵. O *fas* (do latim, *fari*, falar) designava o direito ditado pelos deuses, suas ordens que normatizavam deveres e modos de agir, intermediados por oráculos, por vates e por sibilas (Pimenta, 2010, p.2). Enquanto “o *jus* é do domínio dos homens, o *fas* é do reino de Deus”; enquanto o *jus* regula as relações entre os homens sob a sanção do Estado, o *fas* designa o que é direito conforme a vontade dos deuses” (Cretella Júnior, 2007, p.18). O *jus* é posto pelo homem, e é fruto de seu arbítrio, de um ato de sua vontade, logo falível, imperfeito, mutável e discutível. Já do *fas* não há o que se questionar, nem mesmo quanto a medida de sua aplicação, sendo imutável (Pimenta, p.5).

Na antiga república de Roma, a Lei Ópia Suntuária (215a.C.) proibia às mulheres de exhibir publicamente adornos de ouro e trajes púrpuras, e de se deslocarem em carruagens. A discussão da proposta de revogação dessa lei (195 a.C.), levou muitas mulheres a ocupar as ruas de Roma e a abordar os legisladores a fim de os persuadir. Essa reunião de mulheres no espaço público já contrariava o costume romano de restringir as mulheres ao espaço doméstico. O costume foi ainda mais contrariado pelo fato de que as mulheres conversavam diretamente com homens que não eram os de suas próprias famílias, em efetivo exercício de *lobbying*.

⁷⁴ Hannah Arendt avalia a importância desse teísmo pagão: “... a consciência

⁷⁵ No Código Justiniano

O principal defensor da manutenção dessa lei, Catão, “o Velho”, afirmou que essas mulheres tinham se agrupado movidas por uma nova religião, vinda do estrangeiro, que cultuava a Mãe do Ida. Seu principal oponente parlamentar, Lúcio Valério, afirmou que essas mulheres romanas receberam a nova deusa estrangeira como aceite de mais auxílio divino a Roma (Lívio, 2005, livro 34, §§1-8). Nesse caso, as consciências de várias mulheres objetaram conjuntamente aos costumes romanos, cada qual desafiando a autoridade doméstica do respectivo *pater familias*, e trabalhando para que uma lei positiva fosse revogada. Como nos casos gregos expostos acima, essa disposição para contrariar o direito civil positivo foi inspirada por uma crença religiosa.

Da antiga república para o império propriamente dito, o cristianismo primitivo conflitou com a cultura romana ainda predominantemente politeísta, e com seu direito positivo, que interferia nas práticas religiosas de todos os súditos. Os súditos do imperador romano eram obrigados a lhe oferecer um sacrifício de queima de incenso pronunciando frases votivas em glória do *genus* e do *numem* imperial, isto é, de suas potencialidades divinas. A objeção a participar de tal sacrifício era interpretada como traição, e punida com a morte (Pérez, 2018, p.37-40). Tertuliano afirma que, por volta do ano 197, cristãos objetavam a oferecer sacrifícios aos imperadores e aos deuses instituídos pelo estado imperial (Tertuliano, 2001-b, caps.2, 10), e deixavam de prestar homenagem às suas estátuas (cap.12). Por isso, eram formalmente acusados pelos crimes de sacrilégio e de traição, além de serem tachados de “inimigos dos deuses, do Imperador, das leis, da boa moral de qualquer natureza” (cap.2). A partir do império de Nero César (cap.5), passaram a ser condenados ao banimento para ilhas, a trabalhos forçados em minas, e à morte pelo fogo, por ataque de feras, ou em cruzes ou em estacas (cap.12). O Império Romano professava uma religião oficial e tolerava amplamente várias outras religiões, contudo exigia que todos os súditos participassem de certos ritos religiosos públicos que aspiravam à proteção das divindades oficiais, o que configurava uma realidade de sincretismo religioso. Manoel Gonçalves Ferreira Filho identifica nisso um modelo de identificação entre Estado e religião (Ferreira Filho, 2002, p.84).

Os cristãos objetavam conscienciosamente a glorificar outros deuses além de seu próprio Deus, cumprindo os primeiros imperativos de seu Decálogo⁷⁶, o que levou a crença cristã a ser particularmente perseguida. Tertuliano queixava-se: “de fato, somente nós somos proibidos de ter uma religião própria nossa. Ofendemos aos romanos, somos excluídos de direitos... porque não adoramos os deuses de Roma. (...) Mas com vossa liberalidade

⁷⁶ “Eu sou o Senhor, o teu Deus, Não terás outros deuses além de mim. Não farás para ti nenhum ídolo, nenhuma imagem de qualquer coisa no céu, na terra, ou nas águas debaixo da terra. Não te prostrarás diante deles nem lhes prestarás culto.” (Êxodo, cap.20, vv.2-5; semelhantemente em Deuteronômio, cap.5, vv.6-9).

permitis adorar qualquer deus exceto o verdadeiro Deus” (Tertuliano, 2001-b, cap.24). Essa conjuntura da Roma antiga assemelha-se, em parte, à contemporaneidade brasileira. Em uma época na qual o STF protege explicitamente práticas rituais de religiões tão politeístas quanto a da extinta religião oficial da Roma antiga – exemplo maior sendo a permissão para sacrifícios de animais pelo RE 494.601 –, alguns de seus julgados impõem, para todos, novos deveres cujo cumprimento implica potencial violação grave da ética cristã, e cujo descumprimento implica risco do mesmo mal lamentado por Tertuliano: a perda de direitos.

O dilema dos cristãos primitivos no conflito entre o dever humano e o sobre-humano já contava com uma solução preceituada em suas escrituras sagradas. Um mandamento apostólico divisava: “É preciso obedecer antes a Deus do que aos homens”⁷⁷. Por isso Tertuliano expressa como e por que cristãos optavam por não ceder ao direito posto pelo Imperador, em uma obstinação semelhante à do resignado Sócrates, porém submetendo-se a métodos de execução mais dolorosos do que o que pesou sobre o filósofo ateniense:

(...) Portanto, quando somos convidados a sacrificar, recusamos resolutamente, apoiados no conhecimento que temos, pelo qual estamos certos sobre a realidade dos seres aos quais esses sacrifícios são oferecidos, sob a profanação de imagens e a deificação de seres humanos.

Muitos, de fato, julgam isso um ato de insanidade, pois estando em nosso poder oferecer logo o sacrifício e nos livrarmos do castigo, mantemos nossas convicções; é que preferimos uma persistência obstinada em nossa confissão, para nossa salvação. Vós nos avisais, é certo, que assim estamos tirando vantagens de vós, mas sabemos de quem procedem tais sugestões, quem está por trás disso, querendo vencer nossa constância, e como faz todo esforço, agora com manhosa persuasão e depois com perseguição sem piedade. Não é outro senão o espírito, meio demônio, meio anjo que, nos odiando por causa de sua própria separação de Deus, levado pela inveja do favor que Deus nos tem demonstrado, vira vossas mentes contra nós com influências ocultas, moldando-as e instigando-as a todas as perversidades no julgamento, e àquela crueldade indevida que mencionamos no começo de nosso trabalho, quando iniciamos esta discussão.

.....
Nosso triunfo sobre eles nunca é mais completo do que quando somos condenados pela resoluta adesão à nossa fé.
(Tertuliano, 2001-b, cap.27)

Nesse discurso, Tertuliano ilustra como a crença religiosa cristã integra porção valiosíssima do cerne da personalidade do crente, em sua intimidade. A obstinação declarada por ele ilustra também o potencial do motivo que é a crença religiosa cristã: a aplicação

⁷⁷ Atos dos Apóstolos, cap.5, v.29. O contexto desse mandamento é uma proibição de proferir discurso religioso em espaço público (v.28). O Antigo Testamento também narra episódios de pessoas desobedecendo a ordens emanadas de poderes estatais, para obedecer a ordens divinas. Os exemplos mais memoráveis são os das parteiras hebreias no Egito (que desobedecem à ordem do Faraó de matar recém-nascidos, em Êxodo cap.1, vv.15-18) e dos funcionários estatais Daniel, Sadraque, Misaque e Abede-Nego, que desobedecem a ordens do Rei. O primeiro desobedece à proibição de orar apenas para o Rei; os três últimos, à obrigação do Rei de reverenciar uma estátua. Por isso, o primeiro é condenado à morte pelo ataque de leões, e os outros três, pelo fogo (Daniel, cap.3, vv.4-19 ; cap.6 vv.6-10 e 16). Os versos 41-48 do salmo 119 expressam a hierarquia de deveres: “... Obedecerei constantemente à tua lei, para todo o sempre. Andarei em verdadeira liberdade, pois tenho buscado os teus preceitos. Falarei dos teus testemunhos diante de reis, sem ser envergonhado....”.

intensiva do direito posto contra os imperativos dessa consciência abre caminho para uma maciça subtração de direitos dos objetores, com todos os ônus que as autoridades estatais zelosas passam a correr quando optam por confrontar diretamente cidadãos igualmente zelosos com seus deveres supra-estatais. A perseverança da consciência crente ameaçada por punições jurídico-estatais é alimentada por uma lógica própria que se funda no temor à Divindade⁷⁸. Uma passagem bíblica esclarece como a consciência sobre o pecado atua de modo determinante sobre as atitudes escolhidas pela psique não-conformista diante do que ela percebe como pecado: o crente sente-se intimamente chamado por Deus a provar publicamente sua fé, alertando ao pecador do seu pecado – o que, por sua vez, resulta por destacar esse mesmo pecado –, sob o risco de, se não o alertar, tornar-se ele mesmo culpado diante de Deus e merecedor do castigo devido ao pecado não alertado⁷⁹.

Na hipótese de um funcionário demandado a colaborar para um direito avaliado como pecaminoso, essa lógica particular pode lhe implicar o dever de comunicar, ao seu superior hierárquico, que objeta àquela prestação específica porque avalia aquele ato como pecaminoso. Semelhantemente, se esse funcionário for questionado, pelos usuários do serviço público (titulares desses direitos), a explicar o motivo pelo qual ele mesmo não lhes presta o direito imediatamente, o objetor pode se sentir compelido a lhes explicar suas razões religiosas, o que implicaria risco de que tais titulares sintam-se moralmente ofendidos, e de que, por causa disso, pretendam reparações de danos tanto da Administração Pública quanto do funcionário objetor – com todos os males operacionais ao serviço público que tal litigância ocasionaria. Por isso, diante de uma consciência crente cristã em conflito com a jurisprudência vinculante, o mais prudente para a prestação célere e segura dos novos direitos postos por ela talvez seja estabelecer uma rotina de trabalho na qual o objetor comunique imediatamente sua objeção ao seu superior hierárquico, para que este designe outro funcionário não-objedor para prestar o direito no lugar do objetor – ou para que ele mesmo, o superior, avoque a tarefa para si.

78 Por isso Eric Voegelin afirma que três tipos de verdades surgiram na história antiga: primeiro, a verdade *cosmológica*, na qual a dura realidade social é tomada como critério do que é verdadeiro e justo; segundo, a verdade *antropológica*, na qual o “eu” (a psique) assume o centro do que é radicalmente lícito e último, passando a questionar a sociedade, mas ainda se submetendo a ela; e, terceiro, a verdade *soteriológica*, na qual a divindade revela-se ao indivíduo como autoridade crítica sobre a antiga verdade da sociedade (Voegelin, 1982, cap.3.1, p.65-66). O exemplo acima de Péricles ilustra o primeiro tipo de verdade; o de Sócrates, o segundo; e o de Tertuliano, o terceiro. A verdade cosmológica surge com as grandes sociedades organizadas; a verdade antropológica, com a filosofia; e a verdade soteriológica, com o cristianismo.

79 Consta no livro do profeta Ezequiel: “Filho do homem, eu o fiz uma sentinela para a nação de Israel; por isso ouça a minha palavra, e advirta-os em meu nome. Quando eu disser ao ímpio que é certo que ele morrerá, e você não falar para dissuadi-lo de seus caminhos, aquele ímpio morrerá por sua iniquidade, mas eu considerarei você responsável pela morte dele. Mas, se você de fato advertir o ímpio para que se desvie dos seus caminhos e ele não se desviar, ele morrerá por sua iniquidade, mas você estará livre da sua responsabilidade.” (cap.33, vv.7-9).

Essa consciência individual atenta às demandas divinas no cotidiano da convivência mundana perdurou ao longo dos séculos, como ilustra o filósofo luterano Kierkegaard (1813-1855): “O que preciso de fato é ter claro na mente o que devo fazer, não o que devo saber – exceto até onde o saber preceda a ação. O importante é entender para o que estou destinado, perceber o que a divindade quer que eu faça; a questão é encontrar a verdade para mim, encontrar a ideia pela qual estou pronto para viver e morrer” (Sire, cap.6.3, p.150)⁸⁰. Nessa esteira de normatização interna à psique do indivíduo, a consciência religiosa é também explanada pelo filósofo brasileiro Farias Brito (1862-1917) – coetâneo da elaboração da primeira constituição brasileira a garantir ampla liberdade religiosa ao Povo, a de 1891 – como um efetivo governo do indivíduo, paralelo ao governo do Estado, e cujas normas tem primazia sobre esse último. Pede-se licença para citá-lo longamente:

(...) Não. A religião não é uma ciência, não é um sistema de conhecimento, mas um governo. É o governo pela lei moral, governo real e efetivo, essencialmente distinto do governo pela lei do direito, ou do governo pela justiça, mas não menos necessário e eficaz. O primeiro é que é exatamente o governo essencial; e o segundo que é um governo pela força, só se compreende e justifica como complemento do primeiro, que é um governo pela autoridade moral ou pela força da razão. (...) A religião é, pois, governo e não ciência, sendo assim absurdo levantar a respeito da religião a questão de erro ou de verdade, uma vez que se trata aí, não de conhecimento, mas de ação; não de ciência, mas de organização das sociedades. (...) O mesmo acontece com as religiões que todas se resolvem em preceitos e regras para o governo moral das sociedades, podendo assim ser mais ou menos perfeitas, mas todas preenchem o fim a que são destinadas, não se podendo assim dizer que sejam verdadeiras ou falsas, pois não são teorias ou abstrações, mas realidades. Nós não podemos dizer que a legislação de tal povo seja verdadeira ou falsa, por mais grosseira que se nos afigure. Essa legislação é um fenômeno real e um processo de vida, um produto, sim, da inteligência, mas de significação objetiva e concreta, pois permanece como fato e exerce ação como princípio e como regra de conduta. Pois com a religião acontece o mesmo: é também um sistema de legislação, produto também da inteligência, mas que vai agir sobre as massas populares e é condição de vida social. (...)

A religião, a meu ver, pode ser definida nestes termos: é a moral organizada. E isto quer dizer: é a sociedade organizada pela lei moral, é a sociedade governada pela razão. Há, pois, dois sistemas de leis, duas ordens distintas de preceitos que se impõem como regras de ação no governo das sociedades: a moral e o direito. A primeira consiste no império da razão e pode ser chamada a lei dos bons, pois consiste na disciplina fundada simplesmente na inspiração do bem, sem outra sanção, para a pessoa que age contra a lei, além da condenação da própria consciência, ou da execração por parte da consciência pública. E porque esta sanção nem sempre é eficaz, por isto mesmo faz-se necessário que venha, em auxílio da moral, o direito, com o complemento decisivo da força material. O fim do direito é, pois, impedir pela força a violação da lei, reagir, pela violência, contra a violência dos maus; razão pela qual o direito pode ser chamado rigorosamente de a lei dos maus. O governo pela lei moral é a religião, o governo pelo direito é o Estado. (Brito, 2006, livro 1, cap.4, p.149-150)

E o filósofo brasileiro continua:

Poder-se-á, porém dizer: sim, a religião não é ciência, mas governo; (...)

(...) Mas a religião não deixou por isto de ser a maior e mais grave preocupação do espírito humano. (...)

80 Apud Walter Lowrie, “A Short Life of Kierkegaard”, Princeton University Press, 1942, p.82

.....
(...) E ver-se, só por esta conclusão, que todo conflito ou antagonismo que se supõe existir entre a ciência e a religião, é simplesmente o resultado de um equívoco, não sendo permitido comparar a religião e a ciência como se fossem duas modalidades ou formas distintas do conhecimento, porque a religião deriva, sim, do conhecimento, mas é forma, não do conhecimento, mas da ação. Mas esse governo ou ação na qual se resolve a religião supõe como condição essencial uma intuição da vida e uma interpretação da realidade, numa palavra, uma concepção do mundo; o que significa que a religião não é ciência, mas tem por fundamento a ciência; não a ciência da matéria, destinada a servir como instrumento da ação sobre os elementos exteriores, ou segundo uma fórmula mais precisa, destinada a estabelecer o domínio do homem sobre a natureza; mas a ciência do espírito ou a filosofia moral, destinada a orientar-nos na vida e a estabelecer o domínio do homem sobre si mesmo.
(Brito, 2006, livro 1, cap.4, p.151-153)

A partir desse longo trecho do filósofo brasileiro mais destacado à época do surgimento do nosso estado laico, aduz-se que a religião funciona como parte especialmente importante da consciência do crente, como o verdadeiro governo do homem sobre si mesmo. Aduz-se também que a crença religiosa é tão necessária para a Sociedade quanto o direito estatal, pois, atuando sobre a consciência de seus devotos, é eficaz para *in-spirar* (inserir espírito) os homens a conviver corretamente uns com os outros – e mais eficaz em termos quantitativos –, de modo que o direito estatal não deve fazer uso de sua força para frustrar os deveres que são conformes à religião. Ao afirmar que religiões são realidades, Farias Brito possibilita compreendê-la como fatos a serem valorados, segundo a concepção jurídica tridimensional de Miguel Reale. E, ao valorá-la tão bondosamente, deixa claro também sua dimensão axiológica.

Farias Brito aponta que a consciência que viola as regras religiosas já pune a si mesma, e que, se essas regras religiosas são compartilhadas por uma coletividade, as consciências dessa comunidade crente também punem a consciência individual desviante. O filósofo não admite que punições estatais sejam infligidas a quem cumpre preceito religioso. Pode-se questionar se deveria ser punido quem cumpre preceito religioso que ordene violência a outrem. Contudo, considerando a realidade sociocultural na qual Farias Brito escreveu – o Brasil do início do século 20 –, pode-se deduzir, com suficiente razão, que o termo “religião” significava, na prática, qualquer confissão cristã (e/ou judaica), do que se conclui que a possibilidade de agressão por ordem divina não se aplica⁸¹.

Essas mesmas preocupações íntimas, percebidas por Farias Brito, quanto ao cumprimento de normas de conduta decorrentes do credo, ressoam no anglicano C. S. Lewis (1898-1963), já vivenciando uma sociedade inglesa em processo de descristianização por efeito da difusão de filosofias materialistas e indiferentistas. Lewis afirma que o livre-arbítrio

81 Essa conjectura é desenvolvida no cap.3.

humano enfrenta constantemente situações que lhes são apresentadas, e que nisso consiste o objeto da moral. Ele discorre sobre a tensão da consciência crente entre satisfazer o senso de correção de outros homens ou o senso de correção do que compreende como Deus: “os seres humanos julgam uns aos outros por suas ações externas, mas Deus os julga pelas suas escolhas morais” (Lewis, 2017, livro 3, cap.4 p.130). E se posiciona em prol do juízo divino: “É claro que, muitas vezes, está totalmente certo, aliás pode até ser nosso dever, não ligar para o que pensam de nós, desde que o façamos pelo motivo certo, a saber: porque damos um valor incomparável ao que Deus pensa” (livro 3, cap.8, p.171). Em outro trecho que lembra Farias Brito, Lewis também argumenta que a compreensão que o crente tem do universo implica em regras de conduta a serem guardadas. E compara como uma mundivisão teísta (que crê em um deus) e espiritual (que crê que os homens possuem um espírito capaz de sobreviver à morte do corpo) implica em regras de comportamento diferentes das regras de conduta que são positivadas partindo de premissas que simplesmente são indiferentes, para efeitos práticos, para com a existência de Deus ou para com a de almas imortais:

(...) Lembre-se de que a religião compreende uma série de declarações sobre os fatos que têm de ser necessariamente verdadeiras ou falsas. Se forem verdadeiras, então será possível inferir certo conjunto de conclusões sobre a navegação correta da frota humana; se elas forem falsas, as inferências serão bem diferentes. Por exemplo, vamos retomar o caso daquele homem que diz que uma coisa não pode ser errada desde que não prejudique nenhum outro ser humano⁸². Ele sabe muito bem que não deve danificar os outros navios do comboio, mas pensa sinceramente que tudo o que fizer com o seu próprio navio é exclusivamente da sua própria conta. Mas será que não faz toda a diferença o caso de o navio ser ou não sua propriedade pessoal? Será que não faz toda a diferença se eu sou, por assim dizer, o senhor da minha própria mente e do meu corpo, ou apenas um inquilino, que presta contas ao verdadeiro senhor? Se alguém me fez para seus próprios propósitos, então devo ter uma série de deveres que não teria se simplesmente fosse meu próprio dono.

Repito: o cristianismo afirma que todo ser humano viverá para sempre, e isso só pode ser verdadeiro ou falso. Agora, há muitas coisas que não seriam dignas de preocupação se fosse para eu viver apenas setenta anos, mas com as quais é bom eu me preocupar seriamente se tenho a perspectiva de viver eternamente. (...)

(Lewis, 2017, livro 3, cap.1, p.110-111)

Nesse trecho, Lewis expõe a compreensão cristã de que o indivíduo crente não é dono do próprio corpo, mas, sim, seu Criador. Tal compreensão leva à conclusão que os atos praticados por esse corpo – inclusive trabalhando na prestação de direitos postos avaliados como pecaminosos – demandam prestação de contas ao criador do corpo, que pode, em

82 Nesse trecho Lewis compara o teísmo com o utilitarismo de seu compatriota John Stuart Mill, e seu “princípio do dano”, formulado no seu clássico “Sobre a Liberdade”: o de que só se pode interferir na liberdade de ação do indivíduo para “evitar dano a outros”, para evitar “causar algum mal a outra pessoa” (Mill, 2017, cap.1, p.82). Aliás, pensando a partir de Mill, um objetor que se recusa a prestar um direito *não faz propriamente mal* ao titular do direito objetado: ele simplesmente *deixa de lhe fazer o bem*. Assim, segundo o utilitarismo individualista de Mill, a tentativa de exercer controle, maior do que o necessário para evitar que alguém cause mal a outrem, “poderia causar outros males maiores”, de modo que “a consciência do próprio agente deveria ocupar o assento vazio no juízo da questão”, porque “o caso não admite que ele seja passível de julgamento por seus semelhantes” (p.84-85). Em contrapartida, o titular do direito objetado que tolera o objetor *deixa de lhe fazer o mal*, enquanto que aquele que age para puni-lo, *causa-lhe dano e mal*.

retribuição, destruir não apenas esse corpo, mas também seu espírito. A congruência entre a compreensão de como o universo funciona e a compreensão do que o homem deve fazer ou deixar de fazer assemelha-se ao que Benjamin Wiker chama de “lei da uniformidade”: “toda concepção clara do universo, toda teoria a respeito da natureza, acarreta necessariamente uma concepção de moralidade; toda concepção clara de moralidade, toda teoria a respeito da natureza humana, acarreta necessariamente uma cosmologia para apoiá-la” (Wiker, 2011, p.27). A noção cristã de que o indivíduo tem um destino eterno traz de volta a teoria jurídica de Austin, no ponto em que ela aponta as consequências de desatender ao comando da autoridade. Uma vez que Austin considera as leis divinas como leis propriamente ditas, sua explanação converge com a cosmovisão de Lewis:

Mas, no sentido em que o entendo aqui, o termo superioridade significa poder: o poder de afetar os outros com o mal ou a dor, e de forçá-los, por medo desse mal, a moldar sua conduta de acordo com seus desejos. Por exemplo, Deus é enfaticamente superior ao homem. Pois seu poder de nos afetar com a dor e de nos forçar a cumprir sua vontade é ilimitado e inabalável. (Austin, 1832, p.36)⁸³

Lewis também argumenta que o cumprimento dos preceitos éticos da crença cristã no cotidiano compõe parte essencial – e a parte mais importante – do que seja uma personalidade cuja identidade é cristã, ponto esse que é muito relevante para a doutrina jurídica pós-moderna, preocupada com a proteção de identidades e da autonomia existencial:

(...) Em vez disso, eu diria que, toda vez que você faz uma escolha, está transformando sua parte central, seu eu interior, a parte que toma decisões, em algo um pouco diferente do que era anteriormente. E, tomando sua vida como um todo, com todas as suas inúmeras escolhas, você estará, ao longo de toda a vida, transformando esse eu interior numa criatura celeste ou numa criatura infernal; ou seja, em uma criatura que está em harmonia com Deus, com as outras criaturas e consigo mesma, ou em uma que está em estado de guerra e ódio com Deus, com as demais criaturas e consigo mesma. (...) (Lewis, 2017, livro 3, cap.4, p.132)

Esse padrão de pensamento ilustra como o cumprimento dos preceitos éticos cristãos compõe a parte mais valiosa da personalidade do crente cristão, determinando a identidade que ele tem de si mesmo, e influenciando-o na sua autodeterminação, isto é, no núcleo mais íntimo de seu ser. Lewis enfatiza que a adesão ao cristianismo implica deveres de observância prática diária (2017, livro 3, cap.11, p.188-189). Destarte, se o Estado antagoniza a observância dessas práticas e as reprime com rigor, vulnera gravemente a personalidade e a identidade do indivíduo crente cristão. Glauco Magalhães Filho aponta que a consciência religiosa, embora acate uma advertência de punição divina, adquire sua maior força “da

⁸³ Traduzido pelo DeepL. No original: “But, taken with the meaning wherein I here understand it, the term superiority signifies might: the power of affecting other with evil or pain, and of forcing them, through fear of that evil, to fashion their conduct to one’s wishes. For example, God is emphatically the superior of Man. For his power to affecting us with pain, and of forcing us to comply with his will, is unbounded and resistless.”

apreensão da deformidade ou abominação de determinados atos, considerados em relação à divina presença. Pois, em Santa Presença, a vergonha do vício deve ser mais forte que o medo do resultado punitivo do julgamento” (Magalhães Filho, 2006-a, cap.6, p.130). Essa propensão religiosa para o cumprimento de deveres persiste ainda no século 20, segundo percebeu o historiador Christopher Lasch, observando a realidade americana, que examinaremos adiante, ao tratar de como a jurisprudência daquele país regula os conflitos sociais decorrentes de observâncias religiosas:

(...) Longe de acalmar dúvidas e ansiedades, a religião com frequência as intensifica. Ela julga mais rigidamente os que professam a fé do que os infiéis. Ela os mantém dentro de um padrão de conduta tão exigente, que muitos, inevitavelmente, não conseguem satisfazer. Ela não tem paciência com quem fica se justificando – uma arte em que os americanos se superam. Se ela basicamente perdoa fraquezas e loucuras, não é porque as ignore ou as atribua exclusivamente aos infiéis. Para quem leva a religião a sério, a fé é uma sobrecarga, não uma pretensão hipócrita a status morais privilegiados. A hipocrisia, na verdade, talvez prevaleça mais entre os céticos do que entre os crentes. A disciplina espiritual contra a hipocrisia é a própria essência da religião.
(Lasch, 1995, p.25-26)⁸⁴

A ONU reconhece a importância fundamental da religiosidade na composição da personalidade individual, quando considera, na sua *Declaração sobre a Eliminação de todas as formas de Intolerância e Discriminação fundadas na Religião ou nas Convicções*, que “a religião ou as convicções, para quem as profere, constituem um dos elementos fundamentais em sua concepção de vida e que, portanto, a liberdade de religião ou de convicções deve ser integralmente respeitada e garantida” (ONU, 1981, 3º considerando).

Diante desse quadro fático-axiológico, Ana Carolina Brochado Teixeira, parecendo ecoar Mill, afirma que “em questões de maior intimidade, o fio norteador exclusivo deve ser a autonomia privada, pois a vontade individual é a única legítima a guiar tais decisões, não a imposição do Estado ou de terceiros” (Teixeira, 2019, p.175). Maria Celina Bodin de Moraes

84 Hannah Arendt também compara a mentalidade crente com a mentalidade não-crente, quando compara os dois tipos de consciência. Ela primeiramente afirma que sua geração foi “a primeira geração, desde o surgimento do cristianismo no Ocidente, em que as massas, e não apenas uma pequena elite, já não acreditam em ‘estados futuros’ (como os Pais Fundadores da Nação Americana ainda expressavam), e que, portanto, estão empenhadas (ao que parece) em pensar na consciência como um órgão que reagirá na ausência de esperança por recompensa e sem medo de castigos.” (Arendt, 2004, cap.1.2, p.153). Então distingue: “Dentro da esfera da experiência religiosa, não pode haver conflito de consciência. A voz de Deus fala claramente, e a questão é apenas se vou obedecer a ela ou não. Os conflitos de consciência em termos seculares, por outro lado, não são realmente senão deliberações entre mim e mim mesma; não são resolvidos pelo sentimento, mas pelo pensamento.” (p.173). Ela assim afirma porque, em uma mentalidade não-crente, o sentimento de culpa é mais mutante: ele pode ora resultar de um conflito entre um velho hábito (ao qual o indivíduo está aderido) e uma nova ordem que o desafia, porém, a partir do momento em que essa nova ordem vence o velho hábito, torna-se, ela mesma, um novo hábito – e se torna amplamente aceita pela Sociedade –, o mesmo homem pode experimentar a mesma culpa se não se conformar ao novo hábito, mesmo sendo esse novo hábito contrário ao velho hábito substituído. Para Arendt, os sentimentos de culpa não-crentes indicam apenas conformidade, e não moralidade, que é o sentimento, “além da razão”, do que é certo e errado (p.172-173).

afirma que, quanto à vida privada existencial, “o Estado não é o melhor juiz, e não pode haver substituto para a consciência individual” (Bodin, 2007, p.10-11). E Stefano Rodotà afirma que essas questões afetas à personalidade delimitam um espaço “*indecidibile per il legislatore*” (Rodotà, 2008), pois constituem um “núcleo duro”, uma vez que são imprescindíveis para o respeito à pessoa humana enquanto tal, não podendo ser decididas por uma vontade externa à da pessoa interessada “mesmo que seja aquela expressa em coro por todos os cidadãos ou por um Parlamento unânime” (2007, p.24). Se, para Rodotà, nem a democracia indireta nem a direta podem interferir na decisão do indivíduo quanto às suas questões existenciais, logicamente também não o pode fazer a aristocracia de um tribunal, o que, aliás, é afirmado explicitamente por Brochado Teixeira:

(...) Logo, operou-se uma blindagem aos espaços existenciais de maior intimidade da pessoa humana que não estão sujeitos à invasão do legislador infraconstitucional, *de qualquer decisão do Poder Judiciário*, de ordem do Poder Executivo ou de ato de particulares. A vida privada existencial encontra-se protegida, portanto, de interferências externas, pois é necessário que cada um desenvolva sua personalidade de forma livre e participe da sua comunidade de forma autônoma.
(Teixeira, 2019, p.177, grifo nosso)

Hasso Hofmann expõe duas teorias que explicam a dignidade humana na Alemanha. A primeira, chamada “teoria do dote” (*Mitgifttheorie*), explica-a como uma qualidade especial concedida pela Natureza ou pelo Criador (que cria o homem segundo Sua imagem e semelhança), de modo que cada homem tem sua dignidade de forma específica e particularizada. A segunda, chamada “teoria da prestação” (*Leistungstheorie*), explica-a como produto do agir do próprio homem, do seu comportamento e da possibilidade de autodeterminação, fundando-a no reconhecimento pessoal e na valoração positiva da pretensão de respeito, perpassando as noções de relação, de comunicação e de solidariedade, de modo que “o outro” torna-se o critério decisivo para a construção do indivíduo enquanto tal (Hofmann, 1999, p.620-650).

A partir dessa segunda teoria, Brochado Teixeira afirma que o principal valor que conforma a dignidade é a liberdade: “num mundo plural, todos têm o direito de construir a própria ideia de dignidade e viver de acordo com ela” (Teixeira, 2019, p.155). Afirma também que essa dignidade calcada na liberdade “origina para cada pessoa um espaço de autonomia que o Estado deve respeitar” (p.158), de modo que cada indivíduo “pode elaborar seus projetos e viver segundo as próprias concepções”, com suas próprias singularidades, e de tal maneira que “cada um possui igualmente direito de interpretar o que, para si, venha a ser liberdade, bem como suas manifestações e projeções em sua própria vida” (p.154). Ela entende que a Constituição Federal de 1988 adotou o pluralismo como fundamento, o que

implica na aceitação “de uma multiplicidade das visões de mundo, que acarretam a possibilidade de cada pessoa construir uma concepção própria do que seja bom para si” (p.154), em um ambiente de respeito à individualidade e à diversidade cultural (p.155). Como consequência, entende que o Direito optou para que a pessoa humana realize-se “de acordo com seu projeto de vida, com os valores que elegeu mais relevantes para a condução da sua vida” (p.156). Portanto, segundo Brochado Teixeira, a “liberdade de ser” é fundamental “para que a pessoa possa viver de forma digna, cada um sendo respeitado em sua identidade de forma integral”, pois o princípio da dignidade da pessoa humana implica “o respeito integral pela pessoa, pela sua identidade e pela forma como esta se projeta no mundo” (p.154-155).

Miracy Gustin considera autônomo quem é capaz de “fazer escolhas próprias, de formular objetivos pessoais respaldados em convicções” (Gustin, 1999, p.31). Heloísa Helena Barboza entende autonomia como fruto do “reconhecimento do poder do sujeito privado de autorregular-se, nos limites da lei, aqui entendida em seu sentido amplo, e que tem na Constituição da República sua expressão maior” (Barboza, 2008, p.410). E, no mesmo sentido de Brochado Teixeira, Thamís Dalsenter Viveiros Castro também afirma que a autonomia existencial configura-se como “instrumento da liberdade individual para realização das potencialidades da pessoa humana e de seus interesses não patrimoniais”, que incide em relações jurídicas extrapatrimoniais e que tem, como referencial objetivo, “o próprio titular no espaço de livre desenvolvimento da personalidade” (Castro, 2017, p.101)⁸⁵.

Todas essas doutrinas egotistas do direito civil atual podem ensejar a contestação de que o Estado não tem o dever de se conformar a todas as idiossincrasias de cosmovisões particulares, sobretudo àquelas que se posicionam contra aquilo que o STF já decidiu ser socialmente justo e constitucional, no exercício do papel de guardião dos direitos mais fundamentais das pessoas humanas⁸⁶.

Se se aceitar tal contestação, a solução jurídica alternativa à acomodação estatal entre a consciência individual do crente e o serviço público seria a *cisão* da consciência. A *cisão* da consciência pode ser expressa por formulação do tipo “sou religioso mas minha religião não

85 O conjunto dessas doutrinas enquadra-se na avaliação de Puppink: “(...) De acordo com o pensamento comum do nosso tempo, a consciência não é um instrumento de juízo moral, mas uma forma de autoanálise abstrata; uma esfera de autonomia, que é a sede da interioridade individual; uma caixa negra, que segrega um magma de desejos, convicções, opiniões e crenças. (...)” (Puppink, 2021, p.12-13).

86 Essa contestação levanta uma questão de ordem: não foram essas crenças religiosas, com suas particularidades, que se posicionaram contra a jurisprudência vinculante. Foi, ao contrário, a jurisprudência vinculante que, ao positivar novos direitos e deveres, posicionou-se contra essas crenças e particularidades, consolidadas há séculos, e que, até então, eram praticadas sem perigo de intervenção estatal, porque situavam-se indubitavelmente no campo da licitude.

interfere no meu trabalho nem na minha vida pública”⁸⁷. Essa posição significa que as crenças ou convicções não correspondem a ações ou omissões congruentes com essas ideias, ou então, no mínimo, que só correspondem quando a consciência encontra-se em um ambiente cultural e institucional simpatizante, mas não em um ambiente cultural e institucional antagônico ou hostil. A cisão entre pensamento e conduta, entre a *episteme* e o *ethos*, consiste, ela mesma, em uma cisão da consciência, como se uma mesma pessoa tivesse duas ou mais consciências distintas, duas ou mais personalidades, duas ou mais identidades, como se fosse duas ou mais pessoas diferentes conforme a conveniência de evitar o antagonismo e a hostilidade do Estado ou das pessoas próximas cujas próprias consciências lhe são contrárias. Pensar nessa cisão de consciência é pensar em uma consciência que, se for sincera, consiste em uma consciência esquizofrênica, para-nóide, de dupla personalidade.

Pensar nessa cisão de consciência como uma separação entre o espaço público e o espaço privado desconsidera o fato de que a conduta de agir ou de se omitir é praticada por um corpo humano, por um “sujeito de carne” (Rodotà, 2014, p.143), o qual, evidentemente, é um espaço privado mesmo quando está no exercício de uma função pública. Pensar nessa cisão de consciência como se fosse uma separação entre assuntos temporais (de competência exclusiva do Estado) e assuntos espirituais (de competência exclusiva da Igreja ou equivalente) é ignorar que certos assuntos e atitudes são simultaneamente temporais e espirituais, pois os homens não conseguem separar o corpo físico de um ser humano de seu espírito sem matá-lo. Ou o corpo (agente ou omitente) continua junto com o espírito (o pensamento, com sua crença religiosa ou convicção filosófica), obedecendo a uma autoridade temporal-secular do Estado, ou o corpo e a mente permanecem juntos obedecendo à autoridade espiritual que governa a consciência.

Enfim, se a liberdade de consciência é um direito humano e fundamental *individual*, a cisão da consciência implicaria em uma cisão, em uma *divisão* do *in-divíduo*, o qual, como a própria etimologia revela, consiste exatamente *naquilo que por definição não pode ser dividido*. Portanto, a cisão da consciência, determinando maneiras de pensar e de agir variáveis de acordo com o ambiente público ou privado, consiste na negação não apenas de um direito individual, mas, sim, na negação do próprio indivíduo.

⁸⁷ Aloisio Cristovam Santos Jr. considera simplista, “equivocado” e “preconceituoso” afirmar que o ambiente de trabalho não seja espaço para prática religiosa, porque ignora que as práticas culturais fazem parte do dia-a-dia da fé “de modo que não é possível cindir sua vida em dois lados, um religioso e outro secular” (Santos Júnior, 2019, p.184-185).

Puppinck critica tal cisão de consciência porque “reduz os requerentes, na medida em que são servidores do Estado, à condição de autômatos, que devem aplicar a lei de modo servil, sem recurso à própria consciência e sem garantia de defesa dos direitos humanos” (Puppinck, 2021, cap.2.2-h, p.81)⁸⁸. Puppinck lembra que o Tribunal de Nuremberg rejeitou a ideia de não-culpabilidade por uma obediência hierárquica que despreza a consciência individual: “a obediência de um militar não é uma obediência de autômato. Um militar é um ser dotado de razão, que não obedece, nem se espera que obedeça, como a roda dentada de um mecanismo” (cap.2.1-a, p.38-39)⁸⁹.

Portanto, não se espera legitimamente que nem mesmo o funcionário estatal militar – que é aquele do qual mais se espera disciplina hierárquica⁹⁰– obedeça ao seu superior hierárquico desprezando sua própria consciência individual. Logicamente, muito menos pode ser exigido de funcionários estatais não-militares. Azambuja percebe como pode ser imperfeita a separação entre um ideal imanentista do que seja bem público e a possibilidade de que um fator transcendental seja considerado para defini-lo: “Não basta objetar que o bem comum é estritamente circunscrito no domínio temporal, pois seria preciso saber que uso deve o homem fazer de sua vida, e se ela não lhe foi dada, precisamente, para que ele preparasse sua eternidade” (Azambuja, 2008, p.150). Assim, Azambuja conduz à conclusão de que o bem público temporal é uma síntese que se compõe também de interesses e valores que não são apenas temporais e imanes, mas que se compõe também de interesses morais (e espirituais), os quais podem vir a conflitar com outros interesses e valores.

É nessa perspectiva, de confronto entre as diferentes concepções de bem emergentes do pluralismo, que se apresenta a posição de Gustin. Para ela, uma pessoa só é autônoma – com suas escolhas e decisões de ação – em relação ao outro, de forma interativa. Ela explana:

88 Puppinck acrescenta que tal raciocínio corresponde à atitude adotada por regimes totalitários para submeter as respectivas administrações públicas, e que a liberdade de consciência foi instituída precisamente contra essa atitude. Ele cita o Estatuto do Tribunal Militar Internacional (“Tribunal de Nuremberga”): “O facto de um acusado ter agido em conformidade com as instruções do seu Governo ou de um superior hierárquico não o exime de suas responsabilidades, ...” (p.39, nota 54, apud Acordo respeitante à perseguição e à punição dos grandes criminosos de guerra das Potencias Europeias do Eixo, RTNU, vol.82, p.279, art.8). E cita também a Comissão de Direito Internacional: “No direito internacional, o facto de um sujeito ter agido em conformidade com ordens recebidas do seu governo ou de um superior hierárquico não o exime da responsabilidade de autor, se o mesmo sujeito dispunha, moralmente, da possibilidade de escolher” (p.39, apud Anuário da Comissão de Direito Internacional, 1950, vol.II, pp.374-378).

89 apud Tribunal de Nuremberga, Estados Unidos vs. Ohlendorf et al. (“Einsatzgruppen Trial”), 1948, 4 LRTWC. 470

90 “Art.142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na *hierarquia* e na *disciplina*, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.” (CF/1988, grifo nosso). No mesmo sentido: art.42 (para policiais e bombeiros militares, muito claramente) e art.198 (para os profissionais de saúde, razoavelmente).

(...) Ser autônomo é saber que se está agindo com caráter autônomo em relação aos valores e regras do outro e das comunidades. A validação intersubjetiva é, portanto, condição necessária para a sua realização. O chamado autogoverno deve se realizar através da capacidade de avaliar criticamente as normas, os padrões e os objetivos de seu ambiente. Isso significa uma complexa dialética de inserção-destaque; ou seja, de estar relacionado e integrado às regras e princípios de seu contexto e, ao mesmo tempo, dele estar liberto para ser capaz de julgá-lo.
(Gustin, 1999, p.19-20)

Constata-se então uma dubiedade nessa moderníssima doutrina civilista da autonomia existencial: o indivíduo é livre para se autodeterminar, porém, ao mesmo tempo, suas escolhas existenciais interferem na liberdade dos demais indivíduos, que devem “validar” e “realizar” as regras e decisões de quem se “autogoverna”, ficando a elas vinculados. Brochado Teixeira também admite explicitamente esse caráter de uma liberdade individual que resulta por se impor aos demais indivíduos:

A nós interessa pensar nos limites colocados pelo ordenamento à autonomia privada e, pelo que entendemos, devemos dividir esse raciocínio em duas partes, de acordo com a natureza existencial ou patrimonial da situação jurídica: (...) mas se a situação for extrapatrimonial, referente à personalidade, o limite é estabelecido pelos aspectos existenciais da solidariedade, como a alteridade, ou seja, se a circunstância, por qualquer hipótese, interferir em espaços de intersubjetividade, ali está a barreira para a sua eficácia. Se houver apenas referências subjetivas individuais, o espaço é pleno para uma decisão autônoma. Contudo, é imperativo que o “o outro” [sic] consubstanciado pelo Estado ou pelos particulares, em razão da ampla efetividade da solidariedade social, não deve apenas respeitar as escolhas pessoais, deve promovê-las e salvaguardá-las.
(Teixeira, 2019, p.181-182)

Portanto, todo o libertarismo dessa avançada doutrina da autonomia existencial deixa revelar, ironicamente, um pretexto para oportunizar a diminuição da liberdade de quem é demandado por quem a invoca. Brochado Teixeira complementa que a dignidade, embora concebida de forma singular, é edificada genuinamente e “só se forma plenamente através do olhar do outro” (Teixeira, 2019, p.182). E ainda afirma que “o homem só se faz digno enquanto ser livre..., franqueado para ser ele mesmo,” porque “só se faz digno se tratado com igualdade pela sociedade e por seus pares, ou seja, sem discriminação por suas escolhas, sejam elas quais forem, sendo-lhes resguardado o direito de ser diferente”.

Então não surpreende que Brochado Teixeira apresente exatamente o julgado vinculante da ADI 4.275 como exemplo de que “a pessoa só constrói sua autonomia na interação com o outro..., pois, afinal, é nesses espaços de intersubjetividade que ela edifica a sua personalidade” (Teixeira, 2019, p.178). Ora, a ADI 4.275, ao impor a todos os indivíduos o dever de tratar alguém pelo sexo e pelo nome escolhidos por um único indivíduo, contra a realidade natural, ilustra nitidamente como o voluntarismo de uma liberdade individual é capaz de afetar (turbar) a liberdade de terceiros, que se vêem subitamente obrigados e limitados

no viver de acordo com suas próprias regras – se sua própria cosmovisão for naturalista ou teísta – para ter de se conformar às regras da cosmovisão pós-modernista de quem avalia que seu próprio desejo sexual prevalece sobre a natureza. Enquanto um transexual, por exemplo, entende que seu direito à alteração do registro civil é essencial para sua existencialidade ou para o desenvolvimento de sua personalidade, no lado oposto, a pessoa do funcionário do registro civil objetor igualmente entende que a prestação desse serviço viola sua própria existencialidade ou o desenvolvimento de sua personalidade – de cristão em busca de santificação, por exemplo. Há então um conflito radical sobre o que cada individualidade concebe como bom ou mau: o que é apreciado como sumamente bom para um é avaliado como sumamente mau para o outro, e vice-versa.

Desse modo, a objeção de consciência religiosa decorre da autonomia, do autogoverno, da autodeterminação existencial de quem concebe o serviço demandado como absolutamente incompatível com a dignidade de sua própria personalidade. Puppink percebe o paradoxo no qual se arriscam a incidir sociedades inspiradas pelo pensamento que admite diferentes moralidades a depender dos respectivos diferentes sujeitos que a praticam:

Uma sociedade realmente liberal e utilitarista, ou seja, que tem consciência de o ser e que funciona com base nos princípios dessas doutrinas, tem de evitar suscitar conflitos morais dentro dos indivíduos que a constituem, pois, de contrário, estará a renegar os próprios princípios, tornando-se, estruturalmente, uma fonte de violência. Assim, uma sociedade só consegue ser equitativa, concedendo liberdade (melhor dizendo, uma *autorização*) em relação a práticas proibidas durante muito tempo, se permitir, quer aos que subscrevem tais práticas, quer aos que as rejeitam, a possibilidade de viverem de acordo com as suas convicções; mas isso implica garantir aos que as reprovam o direito de não serem coagidos a participar nas referidas práticas. Este direito pode ser expressamente garantido pelo legislador por meio de uma cláusula de consciência, reconhecida no direito positivo, ou ser reconhecido caso a caso pelo juiz, com base na liberdade de consciência. O direito à objeção de consciência que daqui resulta é o mecanismo pelo qual a sociedade organiza a coexistência do duplo nível de moralidade, evitando que a autorização concedida a uns seja exercida à custa da liberdade de outros, ou que a utilidade pública coaja algumas pessoas a cometerem atos imorais. Deste modo, o reconhecimento da objeção de consciência contribui para o funcionamento pacífico das sociedades liberais e utilitaristas.
(Puppink, 2021, cap.2.2-a, p.45, grifo no original)

E Puppink ainda lembra que as “cláusulas de consciência” foram historicamente reconhecidas, muitas vezes, como condição em troca da anterior despenalização do que agora é meramente objetado (Puppink, 2021, cap.2.2-c, p.60).

Cabe então ao Estado a tarefa de tentar acomodar esse conflito radical de direitos de personalidade. A personalidade, a identidade e os interesses dos titulares dos novos direitos sexuais, reprodutivos e familiares positivados pela jurisprudência vinculante já são garantidos

por essa mesma jurisprudência cogente. Falta ainda garantir a proteção da personalidade, da identidade e dos interesses dos objetores de consciência a essa jurisprudência. Ao direito estatal incumbe viabilizar que o titular do direito, que é usuário do serviço público, não sofra perdas em seu direito posto pela jurisprudência apenas porque é julgado como moralmente mau pelo potencial prestador do serviço. Mas não apenas isso: também incumbe ao Estado que o prestador do serviço objetor também não seja punido – não perca direitos – apenas porque o pretenso tomador de seu serviço julgue-o, moral e juridicamente, mau. Se a transexualidade, por exemplo, consiste em uma personalidade que demanda o respeito de terceiros pela sua liberdade, ao ponto de impor deveres sobre toda a Administração Pública e sobre todos os particulares, então, segundo o princípio da igual liberdade para todos, a cristandade bíblica, incompatível com a transexualidade, também consiste em uma personalidade que demanda o respeito de terceiros pela sua liberdade, de modo que a Administração Pública e todos os particulares devam, no mínimo, tolerá-la, não punindo-a com a perda de direitos.

Brochado Teixeira afirma que “não é possível que o legislador ou um terceiro condicione as formas do viver, por não saber, de maneira apriorística, quais são as necessidades individuais” (Teixeira, 2019, p.180). E também afirma que “permissões ou proibições normativas estão vedadas, por se tratar de manifestações heterônomas, que se tornam ilegítimas perante a tutela da pessoa humana e de seus direitos fundamentais”. Por isso, entende que a liberdade existencial deve se dar “sem imposições culturais ou normativas” (p.179). Para os objetores de consciência movidos por essa personalidade cristã, em conflito com um judiciário legiferante, podem-se aplicar então essas suas palavras:

Portanto a dignidade – vez que seu conceito está intimamente relacionado com a autonomia – tem como função limitar a atuação do legislador, *do juiz*, do médico, da família e de outras entidades intermediárias em situações existenciais, para que seja garantido tal espaço único de decisão pessoal. Afinal, o princípio moderno da dignidade exige que todos os indivíduos sejam igualmente respeitados em suas liberdades, para que possam, autonomamente, construir-se a si mesmos, a agir segundo seus próprios valores.
(Teixeira, 2019, p.183, grifo nosso)

Rodotà entende que a liberdade de consciência sempre deve ser considerada em matérias “eticamente sensíveis” que se referem a decisões individuais referentes à própria pessoa, de modo que decisões de foro íntimo não podem ser tomadas por terceiros – nem mesmo pelo legislador –, se elas repercutirem apenas na esfera pessoal (Rodotà, 2008). Rodotà afasta a autoridade legislativa de ingerência no processo de tomada de decisões do indivíduo que lhe afetam profundamente. Supõe-se que, ao afirmar isso, Rodotà tenha em mente o legislador democrático eleito pelo Povo. Se essa sua avaliação aplica-se ao legislador

cuja legitimidade emana diretamente do Povo a partir das eleições, mais ainda então deve se aplicar a legisladores *de facto* que não foram escolhidos pelo Povo, e dos quais não se supõe manter contato direto com ele para consultá-lo – esses legisladores *de facto*, em nosso problema de pesquisa, são os membros do Judiciário que positivam jurisprudência vinculante. Rodotà condiciona esse afastamento da autoridade estatal legiferante a que essa decisão do indivíduo repercuta apenas na sua própria esfera pessoal (do decisor). Inicialmente podemos pensar que a objeção de consciência aos novos direitos jurisprudenciais aqui tratados repercute na esfera dos titulares desses direitos – o que é verdade –, porém essa repercussão pode ser, na prática, tão pequena, que pode ser desconsiderada,⁹¹ ao ponto de se enquadrar na posição de Rodotà.

Foi verificado aqui que o apego a preceitos religiosos de conduta compõe porção valiosa da personalidade humana. Essa realidade axiológica já era vivenciada por gregos e por romanos antigos, porém teve sua expressão mais dramática nas perseguições da Roma imperial à minoria dos cristãos primitivos. Essa noção dos cristãos primitivos foi transmitida às suas gerações posteriores, de modo que atualmente a observância de regras de conduta decorrentes dessa crença religiosa configura exercício da autonomia existencial dos indivíduos nas suas mais caras concepções de bem, e na sua autodeterminação quanto à personalidade e à identidade. Diante de tais fatos, a mais inovadora doutrina civilista valoriza-os de modo a propugnar a não-interferência de poderes estatais nessas decisões íntimas sobre questões existenciais.

No entanto, o problema da objeção de consciência envolve também o interesse público – o interesse da Administração Pública que o funcionário objetor eventualmente integra. Essa relevante circunstância pode levantar argumentos de que a doutrina civilista não é suficiente para justificar a escusa aos objetores, uma vez que a autonomia existencial privada estaria obrigada a se conformar com a “supremacia do interesse público”. Por isso, apesar de todos os *insights* fornecidos por esse exame da consciência religiosa como direito de personalidade, eles podem não ser suficientes para solucionar o problema satisfatoriamente. Os fatos e os valores apresentados até este ponto, embora razoáveis, podem demandar, em um escrutinador mais rigoroso, a exigência de uma abordagem menos subjetiva, menos contestável, mais objetiva. Tendo já sido apresentados os fatos sociais (e antropológicos) e os valores (individuais, sob a ótica da doutrina jurídica civilista) que permeiam o problema, pode-se passar agora ao exame dos valores sociais que devem ser considerados no esforço de

91 O modo como isso pode ocorrer será tratado no cap.4, no qual serão ponderados a liberdade religiosa e os direitos jurisprudenciais problemáticos.

normatização da objeção de consciência, de modo que possam funcionar como diretrizes para formular a decisão de se o objetor deve ou não ser escusado.

1.4 Valor social: os valores e os fins originais do estado laico brasileiro na teleologia de Rui Barbosa

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ordena que, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (LINDB, art.5º). Essa lei também dispõe que, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (art.4º). Logicamente, na ausência de lei diretamente aplicável, a lei a ser aplicada por analogia, a norma consuetudinária ou o princípio geral de direito a ser aplicado também deve atender aos fins sociais aos quais o sistema jurídico se dirige e “às exigências do bem comum”. Isso levanta a questão de ordem: quais são os fins sociais da norma jurídica aplicável? E qual é o bem comum exigido?

A interpretação teleológica do direito sempre enfrenta o problema de encontrar uma fonte segura que exponha quais são esses fins. Em uma democracia não se pode simplesmente presumir que um ideal imaginado pelo intérprete seja o mesmo ideal popular que move a norma jurídica, pois isso implicaria que a noção de justiça de um ou de poucos homens prevalece sobre a noção de justiça de muitos – o que implicaria que o poder do direito não emana do Povo (da democracia), mas, sim, de uma mono-cracia ou de uma oligo-cracia. Por isso, os “fins sociais a que ela [a norma jurídica] se dirige” e “as exigências do bem comum” devem ser encontradas em algum documento que possa ser verificado por qualquer pessoa do Povo, com baixo risco de que seja contestado como a autêntica finalidade das leis. Para tanto, optamos por uma teleologia que seja histórica, lastreada em documentos do passado cujo teor viabilize compreender o que pensavam os autores das normas jurídicas no tempo em que elas foram formuladas – optamos por uma abordagem originalista.

Representante dessa corrente originalista era o juiz da suprema corte americana Antonin Scalia. Segundo ele, deve-se buscar a “intenção objetivada” da lei, isto é, a intenção que uma pessoa razoável extrairia do texto da lei, considerada quanto ao restante do *corpus juris*” (Scalia, 2021, cap.4, p.24). Scalia prevê o risco de simplesmente se supor a intenção do legislador:

(...) A ameaça prática é que, sob o disfarce ou mesmo o autoengano de buscar intenções legislativas implícitas, juízes do *common law* de fato buscarão seus próprios objetivos e desejos, estendendo, do *common law* para o campo das leis, suas inclinações para criar normas. Quando você é chamado a decidir, não com base no que o legislador disse, mas baseado naquilo que ele *pretendeu dizer*, e tem certeza de que não há uma conexão necessária entre as duas coisas, sua melhor chance de descobrir a intenção do legislador é perguntar para si mesmo quais *deveriam* ter sido as pretensões de uma pessoa sábia e inteligente. E isso seguramente o levará à conclusão de que a lei significa o que você pensa que ela deveria significar – que é precisamente como juízes decidem as coisas no *common law*. (...)

(Scalia, 2021, cap.4, p.25, grifos no original)

Para prevenir esse problema, Scalia recomenda estudar a história legislativa. No caso da constituição americana, ele afirma a importância de se estudar textos de seus constituintes, como os de Alexander Hamilton e os de James Madison nos artigos federalistas, porque demonstram como o texto da Constituição era originalmente compreendido (Scalia, 2021, cap.9, p.51).

Na ADPF 54, a Procuradoria da República argumentara que o princípio do estado laico se apresenta de modo que a laicidade caracteriza-se como uma “garantia institucional da liberdade religiosa individual” porque “o *endosso* estatal de doutrinas de fé pode representar uma coerção, ainda que de caráter psicológico, sobre os que *não professam* aquela religião” (Brasil, STF, ADPF 53, p.228, grifos nosso). Pode-se raciocinar em contrapartida da mesma lógica: a *contrariedade* estatal a doutrinas de fé pode representar também uma coerção, ainda que de caráter psíquico, sobre aqueles que *professam* aquela religião. A abordagem sobre o que seria a laicidade do estado brasileiro demanda então um exame sobre sua fundação, para que se tenha uma noção mais clara do que os brasileiros que a instituíram pretendiam que ocorresse na realidade.

A liberdade de externar crença religiosa em geral surgiu, no Brasil, com a primeira constituição republicana, de 1891. Antes dela, a constituição imperial, além de instituir o catolicismo como religião oficial⁹², dispunha que “as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fóma alguma exterior do Templo” (art.5). A Primeira República separou essa igreja do estado brasileiro (art.11-2º) e estabeleceu que “todos os individuos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto” (art.72-§3º), apesar de ter impedido qualquer direito de objeção de consciência religiosa, ao dispor que “por motivo de crença ou de função religiosa, nenhum cidadão brasileiro poderá ser privado de seus direitos civis e politicos, *nem eximir-se do cumprimento de qualquer dever civico*” (art.72-§28); e que “os que allegarem por motivo de

92 “A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio.” (art.5).

crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer onus que as leis da Republica imponham aos cidadãos... perderão todos os direitos politicos” (art.72-§29)⁹³.

Paulo Bonavides e Paes de Andrade creditam a Rui Barbosa a redação do texto da constituição de 1891: “basicamente o autor da Constituição e o cérebro que redigiu o primeiro ato constituinte da República, do ponto de vista material, a saber, o famoso Decreto n.1, cujos artigos mudaram a face do regime e fizeram o Brasil perلustrar um outro caminho político com a criação de instituições diametralmente distintas” (Bonavides; Andrade, 2006, p.241).

Ao tempo da primeira constituinte republicana, o catolicismo, despojado da oficialidade, enfrentava hostilidade do positivismo, corrente filosófica fundada por Auguste Comte, que tinha muitos seguidores entre deputados constituintes e na cúpula da hierarquia militar que empreendera a revolução republicana, tanto por meio de propaganda quanto por participação na quartelada que depôs o Imperador. Segundo Bonavides, “o positivismo no Brasil foi menos uma escola filosófica do que uma igreja ou seita: o templo da humanidade, como apregoavam seus mais fervorosos adeptos” (2006, p.236). O caráter efetivamente religioso do positivismo é ilustrado pela linguagem empregada no nome de uma agremiação sua, influente na Assembleia Constituinte: “Apostolado Positivista do Brasil” (p.236). Esse apostolado sugeriu alterações no projeto de constituição para “instituir a plenitude da liberdade espiritual” (p.237), declarando o catolicismo morto como força social na alma nacional tal qual a monarquia, só não tendo ainda desaparecido porque ainda não surgira o “sacerdócio científico” (p.237-238). A Igreja Católica Romana, por meio de seu primaz, o Arcebispo da Bahia, tentou refrear porções do projeto constitucional positivista, a exemplo da instituição do casamento civil como obrigatório⁹⁴ e da secularização de todos os cemitérios⁹⁵. Ele advertiu que tais regulamentações ofendiam a liberdade de sua igreja, violentava a consciência católica, e que, por causa disso, criava-se o risco de “um conflito permanente” e calamitoso na nação (p.239). Depois de promulgada a constituição, Rui Barbosa empreendeu campanha para sua revisão, inclusive para estabelecer o ensino religioso facultativo, em uma

93 A velha Constituição nega escusa a quem não se desincube de ônus “que *as leis* da Republica imponham aos cidadãos”. Ela não nega escusa a quem objeta a ônus imposto por julgado vinculante, mesmo porque tal constituição não concedeu tamanho poder ao Judiciário (art.59-I).

94 O casamento civil foi instituído como obrigatório: “A Republica só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita” (art.72-§4º). Essa redação não mudou com a Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926. Antes da República, o registro estatal dos casamentos era o mesmo registro eclesiástico católico, que tratava o casamento como um sacramento (matrimônio). A influência cultural católica sobre o casamento civil ainda foi sentida na República: o Código Civil de 1916 emprega o termo “matrimónio” (ou “matrimonial”) dezesseis vezes. O Código Civil de 2002 emprega esses termos duas vezes.

95 Os cemitérios foram atribuídos a autoridades municipais: “Os cemiterios terão caracter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a pratica dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não offendam a moral publica e as leis” (art.72-§5º). Essa redação também não mudou com a Emenda Constitucional de 1926. Essa medida implicou na posse estatal sobre instituições que tinham sido estabelecidas e que eram conservadas pelas congregações religiosas.

posição intermediária aos positivistas (que o repudiavam) e à Igreja Católica (que o queria obrigatório). Esse era o ambiente ideológico conflituoso e hostil à religião majoritária no qual Rui Barbosa transitava.

O casamento religioso só voltou a ser reconhecido pela república brasileira com a constituição de 1934 (art.146)⁹⁶. Os cemitérios também só puderam voltar à administração religiosa particular com essa mesma constituição (art.113-7)⁹⁷. Portanto, as reivindicações católicas de liberdade religiosa só foram constitucionalizadas depois da morte de Rui Barbosa (ano 1923), porém esse reconhecimento tardio convergiu para as finalidades que Rui Barbosa expressara quanto à laicidade da república brasileira ao tempo em que ela foi inaugurada. Sendo Rui Barbosa um efetivo “pai fundador” da república brasileira e do respectivo modelo de relação dela com a religião, seu pensamento constitui forte indício de qual era a convicção constituinte de como a República deveria lidar com assuntos religiosos. O modelo de relação entre o Estado e a religião estabelecido pela constituição de 1891 – e reformado pela de 1934 – foi transmitido a todas que se seguiram, sem alterações substanciais, até a atual constituição de 1988. Por isso, o pensamento cívico-religioso de Rui Barbosa consiste em uma fonte capaz de orientar em uma interpretação histórica e teleológica do direito que lida com o conflito entre uma velha ética religiosa, histórica e sociologicamente arraigada no imaginário brasileiro, e uma nova ética promovida por autoridades estatais empenhadas no progresso da sociedade brasileira. O antagonismo entre católicos e positivistas da primeira república reproduz-se parcialmente nas objeções que recalcitrantes cristãos bíblicistas opõem à concretização de direitos postos por um STF transformador e movido por uma crença iluminista. Em um longo discurso proferido no Colégio Anchieta no ano 1903, sobre a quais fins sociais os constituintes de então aspiravam com a abolição da confessionalidade, Rui Barbosa explicou:

Ora, a condição de nós outros é idêntica, por este lado, à dos Estados Unidos. Antes da República existia o Brasil; e o Brasil nasceu cristão, cresceu cristão, cristão continua a ser até hoje. Logo, se a República veio organizar o Brasil, e não esmagá-lo, a fórmula da liberdade constitucional, na República, necessariamente há de ser uma fórmula cristã. As instituições de 1891 não se destinaram a matar o espírito religioso, mas a depurá-lo, emancipando a religião do jugo oficial. Como aos americanos, pois, nos assiste a nós o jus de considerar o princípio cristão como elemento essencial e fundamental do direito brasileiro. Nesta verdade se encerram todas as garantias de liberdade e todas as necessidades da fé.
(Barbosa, 2015, p.140)

96 Art.146 - (...). O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. (...).

97 Art.113 (...) 7) (...). As associações religiosas poderão manter cemitérios particulares, sujeitos, porém, à fiscalização das autoridades competentes. (...).

Logo antes desse trecho, Rui Barbosa afirma que “as constituições não se adotam para tiranizar, mas para escudar a consciência dos povos” (p.140). Ao longo de todo o discurso, admite que a abolição constitucional da confessionalidade foi inspirada na constituição dos Estados Unidos da América, de 1781 (pp.119, 120, 121, 138). Invoca e adota a posição de um anônimo escritor americano, segundo a qual a constituição estadunidense estabeleceu-se com o intuito de proteger a nação e a religião nacional (p.140). Barbosa entendia que a liberdade religiosa tinha importância maior do que aquela obviamente considerada dentro das consciências crentes (individuais ou coletivas). Para ele, essa liberdade foi a primeira liberdade civil que surgiu historicamente, e dela derivam todas as outras, de modo que a preservação da liberdade religiosa – e, no caso, especificamente da liberdade *da religião cristã* – é a garantia de que todas as outras liberdades civis continuem sendo respeitadas pelo Estado:

Não há um só desses excessos da intolerância que não afligisse, empobrecesse e barbarizasse, que não enxovalhasse, desnaturasse e arruinasse as nações, a qual a razão de Estado os haja imposto, sob os despotismos antigos ou modernos. (...) Mas bem frágil barreira são as constituições, quando os povos não firmam debaixo delas o seu teto. (...) Mas essas [gerações novas] mais não farão que acelerar o curso da nossa decadência, descer apressadamente o íngreme declive, se não se retemperarem nas fontes perenes do verbo cristão. Todos os mandamentos se encerram naquele que subordina o amor dos homens ao amor a Deus. Ora, o amor de Deus impõe às nações o dever de não corarem da sua fé, e nela se reconstituírem; que outro meio não há de se reabilitarem nos costumes e se consolidarem na liberdade. Não é a soberania do povo o que salva as repúblicas. Não são as urnas eleitorais que melhoram os governos. Não é a liberdade política o que engrandece as nações. A soberania do povo constitui apenas uma força, a grande força moderna, entre as nações embebidas na justa aspiração de se regerem a si mesmas. Mas essa força popular há mister dirigida por uma alta moralidade social. As eleições mudam os governos, mas não os reformam. As liberdades políticas não tem por objeto satisfazer a vaidade dos cidadãos, entregando-lhes em frações dispersas o cetro do poder. O verdadeiro destino dessas liberdades está em revestirem e abroquelarem as liberdades civis, isto é, os direitos da consciência, da família e da propriedade. Essas três categorias de direitos ancoram na palavra divina, a saber, na divina constituição do homem. Mas só os povos religiosos os têm definido e praticado seriamente, ao menos no que respeita à consciência e à família. (...) (Barbosa, 2015, p.151-153)

Parecendo ecoar Max Weber⁹⁸, Rui Barbosa entende que a prosperidade e a riqueza material são frutos dos “povos crentes”, nos quais “a consciência domina todas as instituições, todos os interesses”. E não apenas a riqueza, mas também o direito positivo que garante a liberdade origina-se da crença religiosa: “A religião os fez livres, fortes e poderosos. Pela religião fizeram as suas maiores revoluções. À sombra da religião fundaram os seus direitos” (Barbosa, p.117-118). Para tanto, Barbosa reproduz uma depreciação do presidente americano Benjamin Harrison ao povo, no ano 1891, para que ore a Deus pedindo “as dádivas da liberdade”, bem como um agradecimento a Deus pela “conservação das liberdades civis e

98 Sobre como crenças religiosas funcionam como causa para a geração de riqueza: Weber, 2001.

religiosas” (pp.130, 131). E como exemplo de positivação jurídica decorrente desses valores religiosos especificamente cristãos, ele cita a abolição da escravidão nos EUA, a qual entende como decorrente da moral cristã (pp.118-119, 126-128).

O constituinte-orador traça uma genealogia da constituição brasileira do ano 1891, remontando não apenas à constituição dos EUA do ano 1787, mas também retrocedendo à declaração americana de direitos do homem do ano 1776 e à “liberdade inglesa, que nunca se separou da Bíblia e da Cruz”, cujo exemplo é a Magna Carta do ano 1215 (p.121). Nessa genealogia, Barbosa exemplifica o estado americano de Maryland, fundado por católicos, como tendo editado o mais antigo dos textos legais que protege a liberdade de culto, datado do ano 1649⁹⁹ (p.141). Reproduz o elogio de um pastor protestante à Igreja Católica Romana como “mãe de toda a civilização moderna e a matriz de todas as instituições livres” (p.144). Ressalta que o fundador da religião cristã “nunca invocou a espada em socorro de sua doutrina” (p.146)¹⁰⁰, demonstrando como a religião cristã é especificamente a religião que inspirou a moderna tolerância. Lamentou exemplos históricos de “despotismo” como “aniquilamento da liberdade, entronização da força e martírio da consciência cristã”: a proscrição dos judeus do reino de Portugal, o banimento de jesuítas de Portugal por ordem do Marquês de Pombal, a perseguição da monarquia francesa aos huguenotes e a expulsão das congregações religiosas pela primeira república francesa no século 18 (p.150-151 c/c 141).

Barbosa aponta dois exemplos históricos brasileiros de como o Estado (“o braço secular”) chocou-se com a religião (“as crenças da nação”), avaliando seus resultados sociais como inconvenientes. Entendeu que a expulsão dos jesuítas pelo Marquês de Pombal implicou no revés da civilização nas terras que hoje correspondem aos estados do Paraná e do Rio Grande do Sul. Entendeu também que a promoção de ação judicial do padroado imperial brasileiro¹⁰¹ contra alguns bispos resultara na abolição da própria monarquia e em sua substituição pela república (p.150-151 e 138). Barbosa conclui que o conflito estado-religião causa dano ou ao Povo ou ao próprio Estado.

99 Rui Marques concorda com Rui Barbosa. Para ele, o *Maryland Toleration Act*, também conhecido como *Act concerning religion*, concedeu liberdade religiosa à minoria católica daquela então ainda colônia, tendo, portanto, instituído a tolerância antes mesmo do que no próprio reino da Inglaterra, o que só ocorreu mediante o *Toleration Act* de 1689 (Marques, 2019, p.98). Marques afirma que a colônia de Maryland, embora tivesse população majoritariamente protestante, era governada por católicos, que visavam a proteger imigrantes também católicos. Por isso, ele destaca também a importância da *Rhode Island's Charter*, de 1663, também anterior à tolerância inglesa. A colônia (hoje estado) de Rhode Island foi fundada pelo batista Roger Williams, que propunha liberdade religiosa também para não-cristãos (Marques, 2019, cap.2.6.1, p.97, nota 328).

100 Nesse trecho Rui Barbosa reproduz e adota um discurso do cardeal Gibbons, de Baltimore, Maryland, EUA, acerca da necessidade de se tolerar uma escola dominical anticristã, ressaltando também a consequência social da intolerância: “(...) Outra coisa não faz a coerção que recolher o veneno ao interior do corpo social, onde vai fermentar em secreto. (...)”

101 O catolicismo oficial do Império do Brasil caracterizava-se como “regalista”, isto é, o Imperador interferia no funcionamento interno da Igreja, inclusive escolhendo bispos.

Rui Barbosa também compara a república dos EUA com as várias repúblicas francesas que se sucederam¹⁰², quando cogita tomá-las como modelo para o estado brasileiro, e manifesta sua preferência pelo modelo americano, no qual entende haver, no homem, um “espírito fecundado na íntima fusão da liberdade com a fé”, que gera tranquilidade e prosperidade sociais, ao contrário da história francesa, na qual percebe um “torvelinho funesto” e “espasmos periódicos” que lhe impossibilitam gozar dessa mesma tranquilidade social. Ele atribui essa perturbação da sociedade francesa às restrições, supressões e proscricções cometidas contra a religião (p.149-150). Assim, Barbosa contrapõe uma “liberdade religiosa”, representada pelos estados anglo-americanos, a uma “liberdade materialista”, que tem a França como arquétipo. Atribui ao modelo da liberdade materialista uma raiz na “incredulidade”, e atribui-lhe as pretensões de “tributação dos cultos” e de “substituição, nas leis, da moral cristã pela moral natural”. Nessa comparação, manifesta concordância com o juiz americano Kent, a quem considera “um dos patriarcas da jurisprudência americana”: “Nós somos um povo cristão, e a nossa moralidade política está profundamente enxertada no cristianismo” (p.138-139). Se se assumir essa compreensão de Rui Barbosa, a prevalência de um imperativo estatal sobre um imperativo da moral cristã denota uma substituição desta última por uma moral indefinida, cujo cultivo pode acarretar resultados imprevisíveis e indesejados. Barbosa expressa ser inadmissível a submissão das igrejas ao Estado ao ponto de que religiosos sejam privados de direitos como criminosos:

Essas ideias que nos propeliam, há dezoito anos, quando vimos o padroado imperial encarcerar os bispos. Assim como não admitíamos o Estado cativo à Igreja, não podíamos admitir a Igreja cativa ao Estado.

Foi sob esse pensamento que adotamos a Constituição de 1891. Tínhamos então, os olhos fitos nos Estados Unidos; e o que os Estados Unidos nos mostravam era a liberdade religiosa, não a liberdade materialista. (...)

(Barbosa, 2015, p.138)

Em vez de conflito, Barbosa idealiza uma colaboração entre Estado e Igreja nos mesmos moldes em que ocorria nos EUA de então. Ele endossa a recomendação de Benjamin Franklin por orações coletivas dos parlamentares sob a direção de um ministro de confissão religiosa (Barbosa, 2015, p.122-123), e endossa atos de adoração em celebrações cívicas (p.129). Ele entende que tais atos não violariam a norma da constituição brasileira então vigente que

102 Referimo-nos às “repúblicas francesas”, no plural, em oposição à república dos EUA, no singular, em razão de que a república dos EUA foi constituída em 1789, por uma constituição que vigora até os dias atuais, enquanto que a França constituiu, ao longo de sua história, cinco repúblicas, conforme seus respectivos instrumentos dos anos 1793 (e 1795), 1848, 1879, 1946 e 1958. Dessas cinco repúblicas francesas – que, na verdade, são seis –, a História já registrava três (quatro) ao tempo em que Rui Barbosa proferiu esse discurso. Perceba-se que aqui se contam apenas as constituições francesas republicanas, e não as monárquicas nem as imperiais, que intercorreram às republicanas, o que ressalta ainda mais a instabilidade política vivenciada pela França, e que Rui Barbosa tanto lamentava.

separava estado e igreja (art.11-2º)¹⁰³, assim como não violavam a norma correspondente da constituição americana que a inspirou. Ele descreve esse tipo de colaboração nos EUA de então: “Veda a Constituição, de todo, ali, como aqui, aos poderes federais qualquer aliança entre a Igreja e o Estado: circunvala entre este e aquela a separação mais completa. Mas os atos mais solenes do governo invocam o nome de Deus. (...). À voz do Presidente se reúne todos os anos, em dia certo, a nação inteira, a render graças ao Eterno”. E continua com exemplos de colaboração estatal-eclesiástica então praticadas nos EUA, e endossadas por ele mesmo: a consagração legal do domingo como dia de descanso, a prestação de juramentos sobre a Bíblia para que testemunhas falem a verdade, o ensino religioso confessional em escolas laicas e as capelanias nas casas do Congresso, nas Forças Armadas, nas escolas, nas prisões e nos hospícios. Para Rui Barbosa, a laicidade do Estado importa na liberdade e na igualdade dos cidadãos diante da religião:

Ali não se divisa nesses fatos o mínimo agravo à secularidade legal das instituições. O que lá não se toleraria, nem a nossa constituição tolera, é estabelecer distinções legais entre confissões religiosas, sustentar a instrução ou o culto religioso à custa de impostos, obrigar a frequência dos templos ou à assiduidade nos deveres da fé, *criar embaraços de qualquer natureza ao exercício da religião, contrariar de algum modo a liberdade de consciência, a expressão das crenças* ou a manifestação da incredulidade nos limites do respeito às crenças e à liberdade alheias. (...)
(Barbosa, 2015, p.133-134, grifo nosso)

Tendo em vista nosso objeto de estudo diante dessa posição de Rui Barbosa, punir funcionários estatais por objetar a prestar novos direitos postos pelo Estado, e que contrariam os deveres da fé, importa efetivamente em “criar embaraço ao exercício da religião” e em “contrariar a liberdade de consciência e a expressão das crenças”. Como “embaraço ao exercício da religião”, tais punições importam em violação ao disposto na Constituição de 1988, que proíbe, a todos os entes federados, embaraçar o funcionamento de cultos religiosos (art.19-I)¹⁰⁴. Como “contrariedade à expressão da crença”, tais punições reprimiriam objeções que não desrespeitam nem as crenças, nem a incredulidade nem a liberdade das pessoas humanas que optam por exercer esses novos direitos positivados. A coação e a punição de quem pretende cumprir o imperativo de consciência religiosa contra o imperativo jurídico

¹⁰³ Constituição de 1891: “Art.11 - É vedado aos Estados, como à União: 2º) estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos;”. Compare-se com a Constituição de 1988: “Art.19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;” (grifo nosso). Como se percebe, o que a atual e a primeira constituições republicanas têm em comum consiste no trecho cuja aplicação prática é comentada por Barbosa, no sentido de que tais atos piedosos não violam a proibição constitucional de estabelecimento de culto religioso. Como se percebe também, o que a constituição atual têm de diferente da primeira republicana (no nosso grifo) consiste na possibilidade de colaboração Igreja-Estado, que é exatamente do que Barbosa trata nesse discurso.

¹⁰⁴ Art.19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer *cultos religiosos* ou igrejas, subvencioná-los, *embaraçar-lhes o funcionamento* ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

estatal estimula o descumprimento do dever moral-religioso. E a conduta prática incongruente com o preceito religioso resulta no enfraquecimento da própria consciência crente cristã.

Para Rui Barbosa, a eliminação da cosmovisão cristã do espaço público resulta na sua substituição por um “ideal pagão” e pelo “culto exclusivo da beleza”, como ocorrido na Renascença, que enseja “os mais hediondos crimes”. Ou, ainda, resulta na substituição por um “ideal filosófico”, como o que inspirou a Revolução Francesa, e que ensejou a “anarquia sanguinária do Terror, cujas alucinações homicidas legitimaram como remédio providencial a tirania militar” (Barbosa, 2015, p.119). Portanto, sob a ótica desse fundador da república brasileira, a religião cristã e sua moral funcionam como freio que previne as forças sociais de se degradarem em violência generalizada: “a multidão armada, sem o freio do respeito cristão, é como as feras domadas, que acabam fatalmente por devorar os domadores”. Para ele, a religião cristã e sua moral funcionam como a melhor alternativa possível a uma tirania que também funcione como freio às tendências antissociais das sociedades (p.136).

Ele concorda com a avaliação de Thomas Jefferson sobre o cristianismo: “religião benfazeja” (p.124). Nesse ponto, Barbosa converge com a posição de outro “pai fundador” dos EUA, o ex-presidente John Adams, para quem a constituição americana é “totalmente inadequada” para um povo imoral e não-religioso, porque cederia às paixões da avareza, da ambição, da vingança e da galanteria, resultando em rapina e em insolência (Adams, 1798)¹⁰⁵. Em seguida, Rui Barbosa concorda expressamente com a posição de George Washington, em sua mensagem de despedida da presidência, sobre ser a religião um “firme esteio de todos os deveres dos homens e do cidadão”, e alicerce indispensável dos hábitos e inclinações que conduzem à prosperidade política, porque “nem a razão nem a experiência nos deixam esperar que a moralidade nacional se preserve sem o concurso do princípio religioso” (Barbosa, 2015, p.125-126). Barbosa concorda também expressamente com a posição de Alexis de Tocqueville, citando-lhe diretamente: “O despotismo é que passará sem a fé: a liberdade não passa. A religião é muito mais necessária nas repúblicas do que nas monarquias, e muito mais ainda nas repúblicas democráticas do que em todas as demais. Como não houvera de perecer a

105 No original: “(...) Because We have no Government armed with Power capable of contending with human Passions unbridled by morality and Religion. Avarice, Ambition, Revenge or Galantry would break the strongest Cords of our Constitution as a Whale goes through a Net. Our Constitution was made only for a moral and religious People. It is wholly inadequate to the government of any other”. Em tradução pelo DeepL: “Porque não temos um governo armado com poder capaz de enfrentar as paixões humanas não controladas pela moralidade e religião, avareza, ambição, vingança ou galanteria romperiam as cordas mais fortes de nossa Constituição como uma baleia atravessa uma rede. Nossa Constituição foi criada apenas para um povo moral e religioso. Ela é totalmente inadequada para o governo de qualquer outro povo.

sociedade, se, afrouxando o laço político, não estreitasse o vínculo moral? E que será de um povo, senhor de si mesmo, se não for submisso a Deus?” (Barbosa, 2015, p.137)¹⁰⁶

A partir dessa convicção, Barbosa afirma que o então aumento da criminalidade praticada por militares brasileiros resultava do impedimento de que ministros religiosos os assistissem, deixando-os privados da “influência civilizadora do culto”. Ele defendeu a instituição de capelanias nas Forças Armadas como medida compensatória necessária para prevenir a brutalização dos militares (p.134-135) naquele tempo em que a constituição então vigente não admitia a escusa do serviço militar por imperativo de consciência. Afirmou que “brutalizar o uniforme no abandono da religião era conferir à incredulidade os privilégios recusados ao culto” (p.137). Analogamente, poder-se-ia entender que punir apenas os funcionários públicos objetores a novos direitos postos pelo Estado, porque conservam os deveres de sua crença, importa em “conferir à incredulidade os privilégios recusados ao culto”, na medida em que os julgados vinculantes objetáveis do STF não incomodam os funcionários públicos que são conformistas ou aos que são indiferentes quanto ao cumprimento dos preceitos éticos da religião cristã – e menos ainda aos que a ela são hostis ou que simpatizam com esses julgados por ideologia. Importaria não mais em mera *laicidade*, mas, sim, em *laicismo*, isto é, na promoção da irreligião e na proscrição da religião cristã do serviço público como política de Estado. Sobre o tema, Barbosa afirmou:

(...) A liberdade dos cultos veio satisfazer, em boa justiça, à condição opressiva dessas dissidências maltratadas pela exclusão oficial, mas não invertê-la contra a consciência da maioria. Se, nos Estados Unidos, avultava no maior relevo “o fato de que o cristianismo era, e sempre foi, a religião popular” (são as palavras de um magistrado americano), no Brasil esse fato não tinha vulto menos proeminente. (Barbosa, 2015, p.139)

Nesse trecho, Rui Barbosa refere-se à confessionalidade da ordem constitucional brasileira imediatamente anterior (imperial), na qual os não-católicos sofriam restrições em certos direitos¹⁰⁷. Afirmo que a laicidade inaugurada pela ordem constitucional da primeira república brasileira não deve importar em restrições de direitos aos católicos, quando em comparação com os não-católicos. Analogamente, afirma que a laicidade da ordem

106 Convém citar os trechos dessa passagem que Rui Barbosa não citou: “(...) Não é a essas pessoas que falo; mas outras há que vem na república um estado permanente e tranquilo, uma meta necessária para a qual as ideias e os costumes levam a cada dia as sociedades modernas e que gostariam sinceramente de preparar os homens a ser livres. Quando estas atacam as crenças religiosas, seguem suas paixões, não seus interesses. O despotismo é que poderá prescindir da fé, não a liberdade...” (Tocqueville, 1998, parte 2, cap.9.6, p.346). Tocqueville afirma semelhantemente: “(...) Compreendo que estes [homens partidários da liberdade] vão se apressar a chamar a religião em seu auxílio, porque devem saber que não se pode estabelecer o reinado da liberdade sem o dos costumes, nem fundar os costumes sem as crenças. (...)” (Tocqueville, 1998, p.17). Barbosa cita mais de Tocqueville de “O Antigo Regime e a Revolução”: “O povo, se quiser ser livre, há de ter convicções religiosas. Em não tendo fé, servirá” (Barbosa, 2015, p.138).

107 Além da proibição de cultuar em público, os não-católicos também eram privados de direitos políticos. Professar a religião oficial católica era requisito essencial para ser imperador (art.103), herdeiro presuntivo do império (art.106), conselheiro de Estado (art.141) e até mesmo mero eleitor (art.95-III).

constitucional norte-americana não deve importar em restrições de direitos aos cristãos em geral, quando em comparação com os não-cristãos. Disso se infere que a laicidade do Estado não deve implicar em que crentes cristãos tenham menos direitos do que não-cristãos exatamente por causa de questões pertinentes a essa crença cristã. Trazendo a lógica para nosso problema contemporâneo, as liberdades adquiridas pelas até então “dissidências maltratadas pela exclusão oficial” em “condição opressiva” – mulheres, homossexuais e transexuais beneficiados pela jurisprudência vinculante – não devem inverter essa opressão “contra a consciência da maioria”, isto é, não devem oprimir e excluir da esfera pública os grupos sociais que agora constituem a nova dissidência.

O discurso de Rui Barbosa denota que os fins originais da laicização do estado brasileiro não consistiam em enfraquecer a crença cristã nos cidadãos, e que, por isso, não se deve interpretá-la no sentido de impedir qualquer manifestação prática dessa crença no espaço público¹⁰⁸. Se essa conclusão valia para um estado que não contrariava preceitos da crença cristã bíblica (como o estado brasileiro do tempo de Rui Barbosa), mais ainda pode valer para o momento histórico no qual esse mesmo estado, agora legislando por meio do Judiciário, determina deveres estatais cujo cumprimento contrariam frontalmente a ética cristã arraigada no costume desde de antes de a República ser proclamada no já longínquo ano de 1899.

Tomando as razões de Rui Barbosa acerca da laicidade da república brasileira, conclui-se que os fins sociais a que as normas jurídicas aplicáveis se dirigem excluem de se cogitar a perda de direitos por cristãos que pratiquem os preceitos éticos de sua crença. Tomando em conta a teleologia desse pai da laicidade, o que o bem comum exige na aplicação do direito é que essa religião seja deixada livre para que o Povo possa cultivá-la; para que sua moral garanta que os homens não tratem uns aos outros com violência ou com insídia; para que consigam preservar suas outras liberdades; para que cumpram seus deveres; para que prosperem materialmente; *para que a maioria não oprima as minorias, nem para que, reciprocamente, as minorias também não oprimam a maioria*; para que o Povo não se revolte contra o Estado; e para que a própria ordem constitucional não seja abolida.

Essa teleologia desse pai da república e da laicidade brasileira atravessou a história do constitucionalismo brasileiro, e sua tradição alcançou o ministro Gilmar Mendes, do STF. Esse homem, encarregado do controle de constitucionalidade, repete muito das apreciações de Rui Barbosa sobre como deve ser a relação do estado brasileiro com as religiões de seu povo. Para ele, “o Estado brasileiro não é confessional, mas tampouco é ateu, como se deduz do

108 Rui Barbosa adota a posição de Tocqueville de que separação entre Igreja e Estado não significa separar a nação do cristianismo (Barbosa, 2015, p.122)

preâmbulo da Constituição, que invoca a proteção de Deus” (Mendes, 2007, p.408), de modo que “a laicidade do Estado não significa, por certo, inimizade com a fé” (p.409). De modo mais pragmático, também afirma que “o reconhecimento da liberdade religiosa... contribui para prevenir tensões sociais, na medida em que... se neutralizam rancores e desavenças decorrentes do veto oficial s crenças quaisquer”. Também reconhece o valor edificante da religião e de sua liberdade, ao admitir que “a formação moral contribui para moldar o bom cidadão”. O ministro Gilmar Mendes adota o pensamento de Peter Häberle, entendendo que “o Estado constitucional democrático também vive do consenso sobre o irracional, e não somente do discurso ou do consenso ou dissenso em relação ao racional” (p.410); e acrescenta que “não se pode subestimar essas fontes de consenso emocionais”, que “reacendam na memória coletiva as suas raízes culturais históricas que lhe conferem identidade”, isto é, “a formação espiritual, moral e cultural do povo brasileiro”, de modo que alguns símbolos religiosos “dizem frequentemente mais sobre o espírito de um povo do que algumas normas jurídicas”.

Carlos Maximiliano entende que os preâmbulos merecem apreço como elemento de exegese porque põem “em evidência as causas da iniciativa parlamentar e o fim da norma”, bem como dão ideia do “estado de coisas que se resolveu mudar, dos males destinados a serem remediados, das vantagens amparadas ou promovidas pela lei nova” (Maximiliano, 2011, p.217). A constituição brasileira de 1824 foi outorgada “em nome da Santíssima Trindade”, depois de tentativas revolucionárias como a Conjuração Baiana, que se inspirava da Revolução Francesa, cuja república de 1793 instituiu o culto da Razão, em 1793, e o culto do Ser Supremo, em 1794, como religiões civis iluministas, no mesmo passo em que fora incapaz de conter a onda de violência não apenas contra o patrimônio da Igreja Católica, mas também contra a vida das pessoas que sustentavam a fé cristã. A constituição brasileira de 1891 excluiu Deus de seu preâmbulo, como reação à união Império-Igreja. A constituição brasileira de 1934 reconduziu Deus ao preâmbulo¹⁰⁹, como reação ao laicismo dos positivistas, e convergindo para o entendimento de Rui Barbosa. A constituição de 1937, da ditadura varguista, excluiu Deus novamente de todo o seu texto. A constituição de 1946 reconduziu Deus ao texto magno¹¹⁰, quando redemocratizou a nação. A constituição de 1967 manteve a referência divina¹¹¹ de 1946, em um cenário de guerrilha revolucionária inspirada pela revolução comunista de Cuba de 1959, onde o marxismo (ateísta) fora instituído como

109 “Nós, os representantes do povo brasileiro, *pondo a nossa confiança em Deus*, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte...”

110 “Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos, *sob a proteção de Deus*, em Assembléia Constituinte para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos a seguinte...”

111 “O Congresso Nacional, *invocando a proteção de Deus*, decreta e promulga a seguinte...”

filosofia oficial de Estado. A Constituição de 1988 manteve a referência divina¹¹² que lhe foi transmitida ininterruptamente desde 1946, em um cenário de persistência do comunismo ateu em Cuba e na União Soviética. Se hoje o marxismo, como filosofia oficial de Estado ateu, continua vivo no regime político comunista de Cuba e da China – hoje a potência de maior e mais rápida ascensão internacional –, percebe-se que o iluminismo de Luís Roberto Barroso inspira a jurisprudência hodierna do STF, inclusive nos julgados aqui objetáveis¹¹³, enquanto os chamados “estudos jurídicos críticos” desenvolvem suas teorias a partir de premissas marxistas¹¹⁴. Se as constituições brasileiras invocam a Deus que sejam protegidas, deve isso significar que tem elas, como objetivo, que a crença no Deus cristão, da maioria do povo brasileiro, não seja ferida por filosofias racionalistas – ateístas ou deístas – hostis ao cristianismo, que pretendem colonizar a República e normatizar a Sociedade a partir de suas próprias concepções do que seja o bem comum.

Uma interpretação teleológica simultaneamente histórica – originalista – que examina o atual problema da objeção de consciência sob o ponto de vista da intenção e dos valores do principal constituinte da laicização do estado brasileiro leva a concluir que uma jurisprudência inovadora em direitos sexuais, reprodutivos e familiares não pode produzir o efeito de tolher a observância de preceitos éticos cristãos pelos funcionários públicos que objetarem a prestá-los. Afinal, os ministros que positivam novos deveres pela via judiciária também são funcionários públicos, e suas condutas no exercício desse serviço público (dessas suas judicaturas legiferantes) também devem estar submissas aos objetivos visados pela instituição da laicidade brasileira. A existência do guardião da Constituição depende, em primeiro lugar, da existência da própria Constituição, e se a Constituição atual, de 1988, conserva os propósitos da laicidade que lhe foram transmitidos desde a constituição de 1891, significa que o guardião da Constituição deve guardar também a prática religiosa cristã das pessoas humanas que passaram a figurar em posição de vulnerabilidade diante do órgão mais poderoso do Judiciário, o qual, exercendo mais do que um poder meramente judicial, cria

112 “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, *sob a proteção de Deus*, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”

113 Barroso refere-se aos julgados vinculantes da ADPF 54 e da ADI 4.277 (e ADPF 132) como “exemplos emblemáticos do papel iluminista da jurisdição constitucional” (2016, p.534, 536-537). Para ele, iluministas são os julgados que “promovem determinados avanços sociais que ainda não conquistaram adesão majoritária, mas são uma imposição do processo civilizatório” (2018, p.218). O próprio Barroso obteve sucesso como advogado nesses julgados, como ele mesmo propaga no sítio de internet do STF (2013, p.2).

114 Os “estudos jurídicos críticos” baseiam-se em pressupostos marxistas (Zimmermann, 2022, p.369). Para eles, o direito é uma mera ferramenta para se alterar as relações sociais (p.367). Não só ele, mas também o “feminismo jurídico” (p.384) – de viés pró-aborto – e o “pós-modernismo jurídico” (p.411-412) constroem suas afirmações a partir de pré-conceitos marxistas.

novos deveres para todo o Povo, atuando concretamente como poder legislativo – pois cria regras gerais, *erga omnes* – e como poder constituinte – pois essas regras gerais pretendem estar hierarquicamente acima das leis ordinárias.

Agora, depois de apresentados os valores sociais que permeiam nosso problema jurídico, e munidos da teleologia que orienta a aplicação das normas jurídicas pertinentes, pode-se passar a abordar a grande questão da objeção de consciência em face da jurisprudência vinculante sob um foco mais normativo. Pode-se passar agora ao exame propriamente jurídico, ao exame das normas aptas a regular a objeção, que podem funcionar como diretriz para formular a decisão de se o objetor deve ou não ser escusado.

No entanto, não por necessidade, mas, ainda assim, por relevância, seguiremos com uma análise mais profunda da axiologia da objeção de consciência. Uma vez que o fundador da laicidade do estado brasileiro, Rui Barbosa, admite explicitamente que o ordenamento dos Estados Unidos da América funcionou como modelo para o ordenamento brasileiro na relação entre o Estado e a religião, um estudo da interpretação judicial sobre a liberdade religiosa posta em questão em diversos casos de objeção de consciência naquele país pode ser útil como paradigma para uma normatização no Brasil. Paralelamente, será examinada a jurisprudência brasileira não no que diz respeito ao direito de objeção de consciência, mas, sim, no que diz respeito aos direitos positivados por ela e que ora são objetáveis. Poder-se-á então comparar o desenvolvimento judiciário da axiologia americana que funciona como modelo original para o Brasil com a axiologia que tem sido efetivamente desenvolvida no Brasil pelo STF.

2 – ANTE-FATO E ANTE-VALOR DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA RELIGIOSA

Como visto no subcapítulo 1.4, Rui Barbosa considera a constituição americana de 1787 como matriz da constituição brasileira republicana de 1891. Dessa apreciação convém examinar como o intérprete constituído mais autorizado daquele estado federal – a sua Suprema Corte – tem interpretado o direito nos diversos casos de objeção de consciência em que a história americana é abundante.

2.1 Ante-fato e ante-norma: breve história casuística da liberdade religiosa na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América

A partir do examinado no subcapítulo 1.2, o conjunto dos julgados do STF composto pela ADPF 54, pela ADI 4.277 (e pela ADPF 132)¹¹⁵, pela ADI 4.275 e pela ADO 26 (e pelo MI 4.733) tende a reprimir (e a inibir) práticas de indivíduos que levam a sério o direito divino como textualmente disposto nas escrituras bíblicas. Quando se comparam esses efeitos inibitórios sobre esse grupo religioso com os efeitos sobre grupos sociais indiferentes sobre tais questões de aborto ou de homossexualidade ou transexualidade públicas, percebe-se que os efeitos dessas inovadoras normas judiciárias são desproporcionalmente mais danosos sobre quem zela pela observância aos textos fundamentais dessa fé religiosa do que sobre quem não crê nesses textos bíblicos, ou sobre quem neles crê relativizando-os, isto é, submetendo-os a ponderações com costumes e com formulações éticas não-bíblicas.

O estabelecimento de deveres com implicações religiosas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro via jurisprudência demanda um exame de como a Suprema Corte dos EUA valora e normatiza o estabelecimento de deveres com implicações religiosas pelos estados. A jurisprudência da Suprema Corte dos EUA julga casos conforme os interpreta segundo o que consta na Primeira Emenda da constituição federal americana, que assim dispõe: “O Congresso não deve legislar acerca do estabelecimento de uma religião; nem proibindo o seu livre exercício; (...)” (América, 1789)¹¹⁶. O primeiro dispositivo desse texto constitucional, proibindo o estabelecimento de uma religião oficial, consiste na chamada “cláusula de

¹¹⁵ Mais a Resolução CNJ n.175/2013

¹¹⁶ Tradução livre. No original: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

estabelecimento” (*establishment clause*). Como se percebe, a cláusula de estabelecimento é, na verdade, uma cláusula de *não*-estabelecimento.

O segundo dispositivo desse texto constitucional, proibindo a proibição do livre exercício a uma religião, consiste na chamada “cláusula de livre exercício” (*free exercise clause*), que trata diretamente da liberdade individual e particular. Como se percebe, a segunda cláusula protege a liberdade religiosa diretamente, pois regula a hipótese de exercício de uma religião que sofre interferência danosa, enquanto que a primeira cláusula parece proteger a liberdade religiosa apenas indiretamente, pois regula a hipótese não de um comportamento de um particular, titular dessa liberdade, mas, sim, a hipótese do comportamento do Estado legiferante, o qual, nessa atividade, representa risco de dano às liberdades particulares. Quando se considera a hipótese do efeito de o Estado *inibir* uma religião, convém examinar como a Suprema Corte americana já deliberou nos casos que entendeu regulados pela “cláusula de livre exercício”.

A Suprema Corte dos EUA julgou inconstitucional lei que proibiu sacrifício animal em ritual religioso, porque ela produziu efeito contra uma religião específica, a *santeria* (caso “Church of Lukumi Babalu Aye, inc. vs. City of Hialeah”, 1993). Para tanto, considerou que tal lei limitava e dificultava o exercício dessa religião particular, o que atraiu sobre a lei o mais rigoroso escrutínio de constitucionalidade: o “escrutínio estrito”. Esse “escrutínio estrito” deve ser aplicado sobre norma jurídica que “promove interesses governamentais legítimos apenas contra condutas com motivação religiosa”¹¹⁷ (capítulo III, p.546). Para proteger a liberdade religiosa, a Corte entendeu que “a norma jurídica que restringe a prática religiosa”, além de “promover ‘interesses da mais alta ordem’”, também “deve ser *estritamente* adaptada para a busca desses interesses”¹¹⁸ (capítulo III, p.546, grifo nosso). E em que consistiria essa “adaptação estrita”? A Corte entende que o ato normativo deve ser “elaborado em termos *restritos* para atingir esses interesses”¹¹⁹ (grifo nosso). E como seria a elaboração da norma “em termos restritos para atingir esses interesses”? A Corte entende que “esses interesses poderiam ser alcançados por ordenações que sobrecarregassem a religião *em um grau muito menor*”¹²⁰ (grifo nosso). Assim, “a falta da adaptação estrita é suficiente para

117 Tradução livre. No original: “(...) A law that targets religious conduct for distinctive treatment or advances legitimate governmental interests only against conduct with a religious motivation will survive strict scrutiny only in rare cases. (...)”.

118 Tradução livre. No original: “A law burdening religious practice that is not neutral or not of general application must undergo the most rigorous of scrutiny. To satisfy the commands of the First Amendment, a law restrictive of religious practice must advance ‘interests of the highest order’ and must be narrowly tailored in pursuit of those interests. (...)”.

119 Tradução livre. No original: “First, even were the governmental interests compelling, the ordinances are not drawn in narrow terms to accomplish those interests. (...)”.

120 Tradução livre. No original: “(...) The proffered objectives are not pursued with respect to analogous nonreligious conduct, and those interests could be achieved by narrower ordinances that burdened religion to a

determinar a invalidade das ordenações”, quando essas ordenações lançam, sobre uma religião, um fardo que poderia ser menos oneroso. O que se tem nesse julgado é o princípio de proporcionalidade que demanda o menor desatendimento possível de um direito. Se se aplicar essa diretriz de julgamento aos julgados objetáveis do STF em face de crentes bíblicistas, conclui-se que as ordenações que derivam dos julgados do STF são cumpridas com o menor grau de dano à liberdade religiosa quando se escusa o objetor e quando se atribui o dever de prestar o direito objetado a outro funcionário (a um que não tenha objeção a apresentar segundo sua consciência).

A vitória da agremiação devota da *santeria* ocorreu depois do caso que tratara do cidadão Smith, que tinha sido demitido do emprego por usar o alucinógeno *peyote* em cerimônia religiosa ameríndia nativa. Esse cidadão também teve negado seguro-desemprego, porque sua demissão tinha sido considerada por justa causa, uma vez que a respectiva lei estadual proibia essa droga (caso “Employment Division, Department of Human Resources of Oregon vs. Smith”, 1990). A Suprema Corte julgou que Smith não tinha direito ao seguro-desemprego. O juiz Scalia entendeu que a cláusula de livre exercício não tinha sido violada, porque a proibição do *peyote* era geral, e não especial para aquela religião indígena por ela afetada (p.872-a). Entendeu que práticas religiosas não devem excepcionar obrigações gerais, como, por exemplo, os deveres de se submeter às penas, de se vacinar, de pagar impostos ou de prestar serviço militar. A juíza O’Connor afirmou que a liberdade *de ação* pode ser limitada, diferentemente da liberdade *de crença* (p.888-889). No entanto, em uma reação direta e explícita a esse julgado¹²¹, o Congresso promulgou a federal Lei de Restauração da Liberdade Religiosa (RFRA¹²²), que estabeleceu a regra de que “o governo não deve sobrecarregar substancialmente o exercício da religião de uma pessoa, mesmo que o ônus resulte de uma regra de aplicabilidade geral”¹²³ (América, 1993, seção 3, a), porque “leis ‘neutras’ em relação à religião podem sobrecarregar o exercício religioso tão certamente quanto as leis destinadas a interferir no exercício religioso”¹²⁴ (seção 2, a-2). Em uma reação ao Congresso, a Suprema Corte julgou essa lei parcialmente inconstitucional (caso “City of

far lesser degree. The absence of narrow tailoring suffices to establish the invalidity of the ordinances. (...)”

121 A conclusão do Congresso foi de que “in *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), the Supreme Court virtually eliminated the requirement that the government justify burdens on religious exercise imposed by laws neutral toward religion;” (seção 2, a-4). Por isso, o propósito da lei era “to restore the compelling interest test as set forth in *Sherbert v. Vemer*, 374 U.S. 398 (1963) and *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972) and to guarantee its application in *all* cases where free exercise of religion is substantially burdened;” (seção 2, b-1, grifo nosso).

122 No original: Religious Freedom Restoration Act.

123 Traduzido pelo DeepL. No original: “(a) In General – Government shall not substantially burden a person's exercise of religion even if the burden results from a rule of general applicability, except as provided in subsection (b).”

124 Traduzido pelo DeepL. No original: “(2) laws ‘neutral’ toward religion may burden religious exercise as surely as laws intended to interfere with religious exercise;”

Boerne vs. Flores”, 1997), não por causa do mérito de alguma questão religiosa, mas por ter entendido que o Legislativo interferira indevidamente na competência judiciária de interpretar a Constituição (p.507-a, p.508¹²⁵), determinado qual deveria o padrão de escrutínio a ser aplicado para avaliar a constitucionalidade de leis estaduais semelhantes às que proibiam o *peyote*. Em nova reação à Corte, o Congresso legislou a federal Lei sobre o Uso Religioso da Terra e sobre Pessoas Institucionalizadas (RLUIPA¹²⁶), que restaurou parte do conteúdo da RFRA (América, 2000)¹²⁷. A Suprema Corte então reconheceu a constitucionalidade da RLUIPA (caso “Cutter vs. Wilkinson”, 2005, p.710-711, b). Enfim, o consumo de *peyote* como prática religiosa foi declarado como passível de proteção como exceção à regra de proibição do uso de drogas (“Cutter vs. Wilkinson”, p.714, I-A)¹²⁸.

Em caso posterior, a Suprema Corte entendeu que o uso de outro alucinógeno proibido, a *ayahuasca* – *hoasca* ou (santo) daime –, em cerimônia religiosa oriunda de crença ameríndia brasileira, não deveria ensejar punição criminal (caso “Gonzales vs. O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal”, 2006). A Corte entendeu que não havia evidência de que o uso da droga causasse danos relevantes.

Em caso anterior, a cidadã Sherbert, demitida de seu emprego por objetar a trabalhar nos sábados, conforme imperativo de sua crença adventista do sétimo dia, também teve negado seguro-desemprego, depois de recusar três propostas de novo emprego que também lhe demandavam trabalhar nesses mesmos dias da semana. A corte máxima decidiu que o auxílio-desemprego era devido a Sherbert (caso “Sherbert vs. Verner”, 1963). Esse caso foi tomado como paradigma a ser restaurado pelo Congresso americano, na já mencionada Lei de

125 “(...) O projeto da Emenda também se mostrou significativo para manter a tradicional separação de poderes entre o Congresso e o Judiciário, privando o Congresso de qualquer poder de interpretar e elaborar seu significado ao conferir direitos substantivos autoexecutáveis contra os Estados, cf. id., p.325, deixando assim o poder interpretativo com o Judiciário.”. Traduzido pelo DeepL. No original: “The Amendment’s design has proved significant also in maintaining the traditional separation of powers between Congress and the Judiciary, depriving Congress of any power to interpret and elaborate on its meaning by conferring self-executing substantive rights against the States, cf. id., at 325, and thereby leaving the interpretive power with the Judiciary”.

126 No original: Religious Land Use and Institutionalized People Act

127 “General Rule – No government shall impose or implement a *land use* regulation in a manner that imposes a substantial burden on the religious exercise of a person, including a religious assembly or institution, unless the government demonstrates that imposition of the burden on that person, assembly, or institution...” (seção 2, a-1, grifo nosso). Como se percebe, nesse dispositivo, o mesmo teor da RFRA é repetido, porém especificando para matéria de uso do solo. Hipótese semelhante ocorre em outro dispositivo da lei: “(a) General Rule – No government shall impose a substantial burden on the religious exercise of a person residing in or confined to an institution, as defined in section 2 of the Civil Rights of Institutionalized Persons Act (42 U.S.C. 1997), even if the burden results from a rule of general applicability, unless the government demonstrates that imposition of the burden on that person...” (seção 3, a, grifo nosso). Aqui a regra é especificada para pessoas internadas, como pacientes médicos, pessoas punidas, profissionais de saúde residentes, etc., conforme a Lei dos Direitos Civis de Pessoas Institucionalizadas (América, 1980, seção 2).

128 “(...) The Court recognized, however, that the political branches could shield religious exercise through legislative accommodation, for example, by making an exception to proscriptive drug laws for sacramental peyote use. (...)”.

Restauração da Liberdade Religiosa¹²⁹. Em caso assemelhado, a Suprema Corte também entendeu que o exercício de liberdade religiosa determina que tal benefício social também não poderia ser negado ao cidadão Thomas, que pedira demissão de seu emprego porque objetara a ser transferido para setor da empresa que fabricava peças para tanques militares, conforme imperativo de sua crença testemunha de Jeová, radicalmente pacifista (caso “Thomas vs. Review Board of the Indiana Employment Security Division”, 1981).

Como se percebe, a diferença entre, de um lado, os casos da cidadã Sherbert e do cidadão Thomas, com, de outro lado, o caso do cidadão Smith consiste no fato de que, neste, a causa da perda de emprego consistia em uma conduta *ativa* tipificada como crime (uso de droga alucinógena), enquanto que, naqueles, a causa do desemprego consistia em uma conduta *omissiva* não classificada como ilícito (recusar trabalhar aos sábados ou recusar colaborar para produzir artefatos mortíferos). A igualdade entre os três casos consistiu na concessão de um *benefício* estatal (o seguro-desemprego), o que os difere do caso do grupo de *santeria* Lakumi Babalu Aye e do caso do Centro Espírita União do Vegetal, nos quais o conteúdo da decisão pró-religião consistiu em negar um *malefício* estatal, isto é, em impedir as respectivas punições por condutas proibidas por lei, fossem elas a de usar droga alucinógena, fossem elas a de matar animal ritualisticamente.

Dos cinco casos acima, dois tratam de práticas religiosas baseadas em preceitos bíblicos, tais como as objeções à atual jurisprudência do STF. O sabatismo da cidadã Sherbert decorre de preceito mosaico cuja aplicação direta os adventistas compartilham com os judeus: “Lembra-te do dia de sábado, para santificá-lo. Trabalharás seis dias e neles farás todos os teus trabalhos, mas o sétimo dia é o sábado dedicado ao Senhor teu Deus. Nesse dia não farás trabalho algum...”¹³⁰. Já o anti-armamentismo do cidadão Thomas decorre de preceito deduzido de lição evangélica: “todos os que empunham a espada, pela espada morrerão”¹³¹.

Podem-se comparar esses cinco casos reais americanos com os casos hipotéticos de objeções de consciência a julgados do STF. Nesses cinco casos americanos, a solução estatal¹³² favoreceu o exercício de prática da religião, diretamente em face do Estado, fosse ele um exercício omissivo (não trabalhar sábado, não colaborar para criar artefatos mortais), fosse ele ativo (usar drogas ou matar animais). Nas hipóteses de objeção de consciência contra

129 Conforme seção 2, b-1, dessa lei.

130 Êxodo cap.20, vv.8-10; Deuteronômio cap.5, vv.12-14

131 Evangelho de Mateus, cap.28, v.52

132 Em três casos, a solução estatal favorável adveio do julgamento da Suprema Corte. No caso do uso de *peyote* do cidadão Smith, a solução estatal favorável à religião adveio do *backlash* legislativo do Congresso ao julgado da Corte.

julgados *erga omnes* do STF de que ora tratamos, todos os exercícios práticos da religião são omissivos: não colaborar para aborto, não colaborar para união civil homossexual ou não colaborar para alteração transexual de registro civil. Segundo os padrões do supremo tribunal americano, essas omissões tenderiam a ser protegidas juridicamente.

Em três desses casos-paradigmas americanos, a prática religiosa era não apenas comissiva, mas também proibida por lei, de modo que atraía punições penais legais que foram excluídas pelo órgão judiciário¹³³. Nos três casos hipotéticos brasileiros dissertados, apenas a negativa em colaborar para casamento homossexual é proibida – embora o seja por causa da própria jurisprudência do STF, e não por causa de lei. Segundo os padrões do tribunal americano homólogo ao STF, as punições contra essa conduta, agora tecnicamente classificada como “crime de homofobia”, deveria ser tão excluída quanto o foram as punições por usar *ayahuasca* ou por matar animais em ritual.

Se se levar em conta o caso modelar do seguro-desemprego do cidadão Smith, a “homofobia” *prima facie* de recusar colaborar para casamento homossexual também não deveria ensejar que o seu praticante deixasse de receber benefício estatal, que, no caso brasileiro hipotético, consistiria no salário pelo trabalho – ou a própria manutenção da função ou cargo público. Em suma, segundo os padrões americanos, o direito penal e o direito previdenciário – direitos públicos – não podem causar mal (e não podem deixar de causar bem) a quem exerce preceito religioso particularmente dissidente da maioria da Sociedade.

Em termos, foi nesse sentido que a Suprema Corte decidiu, acerca de uma acusação de discriminação por homofobia contra um crente objetor. O confeitiro que recusou fazer um bolo celebrativo de casamento homossexual por causa de sua crença religiosa cristã venceu o litígio: a Corte declarou que a comissão estadual de direitos civis, que o reprimira, “violou a cláusula de livre exercício” (caso “Masterpiece Cakeshop Ltd. vs. Colorado Civil Rights Commission”, 2018)¹³⁴. A Corte entendeu que “As leis e a Constituição podem e, em alguns casos, devem, proteger os homossexuais e os casais homossexuais no exercício de seus direitos civis, mas as objeções religiosas e filosóficas ao casamento gay são opiniões e, em alguns casos, formas de

133 Há de se considerar que a Suprema Corte não excluiu nenhuma punição penal do cidadão Smith pelo uso de peyote. No entanto, o que estava em questão nesse julgamento não era sua pena pela conduta proibida de consumir a droga, mas, sim seu benefício de seguro-desemprego, às custas do Estado. Não estava sequer em questão se o empregador que o demitira deveria reparar o dano de seu desemprego.

134 A p.IV do Índice menciona: “Freedom of religion – Same-sex wedding – Business owner’s religious beliefs. – Colorado Civil Rights Commission’s actions in assessing a cakeshop owner’s reasons for declining to make a cake for a same-sex couple’s wedding celebration violated Free Exercise Clause. Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Comm’n., p. 617”.

expressão protegidas”. E acrescentou que a lei que protege os homossexuais “na aquisição de produtos e serviços nos mesmos termos e condições que são oferecidos a outros membros do público” deve ser aplicada “de forma neutra em relação à religião” (p.617)¹³⁵. É de se destacar que a Corte protegeu não apenas a objeção de consciência religiosa, mas também a filosófica. Semelhantemente, a Corte também escusou *web designer* que objetara a criar *website* de anúncio de casamento para uniões entre pessoas do mesmo sexo (caso “Creative LLC vs. Elenis”, 2023). Em ambos os casos, a corte máxima americana protegeu crença no preceito paulino já analisado no subcapítulo 1.2, que desaprova a aprovação da homossexualidade alheia.

Assim, a Suprema Corte entendeu que crenças religiosas cristãs que sustentam reservas quanto à aprovação de práticas homossexuais devem ser protegidas. Saliente-se que os casos do confeitiro e da *webdesigner*, julgados em 2018 e em 2023 respectivamente, foram decididos depois que a mesma Suprema Corte instituíra um direito a união civil homossexual, no ano 2015 (caso “Obergefell vs. Hodges”) – tal qual o STF, na ADI 4.277 e na ADPF 132. Portanto, a Suprema Corte dos EUA excepcionou explicitamente o dever logicamente decorrente da regra geral que seu próprio julgado anterior tinha positivado, deixando claro que o direito fundamental à liberdade religiosa prevalecia sobre outro direito fundamental por ela posteriormente reconhecido, de maneira tal que esse último direito fundamental deve ser prestado por quem não tenha objeção de consciência a realizá-lo.

Essa conclusão em favor da proteção da prática religiosa contra punição pode ser sustentada mesmo se se levar em conta interesses privados contrapostos à observância dos imperativos religiosos. A Suprema Corte entendeu que empresa privada que efetivamente construiu uma cidade não deveria impedir propaganda religiosa mediante distribuição de impressos nos espaços urbanos de uso comum, em caso que tratou de exercício de prática religiosa testemunha de Jeová (caso “Marsh vs. Alabama”, 1946). O proselitismo do cidadão Marsh também decorria de preceito bíblico, tal qual as objeções à atual jurisprudência do STF: “Vão pelo mundo todo e preguem o evangelho a todas as pessoas”¹³⁶.

Esse julgado denota algumas semelhanças com os direitos privados de mulheres que pretendam abortar, de homossexuais que pretendam unir-se civilmente e de

135 Tradução livre. No original: “The laws and the Constitution can, and in some instances must, protect gay persons and gay couples in the exercise of their civil rights, but religious and philosophical objections to gay marriage are protected views and in some instances protected forms of expression. (...). While it is unexceptional that Colorado law can protect gay persons in acquiring products and services on the same terms and conditions as are offered to other members of the public, the law must be applied in a manner that is neutral toward religion. (...)”.

136 Evangelho de Marcos, cap.16, v.15

transexuais/transgêneros que pretendam alterar seu registro civil. Se, por um lado, os titulares desses direitos são pessoas humanas, e não pessoas fictícias (a exemplo de uma empresa), por outro lado, os direitos dessas pessoas humanas ainda podem ser concretizados pelo trabalho de funcionários não-objeto,res, enquanto que a empresa vencida do caso do Alabama perdeu completamente a possibilidade de satisfazer seu interesse de reprimir aquela prática religiosa mediante ordem de saída do prosélito do território particular, bem como de seu interesse em inibi-la mediante a sucedânea punição pelo crime de violar propriedade privada. Esse caso aponta uma peculiaridade: a empresa que construíra a cidade foi impedida de expulsar o prosélito de seu território particular porque a Suprema Corte entendeu que, ao urbanizar seu próprio solo, a empresa realizara atividade tipicamente estatal, revestindo-se de função pública, de modo que atraiu também todas as limitações que os indivíduos podem opor ao Estado. Esse caso demonstra que a existência de interesses privados é concomitante à existência de interesses públicos, o que enseja a proteção de outros interesses privados contrapostos. Esse caso sugere, ainda, que, se o direito individual a uma prática religiosa deve prevalecer sobre o interesse do particular que funciona como o Estado, é porque também deve prevalecer sobre o próprio Estado, pois não faria sentido que uma imitação de Estado pudesse limitar um direito individual mais do que o próprio Estado imitado.

A Suprema Corte americana decidiu favoravelmente à prática religiosa mesmo em face de direitos e de interesses privados de pessoas menor de idade. Crentes *amish* deixaram de cumprir obrigação estatal de que os pais deveriam matricular seus filhos menores de dezesseis anos em escola pública. Os *amish* cultivam a prática de isolar seus filhos maiores de quinze anos de idade da sociedade em geral – o que significa, efetivamente, na objeção à frequência escolar obrigatória durante um ano da adolescência dos filhos. A Suprema Corte considerou constitucional a objeção dos pais à lei. Para tanto, entendeu que o ano escolar obrigatório por lei (e objetado pelos *amish*) tinha por finalidade preparar o adolescente para o trabalho e para a convivência social harmônica, objetivos esses que a Corte entendeu que já eram efetivados pela educação provida pelas próprias famílias e pela própria comunidade *amish*, em substituição da educação estatal (caso “*Wisconsin vs. Yoder*”, 1972).

Se se transplantasse tal caso para a realidade brasileira, ter-se-ia um caso de direito fundamental à educação dos adolescentes entre quinze e dezesseis anos – nos termos da CF art.6º – prejudicado por causa da observância religiosa. Essa circunstância serve de paradigma para a objeção brasileira aos julgados do STF que entenderam que são direitos fundamentais dos indivíduos abortar anencéfalos, unir-se civilmente com pessoa do mesmo sexo ou alterar registro civil para a transexualidade. Uma vez que os objetivos dos titulares

desses novos direitos podem ser alcançados mediante a prestação por outra pessoa não-objeto, não haveria razão para compelir os objetores a ceder de suas recusas a colaborar. A existência de meio alternativo para se alcançar os fins desejados pelo Estado determina a proteção da prática religiosa.

Mais julgados da suprema corte americana revelam circunstâncias comuns aos dos objetores à jurisprudência vinculante do STF. O militar judeu Goldman passou a usar um quipá (solidéu), em vez do regular gorro da Força Aérea, e se recusou a deixar de usar essa peça de vestuário mesmo depois de advertido, o que lhe ensejou punição disciplinar militar. A Suprema Corte deliberou a favor da exigência da força armada pela uniformidade de seu membro, por entender que direitos individuais deveriam ser mais restritos em um regime militar do que na vida civil comum¹³⁷ (caso “Goldman vs. Weinberger”, 1986, p.503). No entanto, esse tribunal decidiu apenas que havia uma lacuna da Constituição Federal para proteger tal observância religiosa, e não uma proibição da Constituição a essa prática religiosa. Por isso, um *backlash* legislativo alterou a Lei de Autorização de Defesa Nacional anual de então, permitindo o uso de adereços religiosos em conjunto com o uniforme militar (América, 1987, seção 508)¹³⁸.

Em tempos mais pretéritos, a mesma corte julgou constitucional lei que autorizava expulsar da escola pública o estudante que se recusasse a saudar a bandeira nacional e a recitar o “juramento de fidelidade à bandeira” (caso “Minersville School District vs. Gobitis”, 1940), que assim inicia sua declamação: “Juro fidelidade à bandeira dos Estados Unidos da América e à República que ela representa...”. Esse juramento se dava com a mão sobre o coração¹³⁹ (América, 2022, título 4, cap.1). Esse julgado causou dano sobretudo às testemunhas de Jeová, que objetavam a tal ato por interpretá-lo como adoração religiosa indevida (idolatria) e como violação direta de mandamento evangélico. No entanto, a própria Suprema Corte mudou seu entendimento três anos mais tarde, no caso “West Virginia State Board of Education vs. Barnette”, escusando os objetores à saudação e ao juramento (América, 1943).

¹³⁷ No original: “Our review of military regulations challenged on First Amendment grounds is far more deferential than constitutional review of similar laws or regulations designed for civilian society. The military need not encourage debate or tolerate protest to the extent that such tolerance is required of the civilian state by the First Amendment; to accomplish its mission the military must foster instinctive obedience, unity, commitment, and *esprit de corps*. (...)”.

¹³⁸ No original: “(a) General Rule – Except as provided under subsection (b), a member of the armed forces may wear an item of religious apparel while wearing the uniform of the member’s armed force”.

¹³⁹ No original: “§4. Pledge of allegiance to the flag; manner of delivery. The Pledge of Allegiance to the Flag: ‘I pledge allegiance to the Flag of the United States of America, and to the Republic for which it stands, one Nation under God, indivisible, with liberty and justice for all.’, should be rendered by standing at attention facing the flag with the right hand over the heart. (...)”.

Esses dois (ou três) casos trataram de objeções a ordenança estatal em ambiente estatal (em uma força armada ou em uma escola). Em todos, a posição estatal inicial de hostilidade à prática religiosa foi alterada para uma acomodação, que viabilizou o livre exercício religioso. No caso de Goldman, a objeção consistiu em uma omissão (não trajar gorro) combinada com uma ação (trajar quipá). Nos casos de Gobitis e de Barnette, a objeção à regra estatal consistiu em omissão (não saudar bandeira nem jurar a ela). Essa objeção a saudar a bandeira lastreia-se em preceito bíblico dos Dez Mandamentos que comina punição e recompensa divinas: “Não farás para ti... nenhuma imagem de qualquer coisa.... Não te prostrarás diante deles *nem lhes prestarás culto*, porque eu, o Senhor teu Deus, sou Deus zeloso, que castigo... daqueles que me desprezam, mas trato com bondade... aos que... guardam os meus mandamentos”¹⁴⁰. A objeção a prestar juramento também lastreia-se em preceito bíblico: “Não jurem de forma alguma... Seja o seu ‘sim’ sim, e o seu ‘não’ não; o que passar disso vem do Maligno”¹⁴¹. E também prevê punição divina: “... para que não caiam em condenação”¹⁴². Portanto, nesse último caso temos três circunstâncias coincidentes com as objeções à jurisprudência do STF: 1 – objeção que consiste em uma omissão; 2 – objeção contraposta a um dever posto diretamente por autoridade estatal; 3 – objeção fundada em um imperativo religioso bíblico. Tomando-se apenas essas circunstâncias como critério, o paradigma americano aponta para que tais objeções sejam escusadas.

O ordenamento jurídico brasileiro parece ter se antecipado a uma acomodação à objeção de prestar juramento em atividade estatal. O Código de Processo Penal brasileiro data de 1941, ou seja, de depois da exigência de juramento do caso Gobitis (1940) e de antes da escusa à sua objeção no caso Barnette (1943). O CPP brasileiro exige dos jurados de um júri que respondam “assim o prometo” à exortação do juiz togado para que julguem com imparcialidade (art.472)¹⁴³. Essas exigências estatais de juramento e de promessa colocam-se na posição de contrariar mandamento evangélico de que o crente cumpra seus deveres sem

140 Êxodo, cap.20, vv.4-6; Deuteronômio, cap.5, vv.6-10. O simbolismo da mão sobre o coração, como exigido pelo código americano, afronta uma interpretação de mandamento evangélico, no qual Jesus afirma que “O [mandamento] mais importante é este: ‘Ouve, ó Israel, o Senhor, o nosso Deus, o Senhor é o único Senhor. Ame o Senhor, o seu Deus *de todo o seu coração*, de toda a sua alma, de todo o seu entendimento e de todas as suas forças” (Evangelho de Marcos, cap.12, vv.28-30; Mateus, cap.22, v.37). O preceito evangélico cita literalmente preceito mosaico em Deuteronômio cap.6, vv.4-5.

141 Evangelho de Mateus, cap.5, vv.33-37

142 Epístola de Tiago, cap.5, v.12

143 “Art.472. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação: ‘Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça’. Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão: ‘Assim o prometo’”. O próprio nome da função – “jurado” – revela sua origem nesse juramento.

juramento¹⁴⁴. Como precaução, o mesmo CPP escusa a objeção não à promessa, mas a todo o serviço do júri (art.438)¹⁴⁵.

O caso Barnette e a lei que acomodou o problema do caso Goldman denotam ainda uma tendência estatal ao arrependimento no confronto com imperativos religiosos que ensejam condutas práticas. No caso de Goldman, o arrependimento estatal veio de fora do Judiciário, por meio do Legislativo. No caso de Gobitis, o arrependimento veio do próprio Judiciário. Além desses casos, a Suprema Corte americana decidiu a favor de práticas religiosas em instalações estatais que não interferiam em direitos individuais alheios. Permitiu que uma agremiação religiosa usasse espaço de escola pública para recitações, pregações e canções, em horário extraescolar, no caso “Good News Club vs. Milford Central School” (2001). Semelhantemente, instalações universitárias estatais tiveram seu uso permitido para grupo religioso em suas atividades desempenhadas em horário não-didático, no caso “Widmar vs. Vincent” (1981). Permitiu também que estudantes de escola pública deixassem a escola durante parte do dia para receber educação religiosa em outro estabelecimento, no caso “Zorach vs. Clauson” (1952). Esse último caso oportunizou ao juiz Douglas expressar como se define a laicidade do estado americano, admitindo concessões às necessidades religiosas do povo, mesmo àquelas heterodoxas:

Somos um povo religioso cujas tradições pressupõem um Ser Supremo. Garantimos a liberdade de culto à escolha de cada um. Abrimos espaço para uma variedade tão grande de crenças e credos quanto as necessidades espirituais do homem considerem necessárias. Patrocinamos uma atitude por parte do governo que não mostra parcialidade para nenhum grupo e que deixa cada um florescer de acordo com o zelo dos seus adeptos e o apelo do seu dogma. Quando o Estado encoraja a instrução religiosa ou coopera com as autoridades religiosas, ajustando o horário dos eventos públicos às necessidades sectárias, segue a melhor das nossas tradições. Porque assim respeita a natureza religiosa do nosso povo e *adapta o serviço público às suas necessidades espirituais*. Defender que não pode ser assim seria encontrar na Constituição um requisito para que o governo mostre uma *indiferença insensível* [*callous indifference*] aos grupos religiosos. Isso seria preferir aqueles que não acreditam em nenhuma religião àqueles que acreditam. O governo não pode financiar grupos religiosos, nem dar instrução religiosa, nem misturar educação secular e sectária, nem usar instituições seculares para impor uma ou algumas religiões a qualquer pessoa. Mas não encontramos nenhum requisito constitucional que obrigue o governo a ser hostil à religião e a opor-se aos esforços para alargar o âmbito efetivo da influência religiosa. O governo deve ser neutro quando se trata de competição entre seitas. Não pode impor qualquer seita a qualquer pessoa. Não pode tornar obrigatória uma observância religiosa. Não pode coagir ninguém a frequentar a igreja, a observar um feriado religioso ou a receber instrução religiosa. Mas pode fechar as suas portas ou suspender as suas atividades em relação àqueles que pretendem dirigir-se ao seu santuário religioso para culto ou instrução. Não é feito

144 “Vocês também ouviram o que foi dito aos seus antepassados: ‘Não jure falsamente, mas cumpra os juramentos que você fez diante do Senhor’. Mas eu lhes digo: Não jurem de forma alguma: (...). Seja o seu ‘sim’, ‘sim’, e o seu ‘não’, ‘não’; o que passar disso vem do Maligno”. (Evangelho de Mateus, cap.5, v.33).

145 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.

O juiz Douglas aponta que a rigidez estatal contra uma peculiaridade religiosa que não ofende um ser humano consiste em uma “indiferença insensível” inadmissível porque significa, em realidade, o privilégio dos descrentes. Como percebido por ele, a laicidade hostil à religião importa em verdadeiro privilégio da descrença. Pode-se afirmar que a laicidade hostil à religião importa em uma *irreligião oficial*.

Essa tendência de acomodação a prática religiosa individual ainda não se manifestara no primeiro caso pertinente à cláusula de livre exercício que a Suprema Corte decidiu, no longínquo ano 1879. O cidadão Reynolds foi penalizado por bigamia, prática essa permitida por sua crença mórmon. A poligamia não decorre de imperativo positivo da Bíblia, a qual, por outro lado, também não proíbe essa prática de modo geral¹⁴⁷. À época, a Suprema Corte interpretava a Primeira Emenda no sentido de proteger apenas a crença religiosa, no campo das ideias, mas não as suas práticas decorrentes (caso “Reynolds vs. United States”, 1879). A proteção das práticas decorrentes foi inaugurada apenas no julgamento do já exposto caso de Sherbert, em 1963.

O desenrolar dos chamados “casos mórmons” representa um paralelo interessante com o objetável direito posto pelo STF a união civil homossexual, uma vez que envolve o tratamento que o estado dispensa a práticas sexuais consentidas. A repressão judicial à poligamia dos mórmons apoiava-se em lei federal que criminalizava a bigamia, punindo-a com multa e prisão de dois a cinco anos (América, 1862). O casamento múltiplo dos mórmons nunca chegou a ser oficializado como união civil na federação dos Estados Unidos da América.

Em paralelo, na federação americana, várias leis estaduais criminalizavam diversas práticas sexuais (“leis de sodomia”). A aplicação dessas leis reprimia também a homossexuais. A Suprema Corte entendera que não existia um direito constitucional a certas práticas sexuais oponível às leis, no caso “Bowers vs. Hardwick”, de 1986. Especificamente, nesse caso, a Corte entendeu que não havia um direito constitucional à prática homossexual.

No entanto, a Corte arrependeu-se desse posicionamento, e passou a entender que existiam

¹⁴⁶ Como visto, o juiz Douglas parece ecoar o juiz Kent, citado por Rui Barbosa como expressando o pressuposto fundamental da Constituição (cap.1.4).

¹⁴⁷ O Novo Testamento fixa o imperativo da monogamia para bispos, para diáconos e para presbíteros (1ª Epístola a Timóteo, cap.3, vv.2 e 12; Epístola a Tito, cap.1, v.6), isto é, para funcionários da Igreja, e se omite quanto aos demais crentes. O Antigo Testamento proíbe combinações de casamentos múltiplos (Levítico, cap.18, vv.17 e 18; cap.20, vv.14), mas não proíbe o casamento múltiplo em si, que é expressamente admitido (Êxodo, cap.21, v.10). Passagens veterotestamentárias apresentam um patriarca (Jacó-Israel) e os dois principais reis (Davi e Salomão) como praticantes de casamento múltiplo (por exemplo, 1 Reis cap.11, v.3), do que se deduz que tal prática seja uma questão indiferente no código de ética bíblico para quem não exerce função eclesial.

direitos constitucionais a práticas sexuais consensuais e privadas entre adultos que não fossem procriativas (caso “Lawrence vs. Texas”, 2003), o que descriminalizou relações homossexuais. Daí, a Corte não apenas impediu o malefício do direito penal contra relações homossexuais, como, em 2015, concedeu o benefício do direito civil a esse tipo de relação, instituindo oficialmente uniões do gênero para lhe conceder os mesmos direitos do casamento civil homem-mulher (caso “Obergefell vs. Hodges”). Esse reposicionamento do alto judiciário americano tratou de práticas sexuais que nada decorriam de considerações religiosas de seus praticantes, e acarretou consequências que se desenrolaram até o ponto em que a Lei Anti-Discriminação do Colorado foi aplicada contra a objeção cristã do confeitiro da Masterpiece Cakeshop a celebrar a homossexualidade de pretensos clientes.

O mesmo não ocorreu com as práticas sexuais dos mórmons, decorrentes de suas considerações religiosas. Como dito, o casamento de um mórmon com mais de uma mórmon continua ilícito, sem os benefícios que o direito civil conferiu às uniões civis homossexuais. A essa minoria não foi reconhecida o caráter “implícito” ou “derivado”¹⁴⁸ de um direito sexual. Portanto, a situação atual da jurisprudência federal americana é a de que um direito implícito – a práticas sexuais sem fundamento religioso – enseja mais benefícios jurídicos civis aos seus praticantes do que o direito à liberdade religiosa, explícito na Primeira Emenda, quando esse direito à liberdade fora invocado para proteger uma prática sexual com fundamento religioso. Se o julgamento do caso da Masterpiece Cakeshop tivesse sido diferente, a situação seria a de que o direito sexual implícito poderia, ainda, causar malefícios jurídicos penais aos titulares do direito explícito à liberdade religiosa, criando um ordenamento jurídico anti-discriminação ironicamente discriminatório.

Dessa coleção de julgados que trata da conduta estatal *contra* a religião, emerge que, mesmo que a *intenção* de uma norma jurídica não seja a de inibir uma religião particular quando proíbe uma prática que lhe seja peculiar – por exemplo, matança de animal, consumo de alucinógeno, recusa em colaborar com ritual cívico, ou trabalhar nos sábados –, seu *efeito* pode ser exatamente esse, afetando alguma religião muito mais do que outras, inibindo seus adeptos à sua observância mais do que inibindo a observância de outras religiões ou inibindo a irreligião. Em outros termos, a inibição de uma prática peculiar a uma religião, como efeito da aplicação de uma norma jurídica, pode ser um meio muito eficaz de inibir particularmente

148 A implicitude, não reconhecida no caso “Bowers vs. Hardwick”, foi afirmada no caso “Obergefell vs. Hodges”: “The *right of same-sex couples to marry* that is part of the liberty promised by the Fourteenth Amendment *is derived*, too, from that Amendment's guarantee of the equal protection of the laws. The Due Process Clause and the Equal Protection Clause are connected in a profound way, though they set forth independent principles. Rights *implicit* in liberty and rights secured by equal protection may rest on different precepts and are not always co-extensive, yet in some instances each may be instructive as to the meaning and reach of the other. (...)”. (p.672, grifo nosso)

a religião que exerce tal prática, ou seja, um meio eficaz de praticar a sua discriminação, ainda que o efeito seja apenas um efeito colateral (acidental) da aplicação da norma jurídica, e não o seu efeito principal.

Os efeitos (consequências) das normas jurídicas são realidades mais sensíveis do que suas intenções, que são meramente imaginadas. Por isso, os efeitos reais das normas jurídicas nos indivíduos – ainda que sejam efeitos imprevistos ou indesejados – devem ser mais considerados do que os intuitos de seus formuladores. Os ministros do STF podem não ter desejado inibir a observância de práticas religiosas de não-colaboração com abortamento ou com aprovação de homossexualidade ou transexualidade, quando idealizaram seus julgados nos casos da ADPF 54, da ADI 4.277 (e ADPF 132) e da ADI 4.275. No entanto, a consequência prática de todos esses julgados é exatamente essa, de coibir, de estimular que os adeptos de crenças bíblicas deixem de cumprir seus arraigados deveres religiosos para cumprir os inovadores deveres jurisprudenciais que se impõem. Por isso, o teste de Sherbert parece adequado, quando se aprecia o exercício da religião por um indivíduo em uma prática que é coibida por norma estatal.

A partir da jurisprudência da suprema corte americana, percebe-se a tendência atual de tolerar, e até mesmo de proteger, a prática de preceitos peculiares a determinadas religiões, em contextos nos quais essas mesmas práticas são proibidas em geral para toda a Sociedade, cuja maioria não as pratica. A matança de animais é prática peculiar de religiões de matriz africana, como a *santeria* do caso de Lukumi Babalu Aye – e do RE 494.601 deliberado pelo STF. O consumo de alucinógenos (*peyote* ou *ayahuasca*) é prática peculiar de religiões de matriz ameríndia, como nos casos do cidadão Smith e da União do Vegetal. O sabbatismo (proibição de trabalho entre a noite de sexta-feira e a do sábado) é peculiar do judaísmo e do adventismo do sétimo dia. A rejeição a venerações cívicas é peculiar à crença testemunha de Jeová. A poligamia era peculiar à crença mórmon. Essas três últimas religiões, classificadas como “cristianismo de fronteira”, apresentam-se como religiões de matriz bíblica. Suas éticas fundam-se em preceitos da mesma fonte textual da qual emanam os imperativos que são atualmente contrariados pelos novos deveres postos pela jurisprudência do STF. Essas práticas religiosas peculiares são exatamente o que distingue cada uma dessas religiões das demais. Pode-se então argumentar que, se religiões de matrizes africana e ameríndia obtêm licença jurídica para suas práticas peculiares, o mesmo tratamento condescendente deveria ser conferido a religiões de matriz israelita, bíblica, para exercer suas práticas peculiares. Se religiões do chamado “cristianismo de fronteira” obtêm licença para suas práticas peculiares,

o mesmo tratamento condescendente deve ser conferido ao cristianismo mais comum no seu cumprimento dos preceitos bíblicos.

O que se percebe no desenvolvimento da interpretação da Suprema Corte americana quanto à Primeira Emenda da constituição federal dos EUA é uma maximização do conteúdo da-cláusula de “livre exercício”. A cláusula de livre exercício é maximizada na medida em que se tende a ampliar a prática de atos religiosos cuja iniciativa parte de particulares, como sacrifício de animais, uso de alucinógenos, recusa de trabalhar aos sábados. Nesse sentido, a interpretação jurisprudencial da Suprema Corte reforça o ideal de Rui Barbosa, garantindo que pessoas religiosas não sofram dano pelas peculiaridades que as distinguem das não-religiosas. A interpretação jurisprudencial dessa cláusula aceita a maximização do desempenho religioso particular. Nessa aceitação de práticas religiosas de particulares, o direito positivo americano passou da posição de punir práticas peculiares de grupos religiosos – como a poligamia dos mórmons – para a de não apenas não puni-las – como o sacrifício animal e o consumo de *peyotte* e de *ayahuasca* –, mas, de, mais do que isso, de garantir que sejam concedidos benefícios tanto quanto são concedidos a quem não compartilha de tais práticas – como recusar-se a trabalhar no sábado, recusar-se a trabalhar produzindo insumo de armas ou até mesmo por consumir alucinógeno. Quando a Suprema Corte deixa de garantir essa aceitação de práticas religiosas particulares, o Congresso reage garantindo-a. Esse padrão de maximização da religião do indivíduo ou de uma coletividade privada funciona como um critério para solucionar o problema da religião do indivíduo que atua individualmente dentro da conjuntura estatal, que é o caso hipotético das objeções de consciência aos julgados do STF. Como visto, os poderes judiciário e legislativo americanos tendam a aceitar acomodações aos indivíduos, como no caso em que o funcionário público militar Goldman enfim obteve permissão para usar seu quipá (solidéu) no lugar do quepe militar.

Quando se considera a hipótese do efeito de o Estado *inibir* uma religião, a Suprema Corte americana percebe que a repressão da religião, diretamente sobre um indivíduo, consiste em efeito danoso não-desprezível, *mesmo quando esse efeito não seja o efeito principal* ou intencional da norma jurídica, e, sim, um efeito colateral ou accidental. Essas práticas religiosas recebem não apenas *tolerância* – isto é, não apenas não sofrem nenhum mal como reação (como no caso da despenalização do consumo de *ayahuasca*) –, mas recebem uma *liberdade ampla*, – isto é, não deixam de receber os mesmos benefícios recebidos por quem não compartilha daquela prática (como no caso do recebimento do seguro-desemprego de quem se recusa a trabalhar aos sábados ou fabricando insumos mortíferos). Mais do que isso, os poderes constituídos americanos tendem a conceder uma

liberdade plena às religiões, na medida em que as pessoas religiosas, além de receber os mesmos benefícios recebidos por quem não compartilha daquela prática, ainda obtém um benefício na mesma hipótese em que pessoas não-religiosas normalmente obtém um malefício, como, por exemplo, no caso do consumo de *peyotte*, no qual o usuário religioso merece receber o benefício do seguro-desemprego, ao contrário do usuário não-religioso, que merece receber punição.

2.2 - Ante-valor: genealogia da liberdade religiosa

Como visto pela legislação do Congresso dos EUA e pela jurisprudência da respectiva Suprema Corte, há naquele país, modelar para a laicidade brasileira segundo o próprio fundador da laicidade brasileira, uma tendência de proteger a liberdade religiosa quando o resultado de uma norma jurídica seja o de impor um mal sobre uma pessoa adepta de uma crença religiosa específica, ainda que esse efeito não tenha sido o propósito da positivação da norma.

Como visto, o conflito expressado pela objeção de consciência à norma vinculante de jurisprudência decorre de imperativos de conduta decorrentes de crenças. Considerando o conjunto dos julgados vinculantes objetáveis do STF abrangidos por este estudo, o conflito consiste, em suma, entre, de um lado, uma religião teísta cujos fundamentos são expressos em uma coletânea de livros tidos como sagrados por seus adeptos, e, de outro lado, um sistema de pensamento praticamente a-teísta, o que resvala em um problema radical de coexistência na laicidade estatal. Diante dessa percepção, emerge a necessidade de sondar os valores e os princípios jurídicos que tratam dessa laicidade que viabiliza a coexistência inter-religiosa, a fim de se conhecer a substância a partir da qual podem ser formuladas as normas que devem regular esse conflito. Na busca por esse substrato, será examinada a história das soluções para os conflitos inter-religiosos, porém, nessa busca, proceder-se-á ao método genealógico, traçando regressivamente, da solução mais contemporânea para a mais antiga, a tradição das ideias de *liberdade* religiosa a partir das ideias precedentes de *tolerância* religiosa.

2.2.1 - Genealogia da liberdade religiosa: da contemporaneidade à modernidade

A solução da objeção de consciência será tratada no capítulo 3 a partir das normas principiológicas expressas no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), pactuado por estados-membros da Organização das Nações Unidas (ONU) no ano 1966, e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), pactuado por estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) no ano 1969.

O PIDCP confessa derivar da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁴⁹ (DUDH), do ano 1948: “Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, no gozo das liberdades civis e políticas e liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem as condições que permitam a cada um gozar de seus direitos civis e políticos, assim como de seus direitos econômicos, sociais e culturais,...”. O PIDCP confessa também derivar da Carta das Nações Unidas (CNU), do ano 1945: “Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,...”. E o PIDCP confessa essa raiz mais de uma vez: “Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades do homem,...” (Brasil, Decreto n.592/1992, considerandos).

Já a CADH confessa derivar da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH), de abril/1948: “Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional;”. Como se percebe, a CADH confessa também derivar da DUDH, mas

149 O seu nome original era Declaração Universal dos Direitos *do Homem*. A troca do termo “Direitos do Homem” para “Direitos Humanos” decorreu da Resolução n.548-VI da Assembleia Geral da ONU.

confessa, ainda, derivar da Carta da Organização dos Estados Americanos (COEA), também de abril/1948 (Brasil, Decreto n.678/1992, preâmbulo).

A DUDH, de dezembro/1948, estabeleceu o direito à liberdade religiosa:

Artigo 18. 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.
(ONU, 1948, grifo nosso)

Como se percebe, a DUDH estabeleceu a liberdade de religião como direito juntamente com a liberdade de consciência, o que implica que a liberdade de religião significa também uma liberdade de não-religião. Percebe-se também que o direito à liberdade religiosa abrange também uma liberdade de manifestá-la por meio de “prática” e de “observância”. Esses termos distinguem-se do termo “culto”, que também expressa um meio de manifestação da religião. Interpretando-se a partir do princípio de que o texto não contém significantes redundantes, “prática” e observância” devem significar algo diferente de “culto”. Uma vez que “culto” significa, sem maiores controvérsias, atos que concernem à relação direta do ser humano com a divindade, “observância” deve significar obediência aos preceitos da religião, enquanto que “prática” deve significar ato que, eventualmente, tenha pertinência com relação direta entre o religioso e outrem. Logicamente, a observância prática de uma religião deve abranger o cumprimento de seus imperativos de conduta, o que, eventualmente pode englobar efeitos sobre mais alguém além do religioso. E a DUDH explicita que tal observância deve ser permitida em público, do que se pode deduzir que o ser humano que presta serviço público não deve ser obrigado a deixar de observar a prática decorrente de imperativo religioso unicamente por causa da disponibilidade de o fazer em particular, o que favorece a objeção de consciência religiosa.

A DUDH reconhece a importância de que a religião não funcione como critério de tratamento diferenciado que coloque alguém em desvantagem: “Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, *sem distinção de qualquer espécie*, seja de raça, cor, sexo, idioma, *religião*, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição” (art.2.1, grifo nosso). Uma vez que a religião compõe a cultura, a DUDH relaciona indiretamente a liberdade religiosa com o direito cultural ao livre desenvolvimento da personalidade:

Artigo 22. Todo ser humano, como membro da sociedade, tem *direito* à segurança social e à *realização*, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, *dos direitos* econômicos, sociais e *culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade*. (grifos nossos)

Além disso, a DUDH protege largamente essa liberdade, propondo que ela não possa ser diminuída por ordenança jurídica cujo *status* hierárquico seja inferior ao de lei, e, mesmo que o seja por lei, que o seja apenas sob condições: “No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática” (art.29.2).

Em seu preâmbulo, a DUDH revela os fundamentos do direito à liberdade religiosa e de todos os demais direitos humanos:

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a *consciência* da Humanidade e que *o advento de um mundo em que todos gozem de liberdade de palavra, de crença* e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum, (grifos nossos)

Como se percebe, a DUDH valoriza um estado de coisas futuro (“advento de de um mundo...”), em contraste com um estado de coisas passado que ela repudia (“atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade”). A liberdade de crença é listada como uma das quatro liberdades fundamentais – mais a de palavra, a do temor e a da necessidade – das quais derivam todas as outras liberdades e direitos, o que aponta para sua importância especial no sistema de valores dos quais derivam as normas jurídicas: “a mais alta aspiração do homem”. A redação do texto, apenas três anos depois da II Guerra Mundial, refere-se às ofensas desse terrível evento histórico como ultraje “à consciência da Humanidade”. Uma vez que a “Humanidade” é uma abstração que deriva daquilo que todos os humanos têm em comum, a consciência da Humanidade só pode ter valor porque, em primeiro lugar, as consciências dos seres humanos têm valor. Aqui a DUDH termina por se referir à consciência do ser humano como um valor primordial do qual todos os outros valores dependem para existir como fonte de direito¹⁵⁰. Esse considerando da DUDH pesa em favor da consciência objetora como um valor que não merece ser menosprezado diante de outros valores que sustentam direitos por

150 Puppink afirma que essa consciência é aquela sob cuja luz “todo o homem deve ser capaz de ajuizar a moralidade dos atos” (Puppink, 2021, cap.2.1-a, p.40). Ele explica a autoridade da consciência sobre a autoridade dos oficiais nazistas, a qual era invocada pelos réus dos crimes de guerra no Tribunal de Nuremberg como premissa para suas teses de defesa que pretendiam sua absolvição por terem supostamente apenas cumprido ordens de seus superiores hierárquicos (p.39).

ela objetados. Além disso, outro considerando da DUDH revela o limite de até qual ponto se pode racionalizar os fundamentos dos direitos (humanos):

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua *fé* nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, (grifo nosso)

Esse considerando repete o teor do texto do próprio documento referido pela DUDH, a anterior Carta das Nações Unidas (CNU), de 1945¹⁵¹. Como se percebe, a CNU e a DUDH reduzem o fundamento de todos os direitos às noções de valor, de dignidade e de igualdade dos seres humanos, os quais são objeto de *fé*. Logo antes de reafirmar essa sua fé no *topos* textual, A CNU relata “o flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade”. Já a DUDH, em seu *topos* textual, logo antes de aspirar ao “advento de um mundo em que todos gozem de liberdade”, relata “que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros”. A DUDH e a CNU afirmam que a experiência fenomênica histórica real de seus signatários é o exato oposto daquilo em que eles nutrem a virtude teologal da fé e daquilo no qual eles alimentam a virtude teologal da esperança. Os autores da DUDH e da CNU viram uma realidade oposta à liberdade, à igualdade e à dignidade humana, mas professam sua fé nesses ideais. A crença nesses ideais funciona como “a prova das coisas que não vemos”, porque esses autores têm “a certeza daquilo que esperamos”. Essas são exatamente as duas definições paulinas de fé, em texto canônico da sagrada escritura cristã¹⁵². A DUDH e a CNU admitem que seus postulados –, que seus primeiros princípios, que suas proposições *a priori* – não podem ser demonstrados por nenhum raciocínio adicional, mas que podem, apenas, ser *cridos*. A DUDH e a CNU confessam que a adesão ao dever de proteger os direitos do homem consiste em um ato de fé, o que a caracteriza de fato como a escritura de uma religião humanista. E essa religião secular afirma que, para “promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla”, é necessário “praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros” (ONU, 1945)¹⁵³.

151 “Nós, os povos das Nações Unidas, resolvemos... a reafirmar a *fé* nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e...” (ONU, 1945, preâmbulo, grifo nosso). Jónatas Machado considera esse elemento como um “assentimento fideísta” (Machado, 2013, cap.2.1, p.31, nota 46).

152 Epístola aos Hebreus, cap.11, v.1

153 A CNU também apresenta, como propósito das Nações Unidas, “promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou *religião*” (art.1º.3, grifo nosso).

Meses antes da DUDH, no mesmo ano, em abril/1948, a DADDH também estabeleceu o direito à liberdade religiosa, igualmente para proteger a sua prática, e igualmente para protegê-la em público: “Toda a pessoa tem o direito de professar livremente uma crença religiosa e de manifestá-la e *praticá-la pública* e particularmente” (OEA, 1948, art.3). Como se percebe, não se trata explicitamente da liberdade de consciência, mais ampla, da DUDH, embora tal conclusão possa ser deduzida, uma vez que, tendo tido sua importância reconhecida, a crença não deve funcionar como fundamento para a diminuição de direitos: “*Todas as pessoas* são iguais perante a lei e *têm os direitos* e deveres consagrados nesta declaração, *sem distinção de* raça, língua, *crença*, ou qualquer outra” (art.2). Essa dedução também decorre de uma interpretação sistemática que concatena os referidos dispositivos com a explícita liberdade de opinião e de pensamento, que não foi explicitamente restringida para compreender apenas opiniões não pertinentes a assuntos de religião: “Toda pessoa tem direito à liberdade de investigação, de *opinião* e de expressão e difusão do *pensamento*, por qualquer meio” (art.4).

A DADDH também protege o desenvolvimento da personalidade como um direito que implica um dever de respeito: “O indivíduo tem o dever de conviver com os demais, de maneira que todos e cada um possam formar e desenvolver integralmente a sua personalidade” (art.29). A DADDH não declara nenhum direito reprodutivo que implique a subtração da vida do humano no útero, e não declara nenhum direito ao reconhecimento estatal a uma sexualidade¹⁵⁴. Diferentemente da DUDH, a DADDH expressa claramente a existência de deveres humanos. Dentre esses deveres, lista o dever de não impedir o desenvolvimento da personalidade, da qual a religiosidade faz parte, em um sistema no qual a religiosidade é explicitamente resguardada, enquanto que sexualidades não o são – assim como também não o é o interesse de interromper a consequência natural da sexualidade (a gravidez).

Em seu primeiro considerando, a DADDH afirma que as constituições nacionais dos povos americanos reconhecem que as instituições jurídicas e políticas tem como finalidade principal o progresso *espiritual* do Homem¹⁵⁵. Em seu preâmbulo, a DADDH prestigia ainda

154 A DUDH declara direito ao reconhecimento estatal apenas para a sexualidade entre homem e mulher, e não proíbe restrição legal ao direito de fundar família por causa de orientação sexual: “Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família” (art.16.1). A DUDH qualifica a família como algo *natural* que é fundado por homens e mulheres: “A família é o núcleo *natural* e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado” (art.16.3, grifo nosso). Disso conclui-se que o nascimento dos filhos da união entre homem e mulher é o que caracteriza a fundação de uma família, pois geração e nascimento não eram atos artificiais ao tempo da redação da DUDH.

155 “Considerando que os povos americanos dignificaram a pessoa humana e que suas constituições nacionais reconhecem que as instituições jurídicas e políticas, que regem a vida em sociedade, têm como finalidade principal a proteção dos direitos essenciais do homem e a criação de circunstâncias que lhe permitam progredir

mais a espiritualidade: “É dever do homem servir o espírito *com todas as suas faculdades e todos os seus recursos*, porque o espírito é a finalidade suprema da existência humana e a sua máxima categoria” (grifo nosso). Um leitor atento consegue perceber como a fórmula desse texto deriva de um mandamento bíblico veterotestamentário: “Ame o Senhor, o seu Deus, *de todo o seu coração, de toda a sua alma e de todas as suas forças*”¹⁵⁶. Dessa semelhança revela-se a influência bíblica para o próprio fundamento primeiro dos direitos humanos: se, segundo a DADDH, o Espírito é a “finalidade suprema da existência humana” e “sua máxima categoria”, é porque o Homem deve viver para o Espírito, do que se deduz que o Espírito é o valor pelo qual o próprio ser humano é medido, e é o valor que confere a dignidade ao Homem, razão pela qual justifica-se que o homem deva servi-lo “com todas as suas faculdades e todos os seus recursos”. Essa interpretação é validada quando concatenada com a apreciação de Jesus de Nazaré sobre esse mandamento mosaico em outra passagem bíblica:

Um deles, perito na lei, o pôs à prova com esta pergunta: “Mestre, qual é o maior mandamento da Lei?”

Respondeu Jesus: “‘Ame o Senhor, o seu Deus de todo o seu coração, de toda a sua alma e de todo o seu entendimento’. Este é o primeiro e maior mandamento. E o segundo é semelhante a ele: ‘Ame o seu próximo como a si mesmo’¹⁵⁷. Destes dois mandamentos dependem toda a Lei e os Profetas”¹⁵⁸.

O preâmbulo da DADDH dispõe que “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e *consciência*, devem proceder *fraternalmente* uns para com os outros” (grifo nosso). A fraternidade consiste na qualidade de serem irmãos, porém essa irmandade decorre lógica e necessariamente de uma mesma paternidade ou maternidade. Considerando a referência da DADDH ao “espírito”, deduz-se que a paternidade ou maternidade de que se trata seja uma de caráter espiritual. Da influência bíblica sobre a DADDH, deduz-se que o fundamento de se entender que os homens são iguais em direitos – que devem amar uns aos outros como a si mesmos – resulta da igual ascendência espiritual que eles compartilham: o dever de um homem valorizar o direito de outro homem na mesma medida em que valoriza o seu próprio direito decorre do dever de valorizar a finalidade para a qual tanto ele quanto o outro homem existem: o Espírito. Sem o Espírito que une um homem a outro homem, não haveria razão para que um homem não valorizasse o seu próprio bem mais do que o bem de outro homem. Assim como a DUDH, a

espiritual e materialmente e alcançar a felicidade;”. É notável que o progresso espiritual preceda o material no *topos* do texto.

156 Deuteronômio cap.6, v.5, grifo nosso

157 Também veterotestamentário e mosaico: Levítico cap.19, v.18: “Não procurem vingança, nem guardem rancor contra alguém do seu povo, mas ame cada um o seu próximo como a si mesmo. Eu sou o Senhor”. A explicação para o mandamento – “Eu sou o Senhor” – aponta que a igualdade entre os homens decorre da superioridade de Deus sobre todos.

158 Evangelho de Mateus, cap.22, vv.35-40. Também no evangelho de Marcos, cap.12, vv.28-31, que acrescenta, como dito por Jesus: “não existe mandamento maior do que estes”.

DADDH também coloca a consciência em elevado patamar de valor, ao designá-la como fundamento da igualdade de direitos entre os homens. A DADDH assume que uma ordem moral anterior fundamenta a ordem jurídica: “Os deveres de ordem jurídica dependem da existência anterior de outros de ordem moral, que apóiam os primeiros conceitualmente e os fundamentam”. Dessa assunção, deduz-se que um dever jurídico que não decorra de um anterior dever moral não detém apoio para que seu cumprimento seja exigido. E a DADDH afirma que a liberdade humana expressa a sua dignidade¹⁵⁹.

Assim como a DUDH lastreia-se na anterior CNU, a DADDH lastreia-se na anterior Carta da Organização dos Estados Americanos (COEA), de 1948. A COEA declara sua resolução de “perseverar na nobre empresa que a Humanidade confiou às Nações Unidas, cujos princípios e propósitos reafirmam solenemente” (OEA, 1948). A COEA também estabelece, como princípios: a proclamação dos “direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, *credo* ou sexo” (art.3-1, grifo nosso); e, ainda, que “a unidade *espiritual* do Continente baseia-se no respeito à *personalidade cultural* dos países americanos e exige a sua estreita colaboração para as altas finalidades da cultura humana” (art.3-m, grifos nossos). As constantes referências espirituais à origem da igualdade dos homens nessas declarações de direitos interamericanas parecem ecoar o pensamento de Thomas Paine, revolucionário que participou ativamente tanto da Independência Americana quanto da Revolução Francesa. Para ele, “os homens são originalmente iguais na ordem da Criação”, e “só uma circunstância posterior consegue destruir essa igualdade” (Paine, 2022, cap.2, p.19). O mesmo Paine afirma, logo em seguida, que “macho e fêmea são distinções da natureza, bom e mau são distinções do Céu”. E, mais à frente, afirma que “nada exceto o Céu é impermeável ao vício” (p.13). Disso se deduz que Paine assume uma realidade que ordena a Criação dos homens como iguais, e que essa é uma boa ordem, enquanto que a realidade natural mitiga aquela realidade sobre-natural, estabelecida pelo “Céu”. Paine parece assumir que a ôntica e precária igualdade natural dos homens – tão breve quanto o ato de nascer – só pode perdurar se apoiada por uma igualdade deôntica, celestial.

Antes da DUDH e da DADDH, a declaração de direitos que pretendeu validade para toda a humanidade foi a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789 (França, 1789), proclamada pela Assembleia Nacional da França durante a Revolução Francesa, e que foi incorporada à constituição francesa atualmente vigente (de 1958). O teor da DDHC parece ter influenciado a DUDH¹⁶⁰ e a DADDH. A DDHC declara o teor da liberdade religiosa:

159 “(...) Se os direitos exaltam a liberdade individual, os deveres exprimem a dignidade dessa liberdade.”

160 Como visto na nota 149, acima, o próprio nome original da DUDH denota essa inspiração da DDHC: Declaração Universal dos *Direitos do Homem*, em comparação com a Declaração de *Direitos do Homem* e do

“Ninguém pode ser assediado por causa de suas opiniões, mesmo religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei” (art.X). E o faz depois de ter definido liberdade como “poder fazer tudo o que não prejudica outrem”, de modo que o exercício dessa liberdade só pode ser limitada por lei e apenas na medida em que assegurar aos outros membros da sociedade o gozo dos direitos naturais e imprescritíveis (art.IV), que são, além da liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão (art.II). E a lei é definida como “expressão da vontade geral”, para cuja formação, “todos os cidadãos têm direito de contribuir pessoalmente, ou pelos seus representantes” (art.VI). A lei deve admitir os empregos públicos a todos os cidadãos sem distinção religiosa (art.VI). Por isso, “nenhuma pessoa deve ser constrangida a fazer o que ela [a lei] não ordene” (art.V), e, por isso também em consequência, se a lei não o determina, ninguém pode ser sequer acusado por não fazer o que ela não ordena, muito menos, ser detido ou preso (art.VII).

Tomando a DDHC como parâmetro, os objetores aos julgados vinculantes do STF não podem ser restringidos em sua liberdade religiosa de não colaborar para as práticas decorrentes desses julgados. Primeiro porque esses deveres não decorrerem de lei, isto é, de manifestação da vontade geral, uma vez que nem todos os cidadãos têm direito de contribuir para a formação da norma jurídica de um julgado vinculante, seja diretamente, seja mediante representante seu. Segundo porque a recusa em prestar os direitos positivados pelos julgados vinculantes em questão não inviabiliza que outrem preste-os, de modo que nem a liberdade, nem a propriedade, nem a segurança nem a resistência à opressão dos titulares dos direitos objetados é diminuída. Portanto, os objetores de consciência crente bíblicista não podem ser constrangidos a fazer o que os julgados vinculantes em questão geram expectativa de que eles façam. Se fossem constrangidos, configurar-se-ia penalidade não estrita e não evidentemente necessária para a satisfação dos interesses dos titulares dos direitos objetados, o que também violaria o art.VIII da DDHC.

A DDHC de 1789 explica o fundamento desses direitos que declara. Esses direitos pressupõem que todos os seres humanos têm os mesmos direitos, a mesma e igual liberdade: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais *em direitos*” (art.I, grifo nosso). É importante perceber que a DDHC não declara simplesmente que os homens nasçam e continuem iguais. A natureza evidencia que eles não são iguais em vários aspectos. A sua igualdade se dá “em direitos”, isto é, em como devem ser tratados, em um plano ideal, não no plano da realidade material. E a liberdade igual de todos suscita a questão de por que todos

Cidadão.

deveriam ser tratados como iguais, já que não o são materialmente¹⁶¹. A DDHC deixa claro que ela não cria os direitos que expõe, mas que apenas os reconhece e os declara, porque eles já preexistiam, em uma realidade que transcende esta: “... considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos, resolveram expor, em uma declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e *consagrados* do homem” (preâmbulo, grifo nosso). O vocábulo religioso “consagrado” revela a raiz que influencia a DDHC. Logo em seguida, ela invoca a “presença” e a submissão a “os auspícios do Ser Supremo”. O Ser Supremo, no contexto francês revolucionário, é Deus, que, sob esse nome, tanto podia ser compreendido como o Deus do tradicional teísmo cristão (ou judeu) como podia ser compreendido como o Deus do então em voga deísmo da religião racionalista dos iluministas¹⁶². De qualquer modo, a DDHC expõe sua lógica e sua razão: todos os homens são iguais porque todos foram criados por Deus, ainda que indiretamente, uma vez que Deus é o criador da natureza, razão pela qual os direitos com que os homens nascem derivam dessa natureza criada pelo deus supremo. E nada há mais além disso: a DDHC não explica a razão de por que o Ser Supremo deve ser invocado como lastro e como protetor dos direitos. Esse é o seu primeiro princípio. A sua ideia não pode ser explicada para tentar convencer o leitor ou ouvinte da Declaração: ela simplesmente é crida; se não for crida, todo o sistema de direitos que dela decorre logicamente também não pode ser acreditado¹⁶³.

A declaração francesa de 1789 foi influenciada pela *Unânime Declaração dos Treze Estados Unidos da América*, de 1776, atualmente conhecida como *Declaração de Independência dos Estados Unidos da América*¹⁶⁴. O coetâneo Thomas Paine, que participou das duas revoluções, afirma que “a América estabeleceu o direito universal de consciência e o direito universal de cidadania”, o que foi copiado pela França revolucionária (Paine, 2005, parte 1, cap.1, p.74). Essa declaração americana influenciou a Primeira Emenda da constituição federal americana, de 1789, que estabeleceu a liberdade religiosa naquele país, e cujas interpretações legislativa e judiciária foram expostas no subcapítulo 2.2. A declaração americana afirma que “governos são instituídos entre os homens” de modo que “seus justos poderes” derivam “do consentimento dos governados” e a fim de assegurar os direitos

161 O seu principal redator, o abade Sieyès, explica, no seu anteprojeto da Declaração: “Art.XVI – Se os homens não são iguais em *meios*, isto é, em riquezas, em espírito, em força, daí não decorre que eles não sejam todos iguais em *direitos*. Perante a lei, todo homem é igual ao outro, e ela protege a todos sem distinção” (Sieyès, 2015, p.102, grifo no original; ver também na p.82)

162 A diferença entre teísmo e deísmo reside na questão da (Divina) Providência. No teísmo, Deus interfere no mundo; no deísmo, Deus criou o mundo, mas nele não interfere.

163 Jónatas Machado aponta que o iluminismo racionalista não prescindiu de Deus “como fundamento último dos valores” (Machado, 2013, cap.1.5, p.23).

164 Como visto, Rui Barbosa considera essa declaração americana de 1776 como genealogicamente ascendente da constituição brasileira republicana de 1891 (cap.1.4).

inalienáveis, dentre os quais “a vida, a liberdade e a procura da felicidade” (América, 1776). E explica porque tais direitos são inalienáveis aos governos instituídos: porque “todos os homens são criados iguais”, e porque são “dotados pelo Criador” desses direitos. Assim como na declaração francesa, é o fato de que os seres humanos são criados pelo mesmo Deus que lhes confere a mesma igualdade de direitos à vida, à liberdade e à busca da felicidade. E a explicação sobre o fundamento dos direitos inalienáveis termina nesse ponto. A criação divina do homem é o seu primeiro princípio. A dotação de direitos ao homem por Deus é o segundo princípio, que decorre do primeiro. E assim os representantes dos Estados Unidos da América, reunidos em Congresso Geral, consideram “estas verdades como evidentes por si mesmas”, de modo que não há mais racionalização sobre a afirmação, apenas crença, em um ato de fé, pois apelam “para o Juiz Supremo do mundo¹⁶⁵, pela rectidão das [suas] intenções”, assumindo uma posição que entendem ter direito pelas “leis da natureza” e pelas leis “do Deus da natureza”.

Segundo esses critérios da declaração americana, os titulares dos direitos positivados pela jurisprudência vinculante do STF tem liberdade igual à do objeto que se recusa a prestá-los; seus direitos à busca da felicidade pelo exercício do aborto, da união civil homossexual ou da alteração de sexo no registro civil tem o mesmo valor que o direito de buscar a felicidade não colaborando para esses atos. Além disso, a positivação do direito mediante julgado vinculante não demonstra claramente o consentimento de quem se torna súdito dessas ordenanças.

A declaração da nação americana, de julho/1776, deriva de outra, de uma de suas colônias-estados: a *Declaração de Direitos da Virgínia*, de junho/1776 (Jellinek, 2015, cap.4, p.52), a primeira colônia a se constituir como estado independente (Jellinek, 2015, p.51) e o primeiro estado a produzir uma declaração de direitos no sentido moderno do termo (p.47). O redator da declaração americana, Thomas Jefferson, era cidadão da Virgínia, e baseou-se na declaração virginiana, redigida principalmente por George Mason, e influenciada pelo federalista James Madison (Jellinek, 2015, cap.4, p.52). Essa declaração estadual pressupõe “que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes e têm certos direitos inerentes”, os quais não podem “, por qualquer pacto, privar ou despojar sua posteridade; a saber, o gozo da vida e da liberdade, ..., e buscar e obter felicidade e segurança” (Virgínia, 1776, seção 1¹⁶⁶). Por isso estabelece:

165 O termo evoca o “apelo aos Céus” de John Locke, no seu Segundo Tratado sobre o Governo Civil (Locke, 1998, livro 2, cap.14, §168, p.535-536)

166 Todos os trechos dessa Declaração da Virgínia citados diretamente foram traduzidos pelo DeepL

Que a religião, ou o dever que temos para com nosso Criador, e a maneira de cumpri-lo, só podem ser orientados pela razão e pela convicção, não pela força ou pela violência; e que, portanto, todos os homens têm o mesmo direito ao livre exercício da religião, de acordo com os ditames da consciência; e que é dever mútuo de todos praticar a tolerância, o amor e a caridade cristãos uns pra com os outros. (Virgínia, 1776, seção 16)

Portanto, depois de esclarecer que um Criador criou os homens inicialmente livres por igual, a declaração da Virgínia fundamenta a tolerância e a liberdade religiosas, clara e explicitamente, no teísmo cristão. Ela usa de uma religião específica para afirmar que todos os indivíduos tem o mesmo direito de exercer qualquer religião, porque o amor e a caridade dessa religião específica – a cristã – recomenda o respeito pelos ditames da consciência de cada um. O federalista virginiano James Madison comentou esse dispositivo fundamental de seu estado em um discurso oficial de protesto a um projeto de lei, no qual posiciona explicitamente o imperativo religioso acima do imperativo estatal:

(...) A Religião de cada homem deve então ser deixada à convicção e consciência de cada homem; e é o direito de cada homem exercê-la como estes podem ditar. Esse direito é, em sua natureza, um direito inalienável. É inalienável, porque as opiniões dos homens, dependendo apenas da evidência contemplada pelas suas próprias mentes, não podem seguir os ditames de outros homens. É inalienável também, porque o que é aqui um direito para com os homens, é um dever para com o Criador. É dever de cada homem prestar ao Criador tal homenagem e apenas aquela que ele acredita ser aceitável para ele. Este dever é precedente, tanto na ordem do tempo como no grau de obrigação, às reivindicações da Sociedade Civil. Antes que qualquer homem possa ser considerado como um membro da Sociedade Civil, ele deve ser considerado como um súdito do Governador do Universo: E se um membro da Sociedade Civil, que entra em qualquer Associação subordinada, deve sempre fazê-lo com uma reserva do seu dever para com a Autoridade Geral; muito mais deve todo o homem que se torna membro de qualquer Sociedade Civil particular, fazê-lo com uma reserva da sua lealdade para com o Soberano Universal. Sustentamos, portanto, que em questões de Religião, nenhum direito humano é restringido pela instituição da Sociedade Civil e que a Religião está totalmente isenta de seu conhecimento. É verdade que não existe outra regra, pela qual qualquer questão que possa dividir uma Sociedade possa ser determinada em última instância, senão a vontade da maioria; mas também é verdade que a maioria pode violar os direitos da minoria.¹⁶⁷

(Madison, 1785, §1, traduzido pelo DeepL)

Thomas Paine (1737-1809), que participou ativamente tanto da Revolução Americana quanto da Francesa, destaca como a liberdade religiosa moveu a Independência: “esse novo mundo [a América] tem servido de abrigo para os perseguidos amantes da liberdade civil e religiosa de todas as partes da Europa” (Paine, 2005, cap.4, p.34). Ele reafirma o fundamento

167 Madison continua, discorrendo sobre a separação de poderes estatais: “Porque se a Religião está isenta da autoridade da Sociedade em geral, ainda menos pode estar sujeita à do Corpo Legislativo. Estes últimos são apenas criaturas e vice-regentes dos primeiros. A sua jurisdição é derivada e limitada: é limitada no que diz respeito aos departamentos coordenados, mais necessariamente é limitada no que diz respeito aos constituintes. A preservação de um Governo livre requer não apenas que os limites que separam cada departamento do poder sejam invariavelmente mantidos, mas mais especialmente que nenhum deles seja permitido ultrapassar a grande barreira que defende os direitos do povo. Os Governantes que são culpados de tal invasão, excedem a comissão da qual derivam sua autoridade e são Tiranos. O Povo que se submete a isso é governado por leis feitas nem por ele mesmo nem por uma autoridade derivada dele, e é escravo” (§2).

religioso da liberdade: “a Reforma foi precedida pela descoberta da América, como se o Todo-Poderoso graciosamente quisesse abrir um refúgio [sanctuary] para pessoas perseguidas em anos futuros, quando sua pátria já não oferecesse mais nem amizade nem segurança” (p.37). Essas afirmações de Paine constam em seu opúsculo *Senso Comum*, que era lido para animar o exército revolucionário de George Washington (in Paine, contracapa). Essas palavras eram lidas em 1776, para inspirar os soldados que lutavam para a então futura constituição: “Deve-se assegurar a liberdade e a propriedade a todos os homens, e, sobre todas as coisas, o livre exercício da religião, de acordo com os ditames da consciências – essas e outras questões que uma Carta deve conter” (p.48)¹⁶⁸. Paine aspirava ao “verdadeiro equilíbrio entre felicidade e liberdade”, e, para isso, propugnou que “que ela [a Carta] seja produzida em conformidade com a lei divina, a Palavra de Deus; que uma coroa seja colocada nela para fazer o mundo saber que na América a Lei é o Rei¹⁶⁹, na única monarquia que aprovamos. Porque, se em governos absolutos o rei é a lei, então em países livres a lei *deve ser* o rei; e não poderá existir outro” (p.49, grifo no original). A atribuição da realeza a um não-homem explica-se porque o homem que funciona como “rei da América”, como consta no mesmo parágrafo de Paine, é aquele que “reina no Alto”. Como que em consequência do texto panfletário de Paine, a Constituição federal americana, antes mesmo da Primeira Emenda (exposta no subcapítulo 2.1), determinou que “nenhum teste religioso deve, nunca, ser exigido como qualificação para qualquer cargo ou função pública sob os Estados Unidos”¹⁷⁰ (América, 2024, art.VI, traduzido livremente).

O teor da declaração francesa (DDHC), por sua vez, foi influenciado pela filosofia iluminista que a precedeu, da qual Voltaire é o representante mais influente em matéria de tratamento estatal da religião. Esse filósofo deísta endossou o conceito de *tolerância* religiosa como devido, o qual, segundo Rui Marques, precedeu o conceito de *liberdade* religiosa (Marques, 2019, cap.2.6.1, p.96). O *philosophe* expõe sua posição na obra *Tratado sobre a Tolerância*, publicada no ano 1763. Voltaire afirma que “a intolerância apenas produz hipócritas ou rebeldes” (Voltaire, 2008, cap.11, p.63); e que outro dos efeitos da intolerância religiosa é estimular a emigração de indivíduos habilidosos que poderiam colaborar para a melhoria da sociedade cujos poderes reprimem suas práticas religiosas divergentes (cap.5, p.35). Disso se infere que a tolerância aumenta o contingente de recursos humanos disponíveis para prestar serviços públicos, enquanto que a intolerância desperdiça recursos

168 Semelhantemente: “Quanto à religião, eu acredito que seja dever indispensável de todo governo proteger cada adepto consciente dela, e não sei mais o que o governo teria a ver com a questão” (cap.5, p.62).

169 A expressão lembra a obra *Lex Rex*, do escocês Samuel Rutherford, de 1644, influente obra em prol do governo limitado que inspirou a insurreição dos escoceses calvinistas contra o rei da Inglaterra e da Escócia, na Revolução Puritana.

170 No original: “art.VI ... but no religious Test shall ever be required as a Qualification to any Office or public Trust under the United States.”.

humanos no serviço público. E ele acrescenta: “certamente não existe qualquer vantagem em perseguir aqueles que não partilham de nossa opinião, e em provocar seu ódio contra nós” (cap.15, p.89)¹⁷¹.

Voltaire entende que a tolerância religiosa é um dever do direito natural, o qual define como “aquele que a natureza indica a todos os homens”, e que entende como necessário para fundamentar todo o direito humano. Ele considera absurdo e bárbaro que alguém considere outrem sob uma fórmula do tipo “crê no que eu creio, ou te farei o mal”¹⁷², porque esse imperativo viola “o grande princípio, o princípio universal,” tanto do direito natural quanto do humano, que “é o mesmo em toda a terra”, e que se expressa na fórmula “não faça aos outros o que não querem que te façam” (cap.6, p.38). Voltaire define o direito natural em contraste com o direito divino, o qual consiste nos “preceitos que o próprio Deus nos transmitiu” (cap.12, p.68). No entanto, Voltaire não informa o leitor de que a “regra de prata”¹⁷³, “não faça aos outros o que você não quer que eles façam a você”¹⁷⁴ é, ela mesma, um preceito bíblico, expressa por Tobit no deuterocanônico livro de Tobias (cap.4, v.15). Voltaire supõe tal regra como universal do gênero humano e como quase unânime. No entanto, conquanto ele cite abundantemente tantos autores sobre muitos assuntos ao longo desse tratado, não cita um único autor, moderno ou antigo, que tenha expressado esse suposto “princípio universal”. Voltaire falha ao não creditar o texto bíblico – que era considerado direito divino no seu ambiente cultural – por essa regra geral de conduta sobre a qual ele supõe estarem todos os seres humanos de acordo.

Esse comportamento é paradoxal em um autor que notoriamente citava e comentava várias passagens da Bíblia em sua obra filosófica, demonstrando que a conhecia extensivamente; e é paradoxal que omita esse crédito a uma passagem bíblica deuterocanônica¹⁷⁵, considerando que ele mesmo foi educado em escola jesuíta (Voltaire, 2008, p.05). Essa omissão de Voltaire quanto à fonte de sua convicção ética parece demonstrar ou sua ignorância ou sua má-fé. Nesse ponto não podemos concordar com ele. O

171 Schirmacher concorda que a supressão de liberdade religiosa pode produzir males para toda a sociedade, com a alienação das minorias da participação econômica, educacional e científica, além de reações violentas (2015, p.15).

172 Esse trecho entre aspas não é uma citação direta, mas, sim, uma paráfrase de um trecho aspeado de Voltaire.

173 Aqui se chama essa regra de “regra de prata” seguindo Carl Sagan (2009, p.218), em comparação ao que Sagan chama de “regra de ouro”, expressada por Jesus de Nazaré: “Faz aos outros o que deseja que te façam” (p.217). Chama-se também a “regra de prata” de “princípio fundamental de conduta da reciprocidade *negativa*”, enquanto que a “regra de ouro” pode ser chamada de “princípio fundamental de conduta da reciprocidade *positiva*”.

174 Esse versículo bíblico é o único citado nesta dissertação que segue a Nova Tradução na Linguagem de Hoje (NTLH).

175 Os livros bíblicos deuterocanônicos – dentre os quais o livro de Tobias – são aceitos como canônicos pela Igreja Católica Romana, mas não pelos cristãos protestantes.

princípio fundamental de conduta da reciprocidade negativa – que pressupõe a igualdade de direitos entre os seres humanos – tem uma origem registrada, ao menos na cultura ocidental, e ela é bíblica. Voltaire não provou, nesse tratado, que esse preceito de reciprocidade seja universal nas culturas humanas. Em vez disso, há como provar que esse preceito consta explicitamente na cultura bíblica judaico-cristã desde aproximadamente o ano 200 a.C., o que denota que a igualdade de direitos entre todos os seres humanos seja um princípio de conduta diretamente derivado de um sistema de crenças religiosas específico – o mesmo sistema de crenças religiosas que fundamenta a objeção de consciência da qual ora tratamos. Se Voltaire não consegue perceber isso, tal pode se dever ao fato de que, estando ele acostumado a uma cultura cristã multigeracional, o hábito, que é uma “segunda natureza” (segundo o dicionário Merriam-Webster, 2024)¹⁷⁶, fê-lo acreditar que aquilo que lhe parecia tão comum fosse um elemento da genuína natureza humana – embora não houvesse evidência para chegar a essa conclusão –, e não um produto divino (ou cultural).

De outra mão, o satirista francês afirma o valor social da religião, para que seja respeitada, apesar de algumas particularidades incompreensíveis para alguns: “em qualquer lugar em que houver uma sociedade estabelecida, uma religião é necessária; as leis reprimem os crimes conhecidos, enquanto a religião se encarrega dos crimes secretos” (Voltaire, 2008, cap.20, p.103). Assim ele entende por causa da “fraqueza do gênero humano” e de sua “perversidade”, de modo que “o homem sempre teve necessidade de um freio”. Diante desse quadro, Voltaire recomenda que “indubitavelmente, é melhor que ele [o homem] seja subjugado por todas as superstições possíveis, desde que não venham a causar assassinatos, do que viver sem religião”, do que se pode inferir que não convém reprimir práticas religiosas cujas consequências sejam muito menos do que matar outro ser humano – sobretudo quando já se é conivente com a prática irreligiosa de matar o ser humano que não nasceu. Assim Voltaire recomenda: “quanto menos dogmas, menos disputas; e quanto menos disputas, menos infelicidades”. A escusa à objeção de consciência implica em não zelar pela obrigatoriedade dos julgados vinculantes do STF como dogmas. E o francês complementa: “o que é necessário para ser feliz na vida que há de vir? Ser justo”. E contrasta: “para ser feliz na vida atual, tanto quanto o permite a miséria de nossa natureza humana, o que é necessário? Ser indulgente” (cap.21, p.107). Se a jurisprudência do STF aponta a felicidade eudemonista como o sumo bem, a escusa à objeção de consciência a essa jurisprudência consiste, então, na indulgência que Voltaire julga necessária para essa felicidade.

176 “Hábito ou habilidade adquirida profundamente arraigada” (traduzido livremente)

Outro iluminista, Cesare Beccaria, concorda que “a força apenas faz hipócritas”¹⁷⁷, em seu clássico *Dos Delitos e das Penas*, publicado em 1764, um ano depois do tratado de Voltaire (Beccaria, 2005, cap.38, p.94)¹⁷⁸. E afirma que a coerção é o apoio que “seitas pouco estáveis em seus fundamentos” sentem como necessária para conseguirem fixar-se. Ele critica que práticas religiosas sejam objeto de criminalização para os fins de “completa uniformidade de opinião em um estado político”, porque isso resulta em “perturbar a calma pública”, e em “tiranizar os espíritos e vergá-los sob o jugo da força, ainda que tal violência se oponha à razão e à autoridade que mais respeitamos, que nos recomenda a doçura e o amor do próximo” (§37, p.94). Ao se referir ao “amor do próximo”, Beccaria deixa aparecer a raiz bíblica de seu pensamento.

2.2.2 - Genealogia da tolerância religiosa: da modernidade à antiguidade

A ideia de *liberdade* religiosa deriva da ideia de *tolerância* religiosa. Thomas Paine afirma, em 1791, que a constituição francesa revolucionária estabeleceu o “direito universal de consciência”, abolindo não apenas a intolerância, mas também abandonando a própria tolerância, a qual entende como mera “imitação da intolerância” e como um despotismo que assume o direito de conceder a liberdade de consciência (Paine, 2005, parte 1, cap.1, p.71-72). Rui Marques caracteriza a tolerância religiosa como “de certo modo limitada”, como “mera transigência ante os dissidentes”, como “mera abstenção de perseguição” e não propriamente por uma “igualdade estabelecida ante a lei”. Para ele, a tolerância decorreria de “mera necessidade política de uma ponderação entre dois males: o mal da dissidência... e o mal causado pela sua permissão”, pois a tolerância pressupõe uma ortodoxia oficializada (Marques, 2019, cap.2.6, p.93). O português da Universidade de Lisboa, em contrapartida, caracteriza a liberdade religiosa como uma igualdade em todos os ramos do direito, que resulte na “proibição de qualquer discriminação por motivo de religião ou da falta desta”, em uma verdadeira neutralidade do poder político (p.95). O revolucionário americano Paine enaltece as liberdades religiosas francesa e americana, em comparação com a mera tolerância britânica, porém Jellinek aponta que os americanos revolucionários consideravam as leis inglesas por eles herdadas como suas próprias leis (Jellinek, 2015, cap.6, p.65), o que

177 Nisso Beccaria concorda com o iluminista Montesquieu: “Um príncipe que tentar, em seu Estado, destruir ou mudar a religião dominante, expõe-se a muitos perigos. Se o seu governo for despótico, ele correrá os maiores riscos de assistir a uma revolução, do que se cometer um ato qualquer de tirania, o que nesses estados não representaria nada de novo. (...) Acresce ainda que os cidadãos se desgostam de suas leis e fazem sentir o seu desgosto pelo governo já estabelecido; substituem-se as suspeitas contra as duas religiões por uma crença firme em uma delas; e, numa palavra, proporcionam-se ao Estado, ao menos durante algum tempo, maus cidadãos e maus fiéis” (Montesquieu, 1997, livro 25, cap.11, p.328).

178 Nisso Beccaria concorda com Lutero: vide subcapítulo 2.2.4, por volta da nota 238.

logicamente abrange o regime religioso britânico que existia ao tempo da independência americana. Voltaire elogia o regime britânico de sua época como modelo de regramento jurídico acerca da realidade da convivência entre adeptos de diferentes crenças e práticas religiosas (Voltaire, 1998, carta 4).

Então vigorava, no Reino da Inglaterra, o Ato de Tolerância, de 1688 (Inglaterra, 1688), promulgado pelas duas majestades e pelas duas casas do Parlamento como consequência direta da então recente Revolução Gloriosa¹⁷⁹. Uma vez que a Coroa estabelecera uma igreja oficial, a Igreja da Inglaterra, essa lei concedia aos protestantes que “não estarão sujeitos a quaisquer penas, penalidades ou confiscos” nem que “serão processados em qualquer tribunal eclesiástico por ou em razão de sua inconformidade com a Igreja da Inglaterra”¹⁸⁰ (seção III). Isso significava, na prática, tolerância a várias crenças não-anglicanas, como as presbiterianas, batistas (anabatistas) e *quakers*. Como condição, era exigido um juramento de fidelidade ao Rei e à Rainha (preâmbulo), o que configurava uma nítida distinção e separação entre autoridades estatais e autoridades espirituais-eclesiásticas. Essa lei declarava sua finalidade de prestar “alguma facilidade para as consciências escrupulosas no exercício da religião”, de modo que ela funcionasse como “um meio eficaz para unir os súditos protestantes” (preâmbulo). O Ato conformava-se aos súditos não-conformistas, pois respeitava a consciência de dissidentes que levavam a sério a proibição evangélica de não prestar juramento¹⁸¹: a sua seção X considerava “que há outras pessoas dissidentes da Igreja da Inglaterra que têm receio de prestar qualquer juramento”, e, por causa disso, como condição alternativa ao juramento, instituiu a prestação alternativa de *declarar* fidelidade ao Rei e à Rainha¹⁸².

179 Assim chamada a que decorreu de alteração da dinastia ocupante da coroa inglesa no mesmo ano 1688, e que desfechou a longa Revolução Inglesa, depois da chamada Revolução Puritana, de 1649, que aboliu a monarquia e que instaurou um regime mais assemelhado ao que atualmente se entende por república.

180 Todos os trechos citados diretamente do *Toleration Act* foram traduzidos pelo DeepL e corrigidos livremente.

181 “Vocês também ouviram o que foi dito aos seus antepassados: ‘Não jure falsamente, mas cumpra os juramentos que você fez diante do Senhor’. Mas eu lhes digo: Não jurem de forma alguma: (...). Seja o seu ‘sim’, ‘sim’, e o seu ‘não’, ‘não’; o que passar disso vem do Maligno”. (Evangelho de Mateus, cap.5, v.33).

182 Essa fidelidade às duas majestades consistia sobretudo em abominar e a renunciar à doutrina de que “... príncipes excomungados ou privados pelo Papa ou por qualquer autoridade da Sé de Roma podem ser depostos ou feridos por seus súditos ou por qualquer outra pessoa, seja qual for o caso, pelo Papa ou por qualquer autoridade da Sé de Roma; e declaro que nenhum Prelado, Estado ou Potentado tem ou deveria ter qualquer poder, jurisdição, superioridade, preeminência ou autoridade eclesiástica ou espiritual neste reino.” (seção X). Como se percebe, o Ato de Tolerância separa a autoridade estatal (do Rei e da Rainha como governantes mundanos) da autoridade eclesiástica (das duas majestades como chefes da Igreja da Inglaterra) – bem como da autoridade espiritual do Arcebispo da Cantuária (Canterbury): os dissidentes religiosos aceitam a autoridade temporal da Coroa e, em contrapartida, a Coroa aceita que os dissidentes não se submetam à sua autoridade eclesiástica. O Ato de Tolerância, portanto, funciona como um pacto e como uma tolerância de mão dupla: o Rei tolera seus súditos heterodoxos em religião, e esses toleram o Rei, não tentando destroná-lo ou matá-lo. Se o sistema inglês classifica-se como “cesaropapismo”, o *Toleration Act* viabiliza que o Povo aceite o Rei como “césar” sem que o aceite como “papa”.

O Ato ainda concedia outra acomodação aos dissidentes religiosos, para que não fossem impedidos de exercer cargos estatais. A seção V cogitava o problema e declarava o respectivo direito:

E seja ainda promulgado, pela Autoridade supracitada, que, se qualquer Pessoa dissidente da Igreja da Inglaterra, conforme supracitado, for escolhida ou de outra forma nomeada para ocupar o cargo de Guarda-mor ou Guarda-mor da Igreja, Supervisor da Pobreza ou qualquer outro cargo paroquial ou de distrito, e [se] tal pessoa tiver receio de assumir qualquer um dos referidos cargos em relação aos juramentos ou qualquer outra matéria ou coisa exigida pela Lei para ser tomada ou feita em relação a tal cargo, tal pessoa deverá e poderá executar tal cargo ou emprego por um delegado suficiente a ser providenciado por ele, que cumpra as leis em seu nome, desde que o referido delegado seja sempre autorizado e aprovado por tal pessoa da mesma forma que o Oficial ou Oficiais, respectivamente, deveriam ter sido autorizados e aprovados por lei.
(Inglaterra, 1688, seção V)

Como se percebe, o Ato de Tolerância de 1688 admite que todas as tarefas de um cargo estatal sejam exercidas por procuração do titular do cargo que tenha alguma ressalva religiosa quanto a um detalhe de um requisito para o seu exercício (na hipótese, a prestação de um juramento). A velha lei inglesa optara por não desperdiçar todo o talento de alguns de seus cidadãos por causa de umas poucas divergências que valiam pouco para o Estado mas que valiam muito para o respectivo cidadão. A velha lei inglesa tratou de abrir exceção para que seus cidadãos não fossem excluídos do funcionalismo público por causa de discordâncias de crenças religiosas que os distinguiu do comportamento mais comum no restante da Sociedade. Na objeção de consciência brasileira em face da prestação de direitos postos pelo STF, o que se pretende é apenas que algumas pouquíssimas tarefas do cargo estatal não sejam exercidas por um titular do cargo, deixando aberta a possibilidade de que outro titular do mesmo cargo cumpra a tarefa de prestar o direito positivado e objetado.

O Ato de Tolerância de 1688 precedeu o *Bill of Rights* inglês, de 1689 (Inglaterra, 1689)¹⁸³, que também foi produto direto da mesma revolução. Esse *Bill of Rights* justifica-se como reação a um rei anterior que “tentou subverter e extirpar a religião protestante e as leis e liberdades deste reino” (preâmbulo), agindo, dentre outros feitos, para “erigir um tribunal chamado Tribunal de Comissários para Causas Eclesiásticas”, o que era “total e diretamente contrário às leis e estatutos conhecidos e à liberdade deste reino”¹⁸⁴. Por isso, os parlamentares reuniram-se “para reivindicar e afirmar seus antigos direitos e liberdades”, e “a fim de que sua religião, leis e liberdades não corressem novamente o risco de serem subvertidas”, ocasião em que declararam “seus direitos e liberdades inquestionáveis”, contra os quais “nenhuma declaração, julgamento, ação ou procedimento em prejuízo do povo, em

183 Como visto, Rui Barbosa considera essa “liberdade inglesa” como genealogicamente ascendente da constituição brasileira republicana de 1891 (cap.1.4).

184 Todos os trechos citados diretamente do *Bill of Rights* foram traduzidos pelo DeepL e corrigidos livremente.

qualquer uma das premissas mencionadas deve, de qualquer forma, ser levado adiante”. Dentre esses direitos constavam: a supremacia do povo representado no Parlamento sobre o chefe do poder executivo¹⁸⁵, a liberdade em face de perseguições religiosas¹⁸⁶, o princípio da legalidade tributária estrita¹⁸⁷, o direito de petição¹⁸⁸, a proteção contra penas cruéis¹⁸⁹ e o devido processo legal¹⁹⁰. Assim, os parlamentares “*oram* [no original: *pray*] para que seja declarado e decretado que todos e cada um dos direitos e liberdades afirmados e reivindicados na referida declaração são os verdadeiros, antigos e indubitáveis direitos e liberdades do povo deste reino, e assim devem ser considerados, permitidos, julgados, considerados”. Essa declaração de direitos que prevalecem sobre o poder estatal avaliou, explicitamente, como ilícito e inconveniente, que um tribunal prejudique um súdito por causa de sua religião. A precedência cronológica dos direitos fundamentais do *Toleration Act* sobre os direitos fundamentais do *Bill of Rights*, na primeira revolução liberal da História – a Revolução Inglesa – leva a concluir que a liberdade religiosa seja a primeira de todas as liberdades.

A Revolução Gloriosa não foi um acontecimento histórico apenas do reino da Inglaterra, mas também do reino da Escócia. No mesmo ano 1689, os representantes do povo escocês elegeram os mesmos rei e rainha da Inglaterra para a coroa escocesa, “a fim de estabelecerem um modo pelo qual suas leis e liberdades religiosas não corressem novamente o risco de serem subvertidas”, segundo ficou registrado no contrato social atualmente conhecido como *Claim of Right* (Escócia, 1689)¹⁹¹. O instrumento desse pacto social afirma a deposição do anterior rei da Escócia – que era o mesmo da Inglaterra – porque “invadiu a Constituição fundamental deste reino e o alterou de uma monarquia legalmente limitada para um poder despótico arbitrário”, quando, por exemplo, impôs juramentos aos súditos, e quando tomou filhos de nobres e de cavaleiros, enviando-os e os mantendo no exterior para serem educados sob uma religião diferente da dos pais. Por isso, esse *claim* declara ilícita a educação religiosa contrária à vontade dos pais. Declara também “que a punição dos maridos por suas esposas terem se afastado da igreja era contrária à lei”. O pacto considera tais atos como violações dos

185 “[declaram:] Que o pretensão poder de suspender as leis ou a execução das leis pela autoridade real sem o consentimento do Parlamento é ilegal;”

186 “Que a comissão para erigir o falecido Tribunal de Comissários para Causas Eclesiásticas e todas as outras comissões e tribunais de natureza semelhante são ilegais e perniciosos;”

187 “Que a arrecadação de dinheiro para a Coroa ou para seu uso, sob a alegação de prerrogativa, sem a concessão do Parlamento, por mais tempo ou de outra forma que não a concedida ou a que será concedida, é ilegal;”

188 “Que é direito dos súditos fazer petições ao rei, e que todos os compromissos e processos por tais petições são ilegais;”

189 “Que não deve ser exigida fiança excessiva, nem impostas multas excessivas, nem infligidas punições cruéis e iníquas;”

190 “Que todas as concessões e promessas de multas e confiscos de pessoas específicas antes da condenação são ilegais e nulas;”

191 Todos os trechos citados diretamente do *Claim of Right* foram traduzidos pelo DeepL e corrigidos livremente.

“indubitáveis direitos e liberdades” do Povo. Por isso, acusou que o rei anterior, “em uma proclamação pública, afirmou um poder absoluto para anular e invalidar todas as leis”, e que “exerceu esse poder para subverter a religião”, além de “violiar as leis e [outras] liberdades do reino”. Mais ainda, o *claim* afirma o dever de abolir “a superioridade de qualquer cargo na Igreja acima dos presbíteros”¹⁹², o que implica que o poder estatal – do Rei, no caso – não deve interferir no funcionamento das crenças religiosas, especialmente se essa interferência for “contrária às inclinações da maioria do povo”.

O teor do Ato de Tolerância, por sua vez, foi influenciado pela filosofia liberal que a precedeu, da qual John Locke é o representante mais influente em matéria de tratamento estatal da religião. Esse filósofo calvinista¹⁹³ desenvolveu o ideal de *tolerância* religiosa em suas quatro cartas sobre o tema, das quais a primeira, publicada no ano 1689, foi a mais célebre¹⁹⁴. Avaliando o tratamento estatal à “dissensão conscienciosa” e ao “afastamento dos rituais públicos”¹⁹⁵ (Locke, 2011, p.33), ele afirma: “O magistrado deve somente ser sempre muito cuidadoso, para não fazer mal uso de tal autoridade, oprimindo qualquer igreja sob a desculpa do bem público” (p.65-66). E apresenta sua noção de igualdade de direitos religiosos: “E nem os pagãos de lá [os ameríndios] nem os cristãos em dissensão daqui [na Inglaterra] podem, sob nenhum argumento, ser privados de seus bens terrenos pela facção predominante de uma corte-igreja, assim como nenhum direito civil deve ser mudado ou violado por motivos de religião em um local como em outro” (p.67). Locke se posiciona contra a interferência estatal em atos que importam em consequências religiosas: “não é próprio do magistrado fazer uso de sua espada para punir tudo que ele, sem diferenciar, toma como um pecado contra Deus” (p.68). Logicamente, o magistrado também não deveria usar da coercibilidade para punir o súdito que não colabora para com aquilo que o súdito toma como pecado – e que o magistrado *não* toma como pecado –, como o aborto ou a celebração pública da homo-transsexualidade, pois, para Locke, “a magistratura não o obriga [ao magistrado] a pôr de lado nem a humanidade nem os sentimentos cristãos” (p.38), de modo que, para o filósofo, a perseguição é uma “crueldade não-cristã” sob o “pretenso interesse pelo bem-estar público e pela observância das leis” (p.35). Percebe-se que, para Locke, o dever de tolerar pressupõe o sistema de crenças cristão: “considero a tolerância a marca

192 Enquanto a Igreja da Inglaterra (igreja anglicana) tinha o Rei como chefe máximo, e se organizava administrativamente – como até hoje – a partir do princípio da autoridade dos bispos, a Igreja da Escócia (igreja presbiteriana), calvinista, organizava-se administrativamente – como até hoje – a partir do princípio da autoridade dos presbíteros, que são órgãos colegiados, compostos pelos presbíteros.

193 Marques, 2019, cap.2.6.3, p.106

194 Além desta, Locke publicou outras duas, em 1690 e 1692; uma quarta, incompleta, foi publicada postumamente.

195 A expressão se refere aos ritos ou da Igreja Anglicana ou da Igreja Católica, conforme a preferência do rei da Inglaterra na ocasião. No contexto de nosso problema de pesquisa, a celebração de casamento civil (ou a formalização de união estável) entre pessoas do mesmo sexo consiste em um ritual público civil.

característica da verdadeira igreja” (p.31). Esse filósofo empirista apresenta os postulados a partir dos quais constrói seus argumentos:

Cada homem tem uma alma imortal, capaz de felicidade ou miséria eterna; essa felicidade depende de sua crença e de ele cometer, durante sua vida, os atos necessários para obter o favor de Deus, e prescritos por Ele visando justamente a este fim. Daí, se segue, primeiro, que a observância dessas coisas é a maior obrigação à qual a humanidade está sujeita, e que o nosso mais extremo cuidado, aplicação e diligência devem ser exercidos na sua busca e consecução, pois nada neste mundo se compara à eternidade. E, segundo, que se note que um homem não viola os direitos de outro por meio de suas opiniões erradas e sua forma indevida de adoração, nem traz sua perdição qualquer prejuízo para os assuntos dos outros, já que a preocupação com a salvação de cada um pertence apenas a si mesmo. (...)
(Locke, 2011, p.73)

Locke filosofa a partir de premissas confessadamente cristãs, e delas deriva o dever de o homem respeitar a liberdade de seu semelhante: “Impor esse tipo de coisas às pessoas, coisas contrárias aos seus julgamentos, é de fato ordenar que ofendam a Deus, o que, considerando... que a liberdade é essencialmente necessária..., soa como um absurdo inexprimível” (Locke, 2011, p.60). Ele distingue os deveres políticos dos deveres divinos, acompanhando a premissa estabelecida por Cristo de distinguir o devido a César do devido a Deus: “Se algo não é útil à comunidade, apesar de ser indiferente [para a salvação da alma], não pode ser estabelecido pela lei” (p.60). Por isso, Locke argui que a autoridade civil não pode forçar o indivíduo a fazer algo a pretexto de ele agradar a Deus e, assim, ajudá-lo a salvar a própria alma: “o cuidado com as almas não pertence ao magistrado”; e “o cuidado com a alma de um homem pertence a si mesmo, e deve ser deixado a ele”. Logicamente, muito menos poderia o autor aceitar que a autoridade civil possa compelir o indivíduo a fazer algo que possa desagradar a Deus e, por isso, arriscá-lo a danar a própria alma.

Uma vez assentada sua concordância com os fundamentos comuns do cristianismo, Locke minimiza a importância dos pontos de divergência entre as diversas igrejas: “toda igreja é ortodoxa para si mesma, e é herética ou em erro para com as outras. O que quer que alguma igreja creia, ela acredita nisso como verdadeiro, e o contrário ela declara como um erro” (Locke, 2011, p.46-47)¹⁹⁶. Esse raciocínio vale não apenas para as divergências de interpretação das verdades sagradas, mas também para as divergências de interpretação sobre o direito e a justiça. Um tribunal constitucional também acredita que sua interpretação da Constituição é a verdadeira, e que os discordantes incidem em grande erro. Contudo, para Locke, a oficialidade da interpretação não garante a sua verdade: “[o] caminho que leva ao

¹⁹⁶ Antes dele, Castellion afirmara: “não há nenhuma seita que não condene todas as outras e não queira viver absolutamente sozinha. Daí vem banimentos..., aprisionamentos... e esse miserável furor por suplicios e tormentos que se exercem diariamente por causa de algumas opiniões desagradáveis aos grandes, e mesmo por causa de coisas desconhecidas e já disputadas entre os homens por tão longo espaço de tempo e sem nenhuma conclusão certa” (apud Almeida, 2014, p.105)

Céu não é melhor conhecido pelo magistrado do que pelas pessoas privadas, e, portanto, não posso tomá-lo como meu guia, pois que provavelmente é tão ignorante do caminho quanto eu mesmo e certamente está menos interessado do que eu mesmo na minha salvação” (p.55-56). Então, a seguir, ele refere-se à Bíblia para mencionar como muitos israelitas seguiram seus reis no pecado da idolatria, que lhes trouxe destruição. Locke entende que, em assuntos religiosos, os magistrados “seguem os decretos” da igreja de “que com certeza ele gosta mais”. Atualizando seu pensamento, pode-se afirmar que os magistrados seguem as opiniões do ambiente cultural que o acomoda. Se esse ambiente é um ambiente acadêmico e/ou artístico filo-epicurista, suas opiniões sobre assunto religioso provavelmente alinham-se a esse padrão de pensamento. Como consequência, se o indivíduo confiar na autoridade civil, seguindo-a em sua opinião sobre questões de implicações religiosas, arrisca-se a sofrer um dano que essa mesma autoridade civil não é capaz de lhe reparar: “quando se trata da vida que virá”, “não está sob o poder do magistrado reparar as minhas perdas, minimizar meus sofrimentos ou me restaurar, em parte ou no todo, uma boa situação. Que segurança pode ser oferecida para o Reino do Céu?” (p.55). Assim, ele conclui que “fica também evidente que a liberdade em relação à eterna salvação permanece com os homens, e que cada um deve fazer o que sua consciência está persuadido ser aceitável ao Todo Poderoso, de cuja satisfação e aceitação depende a felicidade eterna¹⁹⁷, pois a obediência é devida em primeiro lugar a Deus, depois às leis”¹⁹⁸ (p.75).

Portanto Locke prevê o conflito entre o imperativo jurídico emanado do magistrado e o imperativo divino, e resolve o conflito em prol da obediência ao imperativo divino, porque Deus está acima tanto do súdito quanto do magistrado: “tampouco há juiz algum... por cuja sentença a controvérsia possa ser dirimida. A decisão sobre essa questão pertence apenas ao Juiz Supremo de todos os homens, a quem também pertence, e somente a ele, a punição dos que estão em erro” (Locke, 2011, p.46-47). E ele reafirma essa prevalência do direito divino, em uma passagem que se assemelha à famosa passagem de seu *Segundo Tratado sobre o Direito Civil* que formula o *direito de resistência* a partir do *apelo ao Céu*¹⁹⁹, o qual inspirou não apenas a Revolução Gloriosa, mas também a Revolução Americana:

(...) E se o magistrado acreditar que tem o direito de tais leis, e que elas são para o bem comum, ainda que seus súditos acreditem no contrário? Quem será o juiz entre eles? Respondo: somente Deus, pois não há juiz sobre a Terra entre o supremo magistrado e o povo. Deus, digo, é o único juiz neste caso, que retribuirá a cada um, no dia final, de acordo com seus merecimentos, isto é, de acordo com sua sinceridade e retidão no esforço para promover a piedade, a riqueza pública e a paz da humanidade. Mas o que deve ser feito neste íterim? Respondo: a principal e

197 Essa felicidade eterna contrasta radicalmente com a noção de felicidade pressuposta nos julgados objetáveis.

198 Essa afirmação lockeana ecoa claramente o mandamento apostólico: “É preciso obedecer antes a Deus do que aos homens!” (Atos dos Apóstolos, cap.5, v.29).

199 Locke, 1998, pp.535-536, 544, 548 (§§168, 176, 181)

maior preocupação de cada um deve ser primeiro com sua própria alma e, depois, com a paz pública, apesar de poucos pensarem que há paz aqui, uma vez que percebem tudo arruinado. (...)
(Locke, 2011, p.77)

Portanto, Locke entende que, quando o magistrado contraria frontalmente as crenças religiosas de uma grande porção do Povo, já não existe mais, de fato, paz pública, de modo que já não há mais um bem em nome do qual se possa exigir obediência do súdito ao magistrado. Esse é o pensamento que inspirou os ingleses a depor o seu rei, e de conceder o cetro a outro, que conservasse suas liberdades²⁰⁰. Esse é o mesmo padrão de pensamento que inspirou os americanos a recusar obediência ao rei da Inglaterra, e de conservar suas outras liberdades – uma vez que a liberdade religiosa já lhes era garantia, como herdada da Revolução Gloriosa. Essas duas revoluções estabeleceram instituições políticas que duram até hoje, tendo eliminado (ou reformado radicalmente) as instituições políticas que exigem obediência irrestrita do súdito ao magistrado.

Contudo, o pensamento de Locke em matéria de tolerância religiosa não ficou restrito à teoria. Esse inglês residiu na colônia (hoje estado) americana da Carolina – antes de sua divisão em Carolina do Norte e do Sul –, onde trabalhou na redação de suas *Constituições Fundamentais*, do ano 1669 (Carolina, 1670). Essa lei fundamental estabeleceu a igreja episcopal anglicana (a Igreja da Inglaterra) como religião oficial (§96). No entanto, logo em seguida, também estabeleceu a tolerância religiosa (§97). Essa constituição admite o fato de que seus residentes “inevitavelmente terão opiniões diferentes sobre assuntos de religião”²⁰¹. Diante disso, afirma que “não será razoável, para nós [para os senhores e proprietários da província],” manter os imigrantes dissidentes e os nativos não-cristãos fora da sociedade, porque “eles esperam que lhes seja permitida” sua liberdade. Por isso, essa constituição permite que “quaisquer sete ou mais pessoas que concordem em qualquer religião devem constituir uma igreja ou profissão”. O objetivo declarado de tal permissão é “para que a paz civil possa ser mantida em meio à diversidade de opiniões”, bem como para que “nosso

²⁰⁰ Locke repete essas mesmas ideias quando enfatiza o aspecto político de sua filosofia. Em seu célebre *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, ele compara a durabilidade e a conformidade da deontologia mundana com a deontologia divina: “... a verdadeira justiça interior que não julga pelos costumes, mas pela retíssima lei de Deus onipotente, com a qual devem se conformar os costumes das nações e dos tempos; ela permanece a mesma sempre e em qualquer lugar, sem se alterar, enquanto mudam as nações e os tempos” (Locke, 1998, livro III-7.13, p.72). Ele também explicita a prevalência do dever-ser divino sobre o dever-ser estatal: “(...) Todavia, quando o próprio Deus dá alguma ordem contra os costumes ou contra as convenções de determinado lugar, é preciso praticá-la, ainda mesmo que tal preceito jamais aí tenha sido observado, é preciso restabelecê-lo, no caso de ter sido suspenso, e instituí-lo, se ainda não o foi. De fato, é permitido a um rei ordenar, na cidade em que reina, que jamais tenha sido antes ordenado por ele próprio ou por outros; e obedecer a tal ordem não significa ir contra as convenções da cidade; ao contrário, seria assim o fato de não obedecer, pois o pacto fundamental de toda sociedade humana é de fato a obediência ao próprio rei. Muito mais então se deve obedecer, sem hesitar, às ordens de Deus, rei de toda a criação. Tal como na sociedade humana, em que a autoridade maior precede à menor quanto à obediência devida, assim Deus deve ser obedecido por todos. (...)” (livro III-8, 15/16, p.74/75).

²⁰¹ Todos os trechos das *Constituições Fundamentais* da Carolina citados diretamente foram traduzidas pelo DeepL e corrigidos livremente.

acordo e pacto com todos os homens possa ser devida e fielmente observado”. Em suma, aqueles constituintes entenderam que aceitar dissidências à “única, verdadeira e ortodoxa religião nacional” (§96) era necessário para que todo o restante do ordenamento jurídico fosse respeitado e cumprido espontaneamente pelo Povo.

No entanto, essa liberdade constitucional tinha outra razão de ser, menos fisiológica, menos “pragmática”, menos estritamente política. O mesmo §97 afirma que a violação desse contrato social “não pode deixar de ser uma grande ofensa ao Deus Todo-Poderoso e um grande escândalo à verdadeira religião que professamos”. Por isso, tal tolerância declara seu objetivo “também para que judeus, pagãos e outros dissidentes... não sejam assustados..., mas tenham a oportunidade de se familiarizar com a verdade e a razoabilidade de suas doutrinas, e a pacificidade e inofensividade de seus professores”, de modo que os “métodos convincentes de gentileza e mansidão, adequados às regras e ao desígnio do Evangelho”, possam persuadir a todos, os quais poderão “abraçar e receber a Verdade sem fingimento”. Portanto, a escusa às consciências dissidentes visava também a facilitar que os dissidentes deixassem a dissidência e aderissem à posição socialmente dominante. Jellinek avalia que não eram os princípios da liberdade política que Locke “tinha no coração”, mas sim, “uma liberdade completa em matéria religiosa”, de modo que a liberdade de consciência “ocupa o primeiro lugar em suas preocupações práticas” e “é um direito superior a todos os outros, um direito primordial e sagrado” (Jellinek, 2015, cap.7, p.84).

No caso brasileiro sob exame, a escusa às objeções aos julgados vinculantes poderia demonstrar a “gentileza e mansidão” do tribunal que, ao exercer o controle de constitucionalidade, define qual é a “única, verdadeira e ortodoxa” posição jurídica nacional, para que todo o restante de sua jurisprudência possa continuar sendo respeitado, e “para que a paz civil possa ser mantida em meio à diversidade de opiniões”.

A precedência da prática legiferante da tolerância de Locke sobre sua teoria filosófico-política-religiosa faz deduzir que aquela influenciou esta. Semelhantemente, pode-se deduzir que a teoria de Locke foi influenciada também pelas outras práticas jurídicas de tolerância religiosa que precederam à da Carolina na América. Antes da liberdade carolina, o proprietário e governador da colônia (hoje estado) da Pensilvânia, o *quaker* William Penn, concedeu (outorgou) sua *Carta de Privilégios* aos habitantes da colônia, mediante a qual esse constituinte declara que “nenhuma pessoa ou pessoas... serão em qualquer caso molestadas ou prejudicadas... a fazer ou sobrepor *qualquer outro ato* ou coisa, contrário à sua persuasão

religiosa” (Penn, 1701, art.I, grifo nosso)²⁰². Penn entendia a liberdade de consciência como indissociavelmente vinculada à busca da felicidade: “porque nenhum Povo pode ser verdadeiramente feliz, ainda que sob o maior gozo de liberdades civis, se for restringido da liberdade de suas consciências, quanto à sua profissão religiosa e adoração” (Jellinek, cap.7, p.87; Penn, 1701, art.I). Penn expõe que outro motivo pelo qual exclui o governo de ingerir na religião é a assunção de que “Deus Todo-Poderoso” é “o único Senhor da Consciência, Pai das Luzes e dos Espíritos; e o Autor, bem como o Objeto de todo Conhecimento, Fé e Adoração divinos, que apenas ilumina as Mentes, persuade e convence o Entendimento das Pessoas”. Por isso, Penn petrificou essa cláusula da constituição de sua colônia: “declaro solenemente, prometo e concedo... que o Primeiro Artigo desta Carta relativo à liberdade de consciência, e todas as partes e cláusulas nele contidas... serão mantidas e permanecerão, sem qualquer alteração, inviolavelmente para sempre” (art.VIII-3).

Antes da Pensilvânia, a colônia (hoje estado) de Maryland editou a primeira lei de liberdade religiosa no continente americano: o *Ato de Tolerância*, de 1649 (Maryland, 1649). Por ele, o “senhor absoluto e proprietário desta Província, com o conselho e consentimento desta Assembleia Geral,” ordena e promulga que “nenhuma pessoa” será “perturbada, molestada ou prejudicada por sua religião ou em relação a ela, nem no livre exercício da mesma”, bem como que não será “de qualquer forma compelida à vida ou ao exercício de qualquer outra religião contra seu consentimento”²⁰³. De modo precursor ao ato de tolerância inglês, o de Maryland, condiciona essa tolerância religiosa à fidelidade à autoridade civil: “desde que não sejam infiéis ao Lorde Proprietário, nem molestem ou conspirarem contra o governo civil”. Declara como seus objetivos: “para um governo mais tranquilo e pacífico desta Província, e para melhor preservar o amor e a amizade mútuos entre seus habitantes”; pois considera “que a imposição da consciência em questões de religião tem sido frequentemente de consequências perigosas nas comunidades onde tem sido praticada”. Contudo, essa tolerância só protegia as pessoas “que professem crer em Jesus Cristo”.

A segunda lei nas Américas a declarar tolerância religiosa foi a carta régia que estabeleceu juridicamente a pequena colônia (hoje estado) de Rhode Island²⁰⁴, de 1663, fundada de fato pelo dissidente religioso Roger Williams no ano 1643. Segundo a *Carta Régia de Rhode Island* de 1663, o fundador da colônia, Williams, obteve, do rei da Inglaterra, a concessão de “assegurar-lhes [aos súditos] o livre exercício e o gozo de todos os seus

202 Todos os trechos citados diretamente da Carta de Privilégios de William Penn foram traduzidas pelo DeepL.

203 Todos os trechos do *Toleration Act* de Maryland citados diretamente foram traduzidas pelo DeepL e corrigidos livremente.

204 Literalmente significa “Ilha de Rodas”, assim chamada por se parecer com a ilha de Rodas original, na Grécia, onde se situava o “Colosso de Rodas”, uma das sete maravilhas do mundo antigo.

direitos civis e religiosos” (Rhode Island, 1663)²⁰⁵. O Rei, seus súditos peticionantes “e o restante dos compradores e habitantes livres” da província publicam, promulgam, ordenam e declaram “que nossa real vontade e prazer é que nenhuma pessoa dentro da dita colônia, em qualquer momento no futuro, seja molestada, punida, perturbada ou questionada por quaisquer diferenças de opinião em questões de religião”. O Rei determina “que toda e qualquer pessoa... possa... ter e desfrutar livre e plenamente de seus próprios julgamentos e consciências, em questões religiosas”. Eis a mais primitiva declaração de direitos a reconhecer a liberdade de consciência como tal, na tradição anglo-americana, em vigor contínuo até os dias atuais, fazendo com que a circunstância expressa “em todos os momentos futuros” superasse a mera pompa do estilo de escrita daquela época como uma efetiva cláusula pétrea.

Como se percebe, essa liberdade colonial era mais ampla do que a que o Rei então admitia na própria sede do reino. Esse direito surge da constatação de um fato social: “porque algumas das pessoas e habitantes da mesma colônia não podem, em suas opiniões particulares, se conformar com o exercício público da religião, de acordo com a liturgia, formas e cerimônias da Igreja da Inglaterra, ou fazer ou subscrever os juramentos e artigos feitos e estabelecidos em seu nome”. Em outro trecho, a Carta tenciona “evitar a discórdia e os males maníacos que poderiam resultar do fato de alguns de nossos súditos não serem capazes de suportar, nessas regiões remotas, suas diferentes apreensões em questões religiosas”. O Rei, como chefe máximo dessa mesma Igreja da Inglaterra, admite o fato de que puritanos não-conformistas objetam a praticar o que a ideologia oficial e seu respectivo direito positivo exigem como obrigatório, e, por isso, concede-lhes a licença de “preservar-lhes a liberdade, na verdadeira fé cristã e no culto a Deus, que eles procuraram desfrutar com tanto esforço e com mentes pacíficas”. O Rei, portanto, admite que a conservação da liberdade sinaliza uma genuína religião específica, a cristã.

E o Rei garante essa liberdade “não obstante qualquer lei, estatuto ou cláusula, nela contida ou a ser contida, uso ou costume deste reino, em contrário, de qualquer forma”²⁰⁶. Em outros termos, o Rei admite a autoridade dessa religião cristã genuína como superior à sua própria autoridade, sendo essa a razão porque ele declara que essa liberdade está acima de

205 Todos os trechos da Carta Régia de Rhode Island citados diretamente foram traduzidas pelo DeepL e corrigidos livremente.

206 No original: “(...) That our royall will and pleasure is, that noe person within the sayd colonye, at any tyme hereafter, shall bee any wise molested... for any differences in opinione in matters of religion,...; but that all and everye person and persons may, from tyme to tyme, and at all tymes hereafter, freelye and fullye have and enjoye his and there owne judgments and consciences, in matters of religious concernments, ...; any lawe, statute, or clause, therein contayned, or to bee contayned, usage or custome of this realme, to the contrary hereof, in any wise, notwithstanding. (...)”

qualquer direito positivo, inclusive aquele que pudesse ser eventualmente positivado por ele mesmo no futuro. A Carta Régia expressa também os seus valores jurígenos: a “total liberdade em preocupações religiosas” e “a melhor e maior segurança à soberania”, a qual “estabelecerá no coração dos homens as mais fortes obrigações de verdadeira lealdade”. É por causa deles que o Rei reconhece que “é muito importante para seus corações [dos súditos] (se lhes for permitido) realizar um experimento vivo de que um estado civil mais próspero pode se manter e ser mantido da melhor forma possível”. Esse experimento político-jurídico iniciado na pequena Rhode Island no século 17 – e perenemente duradouro – é hoje o lugar-comum dos direitos fundamentais de toda a civilização ocidental²⁰⁷.

A *Carta Régia* aprofunda sua axiologia, e revela o valor primordial, supra-jurídico, do qual derivam os seus valores jurígenos: “a verdadeira piedade, corretamente fundamentada nos princípios evangélicos”. Por isso ela também declara suas intenções: “edificar a si mesmos e uns aos outros, na santa fé e adoração *crístãs*”, bem como “a sincera profissão e obediência da mesma fé e culto”, porque, assim, “se espera, no devido tempo, com a bênção de Deus sobre seus esforços, poderá ser estabelecida uma base segura de *felicidade para toda a América*” (grifos nossos).

Eis a noção de felicidade americana primordial que inspira o direito à “busca da felicidade”, que Jefferson redigiu, 114 anos depois, na Declaração de Independência dos EUA²⁰⁸, tão evocada pelos ministros do STF, na ADPF 132, na ADI 4.275 e na ADPF 54, para positivar direitos filo-epicuristas, e para resultar na imposição do risco de punições àqueles que, mantendo-se fiéis à “verdadeira piedade, corretamente fundamentada nos princípios evangélicos”, objetam a cumprir obrigações que contrariam o mesmo sistema de crenças fundamentais²⁰⁹ que historicamente geraram a tradição dos modernos e liberais direitos fundamentais, agora transmutados – para usar do vocabulário filosófico do anticristo Nietzsche – em valores jurígenos pós-modernos e pós-liberais²¹⁰.

207 Jellinek avalia: “É assim que foi reconhecida, pela primeira vez, a inteira liberdade de consciência em matéria religiosa, e isso, pelos mais fervorosos crentes” (Jellinek, 2015, cap.8, p.80).

208 Hannah Arendt afirma: “(...) É o pressuposto básico da Declaração de Independência, uma parte da qual é muito parecida com as palavras de Roger Williams, escritas 132 anos antes” (Arendt, 2013, p.373, nota 50, *in fine*).

209 Ver subcapítulo 1.2

210 Magalhães Filho compreende o americano direito de buscar a felicidade como uma “ausência do estado”, e não “uma pretensão positiva a que o Estado promova a felicidade diretamente, ou que financie algum projeto de felicidade individual”. Entende ainda a felicidade como concebido pelo pensamento clássico, indissociável do cultivo das virtudes (2023, cap.5, p.47). Essa sua compreensão concorda com o exposto no subcapítulo 2.2.2. Uma ordem pós-liberal, segundo Paul Edward Gottfried, diferencia-se do que era entendido como liberalismo no início do século 20 (Gottfried, 1999, p.ix). Enquanto o liberalismo não acreditava que funcionários estatais deveriam mudar as classes sociais ou os valores sociais (p.xii), uma ordem pós-liberal caracterizar-se-ia por tribunais privilegiarem “direitos de estilo de vida” de determinadas minorias, punindo quem as ofenda até mesmo por fala ou por escrito, deixando pouco ao “consentimento popular” (p.ix), de modo que os cidadãos regredem a súditos na medida em que trocam a responsabilidade de se autogovernar por novos direitos de

Diferentemente do Ato de Tolerância de Maryland, que concedia liberdade religiosa apenas a cristãos, a Carta Régia de Rhode Island concedia-a a pessoas de qualquer crença – ou não-crença. Antes mesmo da concessão da Carta, e da respectiva positivação do direito à liberdade religiosa pelo Rei, essa liberdade já vigorava como costume naquela colônia: no ano 1640, um acordo de arbitragem já afirmava: “Concordamos que, assim como no passado foram as liberdades da cidade, também no presente, devemos manter a liberdade de consciência” (Rhode Island, 1640)²¹¹. Isso se dava porque o fundador da colônia, Roger Williams, escrevera, no ano 1643, seu caudaloso tratado *The Bloudy Tenet of Persecution for the Cause of Conscience*, no qual fundamenta seu ideal de liberdade de crença abundantemente em passagens bíblicas, tal como Locke também faria posteriormente. Assim como o direito positivo do Ato de Tolerância inglês decorreu da teoria filosófica-teológica de Locke sobre a tolerância – que, por sua vez, decorreu da vivência de Locke na Carolina –, também o direito positivo da Carta Régia de Rhode Island decorreu da teoria teológica de Williams sobre a tolerância.

Uma epístola de Roger Williams, de 1644, ao Parlamento (inglês), redigida para ser lida abertamente, e dotada do mesmo título do seu longo livro, afirma que a tarefa dos magistrados não é a de interferir na salvação das almas, mas, sim, a de salvar “os corpos e os bens dos outros” (Williams, 1644)²¹². Ele compara autoridades estatais que oprimem e saqueiam com os antigos impérios babilônio, persa, macedônio e romano, listados no livro bíblico do profeta Daniel. Elogia os parlamentares britânicos, que “quebraram as mandíbulas do opressor” pela defesa de suas “liberdades e leis civis”²¹³. Avalia que “os jugos da alma, a opressão da alma, as pilhagens... são os principais pecados da Inglaterra, que desatam as violências das tristezas atuais da Inglaterra”. Acautela do risco de que perseguições religiosas invertem os papéis de perseguidores e de perseguidos conforme as mudanças da realidade política, e conclama que os legisladores aliviem o Povo desse fardo insuportável, “atendendo aos clamores das almas, milhares oprimidas, milhões devastadas pelos atos e estatutos relativos às almas, ainda não

“liberdade sexual e de expressão sexual de um certo tipo” – o que implementaria uma “tirania de uma minoria” (p.x). Segundo Gottfried, a interferência de tribunais até mesmo em resultados de referendos descaracteriza o Estado como um “equilibrador de interesses”, e arrisca a torná-lo “instrumento de uma classe política marcada pelo acesso comum ao poder e uma visão de mudança compartilhada” (p.xi). O poder estatal seria então ocultado, ao invés de ostentado, na medida em que é exercido por *experts* por meio do direito positivo (p.xi). Outra diferença entre a ordem liberal e a pós-liberal seria que, nesta, o Estado controla a educação, e formula e aplica a política familiar, fazendo uso do conhecimento em psicologia social, com o apoio de jornalistas e de intelectuais (p.xii).

211 Todos os trechos do *Acordo das Plantações de Providence*, Rhode Island, citados diretamente foram traduzidas pelo DeepL e corrigidos livremente.

212 Todos os trechos dessa carta aberta de Roger Williams citados diretamente foram traduzidas pelo DeepL e corrigidos livremente.

213 Se, com isso, Williams não se refere à Magna Carta de 1215, refere-se então à fase da Revolução Inglesa conhecida como Revolução Puritana.

revogados”, os quais ocasionam “corpos empobrecidos e aprisionados por causa da crença em suas almas” e “de controvérsias religiosas”. Afirmar que “de acordo com a veracidade das Sagradas Escrituras, as consciências dos homens não devem, de forma alguma, ser violadas, pressionadas ou constrangidas”. E adverte que, “sempre que os homens tentaram fazer qualquer coisa por esse caminho violento... o resultado foi pernicioso e a causa de grandes e impressionantes inovações [isto é, rebeliões] nos principais e mais poderosos reinos e países”.

Em uma abordagem ao que Magalhães Filho chama de eisegese, Williams roga para que os positivadores do direito não limitem Deus às suas próprias “apreensões, debates [e] conclusões, rejeitando ou negligenciando as sugestões humildes e fiéis de qualquer um, embora tão baixas quanto saliva e barro, com as quais às vezes Cristo Jesus abre os olhos daqueles que estão cegos”. Roga também para que “as gerações presentes e futuras dos filhos dos homens nunca tenham motivos para dizer que” o órgão legiferante “deveria modelar a adoração ao Deus vivo, eterno e invisível segundo o viés de qualquer interesse terreno”, citando Francis Bacon: “aqueles que exercem pressão sobre a consciência são guiados por alguns interesses particulares próprios”. Williams equaciona a violação das consciências quanto à “maneira de adorar a Deus” a “um estupro... que se tivesse forçado ou violado os corpos de todas as mulheres do mundo”. Williams cita o rei da Polônia: “sou rei dos homens, não das consciências, um comandante de corpos, não de almas”. E, também, o da própria Inglaterra: “... professamos... que... estamos firmemente decididos a não perseguir ou molestar, ou permitir que seja perseguida ou molestada, qualquer pessoa, seja quem for, por questões de religião... nem os perturbar no exercício de sua religião, de modo que vivam em conformidade com as Leis dos Estados”.

Martha Nussbaum afirma que Roger Williams fora ordenado clérigo pela Igreja da Inglaterra, e que foi ele quem cunhou a expressão “muro de separação” entre o estado e a religião (Nussbaum, 2008, p.1627), e que ele considerava a liberdade de consciência como “a mais preciosa e inestimável joia” (p.1634)²¹⁴. Afirmar também: que a Carta Régia de Rhode Island declarava ilícito, de modo inovador, que os colonos “invadissem ou molestassem os índios nativos” (p.1629); que a colônia editou a primeira lei na América do Norte a tornar a escravidão ilegal, em 1652²¹⁵; e que a colônia recebeu dissidentes puritanos, batistas, quakers e até mesmo judeus portugueses. Nussbaum aponta que, nos escritos de Williams, a palavra “crença” raramente é encontrada sem estar acompanhada das palavras “culto” ou “prática” (p.1631). Ela afirma que aparentemente Williams forjou a ideia de acomodação, porque ela

²¹⁴ Todos os trechos desse artigo de Nussbaum citados diretamente foram traduzidos pelo DeepL e corrigidos livremente.

²¹⁵ Schirmacher confirma esse pioneirismo abolicionista (2009, p.74)

entende que o último dispositivo da Carta Régia garante a liberdade de crença e de prática religiosas mesmo se uma lei ou costume proibi-las²¹⁶; e chega a entender que esse dispositivo anula a aplicabilidade de uma regra a indivíduos, quando ela ameaçar sua liberdade religiosa (p.1632).

A interpretação de Nussbaum sobre Williams é a de que ele distinguiu dois conjuntos de atividades e de fins humanos, que correspondem a dois tipos completamente diferentes de jurisdição e de autoridade: a autoridade estatal (civil), encarregada de proteger “os corpos e os bens dos súditos” – e, por isso, autorizada a usar da força –, e a esfera da alma e de sua segurança, na qual “o direito (a lei) e a força não têm, absolutamente, nenhum lugar”, e a qual “deve ser governada apenas pela persuasão”. Ela entende que essa distinção é exatamente a mesma que Locke formulou posteriormente (pp.1624, 1636-1637). Williams entendia já necessário que o direito estatal protegesse os crentes de não serem perturbados em seus cultos, mesmo que fossem judeus, turcos ou ameríndios.

Williams entendia também que as igrejas não deveriam ultrapassar sua esfera, interferindo na liberdade ou na propriedade das pessoas, porque isso fragiliza a paz (Nussbaum, 2008, p.1637). Contudo, Williams, entendia, em contrapartida, que o direito que proíbe atos de devoção mediante prisões instaura a perseguição e viola a paz. Assim, pode-se concluir que, seguindo a lógica de Williams como interpretada por Nussbaum, o Estado também não pode ultrapassar a sua esfera própria de autoridade, positivando direito que interfere na segurança da alma, seja pelo uso da força, seja pelo uso do constrangimento do patrimônio, para obrigar, não a atos de veneração, mas a atos de sacrilégio; não a atos de culto à divindade, mas a atos de ofensa a ela. Nussbaum entende que seria “absurdo e tirânico pedir a pessoas religiosas a aceitar a ideia de que princípios morais são completamente separados de seus princípios religiosos” (p.1636). Ela entende que Williams iniciou uma tradição de pensamento sobre justiça religiosa que ressoa, na atualidade, na obra de John Rawls sobre iguais liberdade e respeito (p.1636). Por isso, ela propugna que “devemos respeitar a liberdade e a igualdade uns dos outros, as fontes profundas da consciência que nos guiam através do deserto da vida” (p.1639).

216 Texto original: “(...) ... heretofore made to the sayd Governor and Company of the English Colony of Rhode-Island and Providence Plantations, in the Narragansett Bay, New-England, in America, in these presents is not made, or any statute, act, ordinance, provision. proclamation or restriction, heretofore had, made, enacted ordeyned or provided, or any other matter, cause or thing whatsoever, to the contrary thereof in anywise notwithstanding; (...)”

Schirmmacher afirma que Williams, o qual professava a religião batista²¹⁷, fundou não apenas a colônia de Rhode Island, mas também a primeira igreja batista na América com estrutura congregacionalista²¹⁸, e que, em Rhode Island, estabeleceu-se a primeira constituição que separou a Igreja do Estado, assegurando liberdade religiosa “também para judeus e ateus” (Schirmmacher, 2009, p.74). Rhode Island ainda decidiu o primeiro caso judicial na América a favor da liberdade de consciência de uma mulher, contra o arbítrio de seu marido (Eberle, 2004, p.400)²¹⁹.

A confissão religiosa batista explica a tendência de Williams para que o Estado não opere seu braço na repressão de qualquer outra religião. O fundador da primeira igreja batista no mundo, Thomas Helwys (1550-1616) dedicou seu livro *A Short Declaration of the Ministry of Iniquity* ao rei da Inglaterra, a quem se dirige, no ano 1612, afirmando que a “espada de justiça” que os reis têm é apenas “uma espada mundana”, a qual “é ordenada por Deus apenas para um poder mundano”, enquanto que “o poder e a espada espirituais” pertencem ao rei espiritual, que é Cristo, o qual “não quer nem exige que as pessoas sejam comandadas e compelidas por uma espada ou poder mundano”, porque espera que seu “povo virá de boa vontade (Salmo 110.2.3)”²²⁰; e assim, Helwys adverte ao seu rei mundano que não seja enganado por quem o induz a pensar “que ele tem o mesmo poder sobre a Igreja de Cristo que os reis de Israel tinham sobre a igreja do Antigo Testamento” (Helwys, 1612, p.43-44)²²¹. Em outra obra, endereçada não só ao Rei, mas também aos “graves e honoráveis juízes” (Helwys, 1620, cap.5, p.49), Helwys, afirma “que nenhum homem mortal pode fazer uma lei para a consciência, e forçar a ela por perseguições, e conseqüentemente não pode obrigar a qualquer religião onde a fé está faltando” (cap.5, p.63). O livro do também batista Leonard Busher, *Religious Peace, or, a Plea for Liberty of Conscience*, do ano 1614, é considerado o primeiro tratado a tratar exclusivamente do assunto da liberdade religiosa, propagando sua liberdade completa (Schirmmacher, 2009, p.73; Busher, 1614). O co-fundador da primeira igreja batista no mundo, John Smyth (1554-1612) também manifestou-se nesse sentido, de modo mais sintético, em sua *Confissão de Fé*, deixando claro o ideal de separação entre os poderes estatal e religioso:

217 Nussbaum confirma a adesão de Williams à correção do batismo adulto, típica dos religiosos (ana)batistas.

218 Isto é, na qual a congregação local não é subordinada a nenhuma outra autoridade eclesiástica, como, por exemplo, a dos bispos (como na Igreja Católica Romana e na Igreja Anglicana). Schirmmacher entende que a democratização das sociedades em geral foi precedida pela democratização da administração das igrejas (op. cit. p.79-81).

219 É de se tomar nota que duas mulheres assinaram o contrato social que fundou a cidade de Providence, capital de Rhode Island (Eberle, p.404), o que demonstra que os direitos de liberdade religiosa das mulheres coexistiam com sua cidadania política, o que consistia em uma inovação para aquela época.

220 Todos os trechos desses dois livros de Helwys citados diretamente foram traduzidos pelo DeepL e corrigidos livremente.

221 Helwys afirma também que o Rei “nada tem a ver” com o reino espiritual, do qual ele também é súdito, súdito de Cristo (p.41)

[art.]84, Que o magistrado não deve, por força do seu cargo, de se intrometer na religião ou em questões de consciência, para forçar e compelir os homens a esta ou aquela forma de religião ou doutrina, mas para deixar a religião cristã livre para cada consciência, e para tratar só das transgressões civis (Romanos 13), injúrias e maldades de homens contra homens, em assassinios, adultérios, roubos, etc.. Porque só Cristo é o rei e legislador da Igreja e da consciência (Tiago 4, 12) (Smyth, 1612, art.84, traduzido pelo DeepL e corrigido livremente)

É de se tomar nota que o primeiro artigo dessa confissão de Smyth afirma a existência de Deus, “contra todos os epicureus e ateístas” (art.1)²²². É de se tomar nota porque os seguidores da filosofia de Epicuro, embora não sejam ateístas em teoria, o são para efeitos práticos. Esse artigo de fé dos primeiros batistas já demonstra o conflito de convicções com os epicureus, os quais promovem posições contrárias a posições religiosas. Esse artigo de fé também demonstra como o valor jurídico da liberdade de consciência, hoje consensual em toda a civilização ocidental, resulta da obra da propagação da convicção de crentes bíblicistas.

Foram doutrinas teológicas como as de Helwys, de Smyth e de Busher, correntes na Inglaterra dos anos 1600, que inspiraram o primeiro projeto de constituição que trazia consigo uma declaração de direitos. Por isso, Troeltsch confere aos batistas o mérito pela separação entre igreja e estado (Troeltsch, 1951, cap.4, p.59), bem como pela tolerância religiosa e pela liberdade de consciência (p.92). Jellinek afirma que, os *levellers* [niveladores] propuseram ao governo da Inglaterra, então republicano, no ano 1647, o projeto de constituição “com o pedido de que fosse submetido à assinatura de todo o povo inglês”, enumerando “certo número de artigos contra os quais não se poderá exercer o poder legislativo”, “notadamente em matéria religiosa”, as quais “devem importar unicamente à consciência”, como efetivamente foi feito posteriormente pelos americanos (Jellinek, 2015, cap.7, p.78). Textualmente é o que declara *Um Acordo do Povo, para uma Paz firme e atual, com base nos Direitos Comuns*: que o poder dos representantes do povo estende-se ao que não for explicitamente reservado pelos representados, dentre os quais os “assuntos de religião”, porque não se pode violar os ditames da consciência sobre o que é a mente de Deus:

IV. Que o poder deste, e de todos os futuros representantes desta Nação, é inferior apenas àqueles que os escolheram, e se estende, sem o consentimento ou a concordância de qualquer outra pessoa ou pessoas: à promulgação, alteração e revogação de leis; à criação e abolição de gabinetes e tribunais; à nomeação, remoção e chamada à responsabilidade de magistrados e oficiais de todos os graus; à realização de guerra e paz, ao tratamento com estados estrangeiros: e, em geral, a tudo o que não for expressa ou implicitamente reservado pelos representados para si próprios.

Que são os seguintes:

222 “... beleve that ther is a God. Heb. 11. 6. against all Epicures and Atheists, which either say in ther harts, or vtter with ther mouths that ther is no God. Psal. 14. 1: Esay 22. 13.”

1. Que os assuntos de Religião, e os modos de Adoração a Deus, não são de modo algum confiados por nós a qualquer poder humano, porque neles não podemos remeter ou exceder um til do que nossas consciências ditam ser a mente de Deus [of what our Consciences dictate to be the mind of God], sem pecado intencional: no entanto, o modo público de instruir a Nação (para que não seja compulsivo) é remetido à sua discricionariedade.
(Bear, Everal, Garrett e outros, 1647, traduzido pelo DeepL e corrigido livremente, grifos nossos)

Troeltsch confere a esses puritanos o mérito de formular juridicamente os direitos do homem e a liberdade de consciência, como resultado de uma mistura de ideias batistas e calvinistas (Troeltsch, 1951, cap.4, p.67). Daí conclui-se que o primeiro projeto de constituição escrita de um estado – “estabelecimento destas certas regras de Governo” (art.IV-5)²²³ –, com o primeiro projeto de declaração de direitos fundamentais pétreos, não reformáveis mediante emenda por qualquer composição parlamentar, foi obra de puritanos ingleses, de crentes cristãos bíblicistas, os quais, embora não tenham tido sucesso de implementá-la definitivamente na própria Inglaterra, legaram esse ideal aos anglo-americanos dissidentes que fundaram os Estados Unidos da América, com seu governo limitado por uma constituição escrita e por uma Primeira Emenda a ser preservada também pelo Poder Judiciário.

Esse velho projeto de declaração de direitos do ano 1647 proclama o dever de defender os direitos nativos [native Rights], de modo semelhante às declarações do século 20. O projeto de 1647 afirma: “Estas coisas declaramos ser os nossos direitos nativos, e por isso estamos de acordo e resolvidos a mantê-los com as nossas maiores possibilidades, contra toda a oposição” (art.IV-5). Semelhantemente, a Declaração Americana dos Direitos do Homem afirma: “É dever do homem servir o espírito com todas as suas faculdades e todos os seus recursos, porque o espírito é a finalidade suprema da existência humana e a sua máxima categoria” (OEA, 1948, preâmbulo). Da guerra civil que resultou na Revolução Puritana da Inglaterra à guerra mundial que resultou na criação da ONU e da OEA, a *noção* de que existem direitos que nenhum Estado pode violar *denota* sua fé em pressupostos expostos em textos bíblicos, defendidos por homens zelosos do teor desses textos.

O projeto de constituição desses puritanos não foi positivado. No entanto, outro projeto, também puritano, obteve êxito na Inglaterra, no período que ficou conhecido como “Interregno”, durante o qual a monarquia esteve abolida. O *Instrumento de Governo* de 1653 regulou o funcionamento do estado inglês-escocês-irlandês (então república-protetorado), fazendo por merecer o título de primeira constituição escrita da moderna história ocidental. O

223 Todos os trechos desse projeto de acordo (desse projeto de constituição) citados diretamente foram traduzidos pelo DeepL e corrigidos livremente.

Instrumento concedia uma liberdade religiosa limitada a “aqueles que professam a fé em Deus por Jesus Cristo (embora diferindo em julgamento da doutrina, culto ou disciplina publicamente apresentados)”²²⁴, de modo que “não devem ser impedidos, mas devem ser protegidos na profissão da fé e no exercício de sua religião” (Inglaterra e outros, 1998, art.36). Essa constituição estabelecia como oficial “a religião cristã, conforme contida nas Escrituras” (art.35), porém ressaltava “que ninguém seja obrigado a aderir à profissão pública apresentada, por meio de penalidades ou de qualquer outra forma” (art.36). E fixava essa liberdade como cláusula pétrea: “Que todas as leis, estatutos e ordenanças, e cláusulas em qualquer lei, estatuto ou ordenança que contrariem a liberdade acima mencionada, serão consideradas nulas e sem efeito” (art.38).

O Instrumento de Governo foi substituído como constituição no ano 1657 pela *Humilde Petição e Conselho*, na qual a liberdade religiosa limitada foi mantida, com o cuidado de especificar que os indivíduos “não sejam compelidos a isso por meio de penalidades, *nem restringidos de sua profissão*, mas protegidos de toda injúria e molestação na profissão da fé e no exercício de sua religião” (Inglaterra e outros, 2013, art.11, grifo nosso)²²⁵. Esse mesmo dispositivo ainda esclarece que “os outros que concordarem com a profissão pública em questões de fé, embora difiram em questões de culto e disciplina” também “*serão considerados aptos e capazes* (não obstante essa diferença, sendo de outra forma devidamente qualificado) *de qualquer cargo, emprego ou promoção civil*” (grifo nosso). Portanto, a segunda constituição britânica escrita aperfeiçoou a primeira para esclarecer que a dissidência religiosa não deveria constranger os dissidentes em suas ocupações profissionais de nenhuma forma. A constituição britânica escrita foi descontinuada pela restauração da monarquia no ano 1660, a qual reestabeleceu a imposição da uniformidade religiosa. A curta e limitada liberdade religiosa da Revolução Puritana, extinta pela restauração da monarquia, só foi reestabelecida pela Revolução Gloriosa, pelos já mencionados *Toleration Act*, *Bill of Rights* e *Claim of Right*.

Antes da fase da Revolução Inglesa que ficou conhecida como Revolução Puritana, os Países Baixos repudiaram sua sujeição ao rei da Espanha – o que equivalia a uma declaração de independência – no ano 1581, por meio da *Ata de Abjuração* (Países Baixos, 1521). Inicialmente, a Ata afirma que “os súbditos não são criados por Deus para a necessidade do príncipe, para serem submissos e o servirem como escravos em tudo o que ele ordena, seja divino ou ímpio, certo ou errado: Mas o príncipe, por causa dos súbditos, sem os quais o

224 Todos os trechos citados diretamente do Instrumento de Governo foram traduzidos pelo DeepL

225 Todos os trechos citados diretamente da Humilde Petição foram traduzidos pelo DeepL

Príncipe não existe”²²⁶. Segundo essa declaração, o direito consuetudinário é esclarecido mediante o contrato social, no qual as cortes, representando o Povo, escolhem seu regente²²⁷. Por isso os Estados Gerais dos Países Baixos Unidos (sobretudo a Holanda e a Zelândia) entendem que tem “o direito e a razão” [recht ende redene] para conservarem sua “antiga liberdade” [oude vryheyt]²²⁸ e sua “antiga herança” [oude herkomen], as quais consistem em sua “liberdade inata” [aengeboren vryheyt], que é devida ao seu povo pela “lei da natureza”²²⁹ e que compõe o “direito comum” [gemeyne rechten].

Nessa liberdade inata está abrangida a liberdade religiosa, pois os Estados Gerais reclamam explicitamente do fato de o rei da Espanha ter nomeado bispos com cônegos para exercer o Ofício da Inquisição [Spaensche inquisitie], a qual “em muitos pontos contrariava os privilégios dos referidos países”²³⁰, de modo que “ele não só queria tyrannizar as suas pessoas e os seus bens, mas também a sua *consciência*, da qual eles entendiam que ninguém, excepto Deus, deve ser responsabilizado ou responsável”²³¹ (grifo nosso). Os neerlandeses afirmam que chegaram ao ponto de repudiar seu suserano por ele ter falhado em “mitigar os castigos da religião”²³², conforme anteriormente protestado, o que os levou a trocar o rei da Espanha por “outro Príncipe poderoso e benevolente”²³³, para obter “alguma liberdade graciosa, especialmente da religião (consciência e julgamento principal de Deus)”²³⁴. A efetiva declaração de independência dos Países Baixos deixa claro que a liberdade religiosa, em nome da consciência, moveu-os a objetar ao direito positivo da realeza espanhola em nome do direito natural, e, com isso, positivar seus próprios direitos.

226 “En dat d'ondersaten niet en sijn van Godt geschapen tot behoef van den Prince om hem in alles wat hy beveelt, weder het goddelick of ongodelick, recht of onrecht is, onderdanig te wesen en als slaven te dienen: maer den Prince om d'ondersaten wille, sonder dewelcke hy egeen Prince en is,”. Todos os trechos dessa *Plakkaat van Verlatinghe* citados diretamente foram traduzidos pelo Google Tradutor e corrigidos livremente.

227 “... países, que desde sempre foram governados e devem também ser governados de acordo com o juramento feito pelos seus príncipes à sua chegada, seguindo os seus *privilégios, costumes e tradições antigas*: tendo recebido o seu príncipe em condições, contratos e acordos, a maioria dos países acima mencionados também os quebrou, mesmo depois de o direito do príncipe de governar o país ter caducado.”. No original: “... na uutwijsen heurer *privilegien, costumen ende ouden hercomen*: hebbende oock meest alle de voorsz. landen haren Prince ontfangen *op conditien, contracten ende accoorden* ende welcke brekende, oock nae recht den Prince van de heerschappye van den lande is vervallen”.

228 A velha liberdade holandesa (*oude vryheyt*) parece ter servido de modelo para os velhos direitos e liberdades (*ancient rights and liberties*) ingleses do *Bill of Rights*.

229 “... aengeboren vryheyt (daer zy na de wet der natueren goet ende bloet schuldigh zijn voor op te setten)...”

230 “... die in vele poincten contrarieerden de privilegien van de voorsz. Landen...”

231 “... hy niet alleenlick en sochte te tyranniseren over hunne personen ende goet, maer ooc over heure *conscientien*, waervan zy verstonden niemant, dan aen Godt alleene, ghehouden te wesen rekeninge te gheven oft te verantwoorden.”

232 “... straffe over de religie willen versoeten,”

233 “ander machtigh ende goedertieren Prince”

234 “... eenighe gracelicke vryheyt, besondere van der religie (de consciëntie ende Godt principalic raeckende)...”

Antes da medida drástica que foi a abjuração, os neerlandeses, quando constituíram-se como federação dos *Países Baixos Unidos*, no ano 1579, mediante a *União de Utrecht*²³⁵, já haviam manifestado o ideal da liberdade religiosa individual, em seu art.XIII:

XIII. E, se tanto da questão da religião estiver envolvida, os de Holanda e Zelândia serão levados até ele de acordo com o seu bom senso, e as outras províncias desta União serão autorizadas a regulá-lo de acordo com o conteúdo da paz religiosa, pelo primeiro duque Mathias, governador e capitão-geral destes países, com o de sinen Rayde, a conselho dos Estados Gerais, já foi concebido, ou para estabelecer uma ordem geral ou privada como tal para a paz e prosperidade das províncias, cidades e membros privados desses países e a conservação da lei, da sociedade e do clima, do seu bem e da sua justiça para fazê-lo, sem ser impedido de fazê-lo por quaisquer outras províncias ou qualquer outra pessoa, desde que *qualquer indivíduo possa permanecer livre em sua religião e que ninguém possa ser descoberto ou investigado por motivos religiosos*, seguindo esse presidente até fazer a pacificação em Ghendt.

(Países Baixos, 1579, art.XIII, traduzido pelo Google Tradutor, grifos nossos)²³⁶

Esse é o direito à liberdade religiosa que consta na constituição dos Países Baixos do ano 1579. Essa constituição não contém uma declaração de direitos (no plural), mas contém uma declaração de direito (no singular), porque o direito à liberdade religiosa é o único direito que ela declara. Essa realidade documental histórica anterior ao constitucionalismo americano reforça a noção de que a liberdade religiosa, além de ser a primeira liberdade, é também o primeiro direito fundamental – entendendo-se como direito fundamental aquele que é reconhecido por uma constituição. Antes de as constituições apresentarem declarações de vários outros direitos que seriam invioláveis pelos estados que elas constituíam, houve uma constituição que primeiro declarou aquele um direito que mereceu ser declarado como inviolável antes de todos os outros: o direito que serviu de exemplo para que outros pudessem ser considerados como invioláveis pelos poderes estatais. Por isso, os Países Baixos foram o primeiro país a reconhecer expressamente, no Ocidente, a liberdade religiosa [*vrijheyt ende liberteyt van religie*] individual como direito constitucional (art.XV)²³⁷. Foi o primeiro estado a implementá-la na prática de modo duradouro, razão pela qual muitos ingleses dissidentes da Igreja Anglicana nos anos 1600 terem ali se refugiado, inclusive os dois fundadores da

235 Enquanto a declaração de independência dos EUA precedeu à sua constituição, com os Países Baixos ocorreu exatamente o contrário.

236 No original: “XIII. Ende soeveel tpoint van der religie aengaet, sullen hem die van Hollant ende Zelant draegen naer haerluyden goetduncken ende dandre provincien van dese Unie sullen hem moegen reguleren naer inhoudt van de religionsvrede, by den eerstshertoge Mathias, gouverneur ende cappiteyn generael van dese landen, met die van sinen Rayde by advis van de Generael Staten alrede geconcipteert, ofte daerinne generalick oft particulierlick alsulcke ordre stellen als si tot rust ende welvaert van de provincien, steden ende particulier leden van dyen ende conservatie van een ygelick, gheestelick ende weerlick, sijn goet ende gerechticheyt doennelick vynden sullen, sonder dat hem hierinne by enyge andere provincien enich hynder ofte belet gedaen sal moegen worden, mits dat *een yder particulier in sijn religie vrij sal moegen blijven ende dat men nyemant ter cause van de religie sal moegen achterhaelen ofte ondersoucken*, volgende die voorsz. pacificatie tot Ghendt gemaectt.”

237 A liberdade religiosa neerlandesa ultrapassou o próprio conceito de liberdade, chegando ao ponto de implicar em verdadeiro auxílio a quem trocasse de religião, como consta no seu art.XV, que previa pensão alimentícia para clérigos que desistissem de seus conventos e mosteiros.

primeira igreja batista, os mencionados Helwys e Smyth, os quais, ali, desenvolveram o ideal laico da separação entre igreja e estado.

A constitucionalização do direito à liberdade religiosa como um direito fundamental nos Países Baixos decorreu da influência de teólogos neerlandeses como Simon Episcopus (1583-1643). Segundo Episcopus, a “substância da religião” deveria estar fora do poder do magistrado e de seu *imperium* (Nobbs, 2017, cap.2, seção 5, p.97-98). Para Episcopus, “proibir o que um cidadão acha que é o seu dever e negar-lhe o direito de expô-lo ao seu próximo violaria sua livre atividade da consciência” (Nobbs, p.102). Segundo Douglas Nobbs, Episcopus entendia que a intolerância sufocava a consciência e estimulava a hipocrisia. Por isso, defendia a tolerância no sentido de que ninguém deveria tomar para si o direito de determinar o que seria heresia, muito menos de criminalizá-la, de modo que a busca livre pela verdade deveria ser um privilégio comum a todos, o qual ainda produziria o efeito de amenizar as dissidências que pessoas pudessem ter contra o Estado (p.108). Por isso Episcopus valorizava a consciência individual na interpretação da Bíblia como um bem a ser protegido contra uma ordem do magistrado que fosse entendida como violando os preceitos de Cristo (p.108 c/c p.97). Precedendo os batistas Helwys, Smyth e Busher, Episcopus afirmava que a espada do magistrado não tinha valor contra a heresia, que só podia ser combatida por uma espada espiritual (p.109). E lembrava que Cristo não estabeleceu punição para a descrença, porque desejava que sua religião fosse livre (p.109). Assim, Nobbs avalia que Episcopus separou as funções de Igreja e Estado de modo que um se tornasse independente do outro, e de modo que também o indivíduo obtivesse uma porção de independência diante de ambos: “Episcopus ensinou as doutrinas da liberdade de consciência e da natureza voluntária da Igreja” (p.111). E acrescenta: “a soberania e a revelação foram conciliadas, e limitadas pela independência da consciência” (p.112). Nobbs avalia a influência de Episcopus para uma liberdade de consciência que não fosse puramente da consciência, mas também de sua expressão prática:

(...) Não se tratava de uma conciliação mítica ou hipotética que se baseava na concessão sem valor de que um homem podia acreditar no que ele quisesse, contanto que sua crença fosse mantida dentro de sua própria mente, mas de uma sólida garantia tanto da soberania quanto da revelação, fundada sobre a liberdade de pensamento, de expressão e da reunião para a livre disseminação de convicções religiosas e pela livre condução da adoração. (...)
(Nobbs, 2017, cap.2, seção 5, p.112)

Episcopus, por sua vez, era influenciado por outro teólogo neerlandês eminente: Jacó Armínio (Jacobus Arminius) (1560-1609), cujos seguidores posicionavam-se a favor da ideia de que a religião era sujeita apenas a Cristo, e que, neste mundo imanente, era regida pelo

critério da consciência individual (Nobbs, p.98), na medida em que a tolerância deveria ser o verdadeiro objetivo do governante, e na medida em que “o estado não devia agir em nenhum assunto controverso obedecendo à vontade da maioria” (Nobbs, cap.2, seção 1, p.28). Nobbs avalia a influência de Arminius sobre Episcopus, ressaltando a dignidade da pessoa humana contida na obra teológica de Arminius:

(...) Ao libertar a consciência individual da tirania de ambos, ele tornou a religião capaz de escapar das algemas da igreja e ações privadas inculpáveis do controle do estado. Ele tinha colocado o indivíduo ao lado da igreja e estado; e sobre os princípios da volição do primeiro, a natureza voluntária do segundo e o caráter público do terceiro, ele baseou sua solução. O pleno reconhecimento do indivíduo, por um lado, através do envolvimento da adequada limitação dos outros dois, pelo outro lado, abriu caminho para um esquema genuinamente bem-sucedido. Foi uma influência da crença arminiana no homem, visto como individualmente e também eticamente valioso, reagindo ao pensamento político e produzindo uma teoria mais fiel aos princípios básicos de Arminius do que àqueles do seu amigo de consciência mais política, Grócio, ou de consciência mais filosófica, seu colega Vossius. (...)
(Nobbs, 2017, cap.2, seção 5, p.112)

Nobbs entende que os arminianos (e Episcopus em especial) influenciaram os ingleses que propugnavam a independência da Igreja ante o Estado (p.110), a exemplo dos que tentaram constitucionalizar o direito à liberdade religiosa como direito fundamental nos anos 1600.

O coetâneo constitucionalista neerlandês Johannes Althusius (1563-1638), pioneiro na ideia contratualista de que a autoridade estatal surge de um pacto popular (Althusius, 2003, caps.19 e 20), concordava em relevantes pontos de Episcopus, especialmente no que concerne ao magistrado cuidar para “não pleitear poder sobre a fé e a religião dos homens, que existem apenas nas almas e consciências”, porque “só Deus tem poder nessa área” (cap.28, pp.323, 324). O calvinista Althusius é outro que lembra a passagem evangélica na qual Jesus recusa agredir os samaritanos que optam pela descrença (p.323)²³⁸. E, sendo ele pioneiro também da ideia de que os súditos têm o direito de depor um governante que viola o contrato social fundamental do Estado (cap.38), ele alerta, de modo precursor a Locke: “Porém, se o magistrado invade o poder de Deus, excede os limites de sua jurisdição e reivindica para si o poder sobre as consciências dos homens, não o fará impunemente, pois desse fato surgirão em seu reino sedições e tumultos em decorrência da perseguição. Foi assim que, ao tempo dos macabeus²³⁹, surgiam muitas sublevações em virtude do tratamento injusto” (cap.28, p.324).

238 Sobre essa passagem evangélica, ver adiante

239 Refere-se aos dois livros bíblicos deuterocanônicos (1 e 2 Macabeus) que narram como o império greco-macedônio reprimiu a religiosidade israelita. O Rei estrangeiro que dominava os israelitas obrigou-os a violar seus preceitos religiosos, como comer carne de porco (2 Macabeus, cap.7), prestar sacrifícios a ídolos, além de os proibir de possuir escrituras sagradas, de descansar no sábado, de praticar a circuncisão e de sacrificar no Templo (ver especialmente 2 Macabeus, cap.6). Contra essas imposições, os objetores irmãos Macabeus lideraram uma revolta que resultou na reconquista da independência política dos israelitas.

E complementa que “a perseguição aos cristãos tem sido sempre a causa dos maiores males” (p.325).

Antes de os batistas ingleses campearem a liberdade de consciência em face da autoridade régia, e antes de os arminianos neerlandeses campearem-na em face da autoridade do magistrado, parte da alta nobreza da Alemanha (então Sacro Império Romano-Germânico) campeonou a liberdade de consciência em face da autoridade imperial, no Protesto de Espira (Speyer)²⁴⁰, do ano 1529, que ocorreu na 2ª Dieta de Speyer. A dieta consistia na reunião dos príncipes do Sacro Império Romano-Germânico com o Imperador. A Dieta de Worms, de 1521, resultara no Édito de Worms, que declarara Martinho Lutero herege, e condenara-o à morte. A 1ª Dieta de Speyer, em 1526, suspendeu o Édito de Worms, e a 2ª Dieta de Speyer, em 1529, revogou a suspensão da 1ª Dieta, apesar do referido protesto. Ao tempo, o Imperador zelava pelo que entendia ser o rito correto do culto religioso. Alguns nobres, persuadidos de opinião diferente, sabiam que aquela dieta visava a condenar materialmente todos os que celebrassem o rito conforme a opinião de Lutero.

O Protesto de Espira (Speyer) dirigia-se em oposição ao Imperador e a todos os nobres que com ele se alinhavam, os quais compunham a maioria na referida dieta, o que gerava a expectativa de um édito que determinasse a execução forçada da vontade do Imperador. Diante do entendimento contrário tanto da maioria quanto da autoridade estatal singular mais alta, a minoria que era a nobreza dissidente expôs suas razões no Protesto, que evoca abundantemente o valor da “boa consciência perante Deus” (João e outros, 2011)²⁴¹. Os nobres dissidentes afirmam que “cada um deve viver... e agir... como cada um espera e confia em dar conta da sua conduta perante Deus”, “com a consciência tranquila perante Deus Todo-Poderoso”, porque estão “comprometidos e obrigados a manter perante todos o nosso Senhor e Deus como Rei supremo e Senhor dos senhores”²⁴². Por isso, esperam que “que Vossa Alteza Real e os príncipes nos considerarão, portanto, gentilmente *escusados* no que diz respeito às coisas em que não estamos de acordo com Vossa Alteza” (grifo nosso). Afirmam

240 Foi esse protesto que determinou que os adeptos das reformas da Igreja na Europa a partir dos anos 1500 passassem a ser chamados de “protestantes”.

241 O Protesto evoca também a unanimidade da 1ª Dieta de Speyer contra a maioria da 2ª Dieta de Speyer, para concluir que essa maioria menor não prevalece contra a maioria total: “(...) Nem em tais coisas obedeceremos à maioria, pela razão de que as consideramos em conformidade com o anterior decreto imperial de Speyer, que por um consentimento unânime (e não apenas por uma maioria) foi então decidido. Por isso, também, tal voto unânime não pode e não pode ser alterado com honra, razão e justiça, exceto por consentimento unânime- (...)”. Trata-se de raciocínio semelhante ao que fundamenta o atual controle de constitucionalidade, segundo o qual, a maioria legislativa não pode prevalecer sobre a maioria qualificada que é a maioria constituinte. Portanto, as minorias pretendem prevalecer sobre a maioria não enquanto minoria, mas como parte de uma super-maioria, da qual partes da própria maioria ocasional também fazem parte.

242 Todos os trechos do Protesto de Espira (Speyer) citados diretamente foram traduzidos pelo DeepL e corrigidos livremente.

que tal assunto “dizem respeito à honra de Deus, ao bem-estar e à salvação de nossas almas”, razão pela qual “cada um é responsável por si mesmo e deve prestar contas diante de Deus”, e, portanto, “ninguém pode impor a outro o dever de fazer ou decidir menos ou mais, o que não é obrigado a fazer”.

Apesar de esperar escusa da parte do Imperador, expressam sua objeção independentemente dela: “Isso não nos obriga, como a eles, a cumprir esse Édito em todos os pontos com boa consciência, nem podemos executá-lo”. Os príncipes dissidentes esclarecem o lastro de suas consciências objetoras: “as doutrinas que até agora temos tido como indiscutivelmente cristãs” decorrem da “santa, pura, divina e bíblica Escritura”. E apontam a indissociabilidade da crença e das práticas: “a verdadeira confissão não consiste apenas em palavras vazias, mas em atos”. Por isso criticam os nobres contrários que, “sob o pretexto do Édito”, pretendam “agir violentamente contra nós ou qualquer um do nosso partido, e tentar obrigar-nos a fazer o que é contra Deus, a sua santa Palavra, as nossas almas e a boa consciência”.

Os autores do Protesto afirmam que o dever do magistrado é proteger os corpos, vidas e propriedades dos súditos “para liberdade, defesa e proteção”, e que devem zelar pela “paz e unidade”. Então anunciam: “PROTESTAMOS... perante Deus..., assim como perante todos os homens..., que nós, por nós próprios, os nossos súbditos e em nome de todos e cada um, consideramos nula e sem efeito... o decreto pretendido, que... é empreendido, acordado e aprovado, contra Deus, a sua santa palavra, toda a salvação da nossa alma e boa consciência, igualmente contra o decreto anteriormente anunciado da Dieta de Speyer” (maiúsculas no original). Em um tempo em que não existia controle de constitucionalidade, esse protesto assemelha-se aos instrumentos jurídicos que declaram nulo o ato normativo de direito positivo que contraria um bem valorado como fundamental – no caso, a consciência, que é considerada boa porque conforma-se às escrituras bíblicas – e que contraria o direito positivo de uma fonte hierarquicamente superior – no caso, a autoridade do édito anterior. Os autores do Protesto invocam os imperativos (os ditames) da consciência que os move a objetar: “Este protesto somos obrigados a emitir”. E anunciam sua resolução: “iremos manter, viver e governar de tal forma que esperamos e confiamos responder por nós próprios perante Deus Todo-Poderoso e a sua Majestade imperial romana, como Imperador Cristão”.

Uma vez que não houve recurso contra a decisão da 2ª Dieta de Speyer, os nobres protestantes continuaram praticando suas convicções religiosas, o que levou o Imperador, Carlos V, a lhes mover uma grande guerra, só terminada com a Paz de Augsburgo, cuja solução consistiu em obrigar os súditos a praticar a religião do seu respectivo príncipe local –

e aos dissidentes foi concedida a obrigação alternativa de emigrar para um principado da mesma religião dos objetores de consciência, sendo-lhes garantido o direito de levar consigo seus bens móveis (Marques, 2019, cap.2.5. p.89)²⁴³.

A porção objetora daquela nobreza alemã concordava com as posições do reformador religioso Martinho Lutero, o qual objetara a repudiar suas próprias convicções, expressadas por escrito, na referida Dieta de Worms de 1521, invocando o imperativo de sua consciência:

Uma vez que Vossa Graciosa Majestade e Vossa Graça Principesca exigem uma resposta simples, eu dá-la-ei sem rodeios e de uma forma direta, a saber: se não sou derrotado pelos testemunhos da Escritura ou por razões óbvias da razão, então continuo derrotado pelas passagens bíblicas que citei, e a minha consciência permanece cativa da Palavra de Deus. (...). Não posso nem quero retratar-me de nada, porque não é seguro nem aconselhável fazer nada contra a própria consciência. Deus me ajude, amém.
(Lutero, 1997, traduzido pelo DeepL)²⁴⁴

No estado secular contemporâneo, a consciência é consensualmente aceita como um valor primordial. No entanto, percebe-se que, quando ela foi inicialmente evocada como um valor, não o foi na qualidade de pura consciência. O discurso de Lutero esclarece que sua consciência é “cativa da Palavra de Deus”, a qual ele expressa conhecer por meio da “Escritura”, isto é das “passagens bíblicas”. Em Lutero, a liberdade de consciência deriva do cativo dessa mesma consciência: a consciência de um homem é livre em face dos outros homens porque primeiramente ela é prisioneira de Deus. Eis a origem histórica do valor social da consciência: sua raiz é o biblicismo, que registra a cosmovisão judaico-cristã.

Lutero propugnou a separação entre as funções do Estado e as funções da Igreja: “o governo secular [terreno] tem leis que não se estendem além do corpo, dos bens e das questões exteriores, terrenas” (Lutero, 2005, p.35). E complementa: “as instituições humanas não podem abranger o céu e as almas, mas apenas a terra e as ações exteriores dos homens uns com os outros, assuntos acerca dos quais os homens podem ver, conhecer, ponderar, sentenciar, punir e sentenciar” (p.44). Seu entendimento parece ter inspirado a ideia da aposta de Pascal: “cada um deve decidir por sua conta e risco em que deve acreditar, e deve cuidar para que acredite corretamente” (p.39). Lutero afirma explicitamente o dever-ser da liberdade de consciência em face das autoridades estatais: “O modo como a pessoa acredita é um

243 Esse direito aos objetores parece aplicar o conselho neotestamentário: “quando forem perseguidos num lugar, fujam para outro” (Mateus cap.10, v.23).

244 No original: “Weil denn Eure allergnädigste Majestät und fürstlichen Gnaden eine einfache Antwort verlangen, will ich sie ohne Spitzfindigkeiten und unverfänglich erteilen, nämlich so: Wenn ich nicht mit Zeugnissen der Schrift oder mit offenbaren Vernunftgründen besiegt werde, so bleibe ich von den Schriftstellen besiegt, die ich angeführt habe, und mein Gewissen bleibt gefangen in Gottes Wort. (...). Widerrufem kann und will ich nichts, weil es weder sicher noch geraten ist, etwas gegen sein Gewissen zu tun. Gott helfe mir, Amen.”

assunto de cada consciência individual, e isso não diminui a autoridade dos governos seculares”. Por isso, o conselho de Lutero às autoridades estatais era o de que os governos mundanos deveriam “contentar-se em cuidar de seus próprios assuntos, e permitir que as pessoas acreditem no que podem e no que desejam, sem usar de coerção nessa esfera contra ninguém” (p.40). E complementa: “se houver heresia, deixem que esta seja subjugada pela Palavra de Deus; é assim que deve ser” (Lutero, 2005, p.52). E vislumbra o mal que pode advir de não conceder essa tolerância, de modo um pouco diferente do “apelo ao Céu” de Locke: “mas, se vocês começarem a desembainhar a espada em todas as ocasiões, cuidado com a vinda de alguém que lhes dirá para entregarem suas espadas, e não em nome de Deus”²⁴⁵. Tomando a posição de Lutero diante de nosso problema de pesquisa, pode-se concluir que os súditos da jurisprudência vinculante do STF que não foram convencidos pelas razões expostas pelos ministros em seus votos devem ser deixados em paz, para que possam eventualmente a ela aderir de coração.

Antes da liberdade para todas as religiões, implementada por Roger Williams em Rhode Island, o reformador Sébastien Castellion (1515-1563) já propugnara: “Que os judeus ou os turcos não condenem os cristãos. Ainda, que os cristãos não condenem os turcos ou os judeus, mas antes os ensinem e os atraiam por verdadeira piedade e justiça” (Castellion, 2014, p.116). Castellion advogava liberdade de religião para todas as religiões, e não apenas para a cristã, e não apenas para as religiões bíblicas. Nisso concordava com o pensamento de Lutero, o qual, posicionando-se a favor de uma guerra de resistência contra as invasões do Império Otomano na Europa, esclareceu que tal guerra não deveria tentar converter os turcos ao cristianismo. Ele critica outras religiões como falsas, mas entende que todos devem ter a liberdade de escolher viver de acordo com a religião de sua escolha, seja verdadeira ou falsa: “(...) Deixemos que o turco acredite e viva como quiser”; tal como ele entendia que se deveria permitir que falsos cristãos vivessem (Lutero, 2023, §39, grifo nosso)²⁴⁶. É importante perceber que Lutero não só admitia que os muçulmanos deveriam ser deixados em paz para acreditar no islamismo, mas também para viver de acordo com essa crença, do que emerge uma tolerância com práticas coerentes com as crenças religiosas.

O valor da consciência expressado por Lutero (e pelos nobres alemães que com ele concordavam) diante do poder civil decorrem do valor que o apóstolo Paulo confere a ela.

245 No ano 1806, o Sacro Império Romano-Germânico foi dissolvido após uma derrota militar contra Napoleão Bonaparte, em Austerlitz. O imperador germânico abdicou, e seu império foi reorganizado pelo imperador francês como Confederação do Reno, um estado satélite do Império Francês. O imperador germânico costumava ser coroado pelo Papa, enquanto que Napoleão tomara a coroa imperial das mãos do Papa para autocoroar-se imperador da França.

246 Traduzido pelo DeepL e corrigido livremente. No original: “(...) Lass den Turken gläuben und leben wie er will, gleichwie man das Papstthum und ander falsche Christen leben lässt.”

Paulo afirma perante seus juízes judeus do Sinédrio, ao ser acusado por sua prática religiosa de pregação: “Meus irmãos, tenho cumprido meu dever para com Deus com toda a boa consciência, até o dia de hoje” (Atos, cap.23, v.1). Depois afirma perante seu juiz, o governador romano, ao ser acusado de tumultuar os judeus e de profanar o templo: “Por isso procuro sempre conservar minha consciência limpa diante de Deus e dos homens” (Atos, cap.24, v.16). Em uma carta, preza o juízo divino sobre o juízo humano: “Embora em nada minha consciência me acuse, nem por isso justifico a mim mesmo; o Senhor é quem me julga” (1 Coríntios cap.4, v.4). Em outra carta reafirma: “Dou graças a Deus, a quem sirvo com a consciência limpa, como o serviram os meus antepassados” (1 Timóteo, cap.1, v.3). Em mais outra carta explica mais: “Este é o nosso orgulho: A nossa consciência dá testemunho de que nos temos conduzido no mundo, especialmente em nosso relacionamento com vocês, com santidade e sinceridade provenientes de Deus, não de acordo com a sabedoria do mundo, mas de acordo com a graça de Deus” (2 Coríntios, cap.1, v.12).

Diante de todos esses fatos históricos ocorridos na Alemanha, na Inglaterra-Escócia e nas colônias britânicas da América, Troeltsch conclui que a Revolução Inglesa, a Independência Americana e a Ilustração alemã funcionaram como revoluções que não tiveram que romper a continuidade nem “destronar a religião”, porque suas culturas, apoiadas substancialmente em conteúdos bíblicos, já haviam realizado a revolução de princípios, de dentro para fora, com sua transformação religiosa (Troeltsch, 1951, cap.4, p.92), a qual, como se pode deduzir do exposto retro, decorreu da ampla difusão e da grande importância que foi dada aos textos bíblicos. As ordens constitucionais britânica e americana puderam desenvolver-se sem mais nenhuma outra ruptura radical e traumática desde então, representando as ordens constitucionais mais duradouras no Ocidente até hoje. Nisso esses eventos históricos diferiram da Revolução Francesa, cujo constitucionalismo, inspirado em ideais antipáticos ao cristianismo evangélico, como os de Rousseau, por exemplo, além de expor a nação francesa a sucessivas e revoluções e golpes de estado violentos, exerceu um governo confessadamente de matança e de terror contra os dissidentes de seu próprio povo.

Aqui termina um segmento ininterrupto da genealogia traçada da liberdade religiosa para a tolerância religiosa, entendida como conjunto de ideais que logram oficialização constitucional. Coetâneo a Lutero, (São) Tomás Morus (More) idealizou sua Utopia como um estado onde uma das mais antigas instituições era a de que “ninguém pode ser agredido em razão de sua religião”, e onde o limite dessa liberdade de crença consistia em não provocar tumulto entre o povo, mesmo que esse tumulto resultasse de reações adversas a uma pregação, pois não era permitido o proselitismo de forma a “agredir outras crenças” (Morus, 2004,

p.114-115). Aparentemente essa proibição de agressão abrangia criticar os adeptos de outras religiões por profanidade, impiedade e sacrilégio, bem como inspirar medo pelo alerta de punição divina pós-vida com o inferno (p.115). Por outro lado, na Utopia não havia a liberdade de “admitir que a alma morre com o corpo e que o universo se move ao acaso e não pelas mãos da divina providência” (p.116). Neste último ponto, Morus parece preceder Locke. Morus idealiza como boa a sociedade cuja maioria crê que “depois desta vida, os vícios serão punidos e a virtude, recompensada”, e na qual “não se concedem honrarias e nem se confiam funções e responsabilidades públicas a quem nega essa crença”, pois acredita-se que “um homem, que nada teme além da lei e que não tem nenhuma esperança numa vida depois da morte, fará de tudo para infringir as leis de seu país por meio da astúcia ou da violência para satisfazer sua avidez por vantagens pessoais” (p.116). Mais especificamente, chega a ser proibido até mesmo discutir com o povo comum sobre essas crenças materialistas (p.117).

Morus, que era chanceler do rei da Inglaterra, foi morto por ordem do Rei, por ter criticado seu casamento com uma segunda mulher depois do divórcio com a primeira, exatamente por sua crença bíblica de que, com esse ato, o Rei cometia um adultério (Peñarrocha, 2018, cap.5, pp.87, 91). Contudo, embora a objeção de Morus tenha tido motivo de crença religiosa, sua suposta deontologia, apresentada por meio da ficção utópica, não invoca fundamentação bíblica explícita, o que inviabiliza colocá-lo em uma genealogia ininterrupta de teoria religiosa (teológica) influenciando a teoria jurídica (constitucional), e uma vez que o sucesso de seu ideal de tolerância religiosa na Inglaterra parece ter decorrido mais de uma sequência paralela à sua – e claramente bíblica – do que de uma sequência dela derivada. Ademais, uma vez que Morus teve uma formação e uma educação cristã e clássica, não é fácil distinguir claramente em que medida seus ideais utópicos refletem valores cristãos ou valores da filosofia greco-romana.

Lutero iniciou o movimento bem-sucedido para a tolerância religiosa baseando-se diretamente nos textos bíblicos. Assim ele reavivou outro segmento dessa genealogia que tinha sido suspenso na Antiguidade, depois de ter sido iniciado por outros cristãos que também baseavam-se diretamente nos textos bíblicos para desenvolver suas doutrinas. Na referida carta aberta de Roger Williams ao parlamento inglês clamando por tolerância religiosa ampla, ele cita diretamente palavras do padre apostólico Quinto Tertuliano (c.160-c.220), em sua epístola ao governador Escápula (Williams, 1644). Essa liberdade de consciência luterana do homem perante os outros homens é congruente (ou derivada) da noção desse paleocristão. Nessa carta ao procônsul imperial de Cartago, Escápula, Tertuliano afirmou, no ano 217 d.C:

[1] Adoramos um Deus, que todos vocês naturalmente conhecem, em cujos relâmpagos e trovões vocês tremem, em cujos benefícios vocês se regozijam. Os demais também se supõem deuses, que sabemos serem demônios. [2] No entanto, é *direito do homem* e do poder natural adorar o que ele pensa; nem outro impede ou beneficia a religião de outro. Mas a religião também não deve obrigar a religião, que deve ser aceita voluntariamente, não pela força, quando os sacrifícios são oferecidos pelo coração disposto. Assim, mesmo que você nos obrigue a sacrificar, você não oferecerá nada aos seus deuses; Mas Deus não é controverso. (Tertuliano, 2000, cap.2, vv1-12²⁴⁷, grifo nosso)

Portanto, Tertuliano afirma substancialmente, já na Antiguidade Tardia, que a escolha da religião e sua respectiva prática consiste em um direito humano e natural. Ele apresenta a mesma posição a favor da escolha de cada indivíduo para a crença e para a respectiva prática de religião, na sua já referida *Apologia*:

Que um homem adore Deus, outro a Júpiter; que um levante as mãos suplicantes para os céus, outro para o altar de Fides; outro (se tendes esse ponto de vista) faça sua prece às nuvens, outro aos objetos do teto; que um consagre sua própria vida a seu Deus, e outro a uma cabra. Por ver que não dais importante valor à acusação de irreligião, proibindo a *liberdade religiosa* ou a escolha livre de uma divindade, não sei como não posso adorar de acordo com minha inclinação, mas sou obrigado a adorar contra ela. (...)

(...)

De fato, somente nós somos proibidos de ter uma religião própria nossa. Ofendemos aos romanos, somos excluídos de direitos e de privilégios dos romanos porque não adoramos os deuses de Roma. Seria bom que houvesse um único Deus para todos, do qual todos fôssemos adoradores, quiséssemos ou não. Mas com vossa liberalidade permitis adorar qualquer deus exceto o verdadeiro Deus, como se Ele não fosse o Deus que todos deversem adorar, ao qual todos pertencem.

(Tertuliano, 2001-b, cap.24, vv.5-6 e 9-10, grifo nosso)²⁴⁸.

Tertuliano usa o termo “liberdade religiosa” (*libertatem religionis*) para expressar sua posição. Bogataj afirma que a *Apologia* de Tertuliano registra o primeiro uso da expressão “liberdade religiosa” na história ocidental (Bogataj, 2022, p.78)²⁴⁹. Bogataj afirma também

247 Traduzido pelo Google Tradutor. No original: “[2] Tamen *humani iuris* et naturalis potestatis est unicuique quod putauerit colere; nec alii obest aut prodest alterius religio. Sed nec religionis est cogere religionem, quae sponte suscipi debeat, non ui, cum et hostiae ab animo libenti expostulentur. Ita etsi nos compuleritis ad sacrificandum, nihil praestabitis diis uestris: ab inuitis enim sacrificia non desiderabunt, nisi si contentiosi sunt; contensiosus autem Deus non est” (grifo nosso). Thelwall traduz *humani iuris* como “fundamental human right”: “it is a fundamental human right, a privilege of nature, that every man should worship according to his own convictions” (Tertuliano, 1998). Dalrymple traduz como “right unto mankind”: “But it belongeth of right unto mankind, that every one may worship as he thinketh best (Tertuliano, 2003).

248 Traduzido pelo Google Tradutor. No original: “[5] Colat alius deum, alius Iovem, alius ad caelum manus supplices tendat, alius ad aram Fidei, alius, si hoc putatis, nubes numeret orans, alius lacunaria, alius suam animam deo suo voveat, alius hirci. [6] Videte enim ne et hoc ad inreligiositatis elogium concurrat, adimere *libertatem religionis* et interdicere optionem divinitatis, ut non liceat mihi colere quem velim, sed cogar colere quem nolim. Nemo se ab invito coli volet, ne homo quidem. (...) [9] Sed nos soli arcemur a religionis proprietate. Laedimus Romanos nec Romani habemur qui non Romanorum deum colimus. [10] Bene quod omnium deus est, cuius velimus aut nolimus omnes sumus. Sed apud vos quodvis colere ius est praeter deum verum, quasi non hic magis omnium sit deus cuius omnes sumus.” (Tertuliano, 1999-a e 1999-b)

249 Bogataj aponta que o termo só voltaria a ser empregado novamente no século 12, pelo papa Alexandre III, e, depois disso, pelo pré-reformador inglês John Wycliff (no século 14). Então, no século 16, sucessivamente], por Erasmo de Roterdã, por Martinho Lutero e pelo jesuíta espanhol Juan Ginés de Sepúlveda. Então, no século 17 por Descartes (p.78).

que o texto da Apologia de Tertuliano influenciou Thomas Jefferson, redator da Declaração americana, uma vez que essa obra de Tertuliano foi encontrada na sua biblioteca com os respectivos trechos grifados (Bogataj, p.74). Jefferson empregou o mesmo termo “liberdade religiosa” (*religious liberty*) ao propor lei na Virgínia que proibia que alguém fosse impedido de exercer cargo estatal por causa de crença religiosa (Jefferson, 2024). Tertuliano também refere-se à “consciência” (*conscientia*) dos cristãos na celebração de seus dias festivos, em contraste com a “vulgar libertinagem” dos demais súditos (cap.35, v.1). O cartaginês qualifica como evidente injustiça compelir homens contra sua vontade naturalmente livre (cap.28); e caracteriza a tirania por afirmar que algo seja ilegal simplesmente por quer que seja ilegal (e não porque deva ser ilegal), exercendo, assim, uma dominação violenta e injusta sobre seus súditos (cap.4).

Tertuliano escreveu em tempos de perseguição aos cristãos no Império Romano. Os súditos do imperador romano eram obrigados a lhe oferecer um sacrifício de queima de incenso pronunciando frases votivas em glória do *genus* e do *numem* imperial, isto é, de suas potencialidades divinas (Pérez, 2018, p.37-40). A objeção a participar de tal sacrifício era interpretada como traição, e punida com a morte. O imperador Diocleciano (c.244-c.312) decretou a chamada “Grande Perseguição” contra os cristãos (303-311), a que mais os martirizou (Pérez, p.66). Ao fim, o imperador Galério cedeu a liberdade de culto aos cristãos no chamado Édito de Tolerância (ou de Sérдика ou de Nicomédia). Em seguida, o imperador Constantino (272-337) determinou: a dispensa dos magistrados cristãos de cumprir os rituais pagãos que eram costumeiramente exigidos para o exercício dos cargos, a readmissão dos cristãos demitidos do exército (p.78) e a restituição do patrimônio da Igreja confiscado durante a Grande Perseguição, no Édito de Milão (p.74).

O pensamento de Tertuliano e de outros padres apostólicos influenciou o imperador romano Constantino. Se o imperador pagão Galério concedeu tolerância aos cristãos por causa dos altos custos sociais de matá-los, de bani-los e de os expropriar²⁵⁰, o imperador cristão Constantino podia encontrar, no conteúdo de seu sistema de crenças, um fundamento menos contingente e mais universal e permanente para a liberdade de culto. O édito de Constantino fixava o propósito de “conceder aos cristãos e a outros plena autoridade para observar a religião que cada um preferisse” (Constantino, 2004, grifo nosso)²⁵¹. Como se percebe, o édito

250 O seu édito fundamenta-se no fato verídico de que “a maioria deles [dos cristãos] perseverou na sua determinação” em face da perseguição (Galério, 2004). Fundamenta-se também no fato duvidoso de que os cristãos não adoravam ao seu próprio Deus: “não prestavam a reverência e o temor devidos aos deuses nem adoravam o Deus dos cristãos”. Esse segundo fundamento parece uma tentativa de justificar a anterior perseguição por um motivo nobre. Os trechos citados diretamente foram traduzidos pelo DeepL.

251 Todos os trechos citados diretamente deste édito foram traduzidos pelo DeepL.

concedeu liberdade não apenas para os cristãos, mas para os crentes em geral, o que é repetido explicitamente: “concedemos a esses cristãos a oportunidade livre e irrestrita de adoração religiosa. ...também concedemos a outras religiões o direito de observância aberta e livre de seu culto... para que cada um possa ter a oportunidade livre de cultuar como quiser;”. A relação entre religião e dignidade é exposta: “... para que não pareça que estamos diminuindo qualquer *dignidade* ou qualquer religião”. A axiologia vem a seguir: “que a ninguém fosse negada a oportunidade de dedicar seu coração à observância da religião cristã...”. A valorização da sinceridade emotiva do indivíduo assemelha-se à posição de Tertuliano, de que a crença insincera é inútil para os homens e para os deuses. A axiologia continua nos mesmos termos: “que a ninguém fosse negada a oportunidade de dedicar seu coração à observância... da religião que ele achasse melhor para si mesmo”. A extensão da liberdade para além dos cristãos aplica o princípio evangélico da liberdade igual de todos para aceitar ou não qualquer crença, que emerge do episódio do evangelho de Lucas, cap.9. v.51-56. A teleologia vem a seguir, repetindo a valorização da liberdade de fé: “de modo que a Divindade Suprema, *a cuja adoração entregamos livremente nossos corações*, pudesse mostrar em todas as coisas Seu favor e benevolência habituais”. A esse fim maior, segue outro, mais pragmático: “em prol da paz de nossos tempos”.

Em vez de apenas deixar que os cristãos praticassem seu culto, Constantino determinou que os cristãos demitidos do exército durante a Grande Perseguição do imperador Diocleciano fossem readmitidos, e dispensou os magistrados cristãos de cumprir os rituais pagãos que lhes eram costumeiramente exigidos como condições para o exercício dos seus cargos (Pérez, 2018, p.78)²⁵². Além disso, a liberdade religiosa outorgada por Constantino estendeu-se para além do grupo cristão do qual ele mesmo era um beneficiário: ele proibiu aos judeus circuncidar seus escravos contra sua vontade, por entender – de modo pioneiro para a sua época – que até mesmo o escravo tinha o direito de escolher a própria religião (p.87). Ao mesmo passo, decretou duas leis concedendo imunidade aos sacerdotes judeus para não serem obrigados a integrar as cúrias municipais. Por isso, o sistema de crenças bíblico influenciou, desde a antiguidade ocidental, a convicção de que o Estado deve proteger a opção religiosa dos indivíduos, e de que não deve impedir o exercício de cargos públicos – ou de que não deve obrigar o cumprimento de certas tarefas estatais – por causa de ressalvas pontuais que os funcionários públicos possam apresentar por causa de suas crenças religiosas.

252 Constantino, o primeiro imperador cristão de Roma, não deixou de praticar a perseguição, como seus muitos antecessores pagãos. Ele emitiu leis e usou da força contra a dissidência cristã dos donatistas, entre os anos 313 e 330 (Pérez, p.80). Contudo, arrependeu-se, recomendando às autoridades provinciais que passassem a ter paciência com os divergentes, e que deixassem Deus resolver a questão (p.82).

Rui Marques avalia que, contra a “quejanda obrigação de idolatrar os deuses da cidade (quando não o próprio Imperador), o Cristianismo aportou um relevante contributo à civilização ocidental através do forjar de uma liberdade de consciência para impedir o ‘Estado Total’”, bem como a “interferência do poder na esfera pessoal” (Marques, 2019, cap.3.2, p.65). Por isso o autor da Universidade de Lisboa entende que, ao assegurar a “reserva da consciência religiosa face a intromissões do poder político”, o imperador Constantino, mediante o Édito de Milão, fez nascer o estado laico²⁵³, no ano 313 d.C (cap.2.6.3, p.107).

A liberdade religiosa inaugurada pelo imperador Constantino, contudo, não perdurou no Império. Um édito de um imperador poderia ser revogado por outro édito de outro imperador. A inexistência, no direito romano, de uma lei hierarquicamente superior às leis positivadas pelo Imperador, que fosse inviolável por qualquer autoridade estatal, resultou em danos posteriores não apenas para os pagãos (quando eles se tornaram minoria), mas também contra cristãos dissidentes que divergiam da versão de cristianismo que foi depois oficializada²⁵⁴. O Édito de Milão não continha cláusulas pétreas. Diferentemente da Carta de Privilégios da Pensilvânia, ele não estabelecia a liberdade de religião mantida “para sempre”. Diferentemente da Carta Régia de Rhode Island, ele não estabelecia a liberdade de consciência “em qualquer momento do futuro” e “*“não obstante qualquer lei, estatuto ou cláusula, nela contida ou a ser contida, uso ou costume deste reino, em contrário, de qualquer forma”*”. O estabelecimento de cláusulas pétreas para as liberdades religiosas em Rhode Island (por Roger Williams) e na Pensilvânia (por William Penn), preveniram suas revogações posteriores por governos divergentes da vontade constitucional, o que não ocorreu com o Império Romano de Constantino. Em comparação com Constantino, Williams e Penn tinham a favor de si a clareza e a acessibilidade que um cânon escrito de textos bíblicos proporcionava. Essa visibilidade e fixidez dos fundamentos cristãos em um livro transmitiram-se para constituições estatais igualmente fixas e visíveis ao Povo, vantagem da qual Constantino não dispunha, pois o conhecimento que ele e seus súditos tinham dos

253 Apesar do imperador cristão, o império continuou oficialmente pagão, e passou da oficialidade pagã diretamente para a oficialidade cristã. Apesar da oficialidade pagã, o imperador Constantino proibiu algumas práticas religiosas pagãs, como o sacrifício de animais (vide Veyne, 2011; Pérez, 2018). Apesar disso, Constantino parece ter concedido mais liberdade religiosa do que qualquer outro imperador romano, comparando-o tanto com os seus anteriores (pagãos) quanto com seus posteriores (nominalmente cristãos – e, desses posteriores, comparando-o também com os imperadores bizantinos e com os sacro-imperadores romano-germânicos, vide La Fuente, 2018; Peñarrocha, 2018; Sola, 2018).

254 Os sucessores de Constantino decretaram o cristianismo como religião oficial do Império, que passou a sustentar uma igreja oficial. O império passou então a proibir os cultos pagãos e a excluir os pagãos das funções estatais, usando de força apenas um pouco menos brutal do que a força anteriormente empregada pelo paganismo oficial para fazer o mesmo com os cristãos (Pérez, 2018, pp.96-97). Por entre os sucessores nominalmente cristãos de Constantino, o imperador Juliano destacou-se, excepcionalmente, como o último imperador pagão de Roma. Juliano continuou a tradição imperial de perseguição preconizada por Dião Cássio, expurgando novamente os cristãos do exército e impedindo-os de obter cargos de administração estatal e de professores nas escolas estatais (p.100). Depois de Juliano, o imperador Teodósio, adepto do cristianismo oficial, recrudescu a perseguição aos pagãos (p.108-110).

fundamentos cristãos ainda dependia muito de fontes orais advindas de tradições cuja autenticidade não podia ser facilmente compartilhada. Os termos empregados nos textos das cartas da Pensilvânia e de Rhode Island para declarar irrevogáveis (para petrificar) as cláusulas de liberdade de consciência evocam o frequente tema bíblico de que as palavras de Deus não se extinguem nem mesmo com a extinção do mundo (Marcos cap.13, v.31; Mateus cap.24, v.35; Lucas cap.21, v.33; Salmo 119, v.89; Isaías cap.51, v.6 c/c cap.55, v.11). O registro escrito das ordenanças de irrevogabilidade nessas duas cartas constituintes pretendia que o conteúdo das normas constitucionais não fosse extinto pelas gerações seguintes, e essa pretensão usava da mesma espécie de registro que registrava aquilo que se cria como palavras de Deus: da escritura.

Voltaire lista uma série de posições da primitiva igreja cristã, para demonstrar como o uso da coerção para controlar crenças contraria o espírito do cristianismo: “se usássemos de violência para a defesa da fé, os bispos se oporiam a ela” (Santo Hilário); “é uma heresia execrável querer atrair pela força, por espancamentos, por aprisionamentos aqueles que não se pôde convencer pela razão” (Santo Atanásio); “aconselhai, e não forçai” (São Bernardo) (Voltaire, 2008, cap.15, p.87). E arremata com sua citação de Santo Agostinho: “como perseguiremos aqueles a quem Deus tolera?”. A citação de Agostinho remete mais congruentemente à passagem bíblica do exemplo do próprio Jesus de Nazaré:

Aproximando-se o tempo em que seria elevado ao céu, Jesus partiu resolutamente em direção a Jerusalém. E enviou mensageiros à sua frente. Indo estes, entraram num povoado samaritano para lhe fazer os preparativos; mas o povo dali não o recebeu porque se notava em seu semblante que ele ia para Jerusalém. Ao verem isso, os discípulos Tiago e João perguntaram: “Senhor, queres que façamos cair fogo do céu para destruí-los?”; mas Jesus, voltando-se, os repreendeu, dizendo: “Vocês não sabem de que espécie de espírito são, pois o Filho do homem não veio para destruir a vida dos homens, mas para salvá-los”; e foram para outro povoado. (Evangelho de Lucas, cap.9, vv.51-56)²⁵⁵

Na referida carta aberta de Roger Williams ao parlamento inglês clamando por tolerância religiosa ampla, ele cita diretamente essa passagem bíblica do evangelho de Lucas como fonte da liberdade de consciência (Williams, 1644)²⁵⁶. Essa conduta exemplar do próprio fundador do cristianismo ressoa em uma parábola por ele contada, na qual os descrentes, comparados com o joio entre o trigo, são permitidos, por Deus, a continuar a viver e a crescer neste mundo, sem serem eliminados pelos servos de Deus, até que venha o reino de Deus de modo sobrenatural (Evangelho de Mateus, cap.13, vv.24-29). Nussbaum cita

255 Schirmacher também cita essa passagem como fundamento cristão da tolerância com a descrença (Schirmacher, 2015, p.14), e a coloca em consonância com a passagem veterotestamentária na qual Deus também recusa o desejo do profeta Jonas de que os ninivitas fossem destruídos (Jonas, cap.4, vv.1-10).

256 Em oposição ao comportamento de perseguir, ele cita também o mandamento evangélico de orar por quem os persegue (Mateus, cap.5, v.44). Esse imperativo também consta no evangelho de Lucas cap.6, v.28.

Williams no sentido de que “é a vontade e o mandamento de Deus que, desde a vinda de seu Filho, o Senhor Jesus, uma permissão para que os cultos e as consciências mais pagãs, judias, turcas ou anti-cristãs sejam garantidas a todos os homens em todas as nações e países” (Nussbaum, 2008, p.1623). Essa liberdade de aderir ou não ao sistema de crenças de Jesus de Nazaré é encontrada também no relato em que ele, o fundador, diz à congregação de Laodicéia: “Eis que estou à porta e bato. *Se alguém* ouvir a minha voz e *abrir a porta*, *entrarei* e cearei com ele, e ele comigo” (Apocalipse, cap.20, v.3, grifo nosso). E o apóstolo Simão Pedro, um de seus sucessores imediatos, ao mandar os cristãos a se esforçar para convencer outras pessoas para a aderir ao seu credo, ordena apenas que sejam dadas explicações racionais, mansas e respeitosas, “conservando boa consciência”, e nenhuma coerção, porque prefere-se que se sofra do que se cause sofrimento (1 Pedro, cap.3, vv.15-17). E esse é o conjunto de prescrições de conduta que emergem do cristianismo mais primitivo – do cristianismo *fundamental* – a respeito da liberdade e da tolerância religiosas.

A avaliação de Blaise Pascal converge: “a conduta de Deus... é colocar a religião no espírito pelas razões, e no coração, pela graça, mas querer colocá-la no espírito e no coração pela força e pelas ameaças não é pôr ali a religião, mas o terror” (Pascal, 2003, sec.3-168(185), p.115). E a avaliação de Locke também converge: “Cristo... [não] pôs a espada na mão de qualquer magistrado, com a incumbência de fazer uso dela para forçar os homens a abandonar a sua antiga religião e receber a dele” (Locke, 2011, p.69). Schirrmacher afirma que, segundo o cristianismo, os direitos humanos não derivam de alguém acreditar em Deus ou em Cristo, mas, sim, de que todos foram criados igualmente à imagem de Deus (Schirrmacherr, 2015, p.16, tese 1).

Portanto, a aceitação cristã da tolerância religiosa ampla não consiste em uma posição ética formulada, para o mero interesse grupal, por batistas ingleses dos anos 1600 – ou por arminianos neerlandeses e luteranos alemães dos anos 1500, ou mesmo por paleocristãos sob a Roma Antiga dos anos 100 e 200 –, em momentos históricos nos quais esses grupos religiosos constituíam minorias sociais discordantes da posição oficial de reis e de imperadores. A aceitação cristã da tolerância religiosa consiste em uma posição ética do próprio fundador do cristianismo, do próprio Jesus de Nazaré, desde as primeiras décadas do atual calendário ocidental. Pessoas e associações nominalmente cristãs que promovem e/ou praticam intolerância religiosa colocam-se em posição de incongruência com os referidos fundamentos do cristianismo, enquanto que pessoas e corporações cristãs que praticam a tolerância religiosa estão em consonância e em congruência com esse fundamento dessa religião.

Explicar por que pessoas e associações nominalmente cristãs promoveram a intolerância religiosa ao longo da história demanda traçar a genealogia da intolerância. Ao longo da pesquisa para esta dissertação, detectou-se que a intolerância foi teorizada pelo historiador greco-romano Dião Cássio, que viveu no século 2 d.C., e que exerceu altos cargos no Império Romano, quando o paganismo ainda era a sua religião oficial. Trata-se de um autor que exerceu influência sobre o governo imperial, inclusive sobre sua política religiosa, mesmo porque sua teoria reforçava práticas de intolerância que vigoravam como tradição desde os tempos da Grécia clássica e dos reinos helenísticos. Os resultados obtidos dessa pesquisa sobre a intolerância religiosa – bem como sobre intolerância civil e sobre intolerância partidária – importaram em páginas que restaram de fora da edição final desta dissertação, por causa de sua quantidade e por ter pertinência apenas tangencial com o objeto de estudo desta obra. O material redigido pode vir a ser publicado em outra ocasião posterior, mesmo porque a teoria da intolerância civil e a teoria da intolerância partidária assemelham-se à intolerância cassiana, bem como porque podem funcionar como motivos para a intolerância contra os objetores de consciência.

Locke entendia que a lei mosaica determina o extermínio dos idólatras, mas não a lei cristã (Locke, 2011, p.68). Contudo, Voltaire entende diferentemente: que também os hebreus veterotestamentários admitiam a liberdade de crença religiosa. O *philosophe* exemplifica com a cena na qual Josué²⁵⁷, sucessor de Moisés na liderança do seu povo, propõe aos israelitas as duas opções: praticar os preceitos do Deus de Moisés – no qual ele mesmo cria – ou seguir os deuses dos povos estrangeiros – que ele considerava falsos (Voltaire, 2008 cap.12, p.69)²⁵⁸. Voltaire reforça seu argumento citando a passagem bíblica na qual o profeta javista Eliseu responde “ide em paz” a Naamã, o qual lhe perguntara se lhe era permitido adorar outro deus (cap.12, p.74)²⁵⁹. Voltaire entende que, na teocracia hebreia, a punição por profanar o sagrado “é exclusivamente reservada a Deus” (cap.12, p.73)²⁶⁰. Assim, segundo Voltaire, os fundamentos do judaísmo também prescrevem a tolerância religiosa.

Portanto, abrangendo as regras de conduta neotestamentárias e as veterotestamentárias, conclui-se que o sistema bíblico de crença religiosa, como um todo, valoriza a tolerância religiosa, de modo apto a inspirar o direito ocidental.

257 O nome hebraico do personagem veterotestamentário Josué corresponde ao nome aramaico do personagem central neotestamentário, Jesus.

258 Josué, cap.24, vv.1-2, 14-15. O verso 25 narra a celebração de um contrato social, como resultado dessa escolha.

259 Voltaire refere-se ao trecho do 2º livro dos Reis, cap.5, vv.18-19. Nele, Naamã não adora exatamente a outro deus, mas ajoelha-se perante ele para auxiliar seu rei a adorá-lo.

260 Afirmação congruente com os versos 19 e 20 do mesmo cap.24 de Josué.

2.2.3 - Liberdade e tolerância religiosas como igualdade decorrente da dignidade humana bíblica

Examinou-se como a liberdade de consciência – inclusive a religiosa – deriva de uma tradição eidética que se radica nos fundamentos bíblicos. Contudo, o valor de igual liberdade de consciência para todos pressupõe o valor da igualdade jurídica de todos: só se deve conservar a liberdade de alguém porque outrem não deve fazer a alguém aquilo que muito provavelmente esse outrem desejaria que não lhe fosse feito – no caso, ter sua liberdade reprimida. Se hodiernamente todos os indivíduos têm direito a ter crenças, convicções e consciências diferentes uns dos outros, significa que são iguais pelo menos no direito de serem diferentes. Porém isso pressupõe uma igualdade comum mínima, que é a de merecer pensar diferentemente por meramente ser humano. Se assim não fosse, então alguns teriam o direito de ser livre enquanto outros teriam o dever de ser escravos. A liberdade de consciência para todos decorre de uma anterior igualdade deôntica de todos, e essa igualdade *deôntica* demanda uma explicação de igualdade *ôntica* entre todos.

Convém então aprofundar o exame da questão da igual liberdade de todos. De onde surgem a igualdade e a não-discriminação como valores? Examinar-se-á a origem desse valor, mesmo porque sua origem está historicamente associada com a origem da liberdade e da tolerância religiosas, que são valores cuja apreciação é necessária para descobrir a norma que regulará as objeções de consciência por imperativo de crença religiosa. Aprofundar-se-á o exame das raízes dos valores das crenças das objeções, e, concomitantemente, dos valores do próprio estado laico.

Como visto acima, a francesa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, afirma que “os homens *nascem* e são livres e iguais em direitos” (França, 1789, art.1º). Antes dela, a americana Declaração de Independência afirma que “todos os homens *são criados* iguais, *dotados pelo Criador* de certos direitos inalienáveis” (América, 1776, preâmbulo). Antes dela, a virginiana Declaração de Direitos afirma que “todos os homens são *por natureza* igualmente livres e independentes, e tem certos direitos *inerentes*” (Virgínia, 1776, sec.1). Antes dela, Thomas Paine afirmou que “os homens *são originalmente* iguais *na ordem da Criação*”, e “só uma circunstância posterior consegue destruir essa igualdade” (Paine, 2022, cap.2, p.19). E antes dele, John Locke já afirmara:

(...) O estado de natureza tem para governá-lo uma *lei da natureza*, que a todos obriga; e a razão, em que essa lei consiste, ensina a todos aqueles que a consultem que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deveria prejudicar a outrem em sua vida, saúde, liberdade ou posses. Pois sendo todos os homens *artefatos de um mesmo Criador* onipotente e infinitamente sábio, todos eles servidores de um Senhor soberano e único, enviados ao mundo por Sua ordem e para cumprir Seus desígnios, são propriedade de Seu artifício, feitos para durar enquanto a Ele aprouver, e não a outrem. (...)

(Locke, 1998, cap.2, §6, p.382-383, grifo nosso)

A noção moderna de igualdade é a de que os seres humanos são iguais desde sua criação, por natureza, e de que devem ser tratados igualmente bem, porque esses deveres correspondem a direitos inerentes, que não podem ser alienados ao Estado nem a qualquer outro ser humano, porque são essenciais à sua própria humanidade, indissociáveis de sua natureza.

Em contraste, o antigo sistema de crenças grego aponta para uma diferente noção da origem da igualdade de direitos. Hannah Arendt explica:

(...) A isonomia garantia a *ισότης*, a igualdade, mas não porque todos os homens nascessem ou fossem criados iguais, mas, ao contrário, porque os homens eram por natureza (*φύσει*) não iguais, e precisavam de uma instituição artificial, a pólis, que, em virtude de seu *νόμος* [*nomos*, lei], os tornaria iguais. A igualdade existia apenas neste campo especificamente político, em que os homens se encontravam como cidadãos, e não como pessoas privadas. Nunca é demais frisar esse antigo conceito de igualdade e nossa noção de que os homens são feitos ou nascem iguais e se tornam desiguais em virtude de instituições sociais e políticas, ou seja, criadas pelos homens. A igualdade da pólis grega, sua isonomia era um atributo da pólis e não dos homens, que recebiam sua igualdade em virtude da cidadania e não do nascimento. A igualdade e a liberdade não eram entendidas como qualidades inerentes à natureza humana, não eram *φύσει*, dadas pela natureza e brotando por si sós; eram *νόμος* [por lei], isto é, convencionais e artificiais, frutos do esforço humano e qualidades do mundo feito pelos homens.

(Arendt, 2013, cap.1, p.58-59)

Para os gregos antigos, pagãos, o estado de natureza é um estado de desigualdade, e o direito positivo é que altera essa natureza, igualando os desiguais apenas na medida em que assim o fizer: o que não for convencionado pelo direito positivo como igual continua merecendo tratamento desigual, em conformidade com a natureza desigual²⁶¹. Ora, se a

261 Para o pensamento cristão, ao contrário, o estado da natureza criada é um estado de igualdade (de igual dignidade no ato da criação), pois as diferenças naturais resultam da queda da própria natureza pelo pecado, e as diferenças estabelecidas pelos homens resultam do caráter também corrompido da natureza humana, de modo que o direito positivo deve tentar restaurar (tentar salvar, tentar a redenção), na medida do possível, a natureza, para que ela volte a ser boa como inicialmente criada, com os seres humanos iguais. Daí porque a noção cristã de direito é a de um direito positivo que tenta imitar um direito natural divinamente criado. A diferença é compreensível: as crenças mais fundamentais dos gregos antigos apontam para uma humanidade criada por um criador imperfeito (Epimeteu) e para um mundo criado a partir do caos, que distribui desigualmente as qualidades dos seres, segundo é dito pela Teogonia de Hesíodo. Diferentemente, as crenças mais fundamentais dos cristãos apontam para um criador perfeito que criou o mundo a partir da razão (*logos*), embora a criação perfeita tenha tido sua natureza decaída por um evento posterior à Criação, e cuja renovação depende de uma nova iniciativa divina.

igualdade de direitos é meramente convencional e artificial, mera criação humana, nada impede que os humanos mais fortes e astutos positivem (convencionem) direitos apenas para si, e que os recusem conceder aos humanos mais fracos e menos astutos. Isso explica porque, quanto mais influenciada pelo pensamento greco-romano antigo, mais a escravidão é um direito de humanos poderosos sobre humanos vulneráveis²⁶². Explica também porque uma sociedade de homens reserva direitos para si que são negados às mulheres. Explica porque uma etnia reserva leis privadas – privi-légios – apenas para si, e não para outra. Explica porque pessoas já beneficiadas pelo nascimento podem concordar entre si para criar uma lei ou uma jurisprudência que exclua o direito à vida de quem já foi gerado (criado), mas que ainda não nasceu. Mais do que isso, se a igualdade de direitos é mera convenção e artifício humanos, nenhum poder humano positivador (ou negativador) de direitos teria uma razão, acima de sua própria razão, para entender que *deveria impedir* os fortes de se beneficiarem dos males que eles infligem aos fracos. Se o direito é criação meramente humana, os humanos mais poderosos criam o direito como o quiserem, e os humanos menos poderosos sofrem a falta de direitos como os mais poderosos quiserem que eles sofram. Por isso, Arendt resume que “a própria ideia de igualdade como a entendemos – ou seja, todas as pessoas nascem iguais pelo próprio nascimento, e essa igualdade é um direito inato – era absolutamente desconhecida antes da era moderna” (Arendt, 2013, cap.1, p.70). E a filósofa contrasta essa noção pagã com a noção da “seita cristã primitiva”, e sua “ênfase sobre a igualdade das almas diante de Deus” (cap.1, p.53). Arendt cita Lutero, ao reconhecer que essa noção cristã de igualdade “abala, de forma contínua e constante, os alicerces de todas as instituições terrenas” (p.53)²⁶³. Essa noção cristã situa-se na raiz do pensamento de Locke, de Paine e dos revolucionários americanos e franceses, que estabelecem um novo direito positivo, mais igualador, imitando um ideal de direito natural formulado a partir de suas cosmovisões cristãs.

Otfried Höffe afirma que os direitos humanos fundamentam-se em uma moralidade da “justiça de troca” (*Tauschgerechtigkeit*), e que existem pelo fato de que o dar e o receber são recíprocos²⁶⁴ e que há um equilíbrio aproximado “entre o dom e o contra-dom” (*zwischen Gabe und Gegengabe*), de modo que são fundamentados na “Regra de Ouro” (*Goldenen*

262 A escravidão foi abolida na Europa durante a Idade Média, na medida em que o pensamento cristão substituiu o pensamento pagão no senso comum de suas elites. Os europeus voltaram a praticar a escravidão a partir das Grandes Navegações, contra não-europeus, exatamente a partir do Renascimento (Renascença) da cultura greco-romana antiga em suas elites. Os povos então escravizados pelos europeus, ameríndios e africanos, já praticavam a escravidão de outros ameríndios e africanos, antes do contato com os europeus, na mesma medida em que mantinham seus próprios sistemas de crenças pagãs.

263 Arendt parafraseia Lutero, cuja frase original é “O destino mais constante da palavra de Deus é tumultuar o mundo por causa dela. Pois o sermão de Deus vem para mudar e renovar toda a terra até onde a alcança” (in “Do Servo Arbítrio”) (Arendt, p.354, nota 7)

264 Sieyès afirma, na sua exposição refletida dos direitos do homem e do cidadão, que funcionou como exposição de motivos da Declaração francesa de 1789: “(...) O direito de cada um deve ser respeitado pelos outros, e esse direito e esse dever não podem deixar de ser recíprocos. (...)” (Sieyès, 2015, p.83).

Regel), que é um critério da justiça de troca (Höffe, 1992, p.19). Höffe aponta precisamente a passagem do livro bíblico de Tobias (cap.4, v.16) e duas passagens de dois evangelhos (Mateus, cap.6, v.12; Lucas, cap.6, v.31) como elementos culturais válidos no Ocidente que baseiam a moralidade dos direitos humanos. A evangélica Regra de Ouro da reciprocidade positiva – fazer aos outros como quer que lhes faça²⁶⁵ – e a deuterocanônica Regra de Prata da reciprocidade negativa – não fazer aos outros como não quer que lhes faça²⁶⁶ – especificam o princípio levítico da reciprocidade geral entre os seres humanos – amar ao próximo como a si mesmo²⁶⁷ –, que, por sua vez, depende do princípio deuteronomico da superioridade de Deus sobre todos os homens – amar a Deus com todo o coração, entendimento e força²⁶⁸. O alemão Höffe parece influenciado pelo alemão Lutero, para quem “não existe superior entre os cristãos, exceto Cristo”, de modo que “todos são iguais, e têm o mesmo direito” (Lutero, 2005, p.52). Essa superioridade manifesta-se por Deus ter criado o homem. Mais do que isso, o ordenamento bíblico de crenças religiosas entende que Deus criou o ser humano “à imagem e semelhança de Deus”²⁶⁹ (apenas “um pouco menor do que os seres celestiais”²⁷⁰), e que cada ser humano transmite essa imagem e semelhança aos que gera²⁷¹, de modo que todos os seres humanos são iguais em valor uns perante os outros desde a geração, e dignos de respeito maior do que as coisas e os animais. Benjamin Constant afirma que “é a ideia de Deus que constitui a dignidade da raça humana” (Constant, 2007, livro 8, cap.1, p.238).

Essa igualdade de dignidade é expressada biblicamente na noção de “não-acepção” (não-favoritismo ou imparcialidade), que é sintetizada na afirmação do apóstolo Paulo de Tarso: “Todos vocês são filhos de Deus mediante a fé em Cristo Jesus, pois os que em Cristo foram batizados, de Cristo se revestiram. Não há judeu nem grego, escravo nem livre, homem nem mulher; pois todos são um em Cristo Jesus” (epístola aos Gálatas, cap.3, vv.26-28)²⁷². Esse mesmo apóstolo cita, nessa mesma epístola, o mesmo mandamento veterotestamentário citado por Jesus, o princípio levítico da reciprocidade geral entre os seres humanos: “Toda a

265 Jesus de Nazaré, no evangelho de Mateus (cap.7, v.12) – “Assim, em tudo, façam aos outros o que vocês querem que eles lhes façam; pois esta é a Lei e os Profetas” – e no evangelho de Lucas (cap.6, v.31) – “Como vocês querem que os outros lhes façam, façam também vocês a eles”.

266 Tobit, pai de Tobias, no livro de Tobias, cap.4, v.5

267 Levítico (cap.19, v.18), repetido por Jesus no evangelho de Mateus (cap.22, vv.35-40) e no de Marcos (cap.12, vv.28-31)

268 Deuteronomio (cap.6, v.5), repetido por Jesus nas mesmas passagens evangélicas da nota anterior.

269 “Então disse Deus: ‘Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança’. ... Criou Deus o homem à sua imagem, à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou.” (Gênese, cap.1, vv.26-27)

270 Salmo 8, v.5

271 “Este é o registro da descendência de Adão: Quando Deus criou o homem, à semelhança de Deus o fez; homem e mulher os criou. Quando foram criados, ele os abençoou e os chamou Homem. Aos 130 anos, *Adão gerou um filho à sua semelhança, conforme a sua imagem*; e deu-lhe o nome de Sete.” (Gênese, cap.5, vv.1-3, grifo nosso)

272 Semelhantemente: “Nessa nova vida já não há diferença entre grego e judeu, circunciso e incircunciso, bárbaro e cita, escravo e livre, mas Cristo é tudo e está em todos.” (Colossenses, cap.3, v.11). Ver também: Romanos cap.3, vv.22 e 29; 1 Coríntios cap.12, v.13 (e ; Joel cap.2, v.29

lei se resume num só mandamento: ‘Ame o seu próximo como a si mesmo’” (cap.5, v.14). E Paulo também cita esse princípio na sua epístola aos Romanos, em trecho que compara a distribuição de vantagens entre judeus e gregos (cap.2, v.11). Também o apóstolo Tiago expressa esse conceito em sua epístola (cap.2, vv.8-9): “Se vocês de fato obedecerem à lei real encontrada na Escritura que diz: ‘Ame o seu próximo como a si mesmo’, estarão agindo corretamente, mas se tratarem os outros com favoritismo, estarão cometendo pecado e serão condenados pela Lei como transgressores”. O apóstolo Pedro é congruente: “Agora percebo verdadeiramente que Deus não trata as pessoas com parcialidade...” (Atos dos Apóstolos, cap.10, v.34). Convém comparar esses ideais neotestamentários com os considerandos da *Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial*, da ONU, conforme adotado pela República Brasileira (Decreto n.65.810/1969):

Considerando que a Carta das Nações Unidas baseia-se em princípios de dignidade e igualdade inerentes a todos os seres humanos, e que todos os Estados Membros comprometeram-se a tomar medidas separadas e conjuntas, em cooperação com a Organização, para a consecução de um dos propósitos das Nações Unidas que é promover e encorajar o respeito universal e observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem discriminação de raça, sexo, idioma ou religião.

Considerando que a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclama que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que todo homem tem todos os direitos estabelecidos na mesma, sem distinção de qualquer espécie e principalmente de raça, cor ou origem nacional,

Considerando que todos os homens são iguais perante a lei e têm o direito à igual proteção contra qualquer discriminação e contra qualquer incitamento à discriminação,
(Brasil, 1969)

Percebe-se que a ONU presume que todos os homens merecem tratamento igual, sem discriminação pelos mesmos critérios expressados na epístola paulina: raça, cor, sexo. Emerson Garcia usa essa passagem epistolar paulina aos gálatas como exemplo de como a noção de igualdade de todos os seres humanos deriva da noção cristã de que todos foram criados como filhos de Deus, à sua imagem e semelhança (in Sieyès, 2015, p.34). Magalhães Filho aponta que o valor moderno da igualdade deriva do valor cristão do indivíduo, o qual não pode ser apreciado como inferior a outro por causa de sua profissão, uma vez que as diferentes funções são entendidas como “vocações divinas orientadas ao bem comum” (Magalhães Filho, 2018, cap.4, p.98).

Essa igualdade de dignidade entre todos os seres humanos parece derivar, portanto, da superioridade de Deus sobre todos. Locke afirma que “as promessas, os pactos e os juramentos que formam as ligaduras da sociedade humana não podem ter valor para um ateu. ...aqueles que, por seu ateísmo, enfraquecem e destroem toda a religião não possuem sequer uma pretensão de religião na qual possam basear o privilégio de uma tolerância”

(Locke, 1998, p.80)²⁷³. A partir do exposto por Locke, essa igual dignidade entre todos os seres humanos não apenas deriva da superioridade de Deus sobre todos, mas também é garantida por ela, que é o primeiro princípio, o postulado *a priori*, o artigo de fé, porque Deus, como ser onipotente, pode realizar a justiça, tanto recompensando os lesados quanto retribuindo as ofensas aos homens que praticam a injustiça e nela persistem²⁷⁴. Sem essa garantia e sem essa derivação da superioridade divina, a igualdade de todos os seres humanos passa a assumir, ela mesma, essa posição de se colocar como artigo de fé, como um dogma que se torna inquestionável, mas que não parece capaz de garantir a justiça retributiva fora das estruturas do poder político cru e bruto – ou, ao menos, de instilar essa convicção dissuasória nos homens propensos a cometer injustiça²⁷⁵. As primeiras declarações da ONU e da OEA manifestavam os fundamentos bíblicos de sua deontologia, explícita ou implicitamente, uma vez que redigidas ainda sob a influência mais próxima da cultura cristã, nos anos 1940, como visto no subcapítulo 3.1. Diferentemente, a *Declaração e Programa de Viena*, resultante da *Conferência Mundial sobre Direitos Humanos*, redigida no ano 1993, omite completamente suas raízes deontológicas, de modo que só lhe resta apresentar a própria igualdade humana como o dogma inquestionável:

1. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma o compromisso solene de todos os Estados de promover o respeito universal e a observância e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas, em conformidade com Carta das Nações Unidas, outros instrumentos relacionados aos direitos humanos e o direito internacional. *A natureza universal desses direitos e liberdades está fora de questão [beyond question]*.
(ONU, 1993, art.I-§1, grifo nosso)

O autofechamento do sistema dos direitos humanos da ONU para explicar seus próprios fundamentos coloca a noção da igualdade de direitos para todos em um argumento circular, tautológico. Ocorre aqui o que Jónatas Machado aponta: uma concepção não-bíblica dos direitos humanos, se não tomar as premissas bíblicas de empréstimo para se fundamentar, termina por simplesmente afirmar a primazia dos direitos humanos de modo intuitivo, arbitrário e irracional (Machado, 2013, cap.3.6.4, p.101; cap.3.3, p.70). Ocorre então o que Schirmacher aponta como a filosofia dos direitos humanos tornando-se uma “religião estatal” ou “religião civil”, que nada mais seria do que uma variação secular de suas raízes cristãs (Schirmacher, 2015, p.11). A tendência mais recente da ONU em não fundamentar sua ética

273 Trata-se da mesma opinião do católico utopista Thomas Morus, conforme exposto *retro*.

274 C. S. Lewis apresenta essa garantia divina da igualdade humana – e de seu respectivo devido tratamento igual – por uma perspectiva diferente, mais de persuasão do que de dissuasão: “... Faça com os outros o que gostaria que fizessem com você..., mas só poderei aprender a amar o meu próximo como a mim mesmo se aprender a amar a Deus; e só poderei amar a Deus se aprender a obedecer-lhe. (...)” (Lewis, 2017, p.126)

275 Vivas converge: “(...) Se não nos julgamos irmãos sob um Pai Providencial ou, à falta de tal crença, não acreditamos na doutrina do realismo axiológico – a doutrina segundo a qual os valores têm um status independentemente de quem os apoia ou os reconhece –, não vejo porque possamos ser felizes e, ao mesmo tempo, nojentos hipócritas que sabem bem aonde chegar” (Vivas, 1972, cap.16, p.163).

resulta por negar aos povos do mundo – sobre os quais ela pretende legiferação e jurisdição – a noção de que todos os homens são iguais – e portanto devem os mesmos direitos uns aos outros – porque tem a mesma paternidade (o mesmo Criador) e a mesma fraternidade (o mesmo Salvador), de modo que a própria ONU resta como o único fator comum entre os homens capaz de igualá-los. A ONU apresenta-se como a única autoridade que garante os deveres de respeito aos direitos, como a sua única criadora, sua única legisladora – tal como o criador bíblico é também um legislador –, sua única salvadora e sua única julgadora – tal como o salvador bíblico, que também funciona como juiz supremo. Joseph Ratzinger (o papa Bento 16) indaga-se por quanto tempo as pessoas conseguem continuar satisfeitas com a autolimitação de questões desse tipo, já que essas questões são de caráter filosófico (Ratzinger, 2007, cap.1, p.68). Esse apontamento de Ratzinger converge para a perspectiva de Jónatas Machado: uma concepção não-bíblica dos direitos humanos, que simplesmente afirma a primazia dos direitos humanos de modo arbitrário e irracional, precariza-os como meras construções sociais, como meras afirmações subjetivas de comunidades políticas e de grupos de interesse (Machado, 2013, cap.5.1.3, p.137; p.172, conclusão ‘x’). Portanto, o ato de a ONU proibir questionar sobre a razão e sobre o fundamento da universalidade dos direitos humanos e das liberdades fundamentais coloca-os sob o risco de que essa universalidade seja desprezada (ou repudiada) por povos ou por poderes (estatais ou não) que não herdaram a noção bíblica de igualdade universal, como se essa universalidade consistisse em um mero pretexto de ideólogos ocidentais para facilitar que poderes ocidentais – inclusive a própria ONU – interfiram em sociedades não-ocidentais apenas para satisfazer seus próprios interesses materiais.

Outra perspectiva, ainda pior, surge com essa negação (ou rejeição) da raiz religiosa bíblica da igualdade universal de direitos. Sem a confissão de que “a fé nos direitos humanos” (ONU, 1948, considerando n.5) deriva da fé no “Deus criador da natureza” (América, 1776, §1), a confiança nos direitos humanos e nos direitos fundamentais converte-se, ela mesma, em uma religião civil, a qual – sem a noção neotestamentária de tolerância – estará pronta para praticar uma “intolerância civil” nos termos de Rousseau (Rousseau, 2007, livro 4, cap.8, p.150) ou uma intolerância partidária-progressista nos termos de Marcuse (Marcuse, 1970).

O sistema bíblico como um todo estabelece essa superioridade de Deus, que iguala todos os homens, mas o subsistema bíblico neotestamentário estabelece, ainda, a igualdade de Deus aos homens, pois o ponto que mais distingue o cristianismo de todas as outras crenças é a ideia de que o Deus único assumiu a matéria e a forma do ser humano, e de que viveu como um deles em um dado período histórico. O que emerge da paulina Epístola aos Hebreus é que

Jesus de Nazaré, sendo Deus e tendo se tornado homem, tornou-se filho de Deus tanto quanto os homens são filhos de Deus, o que implica que Deus tornou-se irmão dos homens (cap.2 vv.11-17)²⁷⁶. Portanto, no cristianismo, a fraternidade humana não é apenas explicada porque todos são filhos do mesmo Pai, mas também porque todos tem o mesmo Irmão, o qual exemplifica como todos os humanos devem tratar os demais, segundo consta no Evangelho (Mateus, cap.25, vv.31-45²⁷⁷; João, cap.13, v.34²⁷⁸) e nas Epístolas (Romanos cap.12, v.10, e cap.13, v.10; 1 Pedro cap.1, v.22; 1 João cap.4, v.21, etc.)²⁷⁹.

Habermas entende que a ideia cristã de transformar a “condição de similaridade com Deus do ser humano” em “dignidade igual e incondicional de todos os seres humanos” possibilitou que os descrentes e os crentes de outras religiões beneficiem-se de conteúdos bíblicos (Habermas, 2007, cap.4, p.49-50). Essa igualdade dos homens com Deus robustece a raiz da dignidade da pessoa humana. Com ela, a ofensa a um ser humano torna-se inaceitável como a ofensa à divindade. Sem ela, a ofensa a um ser humano pode ser aceita na medida em que o ser humano mais fraco não conseguir resistir ao humano mais forte, já faticamente desigual e, agora, também idealmente desigual, uma vez que não haveria nenhum ser inteligente, poderoso e interessado nos assuntos humanos para recompensar os que sofrem a injustiça e para retribuir os que a praticam, bem como para que Seu entendimento do que seja devido ou indevido sirva de paradigma e prevaleça sobre o entendimento do que o homem mais forte entenda como devido ou indevido.

Como visto *retro*, a declaração de independência dos EUA (1776) denuncia os malfeitos do rei da Inglaterra e explica que tais feitos são maus porque violam seus “direitos inalienáveis” da “vida e da liberdade” conformes “as leis da natureza e as do Deus da natureza”. Antes dela, os escoceses também declararam sua independência do “rei dos ingleses”, também denunciando seus maus feitos, e explicando sua maldade pelo tratamento desigual com que ele causava dano. Na chamada *Declaração de Arbroath*, do ano 1230, os “barões e proprietários livres e toda a comunidade do reino da Escócia” denunciam “os atos de crueldade, massacre, violência, pilhagem..., prisão..., roubo e morte... e ainda outros ultrajes sem número que ele cometeu contra nosso povo”, enfim resumidos como “matança de

276 “Ora, tanto o que santifica quanto os que são santificados provêm de um só. Por isso Jesus não se envergonha de chamá-los irmãos. Ele diz: ‘Proclamarei o teu nome a meus irmãos; na assembleia te louvarei’. (...) Novamente ele diz: ‘Aqui estou eu com os filhos que Deus me deu’. Portanto, visto que os filhos são pessoas de carne e sangue, ele também participou dessa condição humana...”

277 Em suma: “‘O Rei responderá: ‘Digo-lhes a verdade: o que vocês fizeram a algum dos meus menores irmãos, a mim o fizeram’.

278 “Um novo mandamento lhes dou: Amem-se uns aos outros. *Como eu os amei*, vocês devem amar-se uns aos outros.” (grifo nosso)

279 Semelhantemente em Provérbios (cap.14, v.31; cap.19, v.37)

corpos” e como “perdição das almas e todos os outros infortúnios” (Escócia, 1970)²⁸⁰. Eles exortam ao Papa que admoeste o rei da Inglaterra para os “deixar em paz”, porque, depois de terem aderido à “santíssima fé” do “Rei dos reis e Senhor dos senhores, nosso Senhor Jesus Cristo”, e depois de terem sido nela confirmados “pelo primeiro de Seus Apóstolos chamado, embora em segundo ou terceiro lugar, o gentilíssimo Santo André, irmão do bem-aventurado Pedro”, compreenderam que, segundo Cristo, “*não há pesos nem distinções entre judeus e gregos, escoceses ou ingleses*” (grifo nosso). Por isso, tais escoceses comunicam ao Papa que fizeram a Robert Bruce “nosso príncipe e rei [dos escoceses]”, com “o devido consentimento e anuência de todos nós”, para agir “como outro Macabeu ou Josué”, e assim, restaurar suas “liberdade e paz”. Por isso, os escoceses entendiam ter o direito de resistir a essa opressão, elegendo um rei que defendia seus direitos como os bíblicos irmãos Macabeus combateram o império greco-macedônio, que compelia os judeus a violar suas ordenanças divinas²⁸¹.

Nessa declaração de independência da Idade Média, consta a referência clara à concepção cristã de igual dignidade expressada pelo apóstolo Paulo no texto bíblico da Epístola aos Gálatas (cap.3, vv.26-28), conforme exposto acima. A noção de que os escoceses têm os mesmos direitos à vida, à integridade corporal e ao patrimônio que os ingleses é lastreada no pressuposto bíblico da igual dignidade dos seres humanos, independentemente de sua nação. Esses escoceses declaram que sua noção de que os seres humanos são iguais em direitos é uma noção cristã, de que são iguais porque o mesmo Deus os criou. E eles admitem que adquiriram essa noção por causa do ensino de um sucessor direto de Cristo – tanto que, nesse mesmo documento, eles também confessam que, antes que essa evangelização lhes conferisse essa noção de igual dignidade, também praticaram, contra outros povos, a mesma espécie de violência da qual então se queixavam sofrer dos ingleses, pois afirmam que, quando os escoceses chegaram em seu atual território, “os britânicos foram expulsos” e “os pictos foram destruídos completamente”.

280 Todos os trechos citados diretamente da Declaração de Arbroath foram traduzidos pelo DeepL.

281 Os livros bíblicos deuterocanônicos dos Macabeus (1 e 2) narram como os israelitas reagiram à dominação do império helenístico (greco-macedônio), que lhes obrigava a violar suas proibições religiosas, como prestar sacrifícios a ídolos – tal como posteriormente o império romano obrigou aos cristãos – e comer carne de porco (2 Macabeus, cap.7; em oposição ao imperativo religioso que consta em Levítico, cap.11, vv.7-8). O poder do estado imperial greco-macedônio também proibiu os judeus de cumprirem seus preceitos religiosos positivos, como, por exemplo, o de possuir escrituras sagradas, o de descansar no sábado, o de praticar a circuncisão e o de sacrificar no Templo (ver especialmente 2 Macabeus, cap.6). O fundamento da objeção de consciência à ordem da autoridade civil consta no v.9 do referido capítulo do referido livro de Macabeus: “Você pode nos matar, mas o Rei do Universo nos ressuscitará e nos dará a vida eterna; porque estamos morrendo porque somos fiéis às suas leis”. Mais fundamentos constam nos vv.11, 14, 16, 18, 30-38. Os vv.22-23 reforçam a ideia de que a vida humana é valiosa desde a concepção. Para Rui Marques, “o mundo antigo era um mundo sagrado, onde a autoridade do ‘Estado’ traduzia-se numa manifestação da autoridade divina. Em Roma, a divinização do Imperador significava que nele se manifestava ao mundo as leis divinas” (Marques, 2019, cap.3.2, p.60).

Percebe-se que a bíblica não-acepção de pessoas estabelece a não-discriminação por critérios da natureza, como o sexo – “nem homem nem mulher” – ou a etnia (nacionalidade) – “nem judeu nem grego”. Alain Badiou entende que o apóstolo Paulo “depõe as diferenças” (Badiou, 2018, cap.10, p.141); que ele “proíbe de estigmatizar as diferenças e os costumes” (p.142); que ele “combina a apropriação das particularidades e a invariabilidade dos princípios, a existência empírica das diferenças e a sua inexistência essencial”; que ele supõe que “quaisquer que sejam as suas opiniões e costumes, o pensamento das pessoas está em condições, sem ter de renunciar às diferenças que as fazem reconhecer-se no mundo, de as atravessar e de as transcender” (p.143); que ele entende que “não podemos transcender as diferenças a não ser que a benevolência a respeito dos costumes e das opiniões se apresente como *uma indiferença tolerante com as diferenças*” (grifo no original). Badiou conclui que “o militantismo cristão deve ser uma travessia indiferente às diferenças mundanas” (p.144), porque é preciso “deixar ser” as diferenças habituais ou particulares, “visto que é a isso que leva o endereço universal” (p.145). Badiou entende que Paulo promove o “igualitarismo universalizante” por meio da reversibilidade de regras desigualitárias, o que implica, inclusive, na elevação social das mulheres antigas à igualdade com os homens (p.150). O francês acredita no mérito pioneiro de Paulo para o universalismo e para sua noção de igual dignidade dos seres humanos – mesmo desacreditando de todos os componentes sobrenaturais do sistema de crenças paulino e cristão, pois, para Badiou, o cristianismo não passa de uma “fábula” (cap.1, p.13).

Foi essa bíblica igual dignidade dos homens que levou o bispo católico Bartolomeu de las Casas²⁸² a vencer o Debate de Valladolid contra o aristotélico Juan Ginés de Sepúlveda, acarretando que os impérios europeus na América aceitassem a proibição de escravizar os ameríndios (Machado, 2013, cap.2.2, p.37; cap.5.1.1, p.130)²⁸³. Foi essa bíblica igual dignidade dos homens que levou Roger Williams a aplicar o ideal de igual liberdade, abolindo a escravidão na colônia de Rhode Island já no ano 1652 (*retro*). Foi essa noção que moveu o puritano Samuel Sewall a publicar o primeiro folheto abolicionista nos EUA, no ano 1700

²⁸² Também o frade Francisco de Vitória sustentou a dignidade dos ameríndios por serem humanos, e, portanto, imagem de Deus (Machado, nota 64).

²⁸³ Antes de proibir a escravidão dos nativos das Américas, a Igreja Católica trabalhou durante séculos para frustrar a escravidão na Europa. Segundo DeYoung, Saith Bathilde, esposa do rei Clóvis III, promoveu uma campanha contra o comércio de escravos e em prol de sua libertação, no século VII; Santo Anskar trabalhou para deter o comércio de escravos viking (séc.9); São Tomás de Aquino argumenta que escravizar é pecado (séc.13); bulas dos papas Eugênio IV e Paulo III ordenaram a libertação do povo das Ilhas Canárias, que tinha sido escravizado (1537); e diversas bulas papais condenaram a escravidão (anos 1462, 1537, 1639, 1741, 1815 e 1839) (DeYoung, 2005, p.135). Muitos desses grupos sociais escravizados (e depois beneficiados por essas medidas anti-escravagistas) eram europeus pagãos. Antes de o contato inter-racial das Grandes Navegações oportunizar a prática da não-acepção de pessoas por motivo de raça, a prática da não-acepção de pessoas por motivo de religião já era praticada na Europa em processo de cristianização.

(DeYoung, 2005, p.135)²⁸⁴. Foi essa noção que levou os *quakers* a propor a abolição legal da escravidão nos EUA no seu Primeiro Congresso, em 1790 (Machado, 2013, cap.5.2.2, p.145, nota 380)²⁸⁵. Foi essa noção bíblica de igualdade que in-spirou o movimento de abolição da escravidão transatlântica, campeão principalmente pelo parlamentar inglês metodista William Wilberforce (Schirmmacher, 2023, p.7), movimento social esse inédito no mundo, e surgido apenas na civilização cristã, do qual um dos marcos foi a reunião inaugural da Aliança Evangélica Mundial (AEM), em 1846, na qual debateram-se meios de extinguir a escravidão (p.6-7)²⁸⁶. Foi essa bíblica igual dignidade dos homens que levou o missionário David Livingstone a trabalhar para abolir a escravidão dentro da África, depois de abolida fora dela (Magalhães Filho, 2018, p.128-129). Foi essa noção bíblica de igualdade que inspirou o pastor evangélico-batista americano Martin Luther King – isto é, Martinho Lutero King – a campear a igualdade racial civil (Magalhães Filho, 2018, cap.5, p.126). A noção bíblica de igual dignidade opõe-se à escravidão e à discriminação por condição social resultante de práticas e de instituições sociais contrárias à vontade divina.

A noção bíblica de igualdade também inspirou os imperativos de consciência contra os genocídios, que também implicavam em violação ao mandamento divino de não matar. Schirmmacher aponta que a segunda reunião mundial da mesma AEM, em 1847, debateu o que fazer para defender a liberdade religiosa, levando essa organização a enviar delegações a chefes de estado e de governo em apelo por suas populações, especialmente em prol dos cristãos ortodoxos, uma vez que os armênios eram vítimas do genocídio empreendido pelo muçulmano Império Otomano (Schirmmacher, 2023, p.7). Tal prática reflete a crença do fundamentalismo cristão de que a liberdade de consciência não era devida apenas aos protestantes que a promoviam, mas igualmente para todos os seres humanos.

Essa noção de igualdade e essa noção de dever para com o divino também inspiraram igrejas alemãs a resistir ao nazismo. O pastor luterano Dietrich Bonhoeffer pregou publicamente contra a ideologia nazista, presencialmente e via rádio, logo que Hitler assumiu o cargo de primeiro-ministro (Magalhães Filho, cap.8, p.182). Esse pastor apelou à liberdade, à tolerância, aos direitos humanos e à lei escrita, em face da arbitrariedade do regime (p.190)²⁸⁷. Bonhoeffer foi preso pelo regime nazista em 1943, e enforcado por ele em 1945

²⁸⁴ Como visto, Rui Barbosa também creditava ao cristianismo a abolição da escravidão nos EUA (cap.1.4).

²⁸⁵ Os parlamentares dos estados do Sul, escravagistas, criticaram os parlamentares *quakers* exatamente com o argumento de que a objeção à escravidão era motivada por causa de sua crença religiosa.

²⁸⁶ Schirmmacher aponta que um dos oradores do encontro foi o reverendo metodista afro-americano Mollison Maddison Clark, pastor de uma igreja composta majoritariamente por escravos (p.07). Schirmmacher também aponta para uma variação da escravidão, o trabalho infantil, cujas restrições legais no mundo também decorreram de planejamento de reuniões da Aliança Evangélica Mundial, desde os anos 1840 (p.07).

²⁸⁷ Bonhoeffer, Dietrich. “Ética”; 3ª edição; tradução de Helberto Michel. São Leopoldo: Ed. Sinodal, 1995, p.36; apud Magalhães Filho

(p.184). Já o teólogo Karl Barth convocou a Igreja a se pronunciar sobre as perseguições aos judeus e sobre os campos de concentração no ano 1936 (p.183). Barth fora demitido do cargo de professor universitário por objetar a prestar juramento de fidelidade absoluta a Hitler (ao “*Führer*”) (p.186), e publicou livro no qual afirma que o Estado deve ser advertido quando usurpar a justiça e a liberdade, as quais são “dons de Deus”, bem como quando ele atentar contra *os direitos do homem e/ou contra a soberania de Deus* (p.186). Percebe-se, nesse ponto, como a coragem de incomodar o brutal regime nazista por suas violações aos direitos de humanos iguais decorre do pressuposto dos deveres ao divino superior. Também em 1936, pastores protestantes remeteram um memorando a Hitler, o que ocasionou a prisão de centenas deles (p.183-184). Esse memorando declarava: “Enquanto o homem ariano é glorificado, a Palavra de Deus testifica a Queda de todos os homens; enquanto o anti-semitismo é impingido aos cristãos no contexto da cosmovisão do nacional-socialismo, obrigando-os a odiar os judeus, a ordem para que amemos o nosso próximo aponta no sentido oposto” (p.195, nota 13). Mais de 800 pastores e leigos dessa igreja que protestava contra o nazismo foram presos, dos quais dezoito morreram. O pastor Niemöller, líder dessa igreja, chamada “Igreja Confessante”, foi preso por oito meses por “abuso da palavra”, até ser condenado a uma multa por um tribunal de exceção. Ao ser solto, foi novamente preso pela Gestapo, dessa vez em um campo de concentração, onde passou sete anos, até ser libertado pelos exércitos aliados (p.184).

Semelhantemente, a igreja luterana da Noruega invocou o mesmo texto bíblico dos Atos dos Apóstolos²⁸⁸, mandando obedecer antes a Deus do que aos homens, para resistir às autoridades de ocupação nazista, classificadas por ela como estado ilegítimo ao qual se deveria resistir. As prédicas dessa igreja fundamentaram-se na interpretação luterana dessa passagem apostólica, conforme consta na Confissão de Augsburgo, do ano 1530: “(...) Por isso os cristãos têm o dever de estar sujeitos à autoridade e de obedecer-lhe aos mandamentos e leis em tudo o que não envolva pecado. Porque se não é possível obedecer à ordem da autoridade sem pecar, mais importa obedecer a Deus do que aos homens, Atos 5.45” (Melâncton, 2023, p.58, art.16). Os luteranos da Noruega voltaram-se contra a perseguição a judeus, incentivaram a desobediência civil e recorreram à resistência ativa (Magalhães Filho, 2014, cap.6.7, p.201), sob a invocação do mandamento bíblico apostólico, de modo congruente ao comentário do próprio Lutero: “se devêssemos fazer tudo quanto aqueles em posição de autoridade nos dizem para fazer, não haveria sentido em dizer ‘devemos obedecer antes a Deus do que aos homens’” (Lutero, 2005, p.45).

²⁸⁸ Cap.5, v.29, várias vezes já citado nesta obra, citado no art.16 da luterana Confissão de Augsburgo

Talvez não por coincidência, o juiz Ernst-Wolfgang Böckförde, do Tribunal Constitucional alemão, chama a atenção para o preâmbulo da constituição alemã pós-II Guerra Mundial (Schirrmacher, 2023, p.8), a qual inicia-se com a afirmação da responsabilidade dos poderes públicos não apenas perante os homens, mas também perante Deus: “Consciente da sua responsabilidade perante Deus e os homens, movido pela vontade de servir à paz do mundo,... o povo alemão, em virtude do seu poder constituinte, outorgou-se a presente Lei Fundamental” (Alemanha, 2022)²⁸⁹. Por isso, Jónatas Machado entende que o estado constitucional “não somente pressupõe a existência de Deus e a objetividade dos valores, como é insuscetível de justificação racional e moral se essa pressuposição for falsa” (Machado, 2013, cap.2, p.28). Para esse professor de Coimbra, eliminar a noção de Deus da prática estatal oficializaria e promoveria um “direito constitucional da morte de Deus” (cap.5.2.6, p.159).

A História registra a prática de cristãos que são congruentes com os fundamentos de sua religião, bem como registra a prática de quem usa o nome de cristão de modo incongruente com os discursos de seus textos fundamentais. A História registra, ainda, a prática de quem, não confessando religião cristã, professa os mesmos valores de liberdade, de igualdade e de fraternidade. As práticas registradas pela História funcionam como testes da sinceridade e da fortaleza das éticas teóricas que os indivíduos anunciam adotar, provando se as convicções pessoais são fortes o suficiente para resistir às adversidades materiais que seus respectivos adeptos enfrentam. Um sistema de crenças e de convicções prova sua força psíquica – e consequentemente sua força social – quando seus adeptos sustentam fidelidade a ele mesmo diante do risco de punições. Quanto maiores são as punições às quais os adeptos de uma crença conseguem resistir, maior é a sua fortaleza. Jellinek afirma que “as obras e as doutrinas literárias não podem, por si próprias, ter algum efeito prático, caso não se encontrem favorecidas pelas condições históricas e ainda não se deparem com um meio social apropriado” (Jellinek, 2015, cap.6, p.73), pois “não há teorias tão abstratas como elas parecem ser, que possam exercer uma influência qualquer sobre sua época sem se apoiar sobre uma base de realidade histórica” (cap.9, p.103). Logicamente, um sistema de crenças psiquicamente forte consegue mobilizar a sociedade o suficiente para tornar seus ideais em realidade, como foi o caso efetivo do cristianismo, que obteve êxito em extinguir a escravidão (de europeus, de ameríndios e de afrodescendentes, sucessivamente) e em extinguir a segregação racial, bem como tentou diminuir os males de dois genocídios (o dos otomanos contra os armênios e o dos nazistas contra os judeus) – mais do que qualquer outro sistema de

289 Machado também aponta que o Tribunal de Nuremberg, criado para julgar nazistas após a II Guerra Mundial, evocou explicitamente o homicídio de Abel por Caim, narrado na Bíblia, como fundamento para o critério de julgar genocídio como crime, pelo juiz Robert Jackson (Machado, 2013, cap.2.1, p.31, nota 47).

crenças ou convicções tentou. Esse mesmo cristianismo bíblicista inspirou a separação do poder estatal do poder religioso, e, em seguida, inspirou o sistema de freios e contrapesos entre os poderes estatais; idealizou a escritura das constituições, para serem mais facilmente conhecidas (tanto quanto as escrituras sagradas podiam já ser conhecidas); declarou que alguns direitos eram imunes à atuação estatal (estado de direito), e idealizou a maior participação possível de seres humanos nessa atuação estatal (estado democrático).

Jónatas Machado entende que “o princípio da neutralidade religiosa e ideológica não é, em si mesmo, religiosa e ideologicamente neutro” (Machado, 2013, cap.2, p.27), pois o estado constitucional, “longe de ser neutro relativamente às diferentes visões do mundo”, apresenta-se indissociável da matriz judaico-cristã (cap.1.7, p.25). Não há prova histórica de que ele tenha surgido em alguma sociedade que não tenha profundas raízes culturais nos textos bíblicos – ou que não tenha sofrido influência de alguma dessas sociedades.

2.2.4 - Cultura bíblica como fonte dos direitos fundamentais e humanos

O valor cristão da não-acepção de pessoas determina o conteúdo da igualdade como valor jurídico, e determina o ideal de igual liberdade para todos. Isaiah Berlin expressa essa igual liberdade: “se a liberdade individual é um fim derradeiro para os seres humanos, ninguém deve ser privado dela por outros, e, muito menos, devem alguns desfrutar dela à custa dos outros. Igualdade de liberdade; não para tratar os outros como eu não gostaria que eles me tratassem;” (Berlin, 2002, ensaio 2, cap.1, p.67). Do afirmado pelo judeu Berlin fica claro que o ideal de liberdade liberal pressupõe a igualdade e a reciprocidade negativa que tinham sido já expressadas pelo também judeu Tobit, pai de Tobias, no texto bíblico do livro de Tobias, cap.4, v.15). Portanto, conclui-se que a liberdade religiosa (e de consciência) foi instituída pelo próprio Deus bíblico porque a igualdade de todos os indivíduos também foi instituída pelo próprio Deus bíblico.

Redigida pelo canadense John Peters Humphrey, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada pela ONU em 1948 com todos os votos a seu favor – majoritariamente de países ocidentais herdeiros culturais do cristianismo –, e com as abstenções da racista União Sul-Africana e de países governados por cosmovisões radicalmente diferentes da cristã, como a muçulmana Arábia Saudita²⁹⁰ e as marxistas-comunistas-atéistas União Soviética, Iugoslávia, Bielorrússia, Ucrânia, Polônia e Tchecoslováquia (Garcia, in Sieyès, 2015, p.65,

²⁹⁰ O também muçulmano Iêmen faltou à votação.

nota 113). A DUDH reproduz amplo conteúdo da francesa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujo principal redator, Emmanuel Joseph Sieyès, exercia o cargo eclesiástico de abade (Garcia, in Sieyès, p.69-70). O mesmo Sieyès redigiu também a primeira constituição francesa, de 1791 (Garcia, in Sieyès, p.70.), a qual foi a primeira a trazer, no corpo de seu texto, um catálogo de direitos fundamentais, o qual, aliás, reproduziu integralmente o teor da DDHC (Jellinek, 2015, pp.34,45). Na Revolução Francesa, foi o então Marquês de Lafayette (Gilbert du Motier) quem propusera, em 1789, uma declaração de direitos anexa à constituição (Jellinek, 2015, p.44). Trata-se do mesmo Lafayette que combatera voluntariamente pela independência dos Estados Unidos, os quais já tinham apresentado a sua própria declaração de direitos. Jellinek afirma que Lafayette usou a Declaração de Direitos dos estados americanos, especialmente a da Virgínia, para propor uma semelhante para a França, onde as constituições desses estados já eram traduzidas e bem conhecidas (Jellinek, 2015, cap.3, p.47; cap.4, p.52)²⁹¹. Jellinek demonstrou textualmente como a DDHC, longe de dever seu conteúdo à obra de Rousseau, opõe-se diretamente a ela (cap.2, p.39-41), devendo seu teor, sobretudo, ao pensamento americano original que foi oficializado em suas constituições, a partir do qual o pensamento francês desenvolveu-se (p.49).

Não se pode afirmar que o princípio da não-discriminação existiria como valor jurígeno no direito ocidental se não houvesse uma herança e uma tradição de séculos de cultura bíblica – especialmente cristã. Magalhães Filho afirma que o valor da igualdade, como entendido contemporaneamente, deriva da doutrina cristã do sacerdócio universal de todos os crentes, que inspirou particularmente a igualdade de todos perante a lei (Magalhães Filho, 2014, p.302)²⁹². Jónatas Machado aponta que só algumas visões religiosas do mundo conseguem garantir os axiomas e pressuposições dos quais depende o estado constitucional (Machado, 2013, p.18), e que a principal dessas visões religiosas é a judaico-cristã. Também não se pode afirmar que a ideia de um direito de privacidade, defensável contra o poder civil, existiria se não fosse essa mentalidade cristã. Berlin afirma que o sentido de privacidade, como área de relações pessoais tida “como algo sagrado por direito próprio”, deriva de uma concepção de liberdade que tem raízes religiosas (Berlin, 2002, ensaio 2, cap.1, p.72).

291 Oito estados americanos já tinham suas declarações de direitos, antes da declaração da França: Virgínia, Pensilvânia, Maryland, Carolina do Norte, Vermont, Massachussets, New Hampshire e Delaware (Jellinek, 2015, cap.4, p.52-53)

292 O anticristão Nietzsche reconhece que a democracia moderna deriva do ideal cristão do sacerdócio universal, que foi enfatizado pela Reforma Protestante (in “A Vontade de Poder”, §765; Goyard-Fabre, 1999, parte 3, cap.1.3.a, p.430): assim como, no cristianismo, todos os seres humanos – imagens e semelhanças de Deus – são iguais e, por isso, podem exercer igualmente a função de cultuar a Deus – de modo que essa função não é mais monopólio da classe do clero –, na democracia, todos os homens são iguais e, por isso, podem exercer igualmente a função de decidir sobre o destino da Sociedade, por meio do voto – de modo que essa função não é mais monopólio da classe da nobreza.

Também não se pode afirmar que a própria ideia de separação entre o poder da Igreja e o poder do Estado existiria se não fosse uma mentalidade radicalmente biblicista. Jellinek lembra que a separação do poder civil do poder eclesiástico decorreu, inicialmente, do inglês Robert Browne (1550-1633), que propugnara a organização democrática da Igreja como uma associação de pessoas que pactuavam sua constituição entre si e com Deus (Jellinek, 2015, cap.7, p.75). Jellinek lembra também que, após os brownistas, o pastor John Robinson (1576-1625), organizador da migração inglesa para a América no navio *Mayflower*, desenvolveu o congregacionalismo de Browne para propor a separação entre Igreja e Estado, como meio de protegê-la da interferência estatal. Schirmmacher aponta que a separação entre igreja e estado pressupõe uma religião que queira exatamente isso (Schirmmacher, 2015, p.14-15), e refere-se à religião cristã como sendo essa religião, com a citação de Cristo de dar a César o que é de César e a Deus o que é de Deus²⁹³, bem como com a citação do apóstolo Paulo que descreve um governo não-cristão (o romano imperial) com a função de punir o mal terreno que os homens fazem (Romanos, cap.13, vv.1-7). E Paine afirma que a união da Igreja com o Estado é estranha à Igreja desde o seu nascimento (Paine, 2005, parte 1, cap.1, p.73). Jellinek afirma ainda que essas correntes cristãs do século 16 tornaram a liberdade de consciência algo cujo valor deveria ser socialmente reconhecido para ser aceita como um direito, e como um direito *natural*, e então assume que os direitos naturais, como esse, estão fora do controle do poder do Estado e de seu direito positivo:

(...) Como resultado, fez ver que era necessário reconhecer, de uma maneira plena e inteira, a liberdade de consciência e de fazer reclamar, em seguida essa liberdade, como um direito que não tinha sido concedido por nenhum poder terrestre, nem deveria ser restringido por nenhum poder aqui embaixo.

(Jellinek, 2015, cap.7, p.76)

.....
 (...), aqui é o indivíduo que fixa as condições segundo as quais ele consente em fazer parte da sociedade e as conserva como direitos próprios. Ele possui, assim, no Estado e contra o Estado, os direitos que não provêm deste último. (cap.8, p.92)

Jellinek ainda entende que a concepção “independencialista” da Igreja estendeu-se para conceber também todas as associações como produto de contratos de associados inicialmente soberanos (Jellinek, 2015, cap.7, p.76) – o que se aplicou ao próprio Estado, que passou a ser entendido “não somente para assegurar a segurança do indivíduo e a posteridade pública, mas sobretudo para garantir e consagrar o direito inalienável e inato da liberdade de consciência” (p.76-77). Como “consequência lógica da concepção puritana do *covenant* [aliança] (p.76,

²⁹³ Schirmmacher ainda aponta que a ideia de uma constituição federal com a separação das funções de rei e de sacerdote originou-se no Antigo Testamento (Schirmmacher, 2009, p.75), e que, não por acaso, o filósofo judeu Moses Mendelssohn (1728-1786) foi o primeiro homem na Europa a advogar a liberdade religiosa com a separação da Igreja do Estado.

nota 3)”, ocorreu “a primeira vez na história em que semelhantes contratos sociais não foram somente reclamados, mas realmente concluídos” (p.77), do qual foi exemplo a formação do “corpo político e civil” da colônia de New Plymouth, no ano 1620, pelos dissidentes religiosos do navio *Mayflower* (p.79). Portanto, o cristianismo bíblico funcionou como protótipo das teorias contratualistas da filosofia política que levaram ao constitucionalismo²⁹⁴. Jellinek aponta ainda a constituição da colônia de Connecticut. Suas *Ordens Fundamentais* afirmam que seus habitantes associam-se para “sermos como um Estado Público... para reunir, manter e pressionar a liberdade e a pureza do evangelho do nosso Senhor Jesus que agora professamos” (Connecticut, 1638, preâmbulo)²⁹⁵. Ele também aponta que o proprietário e governador da colônia (hoje estado) da Pensilvânia, William Penn, concedeu sua Carta de Privilégios aos habitantes da colônia “porque nenhum Povo pode ser verdadeiramente feliz, ainda que sob o maior gozo de liberdades civis, se for restringido da liberdade de suas consciências, quanto à sua profissão religiosa e adoração” (Jellinek, cap.7, p.87; Penn, 1701, art.I). A partir dessas profissões, Jellinek afirma que os puritanos “partiam do princípio de que o Estado deveria realizar, acima de tudo, a liberdade religiosa” (Jellinek, 2015, cap.7, p.81).

Tomando os exemplos dos contratos sociais que fundaram as colônias americanas de New Plymouth, Salem, Rhode Island, Aquednek, Connecticut, Carolina do Norte e Pensilvânia, Jellinek induz que o princípio da liberdade religiosa “é intimamente ligado ao grande movimento político e religioso de onde saiu a democracia americana”, a qual decorre da noção de direito natural que entende que a liberdade de consciência e a liberdade de pensamento em matéria de religião “constituem direitos superiores ao Estado e não podem ser violadas por ele”, de modo que esse direito “não foi o Estado que o proclamou, mas o Evangelho” (Jellinek, 2015, cap.7, p.87). O jurista alemão aponta a razão pela qual os direitos naturais são inalienáveis, referindo-se ao *bill of rights* do estado de New Hampshire, o qual usa do direito à liberdade de consciência como exemplo maior (Jellinek, p.88):

[Art.]4. [Direitos de Consciência Inalienáveis] Entre os direitos naturais, alguns são, na sua própria natureza, inalienáveis, porque nenhum equivalente pode ser dado ou recebido por eles. Deste gênero são os Direitos de Consciência. 2 de junho de 1784 (New Hampshire, 1784, traduzido pelo DeepL)²⁹⁶

294 Jellinek cita Weingarten, para quem “O direito de toda comunidade religiosa de decidir, com sua própria autoridade, seus negócios, e de governar-se livremente, constitui a base da doutrina da soberania do povo, que foi assim introduzida na consciência política do mundo moderno” (Jellinek, p.76, nota 3).

295 Todos os trechos citados diretamente das Ordens Fundamentais de Connecticut foram traduzidas pelo DeepL.

296 Jellinek assume que os direitos naturais, como o de liberdade de consciência, estão fora do controle do poder político-jurídico: “(...), aqui é o indivíduo que fixa as condições segundo as quais ele consente em fazer parte da sociedade e as conserva como direitos próprios. Ele possui, assim, no Estado e contra o Estado, os direitos que não provêm deste último” (p.92)

Todo esse apanhado faz Jellinek concluir que a ideia de consagrar legislativamente os direitos gerais do homem teve a liberdade religiosa como causa (cap.7, p.75):

A ideia de consagrar legislativamente os direitos inalienáveis e invioláveis, os direitos naturais do indivíduo, não é uma ideia de origem política, mas, sim, uma ideia de origem religiosa. O que, até o presente cremos ser obra da Revolução [Francesa] não é, em realidade, senão um produto da Reforma [Protestante] e das lutas que ela originou. O seu primeiro apóstolo não é Lafayette, mas Roger Williams, cujo nome é ainda hoje proferido pelos americanos com a mais profunda veneração. (...)
(Jellinek, 2015, cap.8, p.88)

Jellinek não cita Paine em sua obra para chegar a essa conclusão, mas o texto fundamental desse anglo-americano, que simplificou e adaptou a obra de Locke para a realidade da independência americana, converge para a apreciação do juiz judeu-alemão:

Em uma passagem anterior deste texto sugeri algumas ideias a respeito da conveniência de uma Carta Continental (pois desejo apenas fornecer conselhos, não planos). Agora, tomo a liberdade de retomar o assunto, demonstrando que uma Carta precisa ser compreendida como um vínculo de compromisso solene, que o todo celebra para dar sustentação ao direito de cada uma das partes à religião, à liberdade pessoal ou à propriedade. Acordos sólidos e contas ajustadas constroem boas amizades.
(Paine, 2021, cap.5, p.63)

Percebe-se que Paine coloca a liberdade religiosa em primeiro lugar, dentre os direitos fundamentais a ser protegidos pela Consituição Federal. Por isso, Schirmmacher aponta que os americanos consideram a liberdade religiosa como a “primeira liberdade” (Schirmmacher, 2015, p.13)²⁹⁷, e que a sua violação resulta na violação de outras liberdades, como a de pensamento, a de consciência, a de expressão e a de associação. Troeltsch afirma que a protestante exigência religiosa de liberdade acarretou a formulação jurídica e o desenvolvimento das garantias democrático-constitucionais (Troeltsch, 1951, cap.4, p.66-67).

Se as declarações de direitos surgiram historicamente para proteger aquele direito que era considerado o mais importante de todos (o direito à liberdade de consciência), seria um atentado contra as origens de todos os direitos fundamentais e humanos que esse direito pioneiro em acarretar a proteção de todos os demais passasse a ser restringido por outros direitos fundamentais, apenas implícitos, que vieram a ser revelados séculos depois de um consenso construído e consolidado sobre o piso que é o direito de liberdade de consciência, o qual, por sua vez, teve seus alicerces no direito a uma liberdade da religião cristã como compreendida sob o terreno – ou rocha – de textos bíblicos.

²⁹⁷ Como visto, Rui Barbosa também creditava a liberdade religiosa como a “primeira liberdade” (cap.1.4).

Jellinek lista a sequência entre as constituições coloniais americanas e a Primeira Emenda à constituição federal dos EUA, como desenvolvimento da ideia de direitos que o Estado não pode violar. Ele parte de um célebre livro de James Otis, de 1764, passa para uma declaração de colonos proposta por Samuel Adams, em 1772, para, dela, passar então para uma declaração de direitos proferida pelo Congresso de Filadélfia, em 1774, a qual precedeu a Declaração de Independência de 1776 e a Primeira Emenda de 1791, a qual, como examinado no subcapítulo 2.1, inspirou toda a jurisprudência da Suprema Corte (Jellinek, cap.8, p.91-93). Otis afirmara que nem mesmo a Magna Carta, do ano 1215, deve ser considerada como a origem de todos os direitos, pois “as cartas podem variar, mas esses direitos perdurarão até o fim do mundo” (apud Jellinek, p.91). A partir da afirmação de Otis, pode-se afirmar então que não apenas as cartas passam enquanto alguns direitos duram, mas também que as cortes passam, uma vez que elas são derivadas das cartas.

Troeltsch avalia que o governo republicano de Oliver Cromwell na Inglaterra (1653-1659), que pretendia expressamente ser um estado cristão, ensejou os ideais de separação igreja-estado e de tolerância religiosa e de convicções e de opiniões acerca de todas as questões que dizem respeito à concepção do mundo (Troeltsch, 1951, cap.4, p.69). O historiador-sociólogo alemão entende que é nesse regime político histórico específico em que se radica a velha teoria liberal da intangibilidade da vida pessoal íntima diante do Estado, a qual, posteriormente, estendeu-se para outros objetos (p.69), como a consciência científica e a liberdade de pensamento (p.85), mas que conserva a noção protestante da individualização da consciência e da personalidade (p.82). Para ele, o princípio liberal e a liberdade moderna têm suas raízes na Revolução Inglesa, e derivam de um pensamento puramente religioso, principalmente batista (e secundariamente calvinista), que depois foi secularizado e explorado por racionalistas e por iluministas da Europa continental, que desenvolveram a ideia da tolerância cética e utilitária (p.69). Além disso, Troeltsch entende que esse princípio liberal foi posteriormente cultivado na vida social também por outras denominações religiosas, como os metodistas, os quakers e os (luteranos) pietistas, que se organizaram em associações regidas por princípios de participação democrática (p.79). Ele entende que foi do individualismo religioso que derivou o individualismo moderno, depois que aquele rompeu com concepções autoritárias da vida (p.80) a partir das formulações calvinistas de soberania popular e do direito de resistência, as quais, combinadas com o igualitarismo batista, determinaram a organização racional do Estado sob o princípio de que também ele deve respeito à Lei que é elaborada democraticamente. Mais do que isso, Troeltsch entende que os ideais de reformar a sociedade, atendendo aos interesses dos indivíduos, também derivaram de doutrinas batistas (p.81).

Georg Jellinek, juiz de direito da Alemanha, filho de rabino (Garcia, 2015, p.27-28) aponta que as teorias do direito natural pré-cristãs, greco-romanas, a exemplo das estóicas, “jamais levaram a uma declaração de direitos”, “não ficaram perplexas de constatar a antinomia entre o direito natural e o direito positivo”, e “nunca tentaram e efetivamente nunca formularam a pretensão de implementar o direito natural no âmbito do direito positivo”, de modo que “não levaram a qualquer efeito prático” (Jellinek, 2015, cap.6, p.72). Ele exemplifica que o jurisconsulto Ulpiano, no Digesto, do código romano, proclama que todos os homens são livres pelo direito natural, mas que a escravidão é uma instituição do direito civil (Digesto, livro 32). A aceitação da escravidão como direito por Ulpiano é congruente com a lição de Aristóteles, para quem os gregos (e macedônios) tinham o direito de escravizar os povos ditos “bárbaros”, independentemente de eles serem “escravos por natureza” ou não (Aristóteles, Política, livro 1). Portanto, segundo Jellinek, “a consequência prática desses princípios de direito natural, como a supressão da escravidão, não foi nem demandada nem realizada pelos romanos” (Jellinek, 2015, p.73).

O catedrático de Coimbra Jónatas Eduardo Machado pensa semelhantemente com relação à religião ocidental pré-cristã: não haveria conceber a dignidade humana quando o deus Crono come e mata seus próprios filhos, nem haveria como valorizar a vida e integridade física quando se adora a um deus da morte (Hades) e a outro da guerra (Ares), nem haveria como prevenir o arbítrio quando se tem os apaixonados deuses greco-romanos como modelo de comportamento para os homens (Machado, 2014, cap.2.1, p.34, nota 56).

No mesmo sentido, Schirmacher afirma que cosmovisões diferentes da judaico-cristã apresentam suas próprias justificações para os direitos humanos, mas o fizeram muito mais tarde e “não de uma forma que as fizesse penetrar na maioria dos adeptos dessas visões do mundo” (Schirmacher, 2015, p.9). Jónatas Machado percebe o *non sequitur*: “da premissa de que o ser humano e sua consciência são meros acidentes cósmicos, não se segue racionalmente a conclusão da intangibilidade da igual dignidade de todos os seres humanos, da primazia da liberdade de consciência ou da universalidade dos valores da verdade, da racionalidade e da justiça” (Machado, 2013, p.17).

Também não se pode afirmar que o ideal de separação entre os poderes do próprio Estado existiria sem uma mentalidade radicalmente biblicista. Costuma-se lembrar que os federalistas Alexander Hamilton e James Madison idealizaram o sistema de *checks and balances* americano, que inspirou o controle de constitucionalidade pelo Judiciário (Artigo

Federalista n.51): “Se *os anjos* governassem os homens, não seriam necessários controles externos ou internos ao governo” (Madison, 2008-b, traduzido livremente, grifo nosso). O uso do termo religioso “anjos” pelo federalista pressupõe uma ontologia bíblica, na qual o caráter humano é falho em comparação com o angelical: “Pode ser uma reflexão sobre a natureza humana, que tais dispositivos sejam necessários para controlar os abusos do governo. Mas o que é o governo em si, senão a maior de todas as reflexões sobre a natureza humana?”. Madison então propõe a solução: “a grande segurança contra uma concentração gradual dos vários poderes no mesmo departamento, consiste em dar àqueles que administram cada departamento os meios constitucionais e motivos pessoais necessários para resistir às invasões dos outros”.

Convém lembrar o pressuposto cultural da sociedade na qual os federalistas, como Madison, viveram. Em sociedades profundamente influenciadas pelo calvinismo, como as colônias britânicas da América dos anos 1700, convém lembrar a posição de João Calvino, para quem qualquer pessoa “que detenha o poder supremo, degenera com facilidade em um tirano”, e para quem “quando os homens de prestígio têm a supremacia, é-lhes igualmente fácil estabelecer uma tirania perversa” (Calvino, 2005, adendo, p.132, grifo nosso). Foi o reformador protestante Calvino quem idealizou a ideia de freio ao poder político: “(...) E, desse modo, é por causa dos vícios ou imperfeições dos seres humanos que a mais tolerável e confiável forma de governo consiste em várias pessoas governarem, cada uma auxiliando as outras e lembrando-lhes seu dever; de tal modo que, se algum deles elevar a si mesmo em demasia, os outros poderão agir como seus censores e senhores” (p.133). Os “vícios e imperfeições” mencionados por Calvino coincidem com o “pecado original”, falha de caráter moral essa de todos os seres humanos, desde o nascimento, segundo a teologia cristã desenvolvida a partir da epístola de Paulo aos Romanos: “... pois todos pecaram e estão destituídos da glória de Deus” (cap.3, v.23).

Essa desconfiança sobre a retidão de todos os homens (inclusive sobre a dos governantes) justifica que haja meios de prevenir e remediar o abuso de poder. Coetâneo de Calvino, o também reformador protestante Martin Bucer (Butzer) entende que o poder absoluto não pode ser concedido a “um homem suscetível de pecar” (apud Gatgounis II, 2024, p.67, traduzido livremente). Nesse sentido: Machado, 2013, cap.2.4, p.43. Se, por um lado, o cristianismo estabelece a dignidade de todos os seres humanos, por igual, ele também assume a falibilidade (pecaminosidade) de todos os seres humanos, por igual.

Depois de Calvino, também Locke – ele mesmo de formação calvinista (Marques, 2019, cap.2.6.3, p.106) – propugnou a separação das funções estatais “porque pode constituir uma tentação demasiado grande para a fragilidade humana capaz de assenhorar-se do poder” desviar-se das finalidades desse poder (Locke, 1998, cap.12, §143, p.515). Depois de Locke, também Montesquieu propugnou a separação das funções estatais para evitar “que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executar tiranicamente” (Montesquieu, 1997, livro 11, cap.6, p.133, grifo nosso)²⁹⁸ – o seu temor da tirania ressoa o mesmo temor de Calvino. Depois de Montesquieu, o revolucionário Paine, iniciou seu livro panfletário pró-independência americana afirmando que o governo é produto de “nossa maldade”, e que ele “promove nossa felicidade” de modo negativo “cerceando os nossos excessos” (Paine, 2022, cap.2, p.11).

E depois deles, o federalista Madison reafirmou essa falibilidade humana para idealizar um sistema político no qual nenhum homem pudesse deter um poder que não pudesse ser detido pelos poderes de outros homens, no Artigo Federalista n.45 (Madison, 2008-a). O federalista Hamilton confessa ter sido influenciado por Montesquieu no Artigo Federalista n.78, que idealiza o Poder Judiciário como separado dos demais (Hamilton, 2008). O biblicismo funciona como pressuposto de um sistema de freios e de contrapesos (de separação de poderes), reforçando a necessidade de sua conservação.

Magalhães Filho entende que os conceitos modernos de dignidade da pessoa humana, de liberdade²⁹⁹, de igualdade e de direitos humanos têm seus fundamentos na cosmovisão judaico-cristã (Magalhães Filho, 2018, cap.4, p.95), compondo a ordem moderna laica (ou pretensamente laica) (p.99), de modo que não se deve negligenciar esse legado cultural nem abstrair sua história (p.112), sob o risco de extrapolar da laicidade para o laicismo. Para ele, o Estado de Direito caracteriza-se como laico por não ser confessional, isto é, por ter um governo político livre de compromisso institucional com qualquer igreja específica (Magalhães Filho, 2014, cap.8, p.263)³⁰⁰. Diferentemente, o laicismo distingue-se da laicidade por tentar desvencilhar-se dos elementos religiosos que estavam presentes na justificação da sociedade que o criou (2018, cap.4, p.99). Enquanto a secularização é o processo social no qual certas funções sociais e culturais anteriormente associadas com a igreja são assumidas por agências governamentais (2014, p.264), subtraindo-lhes da dominação exclusivas de

298 O Barão também propugna que juízes não legislem porque, senão, “o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário”.

299 Magalhães Filho aponta que a noção de liberdade que ensejou a cultura da personalidade só surgiu, especificamente, do cristianismo (2018, cap.4, p.107).

300 Bobrzyk e Facchini Neto entendem que o estado laico caracteriza-se por a religião não servir de base para o estado nacional (2023, p.225).

instituições religiosas (2018, p.102), o secularismo é uma ideologia que visa a eliminar a religião da esfera pública (2014, p.264).

Troeltsch aponta que a secularização decorreu do entendimento protestante de que os ofícios estatais representam um serviço direto de Deus, o que conferiu autonomia ao Estado (Troeltsch, 1951, cap.4, p.60). Enquanto o estado laico manifesta o fenômeno institucional da secularização, surgindo apoiado por argumentos teológicos, o secularismo manifesta um fenômeno de consciência que procura criar uma estrutura mental que torna a religião desnecessária, bem como procura desqualificar o discurso público que traga pressuposições teológicas (Magalhães Filho, 2014, p.304). Baseando-se em Peter Berger, Magalhães Filho distingue a secularização das instituições da secularização das consciências, e daí avalia que a boa secularização caracteriza-se pela autonomia do temporal, concedendo liberdade religiosa, para o homem escolher, sem constrangimentos externos, o sistema de ideias religiosas que pretende adotar, enquanto que o secularismo, na medida em que exclui razões religiosas da convivência pública, suprime essa mesma liberdade concedida pela secularização, absolutizando o valor do secular e do temporal, excluindo e oprimindo as consciências religiosas pela falácia *ad hominem* e pela estratégia da estigmatização (2018, p.103). O secularismo, ao conferir caráter absoluto a um aspecto do mundo, funciona como “idolatria” (2014, p.265), isto é, funciona como uma “religião às avessas”, de modo que “um estado secularista é um estado confessional de alguma maneira, e, logo, é oposto ao estado laico (2018, p.115). Em face disso, Magalhães Filho afirma que o estado laico não precisa ser anti-religioso (2014, p.304). Pode-se acrescentar que, uma vez que o secularismo desqualifica o discurso público que traga pressuposições teológicas, resulta que qualifica o discurso público que traga pressuposições anti-teológicas.

Ratzinger (Bento 16) lembra que existem “patologias da razão”, que ocorrem quando ela não reconhece os seus limites, “deixando de lado a disposição de aprender e de se correlacionar”, de modo que ela passa a enxergar o ser humano como um “mero produto”, e se torna destruidora (Ratzinger, 2007, cap.5, p.87-88). Ele aponta que a humanidade em geral tem menos consciência dessas patologias da razão do que das patologias na religião, embora a “*hybris* da razão” seja mais ameaçadora, pois produz a bomba atômica. Contra os exageros do humanismo e do iluminismo, ele lembra da importância de saber ouvir (p.89-90). Nesse sentido, Rui Marques percebe um “secularismo agressivo ou radical”, que “pretende confundir laicidade do Estado com laicidade da Sociedade”, uma “irreligião oficial”, que ocupa grandes setores anteriormente reservados à religião, que resulta em uma “espécie de divinização do Estado e da sua cultura oficial” (Marques, 2019, cap.2.6.3, p.112) e em uma

“privatização forçada da religião” (p.111), bem como em um “esforço por que as questões religiosas sejam acantonadas na esfera privada ou íntima, sem direito a expressão na cidade, quando não proibidas ou perseguidas”, chegando ao ponto de tentar uma “domesticação dos pregadores” (p.112).

Jónatas Machado entende que a *laicização* significa participação igualitária dos indivíduos na formação da vontade política, especialmente da estatal (Machado, 2013, cap.1.3, p.22), impedindo a instrumentalização do poder político pelos poderes religiosos e vice-versa (cap.1.6, p.24), de modo que “a religião pode legitimamente ocupar um lugar no espaço público na medida em que isso reflita, não uma imposição coerciva de autoridades políticas e religiosas, mas a autonomia individual” (Machado, 2013, cap.1.3, p.22). Nisso ele difere a *laicidade aberta* da *laicidade de combate*, a qual é “intolerante e hostil para com a religião” (cap.1.4, p.22), e que pressiona e coage pessoas em suas crenças religiosas, “no sentido da conformidade e do abandono de suas crenças” (cap.1.6, p.24), o que gera uma desigualdade e assimetria em prol das perspectivas antirreligiosas e às custas das religiosas, o que “nada tem de religiosamente neutro”. Ele então alerta para o risco de que a *neutralidade religiosa* resvale para a *neutralização da religião*. Essa noção de que o laicismo era um modelo político mau e inadequado a uma constituição já tinha sido expressado por Rui Barbosa:

Mas os autores da nossa Constituição, felizmente, não se inspiravam nesse espírito de laicismo materialista, nesse fanatismo da irreligiosidade, na intransigência desse ateísmo, em que pretende repassar o nosso direito constitucional a filosofia sectária de certos hermeneutas. Não.

Não foi em ódio à Igreja Católica, ao cristianismo, ao sentimento religioso, a quaisquer igrejas ou cultos, que a nossa Constituição traçou entre o temporal e o espiritual estas extremas. A nossa lei constitucional nem é anti-religiosa nem irreligiosa. Não.

A Constituição, pelo contrário, altamente reconhece o valor da religião, da existência dos cultos, do desenvolvimento dos princípios religiosos, Tanto assim que cerca de todas essas garantias consagradas nos arts.11 e 72 os direitos da fé, a actividade da consciência religiosa, as organizações voltadas ao exercício dos cultos. (...)
(Barbosa, 1957, p.241-242)

Pode-se considerar “*anti-religiosa*” a postura que contraria uma religião determinada (ou mais de uma) como um todo, intencionalmente. Pode-se considerar “*irreligiosa*” a postura que contraria a religião por assumir o risco de lhe causar dano (como em um dolo eventual), isto é, a postura segundo a qual uma religião é violada não como um todo, mas apenas naquelas suas porções em que ela eventualmente conflitar com a ortopráxis e/ou com a ortodoxia estabelecida por uma ideologia no poder. Trata-se da *intolerância irreligiosa*. Essa intolerância religiosa da irreligião assemelha-se à “indiferença insensível” (*callous*

indifference), mencionada pelo juiz Douglas, em “Zorach vs. Clauson” (América, 1952, p.313-314), e temida por Rui Barbosa. A intolerância da irreligião contra a religião pode se manifestar como legalismo, e ser exercitada hodiernamente por juízos conformistas com a jurisprudência vinculante e com a juristocracia (jurisprudencialismo). Pode se manifestar também como pan-principiologismo ou por neo-constitucionalismo, e ser exercida por juízos ativistas engajados em uma espécie de vanguarda iluminista. O revolucionário neo-constitucionalismo, desapegado do direito positivo legal, pode vir a implementar um novo *establishment* – um novo direito positivo, jurisprudencial –, que passa então a ser mantido pelo conservador juspositivismo, que troca seu apego ao velho direito positivo legal pelo apego ao novo direito positivo jurisprudencial. Existe o risco de uma intolerância acidental e indireta: “Quanto ao mais, cada um pode ter as opiniões que quiser, sem que caiba ao Soberano ter conhecimento delas. ... isso não é assunto dele, contanto que sejam bons cidadãos nessa vida” (Rousseau, 2007, livro 4, cap.8, p.149). Em suma, a intolerância indireta ocorre quando a religião surgir como obstáculo para a realização das agendas de sistemas de pensamento em voga na doutrina jurídica: o direito positivo jurisprudencial (no juspositivismo) ou a positivação de novos direitos constitucionais supostamente implícitos mediante o controle de constitucionalidade. Uma vez que esses sistemas de pensamento não se manifestam de forma evidente como intolerâncias religiosas, demandam que se ressalte o que Rui Marques caracteriza como a distinção da liberdade para a mera tolerância religiosa: “a proibição de qualquer discriminação por motivo de religião”, “o que não determina necessariamente que o mesmo Estado desconheça ou menospreze a realidade social e cultural religiosa ou a trate de modo indiferenciado” (Marques, 2019, cap.2.6, p.95). O tratamento indiferenciado é aquele que tolhe a religiosidade em nome da uniformidade. Uma verdadeira liberdade religiosa, segundo Marques, demanda um tratamento diferenciado da religiosidade em conflito potencial com o direito positivo, prevenindo de que esse conflito seja efetivado, resultando na efetiva “igualdade jurídica, das várias confissões religiosas e seus membros, ante o Estado e nos vários direitos políticos e civis”, resultando na substancial “neutralidade e secularização do poder político” (p.95). Caso contrário, incidiria a “intolerância de Estado”, que consiste na intolerância que ocorre “em nome de uma alegada sociedade ‘laica’ ou dessacralizada, que, por definição, nunca existe” (cap.2.6.2, p.104).

Por isso, a *Declaração sobre a Eliminação de todas as formas de Intolerância e Discriminação fundadas na Religião ou nas Convicções* precaveu não apenas contra a intolerância de motivação religiosa ou anti-religiosa, mas, também contra o que resultar em intolerância contra a religião, quando define a discriminação religiosa também por suas consequências:

§1. Ninguém será objeto de discriminação por motivos de religião ou convicções por parte de nenhum estado, instituição, grupo de pessoas ou particulares.
§2. Aos efeitos da presente declaração, entende-se por “intolerância e discriminação baseadas na religião ou nas convicções” toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na religião ou nas convicções e cujo fim *ou efeito* seja a abolição ou o fim do reconhecimento, o gozo e o exercício em igualdade dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.
(ONU, 1981, artigo II, grifo nosso)

Jónatas Machado cita o juiz constitucional alemão Böckeförde no sentido de que “o estado liberal secularizado vive de pressuposições que ele mesmo não consegue garantir” (Machado, 2013, cap.2, p.28). Schirmacher chama essa afirmação de “dilema de Böckeförde” (Schirmacher, 2023, p.6)³⁰¹, e comenta que ela significa que um estado não-ideológico que, por exemplo, legisla e executa uma lei contra o assassinato “não tem uma base moralmente vinculativa para explicar por que razão essa lei é correta”, pois “uma democracia secular não tem uma resposta óbvia” para o problema de por que o Estado deveria proibir o assassinato de “pessoas de quem não gosta” e o extermínio de “grupos de pessoas consideradas sub-humanas”³⁰². A laicidade pura, desvinculada de sua origem judaico-cristã, não consegue justificar tal proibição. Machado questiona e avalia:

(...) Mas terá sentido negar a existência de Deus e ao mesmo tempo afirmar a primazia normativa, a intemporalidade e a universalidade de determinados valores fundamentais de dignidade humana, liberdade, igualdade e justiça? Não se estará assim a procurar harmonizar uma premissa que serve de base a uma dada visão do mundo com uma conclusão pertencente a outra visão do mundo completamente diferente? (...)

.....
(...) Na medida em que o Estado Constitucional pretenda afirmar a primazia e a universalidade daqueles valores, ele apoia-se necessariamente em pressuposições teístas. E não de um teísmo qualquer. A visão judaico-cristã do mundo parece ser a que melhor permite justificar racionalmente a primazia e a universalidade dos valores e princípios do Estado Constitucional. (...)
(Machado, 2013, p.09)

Tertuliano apontava a influência do judaico-cristianismo já na Antiguidade Tardia em que viveu, em sua Apologia, ao mesmo tempo em que apontava a tendência de intelectuais em rejeitá-la parcial e seletivamente:

(...) Que poeta ou sofista não bebeu na fonte dos profetas? Por isso, os filósofos regaram as suas mentes áridas, de modo que são as coisas que eles têm de nós que

301 Schirmacher cita todo o parágrafo de Böckeförde: “O estado liberal e secularizado vive de condições prévias que ele próprio não pode garantir. É esse o grande risco que assumiu em nome da liberdade. Por um lado, só pode existir como estado liberal se a liberdade que concede aos seus cidadãos for regulada a partir do interior, da substância moral do indivíduo e da homogeneidade da sociedade. Por outro lado, não pode pretender garantir estas forças reguladoras internas por sua própria iniciativa, isto é, através da coerção legal e do comando autoritário, sem renunciar à sua liberdade e – a um nível secularizado – voltar a cair na pretensão de totalidade da qual emergiu nas guerras civis confessionais” (Schirmacher, 2023, p.6, nota 1, traduzido do alemão pelo DeepL, apud *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt: Suhrkamp, 1976, p.60).

302 Todos os trechos citados diretamente desse artigo de Schirmacher foram traduzidos pelo DeepL

nos fazem comparar com eles. (...) seus discípulos procuraram imitar nossas doutrinas; e ambiciosos, como eu disse, de glória e eloquência somente, se eles caíssem em qualquer coisa na coleção das Escrituras Sagradas que os desagradassem, em seu próprio estilo peculiar de pesquisa, eles a pervertiam para servir a seus propósitos: pois eles não tinham fê adequada em sua divindade para impedi-los de mudá-las, nem tinham qualquer compreensão suficiente delas. (...) Pois assim também, se a verdade se distinguia pela sua simplicidade, tanto mais a fastidiosidade do homem, demasiado orgulhoso para acreditar, se pôs a alterá-la; de modo que até o que achavam certo tornavam incerto pelas suas misturas. (Tertuliano, 1998, cap.47, vv.2-4, traduzido pelo DeepL)

E, em uma passagem na qual lembra a eisegese mencionada por Magalhães Filho, Tertuliano afirma que “...de acordo com a fantasia de cada um”, cada escola filosófica “introduziu algo novo ou remodelou o antigo” (cap.47, vv.5-8). Tertuliano percebia a tendência de que os adeptos do sistema de crenças bíblico fossem perseguidos por quem nutre seu próprio sistema de pensamento a partir dele, sincretizando-o. Habermas admite que a permeação mútua do cristianismo e da metafísica grega promoveu a apropriação de conteúdos genuinamente cristãos pela filosofia, inclusive de conceitos como os de autonomia, de história, de emancipação, e de individualidade (Habermas, 2007, cap.4, p.49-50). Rui Marques avalia que “o Ocidente Cristão terá sido a única civilização tornada livre e próspera, devido à separação total e muitas vezes em conflito entre instituições religiosas e políticas, o que permitiu o emergir de instituições livres e resultou num sistema policêntrico que, quando ameaçado totalitariamente pelos políticos, encontra na filosofia cristã a sua defesa” (Marques, 2019, cap.2.3.2, p.65).

Por isso, pode-se afirmar, com ampla razoabilidade, que o sistema jurídico ocidental contemporâneo – especialmente quanto à matéria de direitos fundamentais e direitos humanos – é largamente tributário da ética judaico-cristã, que atualmente é ameaçada por esse mesmo sistema jurídico que dela derivou. Magalhães Filho induz que o cristianismo fundamentalmente bíblico passou a distinguir os assuntos políticos dos assuntos religiosos; que ele ressaltou o valor do indivíduo, apontando a noção de igualdade entre os indivíduos; e que oportunizou o reconhecimento da competência do indivíduo comum para atuar como cidadão, tratando dos interesses públicos, percebendo, assim, uma homologia entre doutrinas cristãs radicadas em seus fundamentos e as doutrinas do estado de direito (Magalhães Filho, 2018, cap.8, p.193). Deduz-se então que existe uma *dívida histórica* dos direitos fundamentais e dos direitos humanos para com o sistema de crenças e de ordenanças éticas da Bíblia. Os direitos humanos e os direitos fundamentais são frutos que podem ser rastreados até suas raízes nos textos bíblicos do judaísmo e do cristianismo. Assim, Magalhães Filho avalia:

Levando-se em conta todas essas contribuições do cristianismo para a formação da cultura ocidental e para as próprias bases da esfera pública, seria uma

irracionalidade e grande injustiça excluir cristãos enquanto cristãos da arena pública, mesmo sabendo que procurarão defender seu ponto de vista com argumentos que outros podem aquiescer racionalmente (Magalhães Filho, 2018, cap.4, p.108).

Até mesmo John Rawls, que tanto propugna a exclusão de razões religiosas do debate público e das políticas públicas (Rawls, 2000-a, seção 59, p.429, por exemplo) admite que a Reforma Protestante influenciou profundamente a natureza do liberalismo contemporâneo, pois seu pluralismo religioso resultou por viabilizar pluralismos de outros tipos (Rawls, 2000-b, p.30), iniciando a noção moderna de liberdade de consciência e de pensamento (p.32), de modo que ela marca a origem histórica do liberalismo político e do liberalismo em geral. Rawls questiona -se: "... o problema do liberalismo político consiste em saber como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade estável e justa de cidadãos livres e iguais, profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis" (p.33-34).

Depois de toda a genealogia eidética exposta retro, pode-se arriscar a resposta de que a justiça da igual liberdade entre os cidadãos discordantes de uma sociedade decorre de que a doutrina religiosa que fundamenta essa sociedade, isto é, o cristianismo – com todos os seus desdobramentos filosóficos e morais – estabeleceu a liberdade de consciência como fundamento em seu sistema de crenças. Rawls estende sua própria indagação: "Trata-se de um problema de justiça política, não de um problema sobre o bem supremo". Diante de todo o exposto pelas filosofias políticas retro, especialmente pelas de Locke, de Madison e de Constant, que radicam nos pensamentos de Lutero e de Tertuliano sobre a relação entre a *pólis* e a *religio*, pode-se concluir que aquilo que essa doutrina religiosa entende como o bem supremo (a vontade de Deus) coincide com o requisito do que Rawls entende como justiça política. Mas a resposta mais adequada ao questionamento de Rawls, que escreveu longos livros, pode estar no curto texto fundamental de seu compatriota, Paine: *Senso Comum*, o qual explica o princípio liberal conforme uma confissão cristã:

(...) Eu acredito, completa e plenamente consciente, ser a vontade do Todo-Poderoso que haja diversidade de opiniões religiosas entre nós; isso amplia o campo de ação da nossa gentileza cristã. Se todos pensássemos da mesma maneira, nossas disposições religiosas careceriam de pontos a serem verificados; por meio do princípio liberal, porém, vejo as várias denominações entre nós como filhos de uma mesma família, que diferem apenas em seus nomes cristãos." (Paine, 2021, cap.5, p.63).

A partir dessa perspectiva, os ideais de pluralismo e de multiculturalismo, hoje correntes, derivam de uma herança intelectual e consuetudinária cristã. A própria ordem constitucional brasileira positivou o direito à diversidade de pensamento porque herdou do cristianismo essa concepção de que opiniões não devem ser reprimidas mesmo quando se

entende que sejam errôneas. O pluralismo contemporâneo deve sua atual predominância – e sua própria existência – a esse legado cultural cristão. Portanto, um direito estatal positivo que reprima posições éticas cristãs, além de solapar sua própria base cultural, paga, com o mal, o bem do qual se aproveitou.

É duvidoso se a “fé nos direitos humanos” conseguirá perdurar em uma sociedade na qual a fé que a originou – a fé cristã – seja reprimida. A História não registra a noção de direitos humanos antes do cristianismo. A noção de que todas as pessoas são iguais em direitos primários, independentemente de circunstâncias subjetivas – como sexo, raça, classe social – ou de circunstâncias objetivas – como o tempo, o lugar ou a civilização –, é uma noção desenvolvida peculiarmente na civilização da Cristandade, e em nenhuma outra. Por isso, torna-se difícil assegurar que a noção de igualdade deontológica de todos consiga subsistir no imaginário coletivo, se primeiro desaparecer, nesse imaginário coletivo, a noção de igual filiação a Deus e a de igual irmandade ao homem-Deus.

A convicção de que existe um direito à liberdade de consciência (ou um direito de autonomia existencial) pode apoiar-se, atualmente, em afirmações escritas de tratados internacionais de direitos humanos, como, por exemplo, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos³⁰³; e pode apoiar-se também na sua reafirmação pela jurisprudência de cortes internacionais ou de tribunais supremos. Contudo, essas cortes e tribunais baseiam-se em constituições e em tratados os quais, por sua vez, baseiam-se em convicções e crenças pré-jurídicas. Antes da elaboração formal do direito positivo, a História registra quais cosmovisões – quais filosofias e/ou religiões – determinaram as mentalidades dos positivadores do direito, para que eles tenham positivado um dado dever-ser e não outro. Diferentes filosofias e diferentes religiões postulam diferentes princípios, a partir dos quais a lógica jurídica desenvolve seus argumentos para alcançar suas conclusões. Jellinek entende que a solução de questões de princípio “não pode ser obtida senão pelo exame atento dos fatos históricos”, pois “a dialética jurídica pode deduzir uma dada proposição, com o mesmo rigor lógico, de princípios totalmente opostos” (Jellinek, 2015, cap.9, p.104, nota 5). Conclusões jurídicas desenvolvidas a partir de princípios aristotélicos – como, por exemplo, o princípio de que existem escravos por natureza –, tendem a ser diferentes de conclusões jurídicas desenvolvidas a partir de princípios cristãos – como, por exemplo, o princípio de que se deve tratar os outros como se gostaria de ser tratado.

303 Ou em um catálogo de direitos fundamentais, escritos em uma Constituição

Por isso, Jellinek entende que “não é na jurisprudência formal que se deve procurar qual é o verdadeiro princípio, mas, sim, na história”. Tribunais, cortes, constituições e tratados surgem e desaparecem. Suas leis e jurisprudências vem e passam, mas as cosmovisões a partir das quais essas instituições jurídicas surgem são mais duradouras. É nelas que se radicam as razões últimas segundo as quais uma noção de dever é ou não é um direito. A preferência por noções de direito cunhadas pela jurisprudência formal revela uma mentalidade cronocêntrica³⁰⁴, a qual é incongruente com a noção de que os direitos humanos são atemporais. A convicção de que os direitos humanos são válidos para todas as épocas demanda a noção de que eles se mantêm por causa de algo que não seja tão perecível quanto uma constituição ou um tribunal encarregado de interpretá-la. Demanda a noção de que os direitos humanos e fundamentais mantêm-se por causa de um fundamento imune ao tempo e ao espaço, fora do tempo e do espaço – uma fundamentação transcendente, com pretensão de eternidade. Nessa conjuntura, a cosmovisão cristã precede a noção de igualdade deontica, e, por isso, parece ser a condição sem a qual a noção de igual liberdade para todos não consegue persuadir os seres humanos dos quais se espera que concordem com a ideia de que existem direitos humanos.

Hannah Arendt lembra que a concepção romana de piedade (*pietas*) consistia em “voltar a se vincular ao início da história”, isto é, à fundação da própria cidade de Roma (Arendt, 2013, cap.5.2, p.255), o que significava a origem do próprio Estado e de seu direito positivo; e lembra também que o significado original da palavra romana religião (*religare*) consistia em “se ligar de volta a um início”. Lembra ainda o sentido original da palavra autoridade (*auctoritas*), que deriva de *augere*, isto é, daquilo que faz “aumentar e crescer”, ou seja, a fonte do crescimento de algo, o seu *principium* (p.258). Nos termos políticos originais, a autoridade é aquilo que nutre, conserva e possibilita o crescimento e o desenvolvimento do estado e de seu direito. Ela entende que os fundadores da federação dos EUA inspiraram-se na antiga república romana como modelo para o novo estado que constituíam (p.256), e lembra que o senado romano era o órgão que detinha a autoridade (*auctoritas*) do estado (p.256), porque seus membros, descendentes das famílias fundadoras de Roma, encarnavam e representavam esses mesmos iniciadores do próprio estado, por meio da herança e da tradição, tornando presente o “espírito da fundação, em virtude da qual era possível aumentar, crescer e alargar as fundações, tal como haviam sido lançadas pelos ancestrais” (p.258)³⁰⁵. Arendt

304 O cronocentrismo denota a tendência de crer que a existência presente revela uma imutabilidade ao longo da história. No presente caso, o cronocentrismo induz a acreditar que os direitos humanos – a noção de direitos primários iguais para todos – possam continuar existindo no futuro (ou de que pudessem ter existido no passado), independentemente da co-existência de outro elemento da realidade presente (no caso, uma crença cristã genuína amplamente difundida na sociedade).

305 Arendt afirma que o senado romano tinha a função especial de ser o “o ‘meio’ por onde deveriam passar todas as posições públicas”. E explica: “Ainda que as opiniões sejam formadas por indivíduos e devam se

aponta que, na fundação do estado americano, essa autoridade foi depositada no mais alto tribunal judiciário (p.258), na medida em que os *founding fathers* entendiam que a Suprema Corte conservaria as posições registradas por escrito na Constituição, fundante do estado federal (p.258). Ela aponta que as comunidades políticas americanas fundadas pelos *pilgrim fathers*³⁰⁶ tinham, como principal modelo, a fundação da federação israelita, com a aceitação das leis mosaicas, conforme narrado e descrito nos livros bíblicos de Êxodo, Números e Deuteronômio (cap.5.2, p.263 e nota 39-b).

Se a autoridade é aquilo que sustenta e que possibilita o crescimento e o desenvolvimento, então é algo que funciona como a raiz de uma planta ou como o alicerce de um prédio. Uma vez que a raiz e o alicerce dos direitos humanos e dos direitos fundamentais (inclusive do próprio direito de liberdade de consciência) residem no biblicismo cristão, decorre que, considerando o sentido original do termo “autoridade”, a autoridade dos próprios direitos humanos e dos direitos fundamentais deriva do sistema de pensamento bíblico. Disso pode-se concluir que ferir essa raiz (ou que avariar esse alicerce) na sociedade da qual brotou a noção de direitos humanos e de direitos fundamentais, reprimindo quem cultiva o sistema ético respectivo a esse sistema de crenças, pode produzir o efeito de arruinar todo o edifício doutrinário da concepção dos direitos humanos; pode produzir o efeito de adoecer toda a árvore institucional que é nutrida para concretizar esses direitos (para colher os frutos que são esses direitos).

Essa conclusão é reforçada pelo entendimento da mesma Hannah Arendt, de que o valor da liberdade de consciência deriva majoritariamente da própria consciência como valor em um sistema de pensamento teísta. Ela afirma que “... a consciência só adquiriu o seu caráter moral específico quando foi compreendida como um órgão pelo qual o homem escuta a palavra de Deus, em vez de suas próprias palavras” (Arendt, 2004, cap.1.2, p.153). Então ela

manter, digamos, como que propriedade deles, nenhum indivíduo sozinho – nem o sábio dos filósofos, nem a razão divinamente informada do Iluminismo, comum a todos os homens – jamais está à altura da tarefa de peneirar as opiniões, de passá-las pelo crivo de uma inteligência que separe o arbitrário e a mera idiossincrasia, e assim purificá-las e convertê-las em posições públicas” (Arendt, 2013, cap.6.1, p.288). Segundo essa lógica, aquele colegiado prevenia que não prevalecessem as eisegeses de poucos homens – pretensamente mais sábios – sobre em que consistiriam os princípios do estado e do direito.

306 Usa-se o termo *pilgrim fathers* para significar algo diferente dos *founding fathers*. Os *founding fathers* (pais fundadores) são assim chamados porque fundaram o estado federal dos Estados Unidos da América e, de certa forma, a nação americana, nos anos 1700. Dentre eles estão George Washington, Thomas Jefferson, John Adams, James Madison, Alexander Hamilton, etc.. Já os *pilgrim fathers* (pais peregrinos) são assim chamados porque peregrinaram da Inglaterra para o continente americano, nos anos 1600, a bordo do navio *Mayflower*, e fundaram a colônia de Plymouth (em Massachussets), constituindo-a mediante o pacto (contrato) social conhecido como *Mayflower Compact*. Os pais peregrinos de Plymouth eram puritanos que se separaram da Igreja Anglicana, influenciados pelo calvinismo. Por extensão, usa-se o termo *pilgrim fathers* para quem peregrinou não apenas para o continente americano, mas também dentro do continente americano, fundando e constituindo colônias, que posteriormente tornaram-se estados que se uniram, como, por exemplo, Thomas Hooker (Connecticut), William Penn (Pensilvânia) e Roger Williams (Rhode Island).

avalia a pouca profundidade sociocultural de uma tradição não-religiosa de valorização da consciência: “Por isso, se desejarmos falar sobre essas questões em termos seculares, temos muito pouco a oferecer além da filosofia antiga pré-cristã” (p.153)³⁰⁷. Mais adiante, ela reafirma sua avaliação: “A Antiguidade, como já disse, ainda não conhecia o fenômeno da consciência; ela foi descoberta como o órgão no homem que escuta a voz e Deus e adotada mais tarde pela filosofia secular, na qual é de legitimidade duvidosa” (p.173).

Uma vez que a liberdade de consciência e os demais direitos humanos e fundamentais derivam de uma origem cristã, os danos a essa raiz podem eliminar a produção de seus frutos. Joseph Ratzinger (o papa Bento 16) questiona-se até quando a consciência atual das pessoas satisfar-se-á com a “evidência intrínseca” dos valores protegidos pelas declarações de direitos (Ratzinger, 2007, cap.1, p.68). Ele aponta que outras culturas divergem do catálogo ocidental de direitos humanos: a China marxista cogita questioná-los como mera invenção, e o Islã definiu seu próprio e divergente catálogo – o qual, por exemplo, não admite liberdade religiosa para todas as religiões (Organização para a Cooperação Islâmica, 1990, art.10)³⁰⁸. E ele alerta sobre o risco de falência moral de uma concepção humanista não-religiosa que pretende ser aceita por culturas não-ocidentais, as quais, para todos os efeitos práticos, são sociedades cujas culturas não têm matriz bíblica:

Fato é que nossa racionalidade secular, por mais que ela pareça evidente à nossa mente de formação ocidental, não o é para qualquer mente. Em sua tentativa de ser evidente, essa racionalidade esbarra em limites. Sua evidência está ligada, de fato, a determinados contextos culturais, o que a obriga a reconhecer que, como tal, ela não é transparente para toda a humanidade, de modo que não pode ser operacional no todo. Com outras palavras, aquela fórmula universal, racional ou ética ou religiosa, que seja aceita por todos e que poderia sustentar o todo, não existe. Por isso, também o assim denominado etos mundial continua sendo apenas uma abstração. (Ratzinger, 2007, cap.4, p.85-86)

As avaliações a partir de Arendt e de Ratzinger são congruentes com a posição de Jónatas Machado, para quem, “se o estado constitucional for arrancado à sua raiz judaico-cristã, as suas afirmações de valor perdem o seu fundamento racional e moral, ficando entregues ao subjectivismo, ao arbítrio e à precariedade das ‘construções sociais’ edificadas por diferentes comunidades políticas e grupos de interesses” (Machado, 2013, conclusão “x”)³⁰⁹, pois se esses valores forem apenas criações humanas, limitam apenas os seres

humanos que os aceitam, “não havendo como dirigir qualquer censura moral àqueles que os
307 E ela completa: “E não é extraordinário encontrar ali, no meio de um pensamento filosófico que não está de modo algum preso a um dogma religioso, uma doutrina do Inferno, Purgatório e Paraíso, completa com um Juízo Final, recompensas e castigos, a distinção entre pecados veniais e mortais, e todo o resto? (...)” (Arendt, 2004, cap.1.2, p.153).

308 “Art.10 - O Islã é a religião de natureza intocada. É proibido exercer qualquer forma de compulsão sobre o homem ou explorar sua pobreza ou ignorância a fim de convertê-lo a outra religião ou ateísmo” (traduzido livremente).

309 Também em cap.5.1.3, p.137

rejeitarem” (cap.3.6, p.81), e a moralidade e a racionalidade dos comportamentos humanos seriam aferidas “em função dos interesses e do poder de cada um” (cap.3.6.3, p.89), de modo que “nada existiria de intrinsecamente bom”, viabilizando então a positivação de direitos que instituísem uma sociedade de castas, ou o extermínio ou o abuso de crianças (p.91).

A forte origem cristã da noção de consciência, segundo Arendt, converge para a posição de Habermas, para quem “é também do interesse do estado constitucional que se use de todas as fontes culturais de uma maneira moderada, porque é nelas que se abastecem a consciência normativa e a solidariedade dos cidadãos” (Habermas, 2007, cap.4, p.51)³¹⁰. A posição de Habermas aponta para que o cristianismo não seja tolhido pela laicidade do estado, sob risco de configurar um indevido secularismo:

(...) A concepção de tolerância de sociedades pluralistas de constituição liberal não exige apenas dos crentes que entendam, em suas relações com os descrentes e com os crentes em outras religiões, que precisam contar sensatamente com a continuidade de um dissenso, pois numa cultura política liberal exige-se a mesma compreensão também dos descrentes no relacionamento com os religiosos. (Habermas, 2007, cap.5, p.55)³¹¹

.....
A neutralidade ideológica do poder do Estado que garante as mesmas liberdades éticas a todos os cidadãos é incompatível com a generalização política de uma visão do mundo secularizada. Em seu papel de cidadãos do Estado, os cidadãos secularizados não podem nem contestar em princípio o potencial de verdade das visões religiosas do mundo, nem negar aos concidadãos religiosos o direito de contribuir para os debates públicos servindo-se de uma linguagem religiosa. (...) (p.57)

Portanto, parece prudente conservar a raiz cultural para garantir que ainda haja frutos jurídicos no futuro, dos quais ora se beneficiam tanto os ateus convictos, quanto os ateus práticos, quanto os cristãos nominais e os cristãos secularizados. Por isso, pode ser contrário aos interesses dos próprios defensores dos direitos humanos e fundamentais recusar escusa a objetores de consciência que se baseiam em crenças religiosas bíblicas para não colaborar com a concretização de direitos positivados por julgados vinculantes.

Portanto, pode-se concluir que seja mais prudente salvaguardar a prática da ética judaico-cristã bíblicista para que, assim, conserve-se também a axiologia judaico-cristã que lhe inspira os imperativos. A salvaguarda dessa prática da ética judaico-cristã bíblicista pode se dar, por exemplo, escusando as objeções de consciência que são manifestadas por esse motivo de crença religiosa. Essa axiologia judaico-cristã pode funcionar então como uma

310 Habermas também percebe outra utilidade social da religião: ele encontra, apenas nela, forças psíquicas para que os indivíduos superem fracassos existenciais e algumas patologias (Habermas, 2007, cap.4, p.48-49).

311 Na tradução de Bittar: “A compreensão tolerante das sociedades pluralistas compostas de forma liberal exige não apenas dos crentes, no trato com crenças, o reconhecimento de que devem contar racionalmente com a continuação de uma dissensão. Por outro lado, esse mesmo reconhecimento é exigido de incrédulos, no trato com os crentes, no contexto de uma cultura política liberal” (Bittar, 2010, p.109)

reserva, como uma alternativa, das fontes dos valores jurígenos consensualmente aceites nas sociedades ocidentais contemporâneas, para garantir que a crença nos direitos fundamentais e nos direitos humanos sejam perpetuados na sociedade. Para tanto, pode ser necessário proteger essa ética judaico-cristã bíblicista de modo que ela seja escusada excepcionalmente, em comparação com as éticas de outras cosmovisões. Tal excepcionalidade, tal tratamento diferenciado à ética bíblicista pode parecer uma violação à neutralidade religiosa do Estado. Porém, se se tomar a avaliação de Jónatas Machado, nenhuma neutralidade religiosa seria violada. Ao contrário:

A defesa da primazia dos valores do Estado Constitucional só é possível a partir de uma visão teísta do mundo e da vida que corresponda, no essencial, à matriz judaico-cristã. A defesa de direitos humanos fundamentais diante do poder político autocrático e democrático só é possível mediante o reconhecimento da sua origem transcendente. (...) Ao naturalismo só resta viajar sem pagar (*free ride*) no seio da tradição judaico-cristã, ou de outras congêneres, aproveitando os valores previamente identificados e concretizados por ela e esquivando-se do ônus de os ter que justificar racionalmente a partir de suas próprias premissas³¹².

.....
O facto de o Estado Constitucional assentar em determinados valores fundamentais impossibilita que se possa falar de uma verdadeira *neutralidade ética*. Por outro lado, o facto de estes valores não se poderem deduzir, em igual medida, das diferentes visões religiosas e não-religiosas do mundo coloca limites importantes à *neutralidade religiosa e mundivisional* do Estado. (...) Se uma visão do mundo ateu e materialista não consegue justificar racionalmente os valores do Estado Constitucional, de forma coerente e consistente, também não tem sentido que este pressuponha uma visão do mundo ateu e materialista, ou que incorpore uma predisposição favorável à mesma. Pelo contrário, o Estado Constitucional, com a inerente estrutura axiológica e principal, só tem sentido, do ponto de vista lógico e racional, se forem verdadeiras determinadas pressuposições teístas.

Por reconhecerem esta realidade, alguns autores chamam a atenção para ao carácter tendencial do princípio da neutralidade do Estado. (...) Em nosso entender, existe lugar para uma margem razoável de neutralidade religiosa e ideológica do Estado, mesmo dando como adquiridas as premissas teístas do Estado Constitucional. Uma vez que é um dado lógico e racional que este não pode subsistir sem aquelas, essa neutralidade tem que ser entendida em termos relativos, enquanto garantia institucional da existência de liberdade de consciência de religião e de uma esfera de discurso público em que o fundamento, o sentido e as implicações dessas premissas podem ser sujeitas a exame crítico permanente. Esta realidade não pode deixar de ter implicações quando se pretende densificar e concretizar positivamente o conteúdo do princípio da neutralidade religiosa e ideológica do Estado Constitucional. (...) (Machado, 2013, cap.5, p.123-125, grifos no original)

A partir do afirmado pelo catedrático de Coimbra, pode-se deduzir que a própria neutralidade religiosa do estado laico contemporâneo é consequência de uma religião específica, que é o cristianismo bíblico, o qual, em seus fundamentos, propugna coexistir pacificamente com mundivisões radicalmente divergentes neste mundo imanente, enquanto que outras cosmovisões específicas não aceitam coexistir pacificamente com divergências radicais. Segundo Machado, “a própria neutralidade liberal é um valor, uma posição ética e

³¹² Machado aponta que um constitucionalismo que despreza a herança religiosa bíblica de sua sociedade “tem que ir pedir emprestadas as necessárias premissas morais a outra visão do mundo que não a sua” (Machado, 2013, cap.3.6.4, p.101).

uma perspectiva normativa sobre as condutas que que é legítimo e ilegítimo o Estado adoptar” (2013, cap.5.1.1, p.130). Por isso, pode-se assumir que é a cosmovisão biblicista que sustenta logicamente a axiologia e a principiologia dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. O coimbrão também afirma que “o Estado Constitucional deve ser neutro relativamente às diferentes visões do mundo, não no sentido de que estas lhe são ética ou axiologicamente indiferentes, mas no sentido de que ele as avalia a todas, de igual modo, com base nos mesmos valores e princípios constitucionais de dignidade, liberdade, igualdade e justiça” (Machado, cap.5.1.2, p.134), de modo que “será com base na maior ou menor proximidade das diferentes visões do mundo aos valores e princípios constitucionais que os indivíduos e as confissões religiosas se poderão prevalecer, em maior ou menor medida, da protecção constitucional”. O professor de Coimbra ainda afirma: “... o Estado Constitucional não pode ser absolutamente neutro, do ponto de vista ético e religioso, já que isso seria negação de seus próprios valores”. Ao contrário: “ele tem que tomar partido pelos valores e princípios que estruturam a sua identidade e razão de ser” (Machado, 2013, cap.5.1.3, p.137). Por isso, ele conclui:

Se alguma assimetria discursiva fosse permitida neste domínio, ela deveria funcionar, precisamente, a favor das visões do mundo das quais se pode deduzir logicamente a transcendência, objectividade, universalidade e primazia dos valores que sustentam o Estado Constitucional, como sejam a dignidade humana, a liberdade e a justiça, e não a favor daqueles que pretendam reduzi-los, em última análise, a processos naturalísticos cegos, irracionais e aleatórios. A neutralidade do Estado Constitucional não traz pré-incorporada qualquer concepção ateísta, naturalista e antirreligiosa. Bem ao contrário.
(Machado, 2013, cap.5.2.6, p.164)

Do expressado por Machado, se é devida alguma exceção às regras mediante as quais o Estado trata igualmente todos os seus súditos, tal exceção deve ser concedida em favor das pessoas que manifestam congruência com o sistema de pensamento que pressupõe as mesmas pressuposições sobre as quais as teorias do estado de direito, dos direitos fundamentais e dos direitos humanos são construídas. Isso significa, na prática, que, se é devida alguma exceção às regras mediante as quais a jurisprudência vinculante do STF trata igualmente todos os seus jurisdicionados-legiferados, tal exceção deve ser concedida em favor das pessoas que se conduzem conforme os imperativos de crença bíblica, pois esse sistema de crenças forneceu os pressupostos de igualdade jurídica a partir dos quais o STF revela novos direitos fundamentais implícitos que estavam anteriormente ocultos³¹³. Por causa disso, uma tendência

313 Puppink teme exatamente que “em nome da igualdade perante a lei positiva”, os juízes, “submersos em múltiplas solicitações”, acabem por recusar a todas, “eliminando assim a garantia da liberdade de consciência e de religião” (Puppink, 2021, p.12). Se o temor de Puppink é razoável por causa da “lei positiva”, isto é, por causa das normas que são elaboradas democraticamente por um Legislativo composto por pessoas escolhidas pelas pessoas que serão subordinadas às regras que esse poder elabora, mais razoável ainda é o temor por causa da *jurisprudência* positiva, isto é, por causa das normas que são elaboradas tecnocraticamente por um Judiciário composto por pessoas não escolhidas pelas pessoas que serão subordinadas às regras que esse poder elabora (e

a favorecer posições éticas radicalmente contrárias às posições bíblicistas – por exemplo, punindo quem se recusa a colaborar para abortos ou para a celebração de homo-transsexualidade – atenta contra os próprios fundamentos que viabilizam a neutralidade religiosa-mundividencial do Estado. Por causa disso, um favorecimento excepcional de posições éticas bíblicistas – por exemplo, escusando quem objeta a colaborar para abortos ou para a celebração de homo-transsexualidade – garante a preservação dos próprios fundamentos que viabilizam a coexistência pacífica das mais variadas visões de mundo religiosas, irreligiosas ou indiferentes-insensíveis à religião na Sociedade, pela qual o Estado deve zelar.

A licença que for concedida aos crentes bíblicistas, escusando-os por suas objeções a colaborar com abortos ou com celebração de homo-transsexualidade, não é cabível apenas segundo o pensamento de Jónatas Machado. Eduardo Bittar posiciona-se em sentido que também dá cabimento a essa possibilidade, porém a partir de uma perspectiva mais multiculturalista:

Em sociedades pluralistas, as visões de mundo tem de se conciliar; por isso, a legislação contemporânea segue a tendência de admitir a possibilidade de afirmação e de expressão das diversas perspectivas de autoafirmação do indivíduo e de sua comunidade religiosa. Isso significa que o discurso jurídico, por si mesmo, deve ser tolerante, e abrir caminho para que o indivíduo possa exprimir suas opções, não sendo guiado por nenhum valor-predominante ou representante de uma única e exclusivista visão de mundo. Assim como um vegetariano não pode exigir que carnívoros deixem de comer carne, por motivos religiosos ou não, crescentemente mais, a legislação caminha em direção a formulação de soluções que abrem campos de opção por parte de seus receptores. (...) No entanto, como resposta aos que pretendem nada mais do que a universalização de sua visão de mundo, sabendo-se que a universalização de todas as visões de mundo em uma sociedade pluralista se torna uma equação impossível, a legislação deve acolher campos de possibilidades para que os indivíduos ajam guiados por suas convicções pessoais.

A tentativa de imprimir sobre o mundo uma visão exclusivista pode cercear o espaço de expressão de outras minorias religiosas dispersivas para as quais o discurso jurídico por ela influenciado pode soar como sinônimo de intolerância religiosa indireta, fator que pode ser suficiente para alimentar a combustão dos fundamentalismos e das aparições de extremismo oposicionista nos campos religioso e político. (...)

(Bittar, 2010, p.112)

Bittar demonstra que o direito positivo deve permitir a maior quantidade de opções de conduta aos seus súditos, para que eles se conformem com suas convicções pessoais, evitando assim o que ele chama de “intolerância religiosa indireta”. Essa intolerância religiosa indireta pode causar dano a pessoas religiosas a pretexto de apenas fazer cumprir o direito positivo, sem que a ofensa religiosa não seja sua intenção. Bittar assim entende depois de – ele também – admitir que “a linguagem dos direitos representou somente uma absorção muito particular da forma como os discursos religiosos foram mimetizados pela linguagem laica racional do

também não diretamente controláveis pelos súditos).

discurso dos direitos humanos, a partir principalmente, do século 18” (Bittar, 2010, p.104). Em outros termos, Bittar reconhece a dívida histórica da fé nos direitos humanos para com a fé bíblica. Portanto, se ele admite exceções às regras juspositivas em favor de pessoas que vivem segundo cosmovisões não-bíblicas, logicamente deve admitir também exceções a elas em favor de pessoas que vivem segundo cosmovisões bíblicas. Essa possibilidade de excepcionalidade é admitida pela ONU, na *Declaração e Programa de Viena*:

5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.
(ONU, 1993, grifos nossos)

A ONU recomenda que a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais – dentre elas a liberdade de praticar a religião – deve levar em consideração as particularidades históricas, culturais e religiosas. Como demonstrado *retro*, as religiões de matriz bíblica apresentam uma particularidade histórica em comparação com as demais: foram elas que forneceram a conjuntura cultural a partir do qual se originaram e se desenvolveram os próprios sistemas lógicos dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Portanto, a subsistência de pessoas que continuam a se conduzir de acordo com os imperativos bíblicos, em meio a uma sociedade que progressivamente rejeita ou desiste de se conduzir conforme esses preceitos, configura a transformação paulatina de uma maioria social em uma minoria religiosa-cultural que vai se assemelhando a um “fóssil vivo”, como um resquício que lembra a vitalidade de onde nasceu o discurso gradualmente dominante de laicidade e de tolerância, hoje generalizados. Benjamin Constant afirma que “em questões de opinião, os direitos da maioria e da minoria são os mesmos” (Constant, 2007, livro 8, cap.2, p.242), e que “a opinião da minoria não pode se subordinar à da maioria” (cap.10, p.257). Na medida em que os crentes bíblicistas tenderem a diminuir seu número porque as pessoas da sociedade em geral vão se conformando à influência cultural do ateísmo-materialismo prático e/ou ao poder estatal que ameaça punir idiossincrasias comportamentais, parece restar ao Estado o papel de conservar os comportamentos particulares dos crentes bíblicistas como fósseis vivos, em nome da diversidade, de modo a não reprimir suas práticas – pelo menos suas práticas omissivas. É o que pode se desprender de outro considerando do *Programa e Ação de Viena*:

19. Considerando a importância da promoção e da proteção dos direitos de pessoas pertencentes a minorias e o contributo de tal promoção e proteção para a

estabilidade política e social dos Estados onde vivem essas pessoas, a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma a obrigação para os Estados de garantir que as *pessoas pertencentes a minorias possam exercer de forma plena e efetiva todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais* sem qualquer discriminação e em plena igualdade perante a lei, de acordo com a Declaração sobre os Direitos de Pessoas pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas.

As *pessoas pertencentes a minorias têm o direito de* usufruir a sua própria cultura, de professar e *praticar a sua religião* e de se exprimir na sua língua, tanto em privado como *em público*, livremente e *sem interferências* ou qualquer forma de discriminação.

(ONU, 1993, grifos nossos)

O referido considerando demanda que os Estados não interfiram nas práticas religiosas de pessoas pertencentes a minorias, de modo a não vulnerar sua liberdade fundamental de religião e de consciência, mantendo seus direitos humanos de forma plena – inclusive “em público”, o que pode significar no exercício de sua função laboral, inclusive quando tal trabalho consistir em uma função pública ou estatal. Dessa forma, a proteção da liberdade religiosa mediante a concessão de escusa de consciência intersecta com a proteção da identidade cultural do grupo de pessoas que se conduz conforme imperativos bíblicos. Essa percepção atrai a incidência de outro dispositivo da Constituição Federal:

Art.215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§1º O Estado protegerá as *manifestações das culturas* populares, indígenas e afro-brasileiras, e *das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional*. (grifo nosso)

Humberto Cunha Filho interpreta esse dispositivo constitucional:

Em sentido amplo, um dos grandes dogmas constitucionais relacionados à cultura é o da diversidade com resguardo de elementos identitários. Nos termos da Norma Superior, a diversidade aparece incluída na ideia do pluralismo, içado ao status de fundamento da República (art.1º-V) e coadunado com a composição heterogênea da sociedade. Do ponto de vista operacional, essa dimensão se evidencia em comandos como o determinador de que “o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” (art.215-§1º). O destaque para a letra “s”, posta no final de algumas palavras, tem a finalidade de evidenciar a forte aderência da ideia em nossa Constituição, para a qual a diversidade não se resume à decantada trinca racial, pois há mais grupos étnicos além dos negros, brancos e índios. Do mesmo modo, existem coletividades que podem ser definidas e compreendidas por critérios não raciais, e no interior de cada uma dessas compartimentações, múltiplas formas de manifestações culturais que, além, de distintas, podem até ser antagônicas entre si.

(Cunha Filho, 2020, cap.6, p.135)

Como visto retro, o pensamento liberal de Rui Barbosa, calcado na cultura bíblica, participou do processo civilizatório brasileiro – e o conjunto de indivíduos que vivem conforme o *ethos* religioso bíblico também participou e participa do processo civilizatório brasileiro, como demonstrado pelo Censo. O grupo de pessoas que adere aos seus mesmos

princípios compõe uma coletividade que é definida e compreendida por um critério que consiste em formas de manifestações culturais, e que, portanto, segundo a concepção de Cunha Filho, passam a merecer a proteção das manifestações de sua cultura, o que pode se dar por meio da escusa às suas objeções de consciência.

Não obstante essas posições eminentemente multiculturalistas, a crucial distinção da cosmovisão judaico-cristã bíblica, em comparação com todas as demais cosmovisões, reside em ela ser a cosmovisão que gerou a própria noção de direitos humanos e de direitos fundamentais, como percebida por Glauco Magalhães Filho e por Jónatas Machado. Essa distinção crucial não deve ser desprezada, quando se interpretam as normas jurídicas aplicáveis aos casos de objeção de consciência. A francesa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão apresenta-se como diretriz interpretativa dos demais atos normativos: “a fim de que os atos do poder legislativo e do poder executivo, podendo ser, a todo instante, comparados ao objetivo de qualquer instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, estejam sempre voltadas para a preservação da Constituição e para a felicidade geral” (França, 1789, preâmbulo). A DDHC manifesta sua intenção explícita de influenciar o Poder Legislativo, dirigindo-o na sua criação, reforma e revogação das leis. Segundo Montesquieu, o poder legislativo é aquele pelo qual “o magistrado cria as leis para um tempo determinado, ou para sempre, e corrige ou revoga aquelas que já se acham feitas” (Montesquieu, 1997, livro 11 cap.6, p.133). Uma vez que o Poder Judiciário produz jurisprudência vinculante e *erga omnes*, funciona efetivamente como um poder legislativo, de modo que os dispositivos da declaração de direitos inalienáveis e invioláveis vinculam também o Judiciário a obedecê-la. A DDHC manifesta também sua intenção explícita de influenciar o Poder Executivo, dirigindo-o na sua interpretação e aplicação das leis. Segundo Montesquieu, existe um “poder executivo daquelas [coisas] que dependem do direito civil”, o qual distingue-se do “poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes”, de modo que o que depende dos direitos das gentes consiste em tratar da diplomacia, da guerra e da segurança, enquanto que o que depende do direito da *civitas* é aquela que “pune os crimes ou julga as questões dos particulares”, ao qual ele chama de “o poder de julgar” (Montesquieu, p.133). Portanto, segundo Montesquieu, cujo pensamento muito influenciou a feitura da DDHC, a função judiciária também integra o Poder Executivo. Por isso, conclui-se logicamente que essa declaração de direitos compreendia a intenção de influenciar também o Judiciário, que também interpreta e aplica as leis. Uma vez que o Judiciário deve interpretar o direito segundo o catálogo de direitos fundamentais, deve interpretá-lo também considerando o sistema de convicções correntes na sociedade que originou essas declarações.

O intérprete do espírito das leis, da Constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos deve levar em conta que esses atos normativos contém espíritos em suas letras. Deve levar em conta que os frutos de sua justiça provém dos ramos de princípios éticos, os quais provém das raízes de valores que estão firmados no solo de uma específica cosmovisão espiritual, sem a qual sequer faz sentido falar em espírito da Lei ou da Constituição, pois, sem esse espírito, haveria apenas matéria bruta, força bruta, direito bruto, apenas direito positivo, e nenhuma justiça além do que determinam aqueles indivíduos com poder para positivar o direito. Essa noção também deve ser levada em conta, ao se interpretar os dispositivos constitucionais, legais e tratadísticos pertinentes ao fato social da objeção de consciência.

O que os objetores de consciência pretendem é simplesmente não serem punidos pelo Poder Estatal, e continuar a desempenhar suas funções públicas ou privadas normalmente, ao invés de serem delas tolhidos por causa de demandas que representam uma fração muito pequena do todo de suas atividades laborais. O que os objetores de consciência pretendem é simplesmente a liberdade. Os escoceses da *Declaração de Arbroath* afirmam o valor da liberdade como o mais valioso dos bens mundanos:

(...) pois, enquanto cem de nós estiverem vivos, jamais seremos submetidos ao senhorio dos ingleses, sob quaisquer condições. Na verdade, não é pela glória, nem pelas riquezas nem pelas honras que estamos lutando, mas apenas pela liberdade, da qual nenhum homem honesto abre mão, a não ser com a própria vida.
(Escócia, 1970)

Os escoceses de então e os objetores hodiernos pretendem apenas a liberdade, a qual ocasionalmente causa mais dor do que a servidão, mas que, no entanto, tem valor jurídico superior, pois a liberdade consta no *caput* do art.5º da Constituição brasileira de 1988 como direito fundamental. Benjamin Constant repudia que se troque a liberdade por promessas de felicidade dos “depositários do poder”, que exigem obediência, pois as autoridades “devem permanecer em seus limites” e os indivíduos é que devem buscar, por si sós, a felicidade (Constant, 2019, p.75), uma vez que a felicidade não é o único fim da espécie humana, pois, se fosse, isso significaria o rebaixamento dos desejos e o embrutecimento dos homens (p.76).

A DDHC define a liberdade como “poder fazer tudo o que não prejudique o próximo” (França, 1789, art.4). O Barão de Montesquieu define a liberdade como “o direito de se fazer aquilo que as leis permitem” (Montesquieu, 1996, livro 11, cap.3, p.132). Nenhuma lei brasileira obriga profissionais a abortar anencéfalo, ou a celebrar união estável homossexual, ou a mudar o nome de alguém no registro civil para corresponder ao sexo oposto ao de sua

natureza. A Constituição brasileira dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art.5º-II). Pode-se então concluir que a lei brasileira permite não colaborar para esses atos, de modo que a objeção a eles encaixa-se na definição de Montesquieu de liberdade. O Barão também define liberdade como “poder fazer aquilo que se deve querer”, ou “em não ser constrangido a fazer aquilo que não se deve querer”, de modo que o querer fica a depender de uma deontologia. Constant define a liberdade moderna como “não estar submetido senão às leis”, ou “não poder ser preso, ...nem ser maltratado de alguma maneira pelo efeito da vontade arbitrária de um ou de diversos indivíduos” (Constant, 2019, p.46). O utilitarista filo-epicureu John Stuart Mill define-a como “perseguir o nosso próprio bem ao nosso próprio modo, sem tentar privar os outros do seu, ou impedir seus esforços para obtê-lo” (Mill, 2017, cap.1 p.86). Isaiah Berlin define a liberdade negativa como fazer “o que é capaz de fazer ou ser, sem interferência de outras pessoas” (Berlin, 2002, cap.1, p.62), ou em “agir sem ser obstruído por outros” (p.63)³¹⁴.

Já a definição de Lord Acton para liberdade apresenta um componente diferente: “a garantia de que cada homem seja protegido para *fazer o que acredita ser seu dever*, contra a influência da autoridade e maiorias, costume e opinião” (Acton, 2014, ensaio 1, p.30, grifo nosso)³¹⁵. A definição de Acton ressalta a importância da consciência na composição da liberdade, e, paradoxalmente, a importância de submissão a um dever, que logicamente não é o dever que ameaça a liberdade, mas, sim, o “princípio de que todas as autoridades políticas têm que ser testadas e corrigidas segundo um código que não foi feito pelo homem”, estabelecido pelos hebreus como “as linhas paralelas sobre as quais todas as liberdades foram alcançadas” (p.31-32). Para Glauco Magalhães Filho, “os preceitos gravados no coração ensinam a disciplina dos impulsos de nossa natureza inferior pela razão, dando oportunidade a que o homem possa exprimir a sua dimensão mais elevada, aquela que justifica a dignidade de sua natureza” (Magalhães Filho, 2006-a, cap.6.1, p.137). Os objetores de consciência aos julgados vinculantes objetáveis não reivindicam *fazer* algo – que queiram ou que pensem dever –, mas, sim, reivindicam *não fazer* algo – não fazer algo que creem que não deve ser feito –, o que facilmente enquadra-se em qualquer uma dessas definições de liberdade que se adote.

314 Berlin ainda cita duas outras definições de liberdade. A de Hobbes: “não ser impedido de fazer o que tem vontade de fazer” (p.65, nota 8, citando “O Leviatã”, cap.21). A de Helvétius: “não estar a ferros, nem aprisionado num cárcere, nem aterrorizado com um escravo pelo medo da punição” (p.63, nota 5, citando “Do Espírito”, discurso 1, cap.4). Essa concepção de Berlin é semelhante à do contemporâneo Philip Pettit, para quem liberdade significa que o agente faz algo que não foi “imposto por fora” (Pettit, 2007, cap.1.7, p.42).

315 Ensaio 1: “História da liberdade na Antiguidade”

Essas noções também devem ser levadas em conta, ao se interpretar os dispositivos constitucionais, legais e tratadísticos no capítulo seguinte, especialmente os dispositivos do inc. VIII do art.5º da Constituição Federal e os do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

3 - NORMATIZAÇÃO DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA RELIGIOSA BÍBLICA EM FACE DA JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE DO STF: ANÁLISE DA OBJEÇÃO AOS JULGADOS DA ADPF 54, DA ADPF 132 (E DA ADI 4.277) E DA ADI 4.275

Depois de examinados os elementos fáticos e os axiológicos da objeção de consciência e os da sua respectiva pretensão à escusa, examinar-se-ão seus elementos normativos. Essa é a tarefa de encontrar quais dispositivos normativos são pertinentes aos fatos sociais hipotéticos, bem como a tarefa de compará-los, a fim de se concluir se as condutas fáticas observadas e/ou imaginadas são/seriam lícitas ou não.

3.1 – Norma e não-norma

Na tarefa de normatizar a objeção de consciência, como punível ou como escusável, será abordado primeiramente o texto constitucional existentes, para se examinar se ele é suficiente para normatizar os fatos hipotéticos. Em seguida, serão abordados os textos normativos legais (as normas infraconstitucionais) existentes, a fim de se averiguar se há norma jurídica desse *status* hierárquico ou se ocorre lacuna legal. Pressupondo que ocorre lacuna legal, passa-se a tentar colmatar tal lacuna seguindo-se a sequência listada no art.4º da Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.4.657/1942): a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Emprega-se tanto a *analogia legis* (analogia com outras leis brasileiras isoladas) quanto a *analogia juris* (analogia de um sistema jurídico – no caso, o sistema legal português). Quanto aos princípios gerais de direito, assume-se que essa função é exercida pelos dois principais tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

3.1.1 Aplicabilidade imediata da constituição federal

Não existe, no Brasil, uma lei federal que institua um direito à objeção de consciência de modo geral, que pudesse ser diretamente oponível a um dever decorrente de um julgado

vinculante. Almir Reis Júnior, Beatriz Mendes e Gilciane Bareta entendem que tal lei não é necessária, uma vez que o art.5º-VIII da CF já detém aplicabilidade imediata, nos termos do §1º do mesmo artigo³¹⁶ (Reis Júnior, Mendes, Bareta, 2020, p.102). A mesma CF prevê um direito à objeção de consciência específico ao serviço militar, no seu art.143-§1º, de modo que o dispositivo do inc.VIII do art.5º pode parecer redundante. No entanto, essa diferença entre a generalidade do art.5º-VIII e a especialidade do art.143-§1º deve corresponder a uma diferença jurídica concreta, caso contrário o texto do inc.VIII do art.5º seria completamente inútil, o que não parece correto, uma vez que o Constituinte escolheu inscrevê-lo no título dos “direitos e garantias fundamentais”. Um velho brocardo normatiza a interpretação de dispositivos normativos, no sentido de que “não se presumem, na lei, palavras inúteis”³¹⁷. Assim entende-o o falecido ministro do STF, Carlos Maximiliano:

As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis.

.....

Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto; porque este deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação alguma (...).

.....

(...) Não se presume a existência de expressões supérfluas; em regra, supõe-se que leis e contratos foram redigidos com atenção e esmero; de sorte que traduzam o objetivo de seus autores. (...) Quando, porém, o texto é preciso, claro o sentido e o inverso não se deduz, indiscutivelmente, de outros elementos de Hermenêutica, seria um erro postergar expressões, anular palavras ou frases, a fim de tornar um dispositivo aplicável a determinada espécie jurídica. (...)

Portanto, segundo esse brocado, se a lei escrita não contém termos textuais inúteis – e se a Constituição é a *lei maior* escrita –, o dispositivo aparentemente redundante do inc.VIII do art.5º deve necessariamente significar algo diferente do que significa o art.143-§1º, o que conduz à conclusão de que o art.5º-VIII positiva um direito à objeção de consciência em geral, oponível a todas as obrigações, e não apenas às decorrentes do serviço militar. E esse dispositivo que institui um direito geral à objeção de consciência pode ser aplicado sem a necessidade de que exista uma lei que detalhe sua aplicabilidade.

316 Art.5º (...) §1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

317 No original: “*Verba cum effectu, sunt accipienda*”. Na tradução literal de Carlos Maximiliano: “Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia” (Maximiliano, 2011, tópicos 307-308, p.204-205). Na versão de Raimundo Falcão: “As disposições devem ser interpretadas de modo que não pareça haver palavras supérfluas e sem força operativa” (Falcão, parte 3, cap.3.4.4.10, 1997, p.265). Falcão entende que “... as palavras estão postas no texto como uma provocação ao sujeito interpretante, para que ele extraia delas os sentidos que estão aptas a propiciar que esse mesmo intérprete capte. Não se encontraram ali por mero enfado ou capricho, mas para servir ao sentido, que tem no espírito do intérprete sua usina e complemento de produção”. Glauco Magalhães Filho reconhece a autoridade desse brocardo não apenas sobre normas que regulam condutas, mas até mesmo sobre as que regulam a aplicação de outras normas jurídicas. Ele interpreta o art.5º da LINDB – “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” – no sentido de que os termos textuais “os fins sociais a que [a lei] se dirige” significa algo diferente dos termos textuais “as exigências do bem comum” (Magalhães Filho, 2009, cap.1, p.25).

A posição a favor da aplicabilidade imediata é reforçada pelo caráter da objeção de consciência como conduta omissiva. Sendo essa objeção uma manifestação da liberdade, classifica-se no que Ingo Sarlet considera como “direito de defesa”, isto é, que demanda uma “abstenção por parte do Estado” (Sarlet, 2018, parte 2, cap.3.1, p.268), “abstenção dos poderes estatais” (p.283), que, nos casos hipotéticos de objeção ora examinados, consiste em o Estado não punir o objetor, não privá-lo de direitos: “[o Estado] deve se abster de ingerir na esfera da autonomia pessoal ou, de modo geral, no âmbito de proteção do direito fundamental”. Os direitos de defesa demandam também abstenção dos particulares – que, *in casu*, consistem nos titulares dos novos direitos ao aborto e à oficialização da homotranssexualidade positivados pela jurisprudência vinculante. Para Sarlet, os direitos de liberdade, como direitos de defesa que são, têm “plena eficácia”, assim como os “direitos-garantia”, porque suas normas já receberam do Constituinte a suficiente normatividade, como normas autoexecutáveis: “Justamente na esfera dos direitos de defesa, a norma contida no art.5º-§1º da CF tem por objetivo precípua oportunizar a aplicação imediata, sem qualquer intermediação concretizadora, assegurando a plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua exigibilidade em juízo”³¹⁸. Essa posição favorável à aplicabilidade imediata da Constituição é reforçada pelo argumento de autoridade do ministro Gilmar Mendes, do STF:

A falta de lei prevendo a prestação alternativa não deve levar necessariamente à inviabilidade da escusa de consciência; afinal, os direitos fundamentais devem ser presumidos como de aplicabilidade imediata (art.5º-§1º da CF). Cabe, antes, se uma ponderação de valores constitucionais o permitir, ter-se o objetor como desonerado da obrigação, sem que se veja apenado por isso. (...)
(Mendes, Coelho, Branco, 2007, cap.6.4.1.1, p.404).

Contudo o inc.VIII do art.5º da CF dispõe que o direito à objeção de consciência é oponível a uma obrigação *legal* – apenas com relação a obrigação *legal* é que está claro o direito de se opor. Uma vez que a jurisprudência vinculante do STF interpreta questões constitucionais, pode-se argumentar que seus julgados proferem normas que esclarecem a Constituição, e que, por isso, consistem em normas de nível hierárquico igualmente constitucional, isto é, *supra-legal*, de modo que a escusa de consciência do art.5º-VIII da CF não eximiria o objetor da obrigação que o julgamento vinculante do STF faz derivar. Há, porém, uma falha nesse argumento. Mesmo que o STF interprete a Constituição, os deveres que decorrem de seus julgados vinculantes na interpretação da Constituição derivam da competência que a Constituição lhe confere *por meio de lei*. Se o dispositivo do art.5º-VIII da CF não tivesse aplicabilidade imediata – apesar do que diz explicitamente o §1º do mesmo

318 Jónatas Machado baseia-se na francesa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com sua confissão de um Ser Supremo, para propor a aplicabilidade “directa e imediata” desses direitos “sem lei, contra a lei e em vez de lei, bem como de vinculação de entidades públicas e privadas”, pois esse fundamento transcendente dos direitos justifica sua “primazia sobre uma maioria política e todos os poderes estaduais [estatais] e não estaduais” (Machado, 2013, cap.2.5, p.47).

art.5º –, então também não teria aplicabilidade imediata o dispositivo do art.102 da mesma CF, o qual confere ao STF o poder de interpretar a constituição. O art.102-CF só concede ao STF o poder de criar regras *erga omnes* nas ADI's e nas ADC's, e não nas ADO's, nas ADPF's ou nos mandados de injunção³¹⁹. Segundo Maximiliano, “competência não se presume” (Maximiliano, 2011, tópico 323, p.216). E assim deve ser, para que o Estado não abuse de seu poder sobre os indivíduos. O STF só detém o poder de regular *erga omnes* nas ADO's, ADPF's por causa de leis ordinárias: a Lei n.9.868 (art.28-§único) e a Lei n.9.882 (art.10-§3º). Portanto, os deveres decorrentes de interpretação do STF sobre a constituição, nas ADO's e ADPF's também seriam deveres *meramente legais*, e não deveres *supra-legais*, de modo que o inc.VIII do art.5º da CF escusaria o objeto por sua recusa em prestar o direito que o STF positiva no exercício de sua competência *meramente legal* (não constitucional). No caso dos mandados de injunção, nem mesmo a lei confere ao STF poder legiferante a princípio³²⁰. Mesmo nos caso em que o poder regulatório do STF é claramente supra-legal (nas ADI's e ADC's), há uma questão de ordem: os deveres decorrentes do julgado vinculante estão explícitos na Constituição? Eles guardam o que a Constituição expressa? Ou eles resultam do método de submeter a Constituição a uma leitura sob pré-conceitos que estão fora dela? A resposta detalhada para essa questão de ordem demandaria a extensão desta obra, o que pode ser desnecessário. Por ora, basta lembrar que as positivamente do aborto de anencéfalos, da instituição de uniões civis homossexuais e da oficialização de transgênderismo no Registro Público carecem de texto constitucional que os evidencie como direitos – o que reveste de grave duvidosidade que o status hierárquico desses direitos seja mesmo o de uma constitucionalidade supra-legal.

3.1.2 *Lacuna legal*

Tendo-se em conta uma eventual razoável contestabilidade da incidência da norma do inc.VIII do art.5º-CF em face de julgados que legiferam no exercício do controle de constitucionalidade, passa-se então a uma busca por uma norma escrita na legislação dos demais entes federativos. Alguns deles legislaram acerca do direito à objeção de consciência.

319 “§2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.” (grifos nossos)

320 Lei n.13.300/2016: “Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora. §1º Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração. § 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.”

O Estado do Rio de Janeiro promulgou uma sucinta lei (Lei n.6.998/2015), que, no entanto, tem o mérito de declarar esse direito especificamente no exercício da profissão:

Art.1º- Todo cidadão tem direito à objeção de consciência, com base no disposto no §1º do artigo 9º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, combinado com o artigo 5º, inciso VIII da Constituição Federal.
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 filosóficas, éticas, morais, e religiosas, por imperativo de sua consciência, desde que esta recusa não configure violação a direitos de outros cidadãos expressos no Artigo 9º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.
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.

No entanto, essa redação ainda deixa cabimento para arguir que o funcionário público, exercendo sua profissão, seria limitado nesse direito pela norma supostamente supra-legal do julgado vinculante, pois a definição de objeção de consciência no seu art.2º não menciona explicitamente que o ato objetado decorra de julgado vinculante, e também porque esse mesmo art.2º permanece aberto para que se interprete sua condição – “desde que esta recusa não configure violação a direitos de outros cidadãos expressos no Artigo 9º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro”³²¹ – como tendo sido implementada em um caso concreto que se enquadre na hipótese de incidência do julgado vinculante que positivou o direito objetado.

Outros estados estatuíram leis de liberdade religiosa. O Estado de São Paulo, no entanto, repete a declaração do direito de objeção de consciência apenas em face de lei, e ainda limita-o aos “direitos e deveres impostos pela Constituição” (Lei n.17.346/2021)³²², o que também dá cabimento à interpretação de que não é oponível a julgado vinculante que julga questão constitucional. O texto desse dispositivo é exatamente igual ao de dispositivo correspondente do Estatuto da Liberdade Religiosa do Estado do Espírito Santo (Lei n.11.610/2022)³²³. E é quase exatamente igual ao correspondente no estatuto do Estado de Santa Catarina (Lei

321 Consta no referido art.9º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro: “Art.9º O Estado do Rio de Janeiro garantirá, através de lei e dos demais atos dos seus órgãos e agentes, a imediata e plena efetividade dos direitos e garantias individuais e coletivos, mencionados na Constituição da República, bem como de quaisquer outros decorrentes do regime e dos princípios que ela adota e daqueles constantes dos tratados internacionais firmados pela República Federativa do Brasil. §1º Ninguém será discriminado, prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, idade, etnia, raça, cor, sexo, estado civil, trabalho rural ou urbano, religião, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental, por ter cumprido pena nem por qualquer particularidade ou condição.” A interpretação sistemática pode conduzir à conclusão de que as objeções de consciência aqui tratadas implicam em discriminação por sexo, e que, por isso, não devem ser escusadas.

322 Art.17. A liberdade de consciência compreende o direito de objetar o cumprimento de leis que contrariem os ditames impreteríveis da própria consciência, dentro dos limites dos direitos e deveres impostos pela Constituição. Parágrafo único. Consideram-se impreteríveis aqueles ditames da consciência cuja violação implica ofensa grave à integridade moral, que torne inexigível outro comportamento.

323 Art.18. A liberdade de consciência compreende o direito de objetar ao cumprimento de leis que contrariem os ditames impreteríveis da própria consciência, dentro dos limites dos direitos e deveres impostos pela Constituição. Parágrafo único. Consideram-se impreteríveis aqueles ditames da consciência cuja violação implica uma ofensa grave à integridade moral que torne inexigível outro comportamento.

n.18.349/2022)³²⁴. Os próprios nomes desses três estados – referindo-se a uma pessoa da trindade divina cristã e a um homem e a uma mulher considerados santificados por Deus – já ilustram como a religião cristã radicou-se no Brasil. O Estado de Santa Catarina comina sanção ao ato de “obstar o pleno exercício do direito de objeção de consciência nos termos definidos e regulamentados por esta Lei enseja” (art.62)³²⁵. Percebe-se que essas leis nesses três estados foram promulgadas em uma mesma legislatura, e vieram colmatar as lacunas em suas respectivas constituições, que não garantem a escusa de consciência de modo paralelo ao que fez a Constituição Federal. E esses três estados garantem escusa de consciência aos seus funcionários públicos especificamente para os dias de guarda religiosa: SP (art.18), ES (art.19), SC (arts.18 e 19). O Estado do Mato Grosso do Sul legislou sobre a escusa de consciência apenas com relação aos dias da semana de guarda religiosa, não formulando um direito de objeção geral (Lei n.2.104/2000), embora sua constituição também não garanta esse direito. O Estado de Pernambuco não menciona a objeção de consciência em sua curta lei de liberdade religiosa (Lei n.17.685/2022), embora sua constituição também não garanta esse direito. Já o Município de Salvador (Bahia), apesar de seu longo *Estatuto da Igualdade Racial e de Controle à Intolerância Religiosa* (Lei n.9.451/2019), nada dispõe sobre objeção de consciência, embora nem a respectiva constituição estadual nem a própria lei orgânica desse município tenham já garantido esse direito³²⁶.

Na carência de leis estaduais e municipais que assegurem escusa de consciência à jurisprudência vinculante, o direito positivo que mais se aproxima de protegê-la são normas corporativas infra-legais que regulam algumas categorias profissionais. No caso hipotético do aborto de anencéfalo, médicos e enfermeiros poderiam objetar a tomar parte nos procedimentos com respaldo em seus respectivos códigos de ética. Os conselhos federais de medicina e de enfermagem já positivaram direitos de objeção de consciência para que os profissionais a eles sujeitos sejam isentos de punições por não tomar parte em procedimentos de aborto. O *Código de Ética Médica* dispõe: “É direito do médico: IX - Recusar-se a realizar

324 Art.17. A liberdade de consciência compreende o direito de objetar o cumprimento de leis que contrariem os ditames impreteríveis da própria consciência, dentro dos limites dos direitos e deveres impostos pela Constituição Federal. Parágrafo único. Consideram-se impreteríveis aqueles ditames da consciência cuja violação implica ofensa grave à integridade moral, que torne inexigível outro comportamento.

325 Esse estado, em sua lei, também declara que a objeção de consciência é um princípio (art.15-VII), e garante uma escusa de consciência a não declarar sua religião a autoridade estatal (art.16).

326 A lei municipal de Salvador-BA chama a atenção por seu texto definir “intolerância religiosa” apenas quando prejudica religiões afro-brasileiras: “Art.1º (...) Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se: VII - intolerância religiosa: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência, incluindo-se qualquer manifestação individual, coletiva ou institucional, de conteúdo depreciativo, baseada em religião, concepção religiosa, credo, profissão de fé, culto, práticas ou peculiaridades rituais ou litúrgicas e que provoque danos morais, materiais ou imateriais, atente contra os símbolos e valores das religiões afro-brasileiras, ou seja, capaz de fomentar ódio religioso ou menosprezo às religiões e seus adeptos;” (grifo nosso). As religiões afro-brasileiras têm para si dispositivo próprio quanto à liberdade de consciência (art.34), distinto e mais favorável do que o que regula a liberdade de consciência geral (art.33).

atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência” (cap.2-IX) (CFM, 2019).³²⁷ O *Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem* dispõe: “Proibições: Art.73: Provocar aborto, ou cooperar em prática destinada a interromper a gestação, exceto nos casos permitidos pela legislação vigente. Parágrafo único. Nos casos permitidos pela legislação, o profissional deverá decidir de acordo com a sua consciência sobre sua participação, desde que seja garantida a continuidade da assistência” (COFEN, 2017). Tais normas não protegem claramente o objetor em caso de aborto admitido por causa de jurisprudência, mas essa é uma interpretação razoável. Notável é que essas normas não especificam que o objetor tenha um motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, do que se infere que a motivação da consciência do objetor é irrelevante quando já existe o consenso de que algumas pessoas têm a liberdade e o direito de não fazer algo que muitas pessoas já avaliam como profundamente indevido em suas consciências. No entanto, uma vez que esses códigos de ética profissional são, formalmente, resoluções dos respectivos conselhos profissionais federais, uma grande probabilidade de revogação ou de restrição a esse direito, ao sabor dos grupos temporariamente dominantes nessas corporações, assombra todos os profissionais³²⁸. Ademais o fato de essas normas jurídicas não deter o status de lei, coloca os profissionais de saúde sob o risco de serem perseguidos e penalizados por quem não se sujeita à autoridade desses conselhos profissionais, pois nem a lei federal que dispõe sobre o exercício da medicina (Lei n.12.842/2013) nem a que dispõe sobre a regulamentação do exercício da enfermagem (Lei n.7.498/1986) preveem a escusa de consciência como direito – na verdade sequer preveem a autoridade para que os respectivos conselhos profissionais regulem a ética geral desses profissionais, e muito menos a ética especial da objeção de consciência.

Uma solução interessante foi adotada pela Associação Médica Mundial, em seu Código Internacional da Ética Médica:

[art.]29. Este Código centra-se nos deveres éticos do médico. No entanto, em alguns aspectos, existem dilemas morais profundos que os médicos e os doentes podem seriamente considerar conflitantes com as suas crenças conscientes. O médico tem a obrigação ética de minimizar os incômodos dos cuidados prestados ao doente. A objeção de consciência do médico à prestação de quaisquer intervenções médicas lícitas só pode ser invocada se o doente individual não for prejudicado ou discriminado, e se a saúde do doente não for posta em perigo. O médico deve informar imediata e respeitosamente o doente desta objeção e do seu direito a consultar outro médico qualificado, bem como fornecer informação suficiente para que o doente possa iniciar tal consulta atempadamente. (AMM, 2022)

327. No mesmo sentido as normas do cap.1, incs.VII e XXI

328 Como veremos adiante, em Portugal, esses direitos de objeção de consciência são protegidos por normas com o status hierárquico de lei.

Os profissionais do sistema de justiça não tem suas liberdades religiosas protegidas por suas leis. As leis que regulam as carreiras jurídicas não tratam da matéria de objeção de consciência sequer em face de obrigação legal: *Lei Orgânica da Magistratura Nacional* (Lei Complementar n.35/1979), *Lei Orgânica do Ministério Público* (Lei n.8.625/1993), *Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União* (Lei Complementar n.73/1993), *Lei Orgânica da Defensoria Pública* (Lei Complementar n.80/1994), *Lei dos Cartórios* (Lei n.8.935/1994). Essas lacunas tornam ainda mais discutível a possibilidade jurídica de esses agentes estatais terem ou não um direito a objetar a prestar serviço em prol de um direito positivado não por lei, mas por jurisprudência vinculante constitucional.

O *Código de Processo Civil* abre a possibilidade de o magistrado não colaborar para um direito contra o qual tem razões de consciência: “Art.145 (...) §1º Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões”. No entanto, essa não é uma possibilidade explícita para os funcionários auxiliares do Judiciário: um funcionário subalterno pode se ver no dilema de ser demandado a realizar expedientes para cumprir ordem judicial que defere – ou que pressupõe a deferência a – um direito positivado por julgado vinculante contra o qual tenha imperativo de consciência. A relativa discricionariedade concedida pelo CPC aos juízes não é explicitamente concedida a outros funcionários dos outros órgãos do sistema de justiça (promotores de justiça, defensores públicos, tabeliães, etc.) nem aos seus funcionários subordinados. E a oportunidade que o CPC concede aos juízes não é explícita para magistrados que atuem em jurisdição não civil, o que os coloca sob o risco de uma controvertível analogia nos termos do seu art.15³²⁹, que, por sua vez, não menciona a jurisdição criminal.

Os advogados públicos e defensores públicos estão sujeitos a uma maior situação de insegurança. Regulados que são pelas regras da advocacia em geral, eram parcamente protegidos pelo anterior Código de Ética e Disciplina da OAB (1995), que dispunha que “o advogado deve abster-se de patrocinar causa contrária à ética, à moral” (art.20), com toda a subjetividade do que pode significar “ética” e “moral”. O atual Código de Ética (Resolução n.02/2015) não contém norma correspondente. E o *Estatuto da Advocacia* (Lei n.8.906/1994) foi inovado pela Lei n.14.612/2023 para punir “discriminação” como infração disciplinar (art.34-XXX), definindo-a como “a conduta comissiva ou omissiva que dispense tratamento constrangedor ou humilhante a pessoa ou grupo de pessoas, em razão de... sexo..., condição de gestante... religião ou outro fator” (§2º-III, grifo nosso). Com isso, a recusa, por imperativo de crença religiosa, de patrocínio de causa cujo direito foi positivado por julgado vinculante

329 Art.15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

arrisca os advogados, públicos e particulares, à subjetividade de quem aprecia se sua objeção causou “tratamento constrangedor ou humilhante” a, por exemplo, uma gestante que pretenda abortar anencéfalo – “em razão de sexo” ou “em razão de condição de gestante” – ou a pessoas que pretendam oficializar sua homo-transsexualidade – “em razão de sexo” ou “em razão de outro fator” –, porque, nesses casos, pode ser entendido, ainda, que tais postulantes foram discriminados por “motivo de religião”.

A lei dos servidores públicos federais (Lei n.8.112/1990), que tipifica a infração de opor resistência a execução de serviço (art.117-IV), é ambígua quando dispõe que “por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, o servidor não poderá ser privado de quaisquer dos seus direitos, sofrer discriminação em sua vida funcional, *nem eximir-se do cumprimento de seus deveres*” (art.239, grifo nosso); o que dá cabimento a que a objeção a julgado vinculante não seja escusada.

Os profissionais do sistema de justiça não são protegidos nem mesmo por regulamentos infralegais. O mesmo CNJ que compele a unir civilmente homossexuais, em sua resolução n.175/2013, nada regula sobre objeção de consciência no seu *Código de Ética da Magistratura Nacional* (Resolução n.60/2008). No seu *Código de Conduta dos Servidores do CNJ* (Portaria n.149/2020), esse conselho dispõe simplesmente que “é direito de todo servidor deste Conselho: alegar a escusa de consciência, mediante justificativa fundamental” (art.4º-VII). No entanto, dispõe também que é dever fundamental do servidor “tratar o público... sem qualquer espécie de preconceito ou distinção de... orientação sexual... religião” (art.5º-II). Dispõe também que é dever dos seus servidores “exercer seu dever de servidor com a finalidade de cumprir o interesse público, de acordo com a legislação vigente, atuando com neutralidade no cumprimento de suas atribuições, mantendo postura independente em relação à influência... religiosa...” (inc.XIX). E dispõe ainda que lhe é proibido “discriminar... pessoas com quem se relacionar em função do trabalho, em razão de preconceito ou distinção de... sexo, orientação sexual,... religião...” (art.6º-V). Todos esses dispositivos a serem interpretados sistematicamente com o direito do art.5º-II podem induzir o intérprete a restringir o direito de escusa a uma porção ínfima, que implique em substancial violação ao imperativo de crença religiosa na consciência. E todas essas possibilidades vagas de limitação que o CNJ impõe aos seus próprios servidores podem constituir indícios de como ele também julgaria qualquer agente público sujeito à sua autoridade, mesmo àqueles que não são seus funcionários, como magistrados, cartorários e serventuários em geral. O Conselho Nacional do Ministério Público também nada trata do assunto no seu *Código de Ética do Ministério Público* (Resolução n.261/2023).

3.1.3 Analogia legal (*analogia legis*)

Uma vez que não há lei regulando especificamente o hipotético fato de uma objeção de consciência em face de um dever decorrente de jurisprudência vinculante, constata-se a omissão legal. A *Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro* dispõe que, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (Decreto-Lei n.4.657/1942, art.4º). Essa lei lista as fontes jurídicas em uma sequência: 1) analogia, 2) costumes, 3) princípios gerais do direito. Supondo que essa ordem topológica implique também uma ordem preferencial de uso das diversas fontes, conclui-se que a solução jurídica para uma lacuna legal deve ser solucionada primeiramente pela analogia com outra lei, uma que regule os fatos hipotéticos que mais se assemelhem com os fatos hipotéticos não regulados explicitamente.

O Brasil dispõe de um acervo de leis que regulam objeções de consciências a deveres específicos. A Lei n.13.796/2019 regula a objeção de desempenhar atividades educacionais (aulas e provas) – obrigatórias segundo a *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional* (Lei n.9.394/1996) – nos tempos de guarda religiosa, mais comumente entre o pôr-do-sol da sexta-feira e o do sábado (para as crenças religiosas sabatistas, como a dos judeus e a dos adventistas do sétimo dia)³³⁰. No entanto, a LDBE não detalha quais seriam os tempos para aplicação de aulas e provas, o que fica a cargo dos regulamentos infralegais. Portanto, a Lei n.13.976 trata da objeção a deveres de nível hierárquico infra-legal, de modo que não parece um paradigma adequado para analogia com a objeção em face de um dever supostamente supra-legal, como seria para o decorrente de julgado vinculante sobre matéria constitucional.

A Lei n.8.239/1991 regula a objeção ao serviço militar imposto pela CF art.143. Nesse caso tem-se uma regulação da objeção de consciência a uma obrigação imposta pela Constituição (o já referido art.143 da CF). No entanto, essa obrigação imposta pela Constituição não o é de modo direto, pois o próprio dispositivo constitucional delega essa obrigação à lei ordinária: “o serviço militar é obrigatório *nos termos da lei*”. Portanto, pode-se arguir que são as leis infraconstitucionais que positivam diretamente o dever³³¹, de modo que

330 Art.7º-A - Ao aluno regularmente matriculado em instituição de ensino... é assegurado, no exercício da liberdade de consciência e de crença, o direito de... ausentar-se de prova ou de aula marcada para dia em que, segundo os preceitos de sua religião, seja vedado o exercício de tais atividades..., nos termos do inciso VIII do caput do art.5º da Constituição Federal:

331 Lei n.4.375/1964: “Art 2º. Todos os brasileiros são obrigados ao Serviço Militar, na forma da presente Lei e sua regulamentação”. Também a própria Lei n.8.239: “Art. 3º O Serviço Militar inicial é obrigatório a todos os brasileiros, nos termos da lei”.

a respectiva objeção dirige-se a uma norma cujo nível hierárquico é duvidoso (se constitucional supralegal ou se legal infraconstitucional), o que também lança dúvidas sobre sua adequação como paradigma em analogia. Além disso, quando a Lei n.8.239 dispõe que as Forças Armadas devem providenciar serviço alternativo ao serviço militar (art.3º-§1º)³³², ela apenas repete mais detalhadamente a norma do §1º do art.143 da CF³³³, o que dá cabimento para se arguir que a objeção já era positivada como direito pela própria Constituição, isto é, que a Constituição positivou exceção à sua própria regra, de modo que ter-se-ia aqui um direito de objeção de nível constitucional em face de um dever de nível também constitucional – ou então em face de um dever legal infraconstitucional. Por isso também a Lei n.8.239 não parece um paradigma adequado para a analogia que pretende responder se é lícito objetar a um dever decorrente de julgado vinculante que reconhece um direito constitucional fundamental implícito.

A Lei n.13.796 e a Lei n.8.239 acumulam outro motivo para não serem adotadas como paradigma em uma analogia: o dever de atividades letivas em dia de sábado e o dever do serviço militar não correspondem à realização de nenhum direito individual, mas, sim, a um direito difuso de defesa nacional (serviço militar) ou a ônus relativos a benefício individual do próprio discente (educação). Os fatos sociais hipoteticamente objetáveis para os quais se buscam normas análogas consistem em deveres para prestar direitos individuais que o STF reputa como fundamentais.

O art.438 do *Código de Processo Penal* regula a objeção ao trabalho no júri, que é obrigatório, nos termos do art.436 do mesmo CPP³³⁴, independentemente de o jurado sorteado ter pedido seu alistamento para servir como tal³³⁵ – o que significa que o serviço no júri é obrigatório *para todos (erga omnes)* os alistados, voluntária ou involuntariamente, que forem

332 “Ao Estado-Maior das Forças Armadas compete, na forma da lei e em coordenação com os Ministérios Militares, atribuir Serviço Alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência decorrente de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.”

333 “Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.”

334 Art.436. O serviço do júri é obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade.

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.

335 Art.425. Anualmente, serão alistados pelo presidente do Tribunal do Júri de 800 (oitocentos) a 1.500 (um mil e quinhentos) jurados nas comarcas de mais de 1.000.000 (um milhão) de habitantes, de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) nas comarcas de mais de 100.000 (cem mil) habitantes e de 80 (oitenta) a 400 (quatrocentos) nas comarcas de menor população.

§2º O juiz presidente requisitará às autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado.

sorteados³³⁶. O tribunal do júri é explicitamente reconhecido pela CF como direito fundamental individual de quem é acusado de crime doloso contra a vida (art.5º-XXXVIII-d)³³⁷. Portanto, a lei infraconstitucional admite objeção de consciência para que alguém não preste o serviço público necessário para a concretização de um direito fundamental (constitucional) explícito. Aqui temos a conjuntura legal que trata de casos hipotéticos mais semelhante com os do nosso problema de pesquisa, pois perquirimos se é lícita a recusa de prestar serviço à concretização de direitos fundamentais supostamente implícitos que foram declarados pelo tribunal constitucional. Portanto, o art.438 do CPP parece um paradigma legal adequado para a analogia destinada a colmatar a lacuna de lei sobre objeção de consciência em face de direitos à prestação positivados por jurisprudência vinculante. Se se tomar como paradigma o caso hipotético do dever de colaborar para concretizar o direito fundamental de ser julgado pelo tribunal do júri, a analogia resolve o problema com a licitude da recusa de colaborar para concretizar os direitos fundamentais postos pela jurisprudência constitucional. Se a lei admite escusa para objeção a direito fundamental *explícito*, então, logicamente, deve-se admitir ainda mais para direito fundamental *implícito*. Além disso, *pode ser* necessária lei *explícita* para permitir a recusa a direito fundamental também *explícito*, porém, *pode não ser* necessária lei *explícita* para permitir a recusa a direito fundamental *implícito* – pois esse direito à recusa (à objeção) seria tão implícito quanto o direito objetado. Portanto, aplicando-se a analogia prevista no art.4º da LINDB, conclui-se que é devida a escusa à objeção de consciência de colaborar para concretizar um direito fundamental que só foi explicitado pela jurisprudência constitucional vinculante³³⁸.

Pode-se contestar que a analogia é inadequada porque o jurado não tem a menor escolha de ser alistado como tal, enquanto que o funcionário público profissional escolheu exercer aquela função. Bruno Heringer Júnior entende que um dos requisitos da escusa de consciência é que o conflito seja “inexorável”, ou seja, que o objetor não se tenha colocado voluntariamente na situação de conflito moral da qual pretenda se eximir (Heringer Júnior, 2007, p.45-49). No entanto, essa contestação precisa enfrentar três críticas. A primeira é a de

336 Art.433. O sorteio, presidido pelo juiz, far-se-á a portas abertas, cabendo-lhe retirar as cédulas até completar o número de 25 (vinte e cinco) jurados, para a reunião periódica ou extraordinária.

337 Art.5º (...) XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

338 No entanto, pode-se contestar que a analogia não é adequada porque a realidade de um ou dois jurados sorteados objetantes, dentro de um total de vinte e cinco, não implica risco a que os titulares do direito fundamental de ser julgado pelo júri deixem de sê-lo, isto é, que sejam frustrados na concretização do seu direito. Essa contestação é reforçada pelo fato de que já é legalmente razoável esperar dias pela concretização desse direito fundamental explícito, uma vez que costuma-se transcorrer dias entre o sorteio dos 25 jurados e o dia da primeira sessão de julgamento (CPP arts.433-§1º e 453). No entanto, esse consiste em um problema *operacional* do direito de objeção de consciência, de um problema *do processo* da objeção de consciência, e não em um problema da *licitude substancial* da objeção de consciência. Trata-se de um problema de *como executar* o direito de objeção de consciência, não de um problema de *julgar se ele existe*.

que ela não pode se aplicar para funcionários públicos que tenham ingressado no serviço público antes dos julgados vinculantes que ensejam os novos deveres funcionais objetados: obviamente, o funcionário objetor não quis ingressar no serviço público porque queria fazer aquilo que, até então, o princípio da legalidade estrita do direito administrativo proibia-o de fazer, pois, antes dos julgados vinculantes, não existiam tais deveres funcionais no serviço público.

A segunda crítica é a de que, mesmo para os funcionários que ingressaram no serviço público depois dos julgados vinculantes, o que motiva alguém a ser voluntário para o trabalho é aquilo que é mais comum na prática do serviço, e não aquilo que é incomum. Quem objeta a abortar anencéfalo, em geral, prefere que os nascituros nasçam, como ocorre na maioria das vezes segundo a tendência natural, pois a função primordial da obstetrícia é o parto saudável, de modo que é natural e razoável supor que quem se voluntariou para prestar serviços obstétricos escolheu essa profissão para trabalhar auxiliando em nascimentos de pessoas com vida e não para suprimir a vida. Semelhantemente, quem objeta a casar pessoas do mesmo sexo, em geral, escolhera trabalhar no serviço de casamento civil para casar homens com mulheres, como ocorre na maioria das vezes, e como sempre ocorrera na milenar história humana, pois essa é a configuração que instituiu o casamento e que o manteve, de modo que é natural e razoável supor que quem se voluntariou para prestar serviços matrimoniais em geral escolheu essa profissão para trabalhar auxiliando em uniões entre pessoas de sexos diferentes, e não o inverso. Na mesma lógica, quem se recusa a conceder a adoção conjunta a união civil homossexual, em geral, escolhera trabalhar com adoção em geral para que cada filho pudesse ter um pai e uma mãe, como a imitação da natureza mais próxima possível. Quem escolheu trabalhar com registro de nascimentos, em geral, não escolheu para declarar circunstâncias que se opõem à natureza. Quem escolhe colaborar para momentos fortemente significativos para a vida das pessoas (origem da vida, união íntima com outrem e assunção de responsabilidade com um descendente, etc.) em geral o faz por vocação de trabalhar no auxílio a outras pessoas segundo sua própria concepção de bem, e não como uma atividade qualquer sem maior importância, e, por isso, não se pode dizer que o então aspirante ao serviço público voluntariou-se a esse trabalho para se arriscar a fazer aquilo que é fortemente significativo para si segundo sua concepção de mal. Portanto, decidir punir ou excluir indivíduos do serviço público porque não colaboram com a pequena minoria³³⁹ dos casos das ocorrências de trabalho consiste em julgar toda a regra pelas exceções, e consiste em julgar toda a obra do trabalho de alguém unicamente pela exceção que caracteriza exatamente a sua

339 Pequena minoria não é redundância: uma minoria de, por exemplo, 1% é uma minoria pequena, enquanto que uma minoria de 49% é uma minoria grande, do mesmo modo que 99% é uma maioria grande e que 51% é uma maioria pequena.

religião, o que configura, por sua vez, exatamente o caso de discriminação religiosa. O rigor draconiano com funcionários que, no mais das vezes, podem se mostrar suficientemente zelosos em seus trabalhos configura uma grande restrição do acesso de tais pessoas aos cargos públicos, que parece violar direitos humanos previstos em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário:

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

Art.25. Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, *sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2³⁴⁰* e sem restrições infundadas:

c) *de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas* de seu país.

Art.26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, *religião*, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

Convenção Americana sobre direitos humanos

Art.23. Direitos Políticos:

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

c) *de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas* de seu país.

2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades e a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

Como se aduz, excluir pessoas do serviço público por observar dever religioso implica em lhes negar acesso a cargo público como meio de discriminação por motivo de religião (nos termos do PIDCP art.25, *caput* e alínea “c”). Nos termos desse dispositivo, e nos termos do art.23-§1 da CADH, crentes bíblicos que levam o direito divino a sério não são tratados em condições de igualdade com indivíduos de outras religiões ou sem religião, quando são punidos ou expulsos de seus cargos públicos, pois a eles lhes é negado o que é garantido a todos os outros.

Nos termos da CADH art.23-§2, somente a lei pode limitar o acesso aos cargos públicos. Ela pode fazê-lo por vários motivos (idade, nacionalidade, etc.), mas a religião não consta em nenhum deles. No Brasil, não é a lei que está a produzir o efeito de excluir religiosos bíblicos do serviço público, mas, sim, a jurisprudência. Portanto, não aceitar a regra do CPP art.438 como paradigma para uma analogia que implique em escusa de consciência aos funcionários públicos objetores consiste em violação de direito humano declarado pela CADH.

340 Artigo 2.1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, *religião*, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra condição.

A terceira crítica ao argumento consiste em que o argumento criticado tende a violar a Lei Anti-Racismo. Nos termos do PIDCP art.26, a Lei deve proteger indivíduos de serem discriminados por religião. No Brasil, a lei que assim o faz é a Lei n.7.716/1989. No caso específico de proteger contra discriminação no trabalho, ela tipifica como crime de racismo a conduta de “impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos” (art.3º) como conduta “resultante de discriminação ou preconceito de... religião...” (art.1º). Portanto, não aceitar a regra do CPP art.438 como paradigma para uma analogia que implique em escusa de consciência aos funcionários públicos objetores, além de consistir em violação de direito humano declarado pelo PIDCP, pode também ensejar o cometimento de crime de racismo.

Toda essa argumentação em prol da manutenção dos funcionários objetores em suas funções é reforçada por uma interpretação sistemática da CADH e, especialmente, do PIDCP com outro diploma normativo da ONU: a *Declaração sobre a Eliminação de todas as formas de Intolerância e Discriminação fundadas na Religião ou nas Convicções*. Ela protege os indivíduos de dano quando ele resultar de um motivo religioso, na medida em que proibiu a discriminação religiosa não apenas por sua motivação, mas também por suas consequências:

§1. Ninguém será objeto de discriminação por motivos de religião ou convicções por parte de nenhum estado, instituição, grupo de pessoas ou particulares.

§2. Aos efeitos da presente declaração, entende-se por “intolerância e discriminação baseadas na religião ou nas convicções” toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na religião ou nas convicções e cujo fim *ou efeito* seja a abolição ou o fim do reconhecimento, o gozo e o exercício em igualdade dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

(ONU, 1981, artigo II, grifo nosso)

Uma vez que o exercício de função pública representa pequena parte de uma participação política, incide também a opinião de Rui Marques sobre como peculiaridades religiosas não devem ensejar a exclusão do seu adepto para fora dos quadros estatais:

A história da Europa, atenta a sua evolução, fez-se no sentido da separação das esferas política e religiosa, cada uma debruçada no seu múnus. O que de todo não significa que o Estado esteja alheado da importância do fenómeno religioso nas várias facetas da vida dos cidadãos nem que, entre estes, os que professam um credo religioso estejam coarctados no seu direito e dever de participação na vida política.

(Marques, 2019, cap.2.6.3, p.106)

3.1.4 Costume

A solução deduzida da analogia com o direito à prestação que é o julgamento pelo júri pode ser satisfatoriamente persuasiva. No entanto, a necessidade de examinar o problema exaustivamente recomenda abordar as outras soluções indicadas pelo art.4º da LINDB, o que conduziria então o problema para a solução sob o critério dos costumes. É público e notório que, antes da ADPF 54, não era costume abortar anencéfalos³⁴¹ – não era algo praticado com frequência sob a convicção de que se fazia algo lícito. Semelhantemente, antes da ADI 4.277 e da ADPF 132, não era costume que o Estado oficializasse uniões entre pessoas do mesmo sexo. Considerando o princípio da legalidade estrita do direito administrativo pertinente aos órgãos estatais que prestam o serviço de registro de casamentos e de uniões estáveis, essas práticas eram legalmente impossíveis, portanto muito menos era possível que essas práticas fossem reiteradas em quantidade suficiente para se consolidar como um hábito avaliado pela sociedade em geral como lícito. E o mesmo pode ser dito com relação à ADI 4.275: antes dela também não era possível alterar sexo e correspondente nome no registro civil sem criteriosa apreciação judicial, de modo que não havia prática reiterada nesse sentido. Em todas essas hipóteses, o costume colocava-se em favor dos funcionários que se recusassem a colaborar para essas pretensões.

Se atualmente o costume for diferente, há de se considerar que isso pode resultar da compulsão colocada exemplarmente pela Resolução n.175/2013 do CNJ, que, por sua vez, fundamenta-se no caráter vinculante do julgado da ADI 4.277 e da ADPF 132 (2º e 3º considerandos³⁴²). Portanto, o argumento de que os costumes mudaram para tornar a objeção ilícita funda-se, em última análise, no próprio dever objetado, e não exatamente no costume em si, o que conduziria ao seguinte argumento circular: a objeção não seria lícita porque o costume não a ampara; o costume não a ampara porque foi forçosamente mudado pelo regulamento do CNJ; o regulamento do CNJ foi mudado por causa do julgado vinculante; logo a objeção ao julgado vinculante não seria lícita porque o julgado vinculante torna ilícita a objeção! Diante dessa longa tautologia, diante dessa “petição de princípio”, essa cadeia de fundamentos efetivamente inutilizaria o costume como critério autônomo de solução da lacuna legal, e tornaria o dever imposto pelo julgado vinculante um dever absoluto³⁴³.

341 A notoriedade dispensa prova (CPC art.374-I) da existência do costume (CPC art.376). Ademais, a existência ou não desses costumes compreende a experiência comum do que ordinariamente acontecia (CPC art.375). Além disso, não se pode exigir que se prove a inexistência de um costume (prova de fato negativo): o ônus de provar a sua existência recai sobre quem alegar que o costume existia (CPC art.373-§§1º e 2º).

342 “Considerando que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo; considerando que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário;”

343 Admitimos que o argumento contrário padeceria da mesma falha de consistir em um argumento circular: os velhos costumes anteriores aos julgados vinculantes também seriam fundamentados, em última análise, pelas proibições implícitas no Código Penal, no Código Civil e na Lei de Registros Públicos. Coloca-se o dilema: os costumes jurídicos tornam-se costumes por causa da espontaneidade popular ou por causa da coercibilidade do

A solução que mais valoriza o costume como fonte do direito é aquela que o preza sem considerar interferências coercivas sobre ele, praticando o seguinte exercício mental: como seria o costume se ele não tivesse sofrido a interferência estatal que ameaça a prática social com punições? A imaginação aponta para que os costumes continuariam espontaneamente os mesmos se os julgados vinculantes não tivessem neles interferido. O costume sustenta-se pela inércia de se repetir. Portanto, aplicando-se os costumes previstos no art.4º da LINDB, pode-se concluir que é devida a escusa à objeção de consciência a colaborar para concretizar direitos estabelecidos pelos julgados vinculantes objetáveis neste estudo. A dúvida sobre se o costume é ou não favorável à objeção poderia ser resolvida pelo brocardo segundo o qual “sempre que seja dúbia a interpretação referente à liberdade, a favor desta deve ser o pronunciamento” (França, 1984, p.57).³⁴⁴ Ou poderia ser resolvida segundo o que afirma: “altere-se o menos possível o que sempre foi entendido do mesmo modo” (Maximiliano, 2011, p.203)³⁴⁵. Ambos resolvem-se a favor do objeitor, seja por causa de sua liberdade, seja por causa da conservação da tradição de não puni-lo.

3.1.5 Princípios gerais de direito

A solução deduzida dos costumes não se mostra suficientemente segura, embora plausível. Essa situação demanda o exame do problema junto às outras fontes jurídicas indicadas pelo art.4º da LINDB: os princípios gerais do direito. Contudo, há diferentes compreensões subjetivas sobre o significado dessa expressão. Humberto Ávila caracteriza os princípios jurídicos como “normas imediatamente finalísticas”, que determinam a “realização de um fim juridicamente relevante”, isto é, “que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos” (Ávila, 2009, cap.2.4.2.1, p.71). Já Ana Maria D’Ávila Lopes entende que os direitos humanos “são os princípios que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual, de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos, acolhidos em documentos internacionais” (Lopes, 2022, p.17). Assume-se então que os direitos humanos, por sua pretensão de generalidade a todos os seres humanos (por sua pretensão de universalidade), expressam-se

direito estatal (lei ou jurisprudência)? O costume faz a lei (ou a jurisprudência) ou é a lei (ou a jurisprudência) que faz o costume? Esse problema coloca outro: os julgados vinculantes tinham autoridade para mudar os costumes a partir da inutilização de dispositivos dessas leis? A autoridade do legislador poderia ter sido contrariada pela autoridade do tribunal constitucional?

344 Pompônio, Digesto, Lei 20. Também aplicável o seguinte brocardo: “Nas questões dúbias se há de preferir o que for mais benigno” (Gaio, lei 56).

345 Tradução de Carlos Maximiliano. No original: “*Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt*” (Paulo, Digesto, Livro 1, título 3, fragmento 23).

por meio de normas jurídicas gerais. Disso infere-se que os tratados de direitos humanos que expressam normas jurídicas que se caracterizam como princípios expressam princípios gerais do direito, como quer o art.4º da LINDB. Essa conclusão conduz à tarefa de apreciar o problema da objeção de consciência religiosa segundo dispositivos de direitos humanos que determinam a realização do fim juridicamente relevante que é a liberdade religiosa, cogitando quais comportamentos devem ser adotados, para realizar esse fim, por quem tem autoridade sobre o objetor para escusá-lo ou para puni-lo.

Ávila entende também que um mesmo dispositivo pode funcionar tanto como regra jurídica quanto como princípio jurídico, na medida em que expressa ou uma dimensão comportamental ou uma dimensão finalística (Ávila, 2009, cap.2.4.2.1, p.69). Como será visto a seguir, alguns dispositivos de direitos humanos desdobram-se em princípios e regras. O problema da objeção de consciência religiosa será então apreciado segundo esses princípios e regras que constam nas declarações de direitos humanos.

3.2 Norma internacional: a regulamentação da objeção de consciência por subsunção aos tratados de direitos humanos que regulam a liberdade religiosa

Os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário não previram especificamente o problema de a jurisprudência vinculante impor deveres a todo um grupo de pessoas que pudesse ter imperativos de consciência para a ela objetar. Na verdade, não tratam diretamente nem mesmo da objeção de consciência³⁴⁶, mas apenas da liberdade de consciência. Contudo, os termos abrangentes dos textos de seus dispositivos pertinentes expressam normas de dimensão principiológica, das quais podem ser deduzidas normas de conduta quanto ao problema da objeção de consciência.

Para Humberto Ávila, as regras são espécies de normas jurídicas que estabelecem comportamentos devidos com exatidão maior do que a da espécie dos princípios, expressando-se primariamente por descrições (obrigações, permissões e proibições) (Ávila, 2009, cap.2.4.2.1, p.72). As regras têm caráter deontológico, porque decorrem de uma norma que indica “o que deve ser feito”. Por isso Ávila afirma que as regras são “normas-do-que-fazer”, que seu conteúdo diz respeito diretamente a ações, enquanto que princípios são “normas-do-que-deve-ser”, pois seu conteúdo diz respeito a um estado ideal de coisas. Em 346 A objeção de consciência é tratada indiretamente, pressuposta no serviço alternativo ao serviço militar, nos países onde tal serviço alternativo é previsto: PIDCP art.8.3-ii; CADH art.6.3-b.

suma, para Ávila, “princípios estabelecem uma espécie de necessidade prática: prescrevem um estado ideal de coisas que só será realizado se determinado comportamento for adotado”.

Rogério Born entende que o direito à objeção de consciência consiste em garantia do exercício do direito de liberdade de consciência (Born, 2013, p.62). Para José Carlos Buzanello, a liberdade de consciência fundamenta a objeção de consciência, a qual reflete não “uma liberdade geral, mas, sim, uma liberdade singular não pautada na igualdade entre os indivíduos” (Buzanello, 2001, p.175). Para Jorge Miranda, as liberdades valem por si, enquanto que as garantias têm função instrumental e derivada (Miranda, 1998, título 1, cap.2, §2º.28, p.89); as liberdades são formas de manifestação da pessoa (envolvem escolhas entre agir ou não agir diante de certos bens jurídicos), enquanto que as garantias têm a função de proteger as pessoas e de lhes defender a personalidade (p.91), pressupondo modos de estruturação do Estado para uma atuação dele, Estado, ou das próprias pessoas (p.89). Uma vez que a escusa de consciência consiste em uma conduta (omissiva) da competência de quem tem autoridade sobre o objeto, pode-se afirmar, a partir dessa posição de Jorge Miranda, que o direito de objeção de consciência consiste em uma garantia do direito à liberdade de consciência³⁴⁷. Portanto, o problema da recusa a colaborar por imperativo de consciência pode vir a encontrar solução em princípio jurídico que trate do direito à liberdade religiosa.

Essa posição de que a solução jurídica encontra-se implícita nos tratados de direitos humanos vai ao encontro da de Eduardo Gomes e Rogério Born, os quais entendem que o direito à objeção de consciência é um direito natural, implícito e subjetivo da pessoa humana, digno de proteção pela jurisprudência internacional e pela jurisprudência dos países que não o preveem expressamente em suas constituições (ou que a regulamentam deficientemente), de modo que o Judiciário deve lhe atribuir efeito de injunção, concedendo aos objetores o direito de se opor a cumprir lei que lhe cause aversão (Gomes e Born, 2012, p.135). Se a escusa de consciência for mesmo um direito sempre implícito, deve ser garantida inclusive para permitir aos objetores opor-se a cumprir dever que lhe cause aversão e que tenha sido estabelecido pelo próprio Judiciário.

A própria Constituição Federal admite a positividade de direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais aderidos pelo Brasil (art.5º-§2º)³⁴⁸, o que autoriza a aplicá-los nos casos em que a lei nacional não seja suficiente para regular um fato social, seja diretamente,

³⁴⁷ Porém o próprio Jorge Miranda afirma que, quanto à objeção de consciência, é “difícil discernir se está diante de um direito autônomo ou de uma garantia” (p.90).

³⁴⁸ Art.5º §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

seja por analogia. Jane Reis Gonçalves Pereira entende que, antes de se empregar o método da ponderação de direitos (de valores, de interesses) para a solução de um conflito jurídico, cabe examinar a possibilidade de solução pelos métodos clássicos de interpretação:

(...) Por isso, a ponderação deve ser entendida como um procedimento hermenêutico complementar – e, em certos casos, alternativo – aos métodos tradicionais de interpretação. É inegável que tais critérios, embora formulados com os olhos voltados para o sistema de direito provado oitocentista, são instrumentos úteis e relevantes no âmbito da hermenêutica constitucional contemporânea. O problema consiste em saber se estes métodos são suficientes para determinar a norma aplicável nos casos de conflitos entre normas constitucionais.
(Pereira, 2018, cap.4.3.3.4, p.333-334)

Os métodos tradicionais de interpretação jurídica referidos por Jane Pereira são o literal, o sistemático, o histórico e o teleológico (Pereira, 2006, cap.4.3.3.4, p.334-338). Ela menciona que os críticos do método da ponderação avaliam os métodos tradicionais como “mais seguros, mais racionais e mais condizentes com o princípio da separação de poderes³⁴⁹” do que o método da ponderação (p.289-290).

Há ainda outra vantagem da subsunção sobre a ponderação. A ponderação equânime é aquela que considera cada circunstância fática. Essa tarefa será tanto mais difícil quanto mais geral for o objeto da ponderação. Uma ponderação pode ser suficientemente boa em tratar todos os detalhes de um caso concreto particular, pois supõe-se que ela considera os argumentos expostos por todas as partes litigantes que são afetadas pela decisão. No entanto, para tratar de todos os detalhes de um caso abstrato hipotético – que é o que acontece nos julgados *erga omnes* do controle concentrado de constitucionalidade –, muito dificilmente pode se levar em conta as percepções e avaliações de todos os que serão efetivamente afetados pela decisão. Ainda que o tribunal ponderante afirme que todas as oportunidades tenham sido abertas para que os potencialmente afetados se manifestem³⁵⁰, é praticamente impossível a onisciência sobre todos os efeitos sobre todos os afetados.

A seguir, serão empreendidos esforços de interpretações gramatical e sistemática de dois tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. A interpretação sistemática tanto

349 A subsunção de tratados revela a deferência pelo legislador brasileiro. A Constituição confere competência exclusiva ao Congresso Nacional para “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais”, referendando os “tratados, convenções e atos internacionais” que tiverem sido celebrados pela Presidência da República (art.49-I c/c art.84-VIII). A participação do colegiado bicameral com o chefe do poder executivo, que também tem competência de iniciativa legislativa (art.84-III), demonstra que a aplicação de tratado internacional de direito humano reveste-se da legitimidade democrática advinda dos representantes eleitos pelo Povo. O Congresso Nacional, que tem legitimidade para redigir regulamentos com o *status* de lei, tem legitimidade também para aderir, total ou parcialmente, a regulamentos redigidos por autoridades estrangeiras.

350 Mesmo porque algumas percepções só conseguem ser percebidas depois que se passa a executar as obrigações decorrentes do julgado vinculante. Os próprios ministros do STF, apesar de suas longas fundamentações nos julgados ora objetáveis, não cogitaram expressamente das graves consequências religiosas que seus juízos acarretariam.

será intra-sistemática (comparando-se dispositivos do mesmo tratado) quanto inter-sistemática (comparando-se dispositivos entre os dois diplomas). Após esses esforços, poder-se-á avaliar se eles se apresentam como suficientes, nos termos de Jane Pereira, ou se, ainda assim, demandam uma complementar ponderação.

Canotilho admite que a Constituição seja interpretada conforme os significados da legislação infraconstitucional, quando se tratar de lei mais antiga do que a Constituição e “cujos princípios orientadores lograram posteriormente dignidade constitucional” (Canotilho, 2011, parte 4, título 1, cap.4.G.I.4, p.1234). Se se considerar que os tratados internacionais ingressam no ordenamento jurídico nacional em *status* hierárquico igual ou superior ao das leis ordinárias, não haveria motivos para não interpretar a Constituição também conforme os tratados internacionais de direitos humanos aderidos pelo Brasil. A *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (CADH) e o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* (PIDCP) foram redigidos cerca de vinte anos antes da Constituição Federal de 1988: o PIDCP, em 1966 (Brasil, Decreto n.592/1992, 1º considerando), e a CADH, em 1969 (Brasil, Decreto n.672/1992, 1º considerando). Ambos expressam normas cujos princípios orientadores efetivamente lograram posterior dignidade constitucional. Portanto, pode-se interpretar o art.5º-VIII da CF sistematicamente com os horizontes hermenêuticos desses tratados, a fim de se esclarecer o que o inc.VIII isoladamente possa ainda manter em dúvida³⁵¹.

3.2.1 Regulação pelo pacto internacional sobre direitos civis e políticos e pela convenção americana sobre direitos humanos

O Brasil aderiu ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 (PIDCP) por meio do Decreto n.592/1992. Esse pacto consiste no diploma jurídico que positiva direitos humanos aceito pelo maior número de estados soberanos no mundo. Constitui o regulamento mais elementar de todo o sistema global de proteção de direitos humanos. Esse pacto dispõe acerca do direito de liberdade religiosa:

³⁵¹ Entre o PIDCP, em 1966, e a CADH, em 1969, o Brasil teve a constituição imediatamente anterior à atualmente vigente: a de 1967. Em 1966 vigorava a constituição de 1946. A de 1946 dispunha que “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” (art.141-§8º). A de 1967 dispunha que “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” (art.150-§6º). Como se percebe, os dois dispositivos das duas constituições anteriores correspondem substancialmente ao dispositivo do art.5º-VIII da constituição de 1988, o que implica uma continuidade normativa na tradição constitucional brasileira. O PIDCP e a CADH expressam normas cujos princípios orientadores ressoam sua dignidade não apenas na posterior constituição de 1988: eles já ressoavam na de 1946 e na 1967.

Artigo 18

1. Toda pessoa terá direito à 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.

(Brasil, 1992-a, grifos nossos)

Esse dispositivo idealiza um estado de coisas como devido, encaixando-se na classificação de “princípio” conforme Humberto Ávila. O PIDCP garante o direito de professar “religião ou crença” não apenas privadamente mas também publicamente. Os imperativos de crença religiosa bíblica, diretos e indiretos, como explanados no subcapítulo 1.2, enquadram-se no termo textual “religião ou crença”, tanto porque se crê que os imperativos são comandos emanados de uma divindade quanto porque se crê que seu descumprimento também enseja punição divina. O cumprimento desses preceitos éticos religiosos também se enquadra no termo “práticas”, isto é, como componente do conjunto de crenças mais geral. A liberdade de profissão da religião “tanto pública quanto privadamente” faz deduzir que essa profissão pode ocorrer em espaço público, o que pode fazer deduzir que também é permitida ocorrer no exercício de serviço público. Não há suporte textual para fazer deduzir que o funcionário público não possa professar sua religião ou crença por meio de uma prática no desempenho de seu serviço público, sobretudo quando essa prática consiste em uma prática negativa (em uma omissão). Resta saber se o termo “professar”, no trecho “liberdade de professar sua religião ou crença”, significa apenas propagar sua religião/crença (apenas atos de fala ou de comunicação visual) ou se implica também em outras condutas, como, por exemplo, uma omissão que não produza os efeitos que um titular de direito devidamente espere que seja produzido.

Para solucionar essa dúvida, convém examinar esse texto do PIDCP de modo sinóptico ao do dispositivo que regula a mesma matéria na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (CADH)³⁵², à qual o Brasil também aderiu (Decreto n.678/1992), e que funda o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos:

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 mudar³⁵³ de

352 Também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica

353 O PIDCP omitiu o direito de mudar de religião. Essa omissão difere dos tratados interamericanos e europeus, que garantem esse direito: CADH, art.12-§1; CEDH, art.9ª-§1. Difere também da própria DUDH, da qual o PIDCP deriva, a qual também expressa o direito de mudar de religião (DUDH art.18). O sistema global de proteção direitos humanos, surgido de uma aliança euro-americana, não conseguiu persuadir suficientemente as demais nações unidas da existência de um direito de mudar de religião, para que ele constasse no PIDCP. É sintomático que o direito de mudar de religião não consta nem no tratado africano, nem no sudestino-asiático nem nos árabe-islâmicos. O islamismo, que predomina em países da Ásia e da África, não admite apostasia. Resta então interpretar que o direito de mudar de religião é inferido das finalidades do PIDCP, expressados na

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.
(Brasil, 1992-b, grifos nossos)

O art.12-§1 da CADH contém duas variações com relação ao art.18-§1 do PIDCP. Primeiramente ela explicita o direito de “conservar” a religião, o que pode ser entendido como o direito de defendê-la de algo que seja capaz de violá-la. Como já demonstrado, alguns deveres funcionais decorrentes de jurisprudência vinculante ameaçam a integridade da observância a um sistema ético religioso bíblicista: o cumprimento desses deveres funcionais implica risco à conservação dessa religião em sua manifestação prática. Em segundo lugar, a CADH emprega dois termos distintos para garantir o direito a crenças: “professar” e “divulgar”. Partindo-se da premissa que não há termos textuais inúteis nesse diploma legal³⁵⁴, conforme a opção da tradução para o idioma português exercida pelo Brasil ao aderir a essa convenção, esses dois termos devem significar necessariamente duas coisas distintas. O termo “divulgar” aproxima-se mais da ideia de mera comunicação verbal ou visual que importe em propaganda das ideias religiosas (o que é chamado de proselitismo, segundo parte da doutrina jurídica). Por isso o termo “professar” parece então significar algo diferente, algo como cumprir as condutas práticas decorrentes da crença religiosa. O dicionário Aurélio define “professar” como significando “seguir a regra de”, “obedecer às normas de”, “pôr em prática, realizar, executar”, ou, ainda, “preencher as funções inerentes a” (Ferreira, 2009, p.1636). Destarte, tanto o art.12-§1 da CADH quanto o art.18-§1 do PIDCP parecem implicar a licitude de uma prática omissiva no exercício público de uma função em obediência ao imperativo religioso.

Esse resultado interpretativo converge com o de Jónatas Machado, para quem a religião detém um caráter público (visível e sensível), o que implica em que o cultivo de determinadas ideias acerca do que é transcendente e eterno necessariamente manifesta-se no mundo material da convivência social de maneira correspondente:

Com a referência ao caráter público da religião pode querer sublinhar-se que a mesma não se contenta com uma esfera subjetivo-intelectual da crença ou adesão a uma ortodoxia, exigindo, para além disso, uma conduta ética (ortopraxis) que necessariamente transcende o âmbito restrito da devoção privada ou doméstica e se reflete nas mais diversas esferas de ação social em que os indivíduos se realizam. (...) É ainda pensável, na sequência das ideias referidas, que o caráter público da religião tenha em vista o fato de que a intencionalidade totalizante das mundividências religiosas resulta naturalmente na vontade de performance das confissões religiosas na discussão de assuntos públicos relativos ao funcionamento

DUDH, a qual é mais abrangente nesse ponto. Essa diferença entre os textos da DUDH e do PIDCP levanta a pressuposição de que a DUDH orienta a interpretação do PIDCP: poder-se-ia interpretar como direito humano autêntico o que estiver fora do texto do PIDCP, mas dentro do texto da DUDH, enquanto que não se poderia interpretar como direito humano autêntico o que estiver fora tanto do PIDCP quanto da DUDH.

354 Conforme o brocardo apresentado *retro*.

dos vários subsistemas sociais onde estejam envolvidas questões de forte ressonância moral. (...)

Com um ou todos os significados acabados de expor, o caráter público da religião é perfeitamente compatível com a liberdade religiosa constitucionalmente consagrada, nas suas dimensões individual e coletiva, pública e privada, e bem assim com o princípio da separação das confissões religiosas do Estado (Machado, 2021, p. 344-345)

Esse resultado interpretativo também converge com o argumento de autoridade do ministro Gilmar Mendes, do STF: “A Constituição assegura a liberdade dos crentes, porque toma a religião como um bem valioso por si mesmo, e quer resguardar os que buscam a Deus de obstáculos para que pratiquem os seus deveres religiosos” (Mendes; Coelho; Branco, 2007, cap.6.4.1.1, p.409-410). Mendes apresenta essa afirmativa depois de ter afirmado pragmaticamente que “o reconhecimento da liberdade religiosa decerto que contribui para prevenir tensões sociais”, na medida em que “neutralizam rancores e desavenças decorrentes do veto oficial a crenças qualquer”. Também apresenta essa posição depois de outra afirmação pragmática: “o reconhecimento da liberdade religiosa também tem por si o argumento de que tantas vezes a formação moral contribui para moldar o bom cidadão” (p.409).

Todos os outros termos textuais desse §1 do art.12-CADH parecem confirmar o mesmo resultado interpretativo do §1 do art.18-PIDCP *retro*.

Os dois tratados continuam dispondo de modo muito semelhante:

PIDCP - Artigo 18 - (...)

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. (grifos nossos)

CADH - Artigo 12 - Liberdade de Consciência e de Religião - (...)

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. (grifos nossos)

Nesses dois dispositivos, percebem-se determinações de condutas proibidas aos estados. As proibições dos §§2 são absolutas aos estados. As proibições dos §§3 limitam muito estritamente as limitações que o Estado pode opor à liberdade religiosa. Todos esses parágrafos configuram regras, na classificação de Humberto Ávila. Ambos os artigos dos dois tratados só admitem restrição ao direito de professar prática religiosa se a proibição for “prevista” (PIDCP art.18-§3) ou “prescrita” (CADH art.12-§3) em lei. Os §§3 desses dois

artigos fixam exceção à regra geral expressa nos §§2, a qual consiste em não restringir (não limitar) a liberdade religiosa – de praticar certos preceitos, por exemplo – mediante a submissão a medidas “coercitivas” (PIDCP art.18-§2) ou “restritivas” (CADH art.12-§2). Os deveres funcionais decorrentes dos julgados vinculantes objetáveis consistem em medidas repressivas à liberdade religiosa, porque compelem à não observância de determinadas práticas do *ethos* religioso bíblico, e importam também em medidas coercitivas, por causa das punições cominadas para as infrações, criminais ou disciplinares, que se tornaram cabíveis exatamente por causa da positivação desses novos deveres.

Esses deveres decorrentes de julgados vinculantes, embora *funcionem como leis*, por causa de seu alcance geral e caráter abstrato, *não são leis*, porque não foram formulados segundo os termos dos arts.61 a 69 da Constituição Federal, pelos quais o processo de normatização geral e abstrata está aberto para a participação também geral dos afetados pela obrigação³⁵⁵. Por isso, os julgados vinculantes parecem não se enquadrar nesse requisito formal exigido por esses §§3 do PIDCP e da CADH para excepcionar a regra geral implícita nesses mesmos parágrafos e explícita nos seus §§2: a regra de que a liberdade de praticar uma crença religiosa só deve ser constrangida *por lei*. Aplicando esses dispositivos do Pacto e da Convenção às objeções de consciência a prestar os novos direitos ao aborto e à oficialização da homo-transsexualidade postos pela jurisprudência vinculante, pode-se arguir que, não tendo sido eles *estabelecidos por lei*, implica que essas objeções não sofrem, logicamente, “limitações previstas em lei” (PIDCP art.18-§3) ou “limitações prescritas em lei” (CADH art.12-§3), sendo, portanto, lícitas. Poder-se-ia contra-argumentar que o termo do dispositivo “lei”, contido nesses §§3, poderia ser interpretado extensivamente para significar também “jurisprudência”, de modo que uma prática religiosa poderia ser restringida ou limitada para proteger “os direitos e as liberdades das demais pessoas” (§§3, *in fine*). No entanto, esse contra-argumento decorreria de uma interpretação ampliativa de uma regra restritiva de um direito humano explicitamente (e claramente) declarado pelos dois tratados. Tal interpretação contrariaria o clássico brocardo de que “interpretam-se restritamente as disposições derogatórias do Direito comum” (Maximiliano, 2011, p.191)³⁵⁶. Contraria também o

355 Como será melhor exposto no capítulo 3.4.3.6, esses deveres impostos pela jurisprudência vinculante parecem desafiar frontalmente as leis já estabelecidas.

356 Carlos Maximiliano explica essa regra de interpretação no sentido de que ela “sintetiza o dever de aplicar o conceito excepcional só à espécie que ele exprime, *nada acrescido*, nem suprimido ao que a norma encerra” (tópico 287, p.192, grifo nosso). Ou ainda: “cumpre opinar pela inexistência da exceção referida, quando esta se não impõe à evidência, ou [quando] dúvida razoável paira sobre a sua aplicabilidade a determinada hipótese” (p.193). E fundamenta: “restrições ao uso ou posse de qualquer direito, faculdade ou prerrogativa *não se presumem*” (p.193, grifo no original) porque “devem ressaltar dos termos da lei, do ato jurídico, ou da frase de expositor”. O brocardo expressa-se assim no original: “*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*”. Constava no art.6º da introdução ao Código Civil de 1916: “Art.6. A lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos, que especifica”. Maximiliano entende que essa regra continua viva no campo doutrinário, ainda “de pé, universal, firme em sua essência”. O código civil italiano dispõe ainda hodiernamente:

brocardo de que “sempre que seja dúbia a interpretação referente à liberdade, a favor desta deve ser o pronunciamento”³⁵⁷. Contraria também outras regras hermenêuticas fixadas na mesma CADH, conforme explicado abaixo.

Além do requisito formal da lei – lei *também em sentido formal* –, os dois tratados exigem ainda, para restringir ou limitar a liberdade religiosa, a necessidade de proteger os direitos das demais pessoas ou de proteger a segurança, ordem, saúde ou moral públicas. Uma vez que a existência de lei formal é requisito para diminuir a liberdade religiosa, deduz-se que essas necessidades hipotéticas devam ser expressadas na exposição de motivos da lei que venha a diminuir essa liberdade – ou, ao menos, que constem nos registros dos debates parlamentares. Essa interpretação parece convergir para com outra regra hermenêutica presente na CADH:

Artigo 30 - Alcance das Restrições

As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com *leis que forem promulgadas* por motivo de interesse geral *e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas*. (grifos nossos)

Julgados vinculantes escapam do que significa o termo textual “leis que foram promulgadas”, que só pode ser entendido como lei em sentido formal. A hipotética lei formal promulgada e estabelecida, mencionada na CADH art.30, deve, ainda, trazer consigo o seu propósito, o qual, na interpretação intra-sistemática da CADH, deve ser a teleologia das limitações “necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas” (art.12-§3). Por isso, a necessidade de proteger direitos fundamentais implícitos, conforme exposto na fundamentação dos respectivos julgados vinculantes, parece então não ser suficiente para configurar a exceção ao direito humano da liberdade religiosa – e menos ainda quando se percebe que não foi abordada, em nenhum dos votos dos ministros que compuseram as maiorias vencedoras desses julgados, a questão das práticas das crenças religiosas afetadas pelas novas obrigações, o que expõe a deficiência do STF na tarefa de levar em conta todos os direitos e interesses envolvidos nas legislações que ele empreende³⁵⁸. Ainda que os votos vencedores desses julgados tivessem

“Art.14: Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati” (Itália, 1942). Na tradução de Maximiliano: “as leis penais e as que introduzem exceção a regras gerais ou a outras leis não se aplicam além dos casos e tempos *nas mesmas considerados*” (grifo no original).

357 Pompônio, Digesto, Lei 20, (in Limongi França, 1984, parte 2.2, p.57). No original: “In dubio pro libertate. Libertas omnibus rebus favorabilior est”. Na tradução de Maximiliano: “Na dúvida, pela liberdade! Em todos os assuntos e circunstâncias, e a liberdade que merece maior favor” (Maximiliano, 2011, tópico 313-L, p.213). No mesmo sentido: “Nas questões dúbias, há de se preferir o que for mais benigno” (Gaio, lei 56); “Nas causas penais, a interpretação deve ser mais benigna” (Paulo, lei 155-§2), ambos in França, 1984, p.115.

358 A única abordagem do STF nesses julgados evoluiu a questão do *discurso* religioso – não da *prática* religiosa –, na criminalização sem lei da “homo-transfobia” (ADO 26, p.7). O STF, portanto, tangenciou o tema.

tratado das crenças religiosas vulneradas, para que elas pudessem ser diminuídas em extensão, seria ainda necessário demonstrar a necessidade de tal diminuição, isto é, de demonstrar que os novos direitos ao aborto e à oficialização da homo-transsexualidade a serem prestados pela corporação estatal só fossem exequíveis ao custo de constranger pessoas humanas crentes para agir em violação aos seus preceitos ético-religiosos.

Admitir que se deduzam limitações à liberdade de prática religiosa a partir de considerações judiciais que não dedicaram atenção a esse problema específico afrouxa os limites do poder exercido para tolher liberdades individuais. Vislumbra-se então um risco ao núcleo do próprio direito fundamental de liberdade religiosa, conforme pode-se aduzir da doutrina de Jónatas Machado:

(...) Esta [a Constituição] encara a religião como uma unidade incindível entre convicções e práticas religiosas (cfr. art.41º-2). Assim as restrições às condutas religiosas devem, como veremos adiante, observar rigorosos requisitos materiais e procedimentais, sendo certo que elas podem ser suficientes, por si só, para retirar conteúdo útil ao direito à liberdade religiosa.

(...) Se assim é, tais convicções não podem ser artificialmente desligadas da acção humana em que se concretizam e manifestam, juntamente com a qual se subsumem a uma realidade incindível: o fenómeno religioso. (...) Compreensivelmente, em nome da protecção do indivíduo, da unidade e integridade da sua personalidade moral, a liberdade religiosa deve proteger a conduta religiosa, a liberdade de actuação e autoconformação de acordo com as próprias convicções, numa medida tão ampla quanto o permita uma ponderação de bens constitucionalmente saudável. Quer dizer, a protecção constitucional não se limita ao foro íntimo, cobrindo, ao invés, as acções e as omissões consideradas obrigatórias no quadro de uma autocompreensão religiosa. (...)

(Machado, 2021, p.230-231)

Portanto parece ser correta a interpretação de que a jurisprudência vinculante não pode restringir ou limitar a liberdade de quem, por crença religiosa, pratica preceitos de não tomar parte na morte de um feto anencéfalo ou de não participar de uma união civil (ou adoção conjunta) homossexual ou de uma alteração do registro civil de nome e sexo. A interpretação em sentido contrário – de que restrição da liberdade religiosa seria autorizada por norma proferida no controle judiciário concentrado de constitucionalidade que proclama direitos implícitos nos princípios constitucionais – encontra óbice em outros dispositivos do PIDCP e da CADH:

PIDCP - Artigo 5

1. *Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas.*

2. *Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto*

em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.

CADH - Artigo 29 -Normas de Interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a) permitir a qualquer dos *Estados-Partes*, *grupo* ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

Logo, o PIDCP art.5-§1 não admite que se interprete que se imponha ao direito de liberdade religiosa (expresso no art.18) uma limitação mais ampla do que a já prevista no §3 desse art.18. Essa interpretação mais restritiva não pode ser autorizada a nenhum “Estado, grupo ou indivíduo” (art.5-§1), do que se deduz que não pode ser autorizada a nenhum indivíduo agente do Estado (por exemplo, um ministro) ou a um grupo de pessoas do Estado (por exemplo, um tribunal). A mesma lógica se aplica a partir da CADH: nenhum grupo dos estados-partes – o que logicamente abrange um tribunal, por mais alto que esteja na hierarquia desse estado-parte – detém permissão para limitar o direito de liberdade religiosa previsto no seu art.12 além das possibilidades de limitação previstas no §3 do mesmo art.12. O PIDCP é ainda mais claro quando afirma que um grupo de pessoas de um estado não deve ter como reconhecido “qualquer direito” de “praticar quaisquer atos” que imponha essas limitações mais amplas. Logicamente então o colegiado de um tribunal (‘grupo’), embora exerça a competência de controlar a constitucionalidade das leis que existem – e até das que não existem –, não adquire, com isso, a licitude (“qualquer direito”) de proferir julgados vinculantes (“quaisquer atos”) que imponham limitações mais amplas do que as limitações estabelecidas no §3 do art.18, o qual só admite que haja limitações por lei formal.

É de se observar, ainda, que um julgado *erga omnes* funciona como efetiva lei – por ser geral e abstrato –, bem como que funciona como regulamento, pois detalha o regramento da Constituição, sobretudo quando vai além do texto dela para descobrir algum direito implícito, como o de matar anencéfalo³⁵⁹. Uma vez que nem regulamento e nem mesmo a Lei (PIDCP art.5-§2) podem prevalecer sobre os limites convencionais das limitações ao direito humano de prática religiosa, pode-se concluir que não se admite interpretar um julgado vinculante do STF de modo a implicar punir uma prática omissiva religiosa que não era proibida por lei formal, a exemplo de um funcionário estatal que se recusa a colaborar para oficializar união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Ao contrário, o art.2 da CADH parece apontar para a concessão de escusa ao objeitor de consciência mesmo que não exista ainda lei ou outra fonte de direito positivo nesse sentido:

³⁵⁹ Ou o de duas pessoas do mesmo sexo casarem-se civilmente, ou o de alguém mudar seu registro civil de sexo e nome.

Artigo 1 - Obrigação de Respeitar os Direitos

1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a *garantir seu livre e pleno exercício* a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, *religião*, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Artigo 2 - Dever de Adotar Disposições de Direito Interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas *ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades*. (grifos nossos)

O art.1 da CADH obriga os estados a garantir o exercício *pleno* da liberdade religiosa, o que abrange a prática religiosa e que significa que não admite nenhuma exceção – a não ser aquela conforme os termos da própria CADH, o que implica que um julgado vinculante não deve vulnerar o exercício da liberdade religiosa. Do art.2 deduz-se que qualquer medida jurídica positiva é devida para que o direito humano da liberdade religiosa seja garantido, e que a medida jurídica preferida para formalizar essa garantia é a lei. Uma vez que no Brasil o direito à liberdade religiosa (CF art.5º-VI) é garantido como direito à objeção de consciência (CF art.5º-VIII), deduz-se que não se pode restringir o direito de objeção de consciência sem que haja lei, do que se deduz, por sua vez, que a liberdade religiosa que é garantida por esse direito mais específico não pode ser diminuída pelo fato de que um direito implícito na ordem constitucional brasileira foi reconhecido pelo controle concentrado de constitucionalidade e de que, por causa disso, novos deveres foram positivados ao conjunto dos funcionários públicos.

Uma vez que o art.2 da CADH dispõe que devem ser adotadas medidas de qualquer natureza “que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”, conclui-se que o superior hierárquico do funcionário objetor pode desde já escusá-lo, direta e administrativamente, sem a necessidade de que preexistisse algum regulamento administrativo que o autorize explicitamente.

Essas são as regras que se aplicam às objeções de consciência religiosas independentemente de se tais práticas religiosas são socialmente majoritárias ou minoritárias. Como visto no capítulo 1, o cristianismo é, nominalmente, a religião majoritária do Brasil, mas isso não implica necessariamente que todas as práticas religiosas determinadas por seu livro fundamental sejam também socialmente majoritárias. Uma vez que existe uma diferença entre declarar-se de uma religião e de a praticar fidedignamente, uma mesma religião pode ser, nominal e formalmente, majoritária, e, simultaneamente, prática e realmente, minoritária.

Diante da possibilidade de que algumas práticas específicas das religiões de matriz bíblica sejam minoritárias dentro de uma sociedade que se declara majoritariamente cristã, atrai-se a incidência do art.27 do PIDCP, que assim dispõe:

Artigo 27

Nos Estados em que haja *minorias* étnicas, *religiosas* ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias *não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.*

Esse dispositivo redigido pela ONU pode ser interpretado sistematicamente com outros documentos da ONU de mesma pertinência, ainda que não adotados oficialmente pelo Legislativo brasileiro. Como examinado no capítulo 2, as posições doutrinárias de Jónatas Machado e de Glauco Magalhães Filho concordam em que seria indevido causar danos jurídicos a indivíduos por suas convicções religiosas especificamente judaico-cristãs. Essa mesma conclusão pode ser extraída da leitura de alguns documentos da ONU que tratam da discriminação religiosa em geral, uma vez que se constate que alguma prática ética de um indivíduo de religião judaica ou cristã seja decorrente ou fundamentada em razões dessa sua religião. Essa posição converge com a *Declaração sobre a Eliminação de todas as formas de Intolerância e Discriminação fundadas na Religião ou nas Convicções*, também da ONU, a qual, depois de considerar que “o desprezo e a violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, em particular o direito a liberdade de pensamento, de consciência, de religião ou de qualquer convicção, causaram direta ou indiretamente guerras e grandes sofrimentos à humanidade”, dispõe que:

Art.II-

§1. Ninguém será objeto de discriminação por motivos de religião ou convicções por parte de nenhum estado, instituição, grupo de pessoas ou particulares.

§2. Aos efeitos da presente declaração, entende-se por “intolerância e discriminação baseadas na religião ou nas convicções” toda a *distinção, exclusão, restrição* ou preferência fundada na religião ou nas convicções *e cujo fim ou efeito seja a abolição ou o fim do reconhecimento, o gozo e o exercício em igualdade dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.*

.....

Art.IV

§1. Todos os estados adotarão medidas eficazes para prevenir e eliminar *toda* discriminação por motivos de religião ou convicções no reconhecimento, o exercício e o gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em todas as esferas da vida civil, econômica, política, social e cultural.

§2. Todos os Estados farão todos os esforços necessários para promulgar ou derrogar leis, segundo seja o caso, a fim de proibir toda discriminação deste tipo e por tomar as medidas adequadas para combater a intolerância por motivos ou convicções na matéria.

(ONU, 1981, grifos nossos)³⁶⁰

360 A referida declaração ainda dispõe: “Art.V §1. Os pais, ou no caso os tutores legais de uma criança terão o direito de organizar sua vida familiar conforme sua religião ou suas convicções e devem levar em conta a educação moral em que acreditem e queiram educar suas crianças. §2. Toda criança gozará o direito de ter acesso a educação em matéria de religião ou convicções conforme seus desejos ou, no caso, seus tutores legais, e não lhes será obrigado a instrução em uma religião ou convicções contra o desejo de seus pais ou tutores legais,

Da interpretação dessa Declaração, se o praticante de uma religião judaico-cristã for punido por não colaborar com aborto ou com homo-transsexualidade alheios – enquanto que os não praticantes não o seriam por com eles colaborarem –, verificar-se-ia uma *distinção* fundada em convicção religiosa, que implica em uma *restrição* à liberdade de trabalho desses crentes, e cujo efeito³⁶¹ consiste no *fim*³⁶² *do exercício em igualdade*, entre crentes e descrentes, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais que é a prática (omissiva) religiosa (bem como a liberdade de trabalho), nos termos do art.I-§2 da referida declaração. Por isso, conclui-se que o estado brasileiro deve prevenir também essa discriminação (esse tratamento desigual) contra esses trabalhadores nas esferas da vida civil, social e política, nos termos do art.IV-§1. E conclui-se que as escusa às objeções a imperativos decorrentes de jurisprudência vinculante são abrangidos como algumas dentre “todos os esforços necessários para promulgar ou derrogar leis..., a fim de proibir toda discriminação deste tipo”, isto é, que são enquadradas como “medidas adequadas para combater a intolerância por motivos ou convicções na matéria”, nos termos do §2 do mesmo art.IV.

E essa tolerância é recomendada por outro documento da ONU mesmo em caso no qual essa prática ética religiosa consista em comportamento socialmente minoritário. É o que se aduz da *Declaração e Programa de Viena*, resultante da *Conferência Mundial sobre Direitos Humanos*:

19. Considerando a importância da promoção e proteção dos direitos das pessoas pertencentes a minorias e a contribuição dessa promoção e proteção à estabilidade política e social dos Estados onde vivem, a Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos reafirma a obrigação dos Estados de garantir a pessoas pertencentes a minorias o *pleno e efetivo exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais*, sem qualquer forma de discriminação e em plena igualdade perante a lei, em conformidade com a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa Pertencentes a Minorias Nacionais, Étnicas, Religiosas e Lingüísticas. As pessoas pertencentes a minorias têm o *direito de desfrutar de sua própria cultura, de professar e praticar sua própria religião* e de usar seu próprio idioma privadamente ou em público, com toda a liberdade e *sem qualquer interferência ou forma de discriminação*.
(ONU, 1993, art.I-§19, grifos nossos)

Portanto, se as atitudes biblicistas diante de abortos e da celebração da homo-transsexualidade são atitudes minoritárias na sociedade, a ONU recomenda a proteção dos servindo de princípio essencial o interesse superior da criança. (...) Art.VI Conforme o “artigo 1º” da presente Declaração e sem prejuízo do disposto no “§3 do artigo 1º”, o direito à liberdade de pensamento, de consciência, de religião ou de convicções compreenderá especialmente as seguintes liberdades: d) A de escrever, publicar e difundir publicações pertinentes a essas esferas.”

361 A Declaração usa os termos “fim” e “efeito” (art.II-§2). Partindo-se da premissa que devem significar coisas distintas, pode-se interpretar que “fim” significa “finalidade”, “objetivo”, “intenção”, enquanto que “efeito” deve significar “resultado”, “consequência”.

362 A Declaração usa os termos “abolição” e “fim” (art.II-§2). Partindo-se da premissa que devem significar coisas distintas, pode-se interpretar que “abolição” significa a extinção total, (geral), enquanto que “fim” deve significar a extinção apenas parcial, apenas casual, apenas circunstancial.

direitos de seus adeptos, para que haja estabilidade social e política, possibilitando-lhe a prática de uma ética que é resquício do desenvolvimento que possibilitou que tenham surgido opiniões posteriores que agora a criticam.

Essas são as conclusões às quais se chega a partir da interpretação gramatical e sistemática dos dispositivos dos dois principais tratados de proteção de direitos humanos aderidos pelo Brasil (o do sistema interamericano e o do sistema global).

3.2.2 Comparação com a regulação pelos sistemas de direitos humanos europeu, africano, sudestino-asiático e árabe-islâmico

A proteção dos direitos humanos no mundo também se dá em outros sistemas internacionais, além dos dois dos quais o Brasil participa, como nos sistemas europeu e africano. Um exame sobre os respectivos diplomas desses sistemas, comparando-os com aqueles dos quais o Brasil é signatário, amplia o escopo da interpretação inter-sistemática, e agrega informações para refinar o resultado da interpretação já obtido.

O art.9º da *Convenção Europeia de Direitos do Homem* de 1950 (CEDH) dispõe, em geral, de modo idêntico ao PIDCP e à CADH. Seus §§1 e 2, semelhantemente à CADH e ao PIDCP, determinam que a liberdade de manifestar a religião só pode ser restrita por lei que especifique a prática a ser proibida, e em conformidade com razões que se qualifiquem como necessárias³⁶³. A *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* do ano 2000 (CDFUE) repete os mesmos parâmetros dos diplomas anteriores, inclusive o direito de manifestar a crença religiosa em público por meio de práticas. Sua inovação consiste na disposição explícita sobre o direito de objeção de consciência, remetendo aos direitos internos nacionais:

art.10º - Liberdade de pensamento, de consciência e de religião
2. O direito à objeção de consciência é reconhecido pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício.
(União Europeia, 2000)³⁶⁴

363 Art.9º Liberdade de pensamento, de consciência e de religião 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de *manifestar a sua religião ou a sua crença*, individual ou colectivamente, *em público* e em privado, *por meio* do culto, do ensino, *de práticas* e da celebração de ritos. 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou colectivamente, não pode ser objecto de outras restrições senão as que, *previstas na lei*, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à protecção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à protecção dos direitos e liberdades de outrem. (Conselho da Europa, 1950)

364 Trecho omitido: “1. Todas as pessoas tem 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 colectivamente, em público ou em privado, através do culto, do

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981 (CADHP) também dispõe sobre liberdade religiosa:

art.8º - A liberdade de consciência, a profissão e a *prática livre da religião* são garantidas. Sob reserva da ordem pública, ninguém pode ser objeto de medidas de constrangimento que visem restringir a manifestação dessas liberdades.
(Organização da Unidade Africana, 1981)

Como se percebe, o texto do sistema africano de proteção a esse direito humano é menos detalhado ao explicitar como ele deve ser protegido, quando comparado com os textos dos sistemas interamericano, global e europeu³⁶⁵. Segundo Maria José Moraes Pires, a possibilidade de restringir essa liberdade para a proteção da “ordem pública” sujeita essas restrições a um “vago princípio da legalidade” (Pires, 1999, p.342). Como se percebe, a tradução do documento para o idioma português sequer menciona a formalidade da lei como necessária a essa restrição, diferentemente do que consta nos dispositivos dos diplomas interamericano, global e europeu, o que abre oportunidade para interpretar que a restrição à liberdade religiosa poderia vir de um ato normativo que não seja uma assembleia de representantes eleitos pelo Povo – por exemplo, de um tribunal não eleito que se autodeclare guardião de direitos constitucionais implícitos. Essa distinção entre o deficiente texto africano e os textos mais protetivos dos demais sistemas destaca a importância da legalidade – constante nos textos dos outros tratados de direitos humanos – como requisito para a restrição-limitação do direito à liberdade religiosa, e leva a deduzir que esse requisito formal não pode ser des-prezado ou menos-prezado para se concluir que algum ato normativo estatal que não seja propriamente a Lei tenha validade para restringir-limitar alguma prática religiosa. As normas *erga omnes* e vinculantes de julgados do STF ou da Resolução CNJ n.175/2013 poderiam ser facilmente enquadradas no modelo africano como válidas para tolher uma prática religiosa. No entanto, se o requisito da previsão em lei (PIDCP art.18-§3 e CADH art.12-§3 – ou mesmo na CEDH art.9º-§2) – não for tomado como supérfluo (se não for inutilizado), tais normas gerais judiciais não podem ser admitidas como válidas para ensejar punições aos que optam por exercer sua liberdade de crença praticando seus preceitos.

Uma razão adicional reforça essa conclusão. Desde que a primeira constituição brasileira republicana declarou a liberdade de todas as religiões em geral, em 1891, uma cláusula de exceção a essa liberdade sempre acompanhou o respectivo texto, atravessando toda a tradição constitucional brasileira até a última que vigorou antes da de 1988. A

ensino, de práticas e da celebração de ritos.”

365 Essa carta sofreu reservas da parte do Egito, que optou pela prevalência da lei islâmica no tópico da liberdade religiosa (Pires 1999, p.338), o que pode explicar porque foi omitido o direito de mudar de religião.

constituição de 1967 assim dispunha: “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*” (art.150-§5º, grifo nosso)³⁶⁶. O trecho final do dispositivo foi eloquentemente omitido do correspondente dispositivo da constituição de 1988: “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” (art.5º-VI). A Constituição de 1988 mitigou a possibilidade de uma prática religiosa ser reprimida pelo direito estatal com fundamento em potencial ofensa sobre algumas sensibilidades. As religiões de matriz indígena e africana foram as mais beneficiadas pela inovadora omissão, pois anteriormente pessoas da Coletividade poderiam alegar a violação de direitos para restringi-las, como, por exemplo, classificando seus cultos como perturbadores do sossego por abuso de instrumentos sonoros (tambores), gritaria (coros) ou algazarra (incorporações de determinados espíritos-entidades)³⁶⁷. O julgado do RE 494.601, pelo STF, que permite sacrifícios animais, ilustra como concepções subjetivas do que seja “ordem pública” ou “costume bom” já não devem mais restringir prática religiosa. Se se admitir que algum normativo estatal que não seja a democrática lei restrinja e limite uma prática religiosa, não estar-se-ia cedendo apenas ao deficiente modelo africano de proteção aos direitos humanos, estar-se-ia também retrocedendo ao modelo constitucional brasileiro intencionalmente substituído pelos constituintes atuais, admitindo-se que um tipo de religião – as de matriz bíblica – tenha suas práticas reprimidas para a satisfação da *nova ordem pública*, que agora é definida pelos julgados seriais da jurisprudência constitucional *erga omnes*, que transmuta costumes tradicional e majoritariamente apreciados como bons – costumes da prática religiosa cristã – subitamente em *maus costumes* a serem reprimidos. Entender que se podem limitar ou restringir práticas religiosas bíblicas por causa de jurisprudência vinculante que respalda práticas sociais como aborto, união homossexual e transexualização implicaria em promover essas últimas ao ponto de fazê-las funcionar como efetivos *novos bons costumes*, aptos para

366 Essa fórmula regra-exceção vem repetida desde as constituições anteriores. A de 1946 dispunha que “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*. (...)” (art.141-§7º). A de 1937 dispunha que “todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, *observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes*” (art.122-4º). A de 1934 dispunha que “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 costumes* (...)” (art.113-5). A de 1891 dispunha que “todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, *observadas as disposições do direito comum*” (art.72§ 3º). Todos os grifos são nossos.

367 Lei de Contravenções Penais: “Art.42. Perturbar alguém o trabalho ou o sossego alheios: I – com gritaria ou algazarra; (...) III – abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos; (...) Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis”. Outro meio jurídico de reprimir tais religiões seria por incriminá-las em curandeirismo ou charlatanismo. Código Penal: “Art.283 - Inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. Art.284 - Exercer o curandeirismo: I - prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância; II - usando gestos, palavras ou qualquer outro meio; III - fazendo diagnósticos: Pena - detenção, de seis meses a dois anos.”

tolher a liberdade religiosa, para que sejam executados sem o menor e sem a mais discreta contrariedade.

Avaliando o texto africano de proteção aos direitos humanos por outro lado, percebe-se que até mesmo uma fonte jurídica cujos textos são tão deficientes ainda garantem explicitamente a *prática livre* da religião, não reduzindo-a a uma mera questão do pensamento íntimo do crente. E mais, de modo comparável com a CADH em seu art.12-§1, o direito africano deixa claro o direito à prática religiosa como algo distinto da *profissão* religiosa³⁶⁸.

A *Declaração de Direitos Humanos da Associação das Nações do Sudeste Asiático*, de 2012, formulada pela Associação das Nações do Sudeste Asiático, dispõe: “Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião. Todas as formas de intolerância, discriminação e incitação ao ódio com base em religião e crenças devem ser eliminadas”³⁶⁹ (ASEAN, 2024, art.22). Seu texto é ainda mais deficiente do que o texto africano³⁷⁰. Já a *Declaração dos Direitos Humanos no Islã*, de 1990, formulada pela Organização da Cooperação Islâmica, dispõe: “O Islã é a religião de natureza intocada. É proibido exercer qualquer forma de compulsão sobre o homem ou explorar sua pobreza ou ignorância a fim de convertê-lo a outra religião ou ateísmo”³⁷¹ (OIC, 1990, art.10). Essa declaração não admite explicitamente liberdade religiosa para todas as religiões, muito diferindo do que povos ocidentais ou ocidentalizados entendem como direitos humanos. Outra declaração islâmica, a *Declaração Universal Islâmica de Direitos Humanos*, de 1981, formulada pelo Concílio Islâmico da Europa, declara que “Toda pessoa tem o direito de expressar seus pensamentos e crenças, desde que permaneça dentro dos limites prescritos pela lei”³⁷² (ICE, art.12-a, grifo nosso), confessando uma subordinação juspositivista que parece inutilizar a própria declaração. Declara também que “Toda pessoa tem o direito à liberdade de consciência e de culto de acordo com suas crenças religiosas.” (art.13). Mais outra declaração islâmica, a *Carta Árabe sobre Direitos Humanos*, de 1994, formulada pelo Concílio da Liga dos Estados

368 Enquanto a carta interamericana distingue “divulgação” de “profissão”, a carta africana distingue “profissão” de “prática”. Essa variação demonstra a ambiguidade do termo “profissão”, derivado do ato de professar. Na declaração interamericana, a propaganda religiosa é protegida pelo termo “divulgação”, enquanto que a observância prática da religião é protegida pelo termo “profissão”. Já na declaração africana, a observância prática é protegida pelo autoevidente termo “prática”, de modo que resta ao termo “profissão” significar o que a carta interamericana significa como “divulgação”.

369 O trecho citado diretamente da declaração ágio-sudestina foi traduzido pelo DeepL

370 A maior potência asiática, a China, adota regime político comunista, que adota uma filosofia oficial de Estado (marxismo), que se caracteriza por um ateísmo ativo hostil à religião, a qual costuma ser menosprezada como manifestação de mentalidade burguesa. Na China comunista, as práticas religiosas são facilmente restringíveis e limitadas pelas autoridades estatais.

371 O trecho citado diretamente dessa declaração islâmica foi traduzido pelo DeepL. No original: “Article 10: Islam is the religion of true unspoiled nature. It is prohibited to exercise any form of pressure on man or to exploit his poverty or ignorance in order to force him to change his religion to another religion or to atheism.”

372 O trecho citado diretamente dessa declaração islâmica foi traduzido pelo DeepL

Árabes, dispõe que: “Os adeptos de todas as religiões têm o direito de *praticar suas observâncias religiosas* e de manifestar suas opiniões por meio de expressão, *prática* ou ensino, sem prejuízo dos direitos dos outros”³⁷³ (CLAS, 1997, art.27, grifo nosso). De modo mais semelhante às declarações ocidentais, o mesmo art.27 completa: “Nenhuma restrição deverá ser imposta ao exercício da liberdade de crença, pensamento e opinião, exceto conforme previsto em lei”. Porém percebe-se a subordinação juspositivista que tende a tornar a própria declaração supérflua. Não obstante, ainda declara um direito das minorias religiosas: “As minorias não serão privadas de seu direito de desfrutar de sua cultura ou de seguir os ensinamentos de suas religiões” (art.37). A multiplicidade de declarações islâmicas sobre direitos humanos denota uma dificuldade de consenso sobre o teor dos direitos humanos, o que, por sua vez, denota que a pretensão de universalidade dos direitos humanos seja um ideal ocidental decorrente de sua herança cultural judaico-cristã que avalia todos os seres humanos com a mesma dignidade.

Percebe-se que essas quatro declarações surgiram muito tardiamente, em comparação com as declarações ocidentais (interamericana e europeia), e nenhuma delas admite explicitamente liberdade para mudar de religião. Essas quatro declarações (asiática e islâmicas) situam-se em um extremo de deficiência de proteção à liberdade religiosa, enquanto que as declarações global, interamericana e europeia situam-se no extremo oposto de maior proteção, figurando a declaração africana no meio dos dois extremos. Percebe-se que, quanto menos ocidental ou ocidentalizada³⁷⁴ é a cultura predominante da declaração de direito, menos ela protege a liberdade religiosa, o que implica que, quanto menor é a matriz judaico-cristã dessas culturas, menor é a proteção da liberdade religiosa, e, inversamente, quanto maior é a matriz bíblica dessas culturas, maior é o escopo e o alcance da proteção da liberdade religiosa. Portanto, desconsiderando essas divergências não-ocidentais que protegem a liberdade religiosa de modo defeituoso, pode-se concluir que a liberdade de prática religiosa é um direito humano que só pode ser limitado pela patente necessidade de proteger direitos alheios ou para bens difusos (ordem, saúde, segurança ou moral públicas). E pode-se concluir também – excluindo-se a normatividade duvidosa do sistema africano – que essa finalidade limitadora só pode ser estabelecida por lei em sentido formal. Para essa conclusão, a declaração islâmica de 1981 chega a fornecer um fundamento que ultrapassa a mera objeção de consciência, mais assemelhando-se a uma ação direta: “Todo muçulmano tem o direito *e o dever de protestar e lutar* (dentro dos limites estabelecidos pela lei) contra a

373 Todos os trechos citados diretamente dessa declaração islâmica foram traduzidos pelo DeepL

374 A África foi parcialmente ocidentalizada pelo colonialismo europeu, que conseguiu exercer-lhe influência cultural maior do que a exercida na Ásia.

opressão, *mesmo que isso envolva desafiar a autoridade máxima do Estado*” (ICE, art.12-c, grifo nosso).

Percebe-se então que a prática religiosa consta como direito em todos os cinco tratados internacionais de direitos humanos examinados, o que leva a induzir que se trata de um direito humano, comum aos povos em geral, independente de proteção jurídica formal de um estado soberano. Pode-se arguir que tais tratados representem apenas valores ocidentais – o que é mais claro com relação ao direito interamericano e o europeu, mas que pode ser atribuído também ao direito africano (que pode ser considerado como ocidentalizado por causa da anterior colonização europeia) ou ao direito global (considerando a dominante liderança ocidental na ONU até 1966, quando o PIDCP foi promulgado). A ideia de direitos humanos parece mesmo um ideal ocidental adotado pela África e com pretensões de ser adotado por todo o mundo, uma vez que, fora da influência cultural europeia, não há iniciativa internacional idêntica: não existe um sistema asiático de proteção aos direitos humanos³⁷⁵, e a Declaração dos Direitos Humanos no Islã surgiu tardiamente (1990) aos diplomas aqui já apresentados, muito diferindo do que povos ocidentais ou ocidentalizados entendem como direitos humanos – por exemplo, não admitindo liberdade religiosa para todas as religiões³⁷⁶. Desconsiderando essa divergência islâmica diante dos demais sistemas de direitos humanos – desenvolvidos a partir da cultura de uma civilização cristã que remonta há mais de mil anos –, pode-se concluir que a liberdade de prática religiosa é um direito humano que só pode ser limitado pela patente necessidade de proteger direitos alheios ou para bens difusos (ordem, saúde, segurança ou moral públicas). E pode-se concluir também – excluindo-se a normatividade duvidosa do sistema africano – que essa finalidade limitadora só pode ser estabelecida por lei em sentido formal.

O exame dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil não participa parecem confirmar as conclusões interpretativas extraídas dos tratados dos quais ele participa.

375 A maior potência asiática, a China, adota regime político comunista, que adota uma filosofia oficial de Estado (marxismo), que se caracteriza por um ateísmo ativo hostil à religião, a qual costuma ser menosprezada como manifestação de mentalidade burguesa. Na China comunista, as práticas religiosas são facilmente restringíveis e limitadas pelas autoridades estatais.

376 Declaração dos Direitos Humanos no Islã de 1990: “Art.10 - O Islã é a religião de natureza intocada. É proibido exercer qualquer forma de compulsão sobre o homem ou explorar sua pobreza ou ignorância a fim de convertê-lo a outra religião ou ateísmo”. No original: “Article 10: Islam is the religion of true unspoiled nature. It is prohibited to exercise any form of pressure on man or to exploit his poverty or ignorance in order to force him to change his religion to another religion or to atheism.” (Organização para a Cooperação Islâmica, 1990)

3.3 Analogia sistemática com a regulamentação da objeção de consciência na legislação portuguesa (*analogia juris*)

Como visto *retro*, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia dispõe que o direito de objeção de consciência “é reconhecido pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício” (UE, 2000, art.10º-§2). Dentre elas, destaca-se a legislação nacional portuguesa, por sua herança cultural comum ao Brasil, inclusive em se tratando de cultura jurídica. Já foi realizada uma analogia das objeções de consciência em questão com a norma legal brasileira do Código de Processo Penal que regula especificamente a objeção de consciência a colaborar para prestar o direito fundamental de ser julgado pelo tribunal do júri. Tratou-se de *analogia legis*, que ocorre quando se recorre a uma regra específica apta a incidir sobre a hipótese não regulada (França, 1969, cap.5.3-a, p.70-71; Maximiliano, 2011, tópico 241, p.171). Contudo também é viável uma *analogia juris*, que ocorre quando a solução é buscada em todo um sistema. Para Maximiliano, a *analogia juris* sintetiza um complexo de princípios jurídicos, e constrói uma norma pela combinação de muitas outras (p.171). E essa analogia a todo um sistema pode se dar a partir de todo um sistema legal, pois, segundo Maximiliano, “as legislações dos povos cultos servem-se dos mesmos organismos para estabelecer a mesma função destinada ao mesmo fim; por isso, desde que se estudam sob o aspecto verdadeiramente científico os fenômenos jurídicos, entra como fonte de esclarecimentos o Direito Comparado” (p.108). A legislação portuguesa já enfrentara os mesmos problemas jurídicos de fundo que ensejaram o conflito entre a consciência religiosa bíblica e os deveres decorrentes da jurisprudência brasileira vinculante sobre novos direitos sexuais, reprodutivos e familiares. Por isso ela parece um paradigma adequado para tratá-los em conjunto.

Diferentemente do que ocorreu no Brasil, os direitos sexuais, reprodutivos e familiares objetáveis foram positivados em Portugal mediante lei, e não por jurisprudência. Em Portugal, o casamento entre pessoas do mesmo sexo e a respectiva adoção conjunta foram instituídos pela Lei n.9/2010. A Lei n.38/2018 positivou o “direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e à proteção das características sexuais de cada pessoa”. Essas duas leis nada dispõem sobre objeção de consciência dos funcionários estatais envolvidos na prestação do correspondente serviço. O Estatuto da Ordem dos Notários (Lei n.155/2015) também nada prevê quanto ao assunto. O atual código penal português criminaliza a “discriminação e incitamento ao ódio e à violência” em razão da “orientação sexual, identidade ou expressão de género ou características sexuais” (Lei n.4/2024 que alterou o

art.240º do Decreto-Lei n.48/95). O Código Penal português também criminaliza “atos contrários à orientação sexual, identidade ou expressão de género” (Lei n.15/2024, que acrescentou o art.176º-C ao mesmo decreto-lei). Porém esses tipos criminais não enquadram nenhuma conduta que consista em recusar-se a colaborar para o exercício ou oficialização dessas preferências sexuais. No entanto, todas essas leis foram promulgadas depois que ali já vigorava a Lei da Liberdade Religiosa (Lei n.16/2001).

A Constituição da República Portuguesa dispõe que “É garantido o direito à objecção de consciência, nos termos da lei” (art.41º, n.6)³⁷⁷. Mais de uma lei regula a objecção de consciência, nos termos desse n.6. A referida Lei da Liberdade Religiosa é a mais geral delas³⁷⁸, que dispõe:

Artigo 12º- Objecção de consciência

1 - A liberdade de consciência compreende o direito de objectar ao cumprimento de leis que contrariem os ditames impreteríveis da própria consciência, dentro dos limites dos direitos e deveres impostos pela Constituição e nos termos da lei que eventualmente regular o exercício da objecção de consciência.

2 - Consideram-se impreteríveis aqueles ditames da consciência cuja violação implica uma ofensa grave à integridade moral que torne inexigível outro comportamento.

(Portugal, 2001)

Esse art.12 é interpretado sistematicamente com o art.8º da mesma lei, que detalha como pode ser exercida a liberdade religiosa: “A liberdade de consciência, de religião e de culto compreende o direito de: g) Agir ou não agir em conformidade com as normas da religião professada, no respeito pelos direitos humanos e pela lei;”³⁷⁹. Emerge então que a lei, a Constituição e os direitos humanos limitam a liberdade religiosa, e, por conseguinte, também o direito de objecção de consciência. Porém essa lei também ressalta que o ato de limitar a liberdade religiosa também deve ser limitado: “Art.6º, n.1 - A liberdade de consciência, de religião e de culto só admite as restrições necessárias para salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Essa lógica de limitação da limitação assemelha-se à que se observa na CADH e no PIDCP. Portanto, se essa mesma lógica de limitação fosse transposta para o problema brasileiro, haveria de ser considerado que os novos direitos objetáveis postos pela jurisprudência vinculante não estão pré-vistos nem em lei, nem na Constituição Federal nem nos tratados de direitos humanos adotados pelo Brasil. Conquanto tenham sido considerados pelo STF como constitucionalmente protegidos, não o

377 Artigo 41.º - Liberdade de consciência, de religião e de culto: 1. A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável. 2. Ninguém pode ser perseguido, privado de direitos ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa. (...) (Portugal, 1974)

378 Além de todas as leis tratadas nesse item, Portugal tem, ainda, uma “Lei sobre Objecção de Consciência” (Lei n.7/92), que, apesar do nome genérico, trata da objecção específica ao serviço militar.

379 Artigo 8.º - Direitos individuais de liberdade religiosa - Conteúdo da liberdade de consciência, de religião e de culto:

foram em decorrência de uma leitura direta da constituição brasileira – tanto que foram explicitados (deduzidos) a partir da articulação de vários textos constitucionais com vários textos extra-constitucionais, articulação essa que poderia ter conduzido a resultados interpretativos contrários, se os pré-conceitos gadamerianos dos ministros tivessem sido outros.

O art.6º dessa lei dispõe mais: “2 - A liberdade de consciência, de religião e de culto não autoriza a prática de crimes”. No entanto, o direito de objeção de consciência que decorre do art.12 coloca uma questão de ordem, pois ele exclui a punibilidade do crime – e possivelmente exclui até mesmo a sua tipicidade, ilicitude ou culpabilidade –, de modo que um crime não pode ser praticado se primeiramente não existir³⁸⁰.

O art.6º dispõe também: “3 - Os limites do direito à objeção de consciência demarcam para o objector o comportamento permitido”. Portanto o comportamento permitido ao objetor limita-se à omissão por ele pretendida, não abrangendo outras condutas que poderiam decorrer da liberdade religiosa em geral: por exemplo, o objetor não teria o direito de usar de sua liberdade de propagar sua religião para tentar persuadir, no exercício ou no espaço do serviço público, os titulares dos direitos objetados a não exercer seus direitos à prestação.

Essa lei também estabelece norma a ser levada em conta no caso de se ponderar os direitos do objetor com os direitos das pessoas cuja prestação é objetada: “Artigo 7º - Princípio da tolerância - Os conflitos entre a liberdade de consciência, de religião e de culto de uma pessoa e a de outra ou outras resolver-se-ão com tolerância, de modo a respeitar quanto possível a liberdade de cada uma”. Esse princípio pode ser aplicado, no Brasil, para o caso do conflito entre a liberdade de consciência religiosa e a liberdade de consciência não-religiosa do titular do direito cuja prestação é objetada. Aloísio Santos Jr. entende que “tolerância não se confunde com a aceitação, contra a própria consciência, de crenças e valores divergentes”; e que o respeito à dignidade de uma pessoa não impõe a avaliação positiva de suas crenças ou valores” (Santos Júnior, 2019, cap.6.2.2.1, p.146)³⁸¹.

380 No caso do crime brasileiro de prevaricação, a objeção de consciência excluiria a circunstância elementar do tipo penal “indevidamente” (CP art.319), excluindo assim a tipicidade do crime. Já no caso do crime de “homotransfobia”, não tendo sido criado por lei – isto é, por aquilo que a própria Constituição trata por lei –, conclui-se, segundo a clareza textual da Constituição Federal, que tal crime não existe (CFRB art.5º-XXXIX).

381 A noção de tolerância, do direito português, não é expressa no direito legal brasileiro. Contudo, cabe uma apreciação de Santos Jr. a respeito dela: “A tolerância se constrói em meio às diferenças. A tentativa de homogeneização de crenças e valores é um arremedo de culto à tolerância que esconde, na verdade, um viés totalitário, também presente na proscrição das opiniões em confronto, que implica um sistema de censura que pode ser utilizado para minar as bases da liberdade de expressão.” (Santos Jr., 2019, p.148).

Porém esse princípio de ponderação com tolerância pode ser densificado pela própria lei, pois o art.6º dispõe ainda: “4 - A lei pode regular, sempre que necessário, o exercício da liberdade de consciência, de religião e de culto, sem prejuízo da existência de tal liberdade”. Disso se entende que, enquanto a lei não vier a limitar o direito de objecção de consciência, ele não é limitado por nenhum outro limite além daqueles que já constam na Lei da Liberdade Religiosa. É curioso que a Lei da Liberdade Religiosa, sendo uma lei infraconstitucional, prevê que outra lei do seu mesmo nível hierárquico venha a regular objecções específicas. É o que se dá no caso do aborto de anencéfalo.

A Lei n.16/2007 despenalizou o aborto quando “houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo” (art.1º dessa lei, que alterou a redação do art.142º do código penal português). Nesse dispositivo enquadra-se o caso de fetos anencéfalos. O legislador democrático que positivou esse direito ao aborto no ano 2007 – já depois da Lei da Liberdade Religiosa – reforçou o direito do profissional de saúde que for demandado para prestá-lo a objetar:

Artigo 6.º – Objecção de consciência

1 - É assegurado aos médicos e demais profissionais de saúde o direito à objecção de consciência relativamente a quaisquer actos respeitantes à interrupção voluntária da gravidez.

.....

3 - Uma vez invocada a objecção de consciência, a mesma produz necessariamente efeitos independentemente da natureza dos estabelecimentos de saúde em que o objector preste serviço.

(Portugal, Lei n.16/2007)

Segundo esse n.3, a escusa é garantida mesmo no exercício da profissão em estabelecimento de saúde pública, isto é, no exercício de função pública. Além da protecção da objecção em face desse ato específico, a escusa também é garantida para categorias profissionais inteiras. O Estatuto da Ordem dos Médicos (atualmente Lei n.117/2015) dispõe um “princípio geral de colaboração” (art.137º), que é excepcionado pelo n.3, segundo o qual “o médico pode, ainda, recusar a sua colaboração em situações concretas relativamente às quais invoque o direito à objecção de consciência”. Já o Regulamento do Exercício Profissional dos Enfermeiros (atualmente Decreto-Lei n.104/98) prevê a objecção de consciência como direito (art.96º-2-e)³⁸². Ambos os diplomas legais garantem que nenhuma punição deve ser aplicada a esses objetores, que nenhum dos seus direitos deve ser vulnerado:

“o médico objetor não pode sofrer qualquer prejuízo pessoal ou profissional pelo exercício do
382 Os farmacêuticos também detêm direito específico, no seu Estatuto da Ordem dos Farmacêuticos (Lei n.131/2015): “Artigo 84º – Objecção de consciência: O farmacêutico pode exercer o seu direito à objecção de consciência, desde que com isso não ponha em perigo a saúde ou a vida do doente.”

seu direito à objeção de consciência” (art.138º-§4); “o enfermeiro não poderá sofrer qualquer prejuízo pessoal ou profissional pelo exercício do seu direito à objeção de consciência” (art.92-§2º)³⁸³. Diante de tantas especificações sobre quem tem o direito de objetar e sobre o que podem objetar, a legislação portuguesa admite ainda que a pessoa individual do profissional de saúde selecione em quais casos ela colaborará e em quais casos ela objetará para interromper a gravidez, em sua Lei n.120/99:

Artigo 10.º - Proibição de selectividade

Fica vedada aos estabelecimentos de saúde oficiais ou oficialmente reconhecidos, salva justificada carência dos meios técnicos necessários, e sem prejuízo do direito à objeção de consciência dos profissionais de saúde nos termos já consagrados na lei, seleccionar de entre as causas de justificação da interrupção voluntária da gravidez aquelas que, no estabelecimento, serão atendidas para a prática da interrupção, ao abrigo da legislação actual.

O código penal português (Decreto-Lei n.48/95) admite o abortamento não apenas para a hipótese de “malformação congénita” de forma incurável (art.142-1-c), como no caso dos anencéfalos, mas também para caso em que a interrupção da gravidez “constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida” (art.142º-1-a) ou para quando “se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida” (art.142º-1-a). Um mesmo profissional de saúde pode ter razões religiosas para não matar o nascituro simplesmente por causa de sua deficiência física (por eugenia), mas pode colaborar para isso se entender que com isso salvará a vida da mãe, diante da probabilidade de deixá-la morrer. A Lei n.120/99 proíbe às unidades de saúde objetar a algumas causas de aborto não-punível e concomitantemente praticar outras, devendo adotar posição de ou objetar a todas elas ou de praticar todas elas, porém, deixa claro que esse posicionamento em bloco não se aplica ao indivíduo profissional da saúde, cuja consciência pode discriminar cada caso conforme suas interpretações de seus preceitos religiosos aplicáveis.

Em Portugal, ao tempo da instituição de casamento homossexual, o país já tinha sedimentada uma posição de tolerância quanto à objeção de consciência referente ao casamento³⁸⁴. O Decreto-Lei n.261/75 instituía o divórcio no país. Em sua exposição de motivos, o diploma legal então inovador deixava claro que mantinha, para os católicos, a faculdade de celebrar ou o casamento civil ou o seu tradicional matrimônio – que preexiste à

383 Apesar de tratar de educação sexual nas escolas, a Lei n.3/84 dispusera sobre a escusa de consciência aos médicos para não-colaborar para outros procedimentos de sua atividade que também estão relacionados a direitos reprodutivos: “Artigo 11º (Direito à objeção de consciência) - É assegurado aos médicos o direito à objeção de consciência, quando solicitados para a prática da inseminação artificial ou de esterilização voluntária”.

384 Bem como ao tempo da permissão do aborto de anencéfalo, e da transexualidade potestativa.

república portuguesa em séculos. As razões desse diploma legal relembram tempos pretéritos nos quais o casamento civil era obrigatório a todos os portugueses, o que levava católicos a ele objetar. A postura da República Portuguesa, já no ano 1975, foi prevenir conflitos relativos à liberdade de consciência desses objetores católicos, tratando de reconhecer efeitos civis ao sacramento eclesiástico do matrimônio, acomodando seus direitos religiosos:

2. O presente diploma – que mantém o sistema do casamento civil facultativo para os católicos, mas em versão diferente daquela que a legislação de 1940 introduziu no País – pretende evitar os aludidos inconvenientes.

Continua a reconhecer-se valor e eficácia de casamento ao matrimônio católico, nos termos do artigo 1587.º, nº 2, do Código Civil, podendo os católicos, como até aqui, optar entre as duas modalidades de casamento.

Simplesmente, uma vez celebrado o casamento, civil ou católico, ele será regido quanto aos efeitos por uma única lei – pela lei do Estado –, qualquer que tenha sido a forma da sua celebração.

.....

3. Decerto que o objectivo visado – a existência de um único direito matrimonial, com a sujeição do casamento católico às mesmas causas de dissolução do casamento civil – poderia ser alcançado por outra via: o modelo do casamento civil obrigatório realizaria igualmente aquele objectivo. Como se sabe, o legislador da 1.ª República optou por esse modelo, que é seguido na França, Bélgica, Holanda e Luxemburgo, Suíça, Alemanha Federal, em todos os países socialistas e na maior parte dos da América Latina, por exemplo, no México, na Argentina e no Chile (Dolle, ob. cit., p. 187).

Não se ignora, porém, que a obrigatoriedade do casamento civil tem sido considerada, por alguns autores, contrária à liberdade de consciência dos católicos.

Argumenta-se, neste sentido, que, para os católicos, só há um casamento – o casamento católico –, que é, ao mesmo tempo, um sacramento, e que eles só podem receber na igreja e pela igreja. Assim, o Estado violentaria a consciência dos católicos ao obrigá-los a prestar o seu consentimento para o casamento civil na respectiva conservatória, pois, em verdade, eles não querem celebrar aí o seu casamento (para a exposição desta tese e respectiva apreciação podem ver-se Dolle, ob. cit., pp. 187 e seguintes, e Gernumber, Lehrbuch des Familienrechte, 1964, pp. 93-94).

Não se quis pôr aos católicos essa possível objecção de consciência. Preferia-se, por isso, a referida modalidade do sistema do casamento civil facultativo, que, em face do sistema do casamento civil obrigatório, tem fundamentalmente as mesmas vantagens e não se presta àquele reparo.

4. Tais são, em resumo, as razões justificativas do articulado que se segue.

Assim, a objeção de consciência católica ao casamento civil deixara de ser um problema prático em Portugal, uma vez que a legislação antecipou-se a ele, e garantiu que não houvesse necessidade de os cidadãos exercer essa garantia jurídica dos seus direitos à liberdade religiosa. As razões desse decreto-lei praticaram uma precursora ponderação de interesses, encontrando um meio que fosse adequado à Sociedade como um todo registrar as uniões civis entre casais, sem que fosse necessário compelir os católicos a providenciar esse registro junto a um órgão estatal. A necessidade do exercício da objeção de consciência, com todos os males que um ato de insubordinação pode causar, foi, nesses casos, esvaziada, na medida inversamente proporcional em que a liberdade religiosa foi conservada por outra opção jurídica do Estado. Aqui parece verificar-se que o direito de objeção de consciência consiste em uma garantia à liberdade religiosa, que é o direito principal, por ela protegido. Quanto

mais o Estado garante a liberdade religiosa, menor a necessidade de se exercer o direito à objeção de consciência.

Saliente-se que, ao tempo desse arrazoado decreto-lei do ano 1975 – ano imediatamente seguinte ao da própria constituição portuguesa –, o direito à liberdade religiosa já era garantido pelo regime salazarista, embora o direito à objeção de consciência não o fosse. A constituição portuguesa de 1933 dispunha que “constituem direitos e garantias individuais dos cidadãos portugueses: a liberdade e a inviolabilidade de crenças e práticas religiosas, não podendo ninguém por causa delas ser perseguido, privado de um direito, ou isento de qualquer obrigação ou dever cívico” (Artigo 8º, n.3º). E o Acto Colonial, que regulava o ultramar português, dispunha: “O Estado assegura, nos seus territórios ultramarinos, a liberdade de consciência e o livre exercício dos diversos cultos, com as restrições exigidas pelos direitos e interesses da soberania de Portugal, bem como pela manutenção da ordem pública, e de harmonia com os tratados e convenções internacionais” (art.23º). Essa liberdade religiosa fora conferida aos nativos das colônias portuguesas mesmo diante de uma assumida postura de “civilizar as populações que neles se compreendam, exercendo também a influência moral” (art.2º)³⁸⁵; ou, ainda, de “comunicar e difundir entre as populações ali existentes os benefícios da sua civilização [portuguesa], exercendo também a influência moral” (art.133º)³⁸⁶. A tolerância do governo colonial português com religiões nativas decorria de uma noção de que elas eram consequência de um atrasado “estado de evolução dos povos nativos”, de modo que, por causa disso, deveriam ser estabelecidos “regimes jurídicos de contemporização com os seus usos e costumes” (art.22º)³⁸⁷. Os povos colonizados pelos portugueses gozavam de tolerância oficial da parte do poder imperial, que sobre eles tinha uma visão evolucionista e moralista. Diante desse quadro, um paralelo pode ser traçado no Brasil atual. Se a jurisprudência vinculante brasileira empreende uma leitura moral dworkiniana³⁸⁸ e evolucionista do texto da Constituição, para dele deduzir novos direitos sexuais, reprodutivos e familiares que não estão nele expressos mas que correspondem a uma sociedade mais “avançada” e “evoluída”, cabe perquirir: os destinatários

385 Artigo 2º - É da essência orgânica da Nação Portuguesa desempenhar a função histórica de possuir e colonizar domínios ultramarinos e de civilizar as populações que neles se compreendam, exercendo também a influência moral que lhe é adstrita pelo Padroado do Oriente.

386 “Artigo 133º - É da essência orgânica da Nação Portuguesa desempenhar a função histórica de colonizar as terras dos descobrimentos sob sua soberania e de comunicar e difundir entre as populações ali existentes os benefícios da sua civilização, exercendo também a influência moral que lhe é adstrita pelo Padroado do Oriente.”. Esse dispositivo é a reformulação do art.2º do Acto Colonial, depois que ele foi incorporado à constituição portuguesa de 1933 pela Lei n.2.048/51 (Mendonça, 2021, p.179).

387 Artigo 22º - Nas colónias atender-se-á ao estado de evolução dos povos nativos, havendo estatutos especiais dos indígenas, que estabeleçam para estes, sob a influência do direito público e privado português, regimes jurídicos de contemporização com os seus usos e costumes individuais, domésticos e sociais, que não sejam incompatíveis com a moral e com os ditames de humanidade.

388 Dworkin é adotado como autoridade pelo ministro Fux na ADI 4.277 (p.77).

desse evoluído e moralizante direito jurisprudencial, que ainda se apegam a uma moral não-racionalista surgida há dois milênios, merecem ser tratados com menos tolerância do que os povos colonizados pelo Império Português? Para se ter um vislumbre da resposta, a constituição de Angola (2010), ex-colônia portuguesa, repete quase totalmente os termos do art.41º da constituição lusitana – até mesmo a sua numeração. Ela dispõe: “Artigo 41º - Liberdade de consciência, de religião e de culto 1. A liberdade de consciência, de crença religiosa e de culto é inviolável. (...) 3. É garantido o direito à objeção de consciência, nos termos da lei.” (Angola, 2010).

Analisando toda essa legislação, percebe-se outra diferença entre o direito brasileiro e o português, no conflito de direitos fundamentais. Os portugueses primeiro consolidaram o direito constitucional da objeção de consciência por meio de várias leis, prevenindo qualquer arguição de necessidade de regulação legal para que ele pudesse ser exercido. Primeiro legalizaram-no de modo amplo, geral, sem especificar quais atos poderiam ser objetados. Depois promulgaram mais leis que garantiam esse direito para atos específicos e para categorias profissionais específicas. Somente seis anos depois da Lei da Liberdade Religiosa (Lei n.16/2001) foi que se positivaram – também por meio de lei – o direito ao aborto (Lei n.16/2007), ao casamento e à adoção bilateral homossexual (Lei n.9/2010) e à transexualidade potestativa (Lei n.38/2018). No Brasil, ao contrário, a jurisprudência vinculante antecipou-se em positivar essas práticas como novos direitos quando ainda não estava positivado claramente o direito de a eles objetar, e, mais do que isso, tratou de criminalizar diretamente os objetores (ADO 26 e MI 4.733). Enquanto o legislativo português priorizou a proteção do direito fundamental explícito de liberdade religiosa, a cúpula judiciária brasileira deixou-o em segundo plano para priorizar direitos implícitos. Enquanto a legislação democrática d’além-mar consolidou o direito de primeira geração antes de gerar novos direitos, a legiferação não-democrática Brasília gerou novos direitos colocando em risco o direito de primeira geração, nada salvaguardando a respeito do direito à objeção de consciência em seus longos votos inovadores, colocando as pessoas humanas crentes em uma religiosidade bíblica ao dilema de “dar a César” ao custo de tirar de Deus.

A análise da legislação portuguesa, atual e pretérita, demonstra uma ampla aceitação da objeção de consciência como direito, em prol de diversos profissionais prestadores de serviços públicos e para diversos objetos, gerais ou específicos. Se se tomar o sistema português como paradigma para analogia ao problema de objeção de consciência religiosa diante de atos de tomar parte em abortamento de anencéfalo, em união civil homossexual (e em seus direitos necessariamente dela decorrentes) ou em alteração de registro civil por causa de

transexualidade, a conclusão mais plausível à qual se chega é a de que os objetores têm direito à escusa.

Essa conclusão converge com a doutrina do professor português Jónatas Eduardo Machado:

O Estado Constitucional não pode permanecer indiferente a esta realidade. Ele encontra-se subordinado a obrigações negativas, de abstenção, cabendo-lhe criar um perímetro de autonomia, segurança e imunidade em torno da liberdade de consciência, de religião e de culto dos indivíduos e das comunidades. A liberdade negativa é inerentemente pluralista nas possibilidades de sua conformação. O Estado não pode interferir nas decisões de fé individual e no cumprimento das obrigações religiosas assumidas de forma livre e esclarecida, mesmo quando envolvam a participação em comunidades religiosas minoritárias, impopulares e pouco convencionais. (...)

Dentro destes parâmetros, o Estado deve adoptar uma atitude colaborante, criando os pressupostos fácticos e normativos positivos, no limite das suas possibilidades e do princípio da igualdade, para que os indivíduos possam cumprir as suas obrigações religiosas, individual e colectivamente. Assim sucede, nomeadamente, quando se trate de estruturas de segregação (v.g. hospitais, quartéis, estabelecimentos prisionais) ou de compatibilizar as práticas religiosas com as exigências do mundo empresarial e laboral, de acordo com critérios de razoabilidade e proporcionalidade. (...)

(Machado, 2013, cap.5.2.2, p.144-145, primeiro grifo no original, demais grifos nossos)

O mesmo professor tende a aceitar a acomodação dos deveres laborais aos deveres religiosos mesmo quando se tratar de um trabalho estatal: “o princípio da neutralidade não pode ser interpretado como proibindo a presença de qualquer conotação religiosa na esfera pública” (Machado, 2013, cap.5.2.4, p.152), pois entende que esse princípio, da neutralidade religiosa e ideológica do Estado, “seria flagrantemente violado se a religião fosse forçosamente remetida para a esfera privada ou íntima, ficando as visões secularizadas do mundo com direitos exclusivos sobre o sector público e o espaço público”, caso contrário, “a razão pública não passaria de uma ortodoxia secular actualizada” (cap.5.2.5, p.157), uma vez que, se a ética fundada sobre pressuposições estritamente naturalistas for favorecida pelo Estado às custas da remoção das perspectivas religiosas, ocorreria um “privilégio epistêmico às visões não religiosas do mundo, criando uma *assimetria discursiva* entre as diferentes visões do mundo, que nada teria de ideologicamente neutro” (cap.5.2.6, p.162, grifo no original). Ele rejeita que alguma doutrina, filosofia ou teoria possa “pretender ganhar através do direito constitucional aquilo que não consegue ganhar no debate” social e político aberto e crítico, pois “o direito constitucional não existe para facilitar e proteger ‘vitórias de secretaria’” (p.164). E cogita que, “se alguma assimetria discursiva fosse permitida... ela deveria funcionar, precisamente, a favor das visões do mundo das quais se pode deduzir logicamente a transcendência, objectividade, universalidade e primazia dos valores que

sustentam o Estado Constitucional”, e não a favor das que reduzem a dignidade humana, a liberdade e a justiça a processos naturalísticos, cegos, irracionais e aleatórios” (p.164), pois, no estado constitucional, não pode haver neutralidade entre vida e morte, ou entre liberdade e opressão (p.166)³⁸⁹.

Na busca exaustiva da solução jurídica do problema, pode-se passar para uma abordagem jurídica diferente da subsunção de regras (ou da subsunção de princípios). Pode-se passar ao sofisticado e problemático método da ponderação. No entanto, uma vez que esse método é criticado por supostamente ocultar um subjetivismo axiológico por trás de todos os seus raciocínios e expressões algébricas, convém abordá-lo lembrando os resultados já obtidos pelos métodos normativos menos contestáveis que são os da subsunção. Convém também abordar o método da ponderação lembrando o que já foi examinado nas seções anteriores, especialmente a teleologia que pôde ser objetivamente conhecida pelo pensamento de Rui Barbosa, bem como a respectiva genealogia do seu pensamento, que foi demonstrada por uma tradição de liberdade religiosa que parte das constituições e declarações de direitos americanas e segue regressivamente para as constituições e declarações de direitos britânicas, e depois para as constituições neerlandesas, e depois para segmentos das reformas religiosas dos anos 1500, em uma nova continuidade com o cristianismo primitivo – levando em conta todas as axiologias expostas pelos pensadores que influenciaram para as positivações legais e constitucionais desse direito.

3.4 Normatização: a ponderação entre os direitos dos objetores de consciência e os direitos à prestação objetada

Considerando que a escusa de consciência é uma garantia do direito principal que é a liberdade religiosa, a aplicação do método da ponderação dá-se entre a liberdade religiosa, que é um princípio, e os princípios que fundamentam os novos direitos positivados pela jurisprudência vinculante objetável.

A questão da objeção de consciência a prestar direitos postos pela jurisprudência vinculante orbita em torno da seguinte questão preliminar: a pretensão de escusa do

389 Jónatas Machado critica a instituição do casamento homossexual, porque entende que perturba a estrutura familiar mediante o arbítrio, na medida em que altera qualitativamente a principal célula social, em sua diversidade, complementaridade e fecundidade natural dos géneros, bem como da continuidade intergeracional, isto é, na medida em que “degenera o casamento – no sentido de que torna o género irrelevante na sua conformação positiva” (Machado, 2013, cap.5.2.7, p.167). Disso se deduz que seja favorável a escusar quem objete a colaborar para celebrá-lo, ou para oficializar os direitos positivos dele derivados

funcionário estatal objetor (seu suposto direito de objetar) corresponde a um dever de o Estado tolerar? Ou esse suposto dever de tolerar tem como destinatário o usuário do serviço estatal (o titular dos novos direitos positivados pela jurisprudência)? De partida, entendemos que se trata, em primeiro lugar, de um conflito entre o funcionário público e o órgão estatal que tem sobre ele autoridade. Esse seria o conflito direto. O conflito entre o funcionário objetor e o usuário frustrável do serviço público seria um conflito apenas indireto, porque a pessoa jurídica do Estado estaria exatamente entre os dois. Entendemos que assim seja porque, uma vez que a objeção de um funcionário se manifeste, o Estado pode solucionar o óbice à prestação do direito objetado designando outro funcionário, não-objeto, que concretize o direito subjetivo demandado pelo titular, satisfazendo o usuário do serviço, de modo que sua frustração inicial diante da objeção seria apenas provisória e, se o objetor comunicar celeremente sua objeção a outro funcionário competente para providenciar sua substituição, também uma frustração breve e que não lhe implique nenhum dano jurídico. Tal situação imaginada não parece uma afetação direta do âmbito de proteção dos direitos individuais objetados. Não parece se enquadrar no que Gilmar Mendes considera “autêntica colisão”, pois essa ocorreria “apenas quando um direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual” (Mendes, 2003, p.185).

Contudo, pode-se insistir na compreensão de que a intermediação do Estado não elimina, na prática, o risco de que a satisfação da objeção do funcionário implique em dano ao direito do usuário (e vice-versa), de modo que haveria um conflito entre o direito fundamental do usuário reconhecido como implícito pela jurisprudência vinculante e o direito fundamental do funcionário protegido expressamente pela CF art.5º-VIII. Para Gilmar Mendes, “fala-se em colisão entre direitos individuais quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares” (2003, p.185). Essa possibilidade deve ser enfrentada. Se ela for assumida, pode-se dizer que o caso hipotético toca “em valores identitários e colocam em campos opostos visões de mundo excludentes entre si” (Santos Jr., 2019, p.148). Uma vez que não há regra que preveja tão especificamente a solução desse problema hipotético³⁹⁰, pode-se ensaiar a solução pelo método da ponderação dos princípios correspondentes aos direitos fundamentais contrapostos envolvidos.

390 O fato de não haver regra que preveja *tão especificamente* a solução desse problema hipotético não significa que não haja regra que preveja a solução desse problema hipotético *de algum modo*. Como já visto, os dispositivos do PIDCP e da CADH, com toda a sua generalidade, podem ser tomados como regras suficientes para fazer concluir que a concretização dos novos direitos positivados por jurisprudência vinculante não pode se dar à custa da liberdade religiosa de crentes objetores (subcapítulo 3.5). Também como já visto, as regras do direito positivo legal português podem se prestar como paradigma em uma analogia que colmate a lacuna específica que constitui o problema ora considerado (subcapítulo 3.6).

Manuel Atienza considera o método da ponderação como uma aplicação da “razão prática”, isto é da “razão com relação a fins e valores” (Atienza, 2009, p.44). Ele se refere à doutrina de Robert Alexy como concebendo os direitos constitucionais como princípios, como mandados de otimização para que algo deva ser realizado na maior medida possível (conforme as possibilidades fáticas e normativas) (p.46). O método da ponderação desenvolve-se como “teste de proporcionalidade”, que aplica o princípio da proporcionalidade, composto por três subprincípios, que são eventualmente aplicados em três exames sucessivos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação propriamente dita). Adequação e necessidade relacionam-se com as possibilidades fáticas.

Na interpretação que Gilmar Mendes faz da ponderação de Alexy, o seu primeiro plano consiste em “definir a intensidade da intervenção”, o segundo, em “saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção”. Já o terceiro plano, que é a ponderação em sentido específico e estrito, se dá conforme a seguinte diretriz: “quanto mais intensa se revelar a intervenção, em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção” (Mendes, 2003, p.183).

3.4.1 Adequação

Quanto à fase do exame de adequação, Atienza entende que significa aferir se uma medida que limita um direito – no presente problema, que limita a liberdade religiosa – é faticamente capaz de conseguir realizar a concretização de outro direito (p.46) – de concretizar o aborto, o casamento, a adoção conjunta, a alteração do registro civil, etc.. Quanto à fase da necessidade, Atienza entende que se trata de aferir se a mesma finalidade (a concretização de algum desses direitos) pode ser faticamente realizada por um custo menor do que a adequada limitação do direito diminuído (p.46). Até aqui essas duas apreciações já são ordenadas pela americana Lei de Restauração da Liberdade Religiosa:

seção 3 – Livre exercício da religião protegido

a – Em geral - O governo não deve sobrecarregar substancialmente o exercício da religião de uma pessoa, mesmo que o ônus resulte de uma regra de aplicabilidade geral, exceto conforme previsto na subseção (b).

b – Exceção - O governo pode onerar substancialmente o exercício da religião de uma pessoa somente se demonstrar que a aplicação do ônus à pessoa:

(1) é em prol de um interesse governamental imperioso; e

(2) seja o meio menos restritivo de promover esse interesse governamental imperioso³⁹¹

391 Traduzido pelo DeepL. No original: “Sec.3 Free exercise of religion protected: (a) In General. — Government shall not substantially burden a person's exercise of religion even if the burden results from a rule of

Nas conclusões do congresso americano que ensejaram essa lei, aponta-se que “dispositivos jurídicos ‘neutros’ em relação à religião podem sobrecarregar o exercício religioso tão certamente quanto as leis destinadas a interferir no exercício religioso” (n.2)³⁹². E essa lei também deixa claro que consiste em uma reação a um julgado da Suprema Corte americana que “praticamente eliminou a exigência de que o governo justifique os ônus impostos ao exercício religioso por leis neutras em relação à religião” (n.4) – daí porque essa lei empregou o termo “restauração” no seu título, uma vez que ela pretende restabelecer o “teste de interesse convincente”, que tinha sido “estabelecido em decisões anteriores de tribunais federais” como “um teste viável para encontrar um equilíbrio sensato entre a liberdade religiosa e os interesses governamentais anteriores concorrentes” (n.5). E essa lei define que o termo “governo”, que nela consta, “inclui um ramo, departamento, agência, órgão, instrumento e funcionário (ou outra pessoa agindo sob a cor da lei)” (definição n.1), o que implica que abrange o “departamento de justiça”, isto é, o próprio poder judiciário dos EUA. Transpondo as razões dessa lei americana para o problema brasileiro hodierno, deduz-se que a ponderação estabelecida por ela incide sobre deveres postos pelo Judiciário, tal como os deveres funcionais aqui pretensamente objetáveis.

Quanto à fase de adequação do método de ponderação, Atienza entende que significa aferir se uma medida que limita um direito – no presente exame, limitar a liberdade religiosa – é ou não apta para conseguir alcançar a finalidade de satisfazer outro direito (Atienza, 2009, p.46) – no presente exame, os novos direitos positivados pela jurisprudência vinculante. No exame da adequação, cogita-se: a punição ao funcionário objetor é útil para concretizar o direito demandado pelo titular usuário do serviço? A princípio pode-se concluir que sim; que o medo da punição compele o funcionário a prestar o serviço apesar de seu escrúpulo religioso. Porém isso pode não ocorrer: um funcionário zeloso com seu *ethos* religioso pode objetar apesar de seu temor de punição funcional – o que demandaria de seu superior hierárquico designar outro funcionário para substituí-lo naquela tarefa específica (ou que demandaria o próprio superior hierárquico fazer a tarefa objetada, avocando-a). Essa substituição do funcionário objetor mesmo em face do risco de punição funcional já custa, por si só, tempo que retarda a satisfação do direito do usuário. Pode-se dizer que custa tanto tempo quanto o tempo que o superior hierárquico do objetor gastaria se iniciasse a

general applicability, except as provided in subsection (b). (b) Exception.—Government may substantially burden a person's exercise of religion only if it demonstrates that application of the burden to the person — (1) is in furtherance of a compelling governmental interest; and (2) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest.”

392 Todos os trechos citados diretamente dessa lei foram traduzidos pelo DeepL

providência de substituir, imediatamente depois de ser comunicado da objeção, o objetor por outro funcionário. Se o superior hierárquico tiver insistido para que o funcionário objetor desista da objeção, e se, apesar dessa insistência, o funcionário sustentar sua objeção, o custo de tempo para a satisfação do usuário seria ainda maior. Se o objetor cedesse à insistência do superior, e se desistisse de sua objeção, ainda assim o retardo também seria maior do que a substituição do objetor imediatamente depois do seu primeiro comunicado de objeção. Portanto, não há probabilidade segura de que o risco de punição ao funcionário objetor seja adequado à concretização do direito do usuário. E não há probabilidade segura de que esse risco de punição seja mais adequado para essa concretização do que a substituição do objetor por outro funcionário, imediatamente depois da comunicação da objeção, para que o funcionário não-objettor desempenhe a tarefa. Há de se ter em conta ainda que, depois de resolvido o problema da satisfação do usuário, haver-se-ia de tratar do problema de aplicar a punição ao funcionário objetor, o que demandaria todas as cautelas de um processo administrativo-disciplinar (ou penal), o que, por sua vez, custaria mais tempo ainda, tanto do funcionário objetor quanto o de quem ficará encarregado de o acusar e de o julgar – tempo esse no qual todas as pessoas envolvidas nesse trabalho de apuração da infração deixariam de empregar no desempenho de outros deveres funcionais, podendo vir a prejudicar outros usuários do serviço público, inclusive àqueles cujo direito decorre diretamente da lei e não de uma elaborada articulação jurisprudencial. A conclusão aparente é que a ameaça de punição ao objetor tem probabilidade média de ser adequada à satisfação do direito do usuário.

3.4.2 Necessidade

Quanto à fase da necessidade no método de ponderação, Atienza entende que se trata de aferir se a mesma finalidade (a satisfação do direito – que, neste exame, é um direito posto por um julgado vinculante) pode ser alcançada por um custo menor do direito diminuído (Atienza, 2009 p.46). No exame da necessidade, cogita-se: é viável concretizar o direito do usuário por outro meio que não seja acenar ao funcionário objetor com a punição? A princípio, parece que sim. A substituição do objetor na tarefa objetada por outro funcionário não-objettor apresenta-se como igualmente adequada para satisfazer o titular do direito à prestação. Um profissional de saúde pode ser substituído por outro que não objete a abortar um anencéfalo. Se a divisão do trabalho na sua unidade de saúde for organizada, essa substituição não custaria nenhum tempo. Mesmo que ela não seja organizada, o custo de tempo para providenciar a substituição não seria, a princípio, grande ao ponto de que fosse inviabilizada a prestação do direito depois dela. A mesma lógica aplica-se a um funcionário judiciário que objete a colaborar para

conceder um alvará autorizando esse aborto. Se esse funcionário for um juiz, outro juiz pode ser providenciado para substituí-lo pelo próprio objetor, que comunicaria sua objeção ao colega que exerce o juízo previsto nas regras de competência³⁹³. Se esse funcionário judiciário for um servidor subordinado a um juiz, o juiz pode providenciar outro de sua equipe para substituí-lo. E a mesma lógica se aplica para todos os agentes estatais envolvidos em atos de celebração de casamento ou união estável ou de alteração de sexo e nome no registro civil. O oficial do registro civil de pessoas naturais, autoridade máxima de uma unidade de serviço de registro (Lei n.8.935, art.5º-VI), pode providenciar a substituição do escrevente objetor (art.20, caput e §1º) e até mesmo a substituição de si mesmo (art.20-§5º), se ele mesmo for o objetor³⁹⁴. Os promotores de justiça envolvidos nos processos de habilitação para o casamento, de retificação de registro público ou de adoção conjunta que objetarem a tomar parte tem suas próprias regras de substituição, semelhante à dos juízes³⁹⁵. E os funcionários judiciários das varas que processam adoções conjuntas – juízes ou servidores – podem ser substituídos segundo os mesmos parâmetros dos funcionários envolvidos na concessão de alvará para aborto. Todas essas substituições podem ser facilmente providenciadas em um mesmo dia, de modo que seria baixa a probabilidade de a prestação do serviço público ao seu usuário ser retardada ao ponto de lhe causar algum dano jurídico. A conclusão aparente é que a ameaça de punição ao objetor não é necessária para a satisfação do direito do usuário.

Grégor Puppink entende que a punição do objetor não é necessária para concretizar o direito objetável. Ele expõe e aprova um julgado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que assim decidiu, diante de médicos poloneses que objetavam a abortar: “... os Estados são chamados a organizar os respectivos sistemas de saúde de maneira a garantir que o exercício efetivo da liberdade de consciência dos profissionais de saúde no contexto das suas funções não impeça que os pacientes acedam aos serviços aos quais têm direito em virtude da legislação aplicável” (Puppink, 2021, cap.II.2.c, p.67)³⁹⁶. Puppink afirma que “o Tribunal

393 No poder judiciário do Estado do Ceará, os pedidos de autorização para aborto despenalizado são processados nas varas do júri, embora não haja previsão na Lei de Organização Judiciária (art.59). Essas varas são desempenhadas por dois juízes. Nos casos de impossibilidade de que um deles atue, o outro o substitui (art.80-III). Na hipótese de impossibilidade de ambos, um juiz de outra vara do júri substitui os dois, nos termos do art.80-IV da LOJ-CE. Há toda uma série de competências jurisdicionais substitutivas prevista em lei (arts.80 e 99), de modo que plausivelmente seja encontrado um não-objetor que preste o direito.

394 Art.20. Os notários e os oficiais de registro poderão, para o desempenho de suas funções, contratar escreventes, dentre eles escolhendo os substitutos, e auxiliares como empregados, com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho. §1º Em cada serviço notarial ou de registro haverá tantos substitutos, escreventes e auxiliares quantos forem necessários, a critério de cada notário ou oficial de registro. §4º Os substitutos poderão, simultaneamente com o notário ou o oficial de registro, praticar todos os atos que lhe sejam próprios exceto, nos tabelionatos de notas, lavrar testamentos. §5º Dentre os substitutos, um deles será designado pelo notário ou oficial de registro para responder pelo respectivo serviço nas ausências e nos impedimentos do titular.

395 No Estado do Ceará, a Lei Complementar n.72/2008 regula a substituição dos membros do Ministério Público em seu art.176.

396 Reproduz o julgado do TEDH “R. R. vs. Polônia”, n.27617/08, de 26/05/2011, §206; e também o julgado “P. e S. vs. Polônia”, n.57375/08, de 30/10/2012, §106

dá por adquirido que a liberdade de consciência... deve poder ser exercida de maneira efetiva, recusa-se fazer prevalecer um direito sobre o outro e impõe ao Estado a obrigação de criar um mecanismo que permita conciliar estes direitos concorrentes” (p.67). Puppink cita também decisão do Comitê Europeu dos Direitos Sociais, do Conselho da Europa, que, semelhantemente ao TEDH, “a partir do momento em que legaliza a prática, o Estado se torna responsável pela organização do sistema de saúde por forma a garantir o acesso aos serviços legais” (p.71). Ele reproduz fundamento do Comitê: “devem ser tomadas medidas para garantir a presença de praticantes da profissão, e outro pessoal de saúde, que não sejam objetos de consciência sempre que a sua intervenção for solicitada” (p.71)³⁹⁷.

Glauco Barreira Magalhães Filho também entende como não-necesário que a concretização de um direito fundamental de geração posterior viole a proteção de um direito fundamental de geração anterior. Ao tratar de direitos que pretendem se fundamentar em um direito à busca da felicidade, ele avalia:

(...) A grande problemática é que muitos querem desvinculá-los [os direitos humanos] de sua raiz de origem. Pretendem desprezar a tradição que os originou (greco-romana e judaico-cristã) para pensá-los como formas vazias aptas a recepcionar qualquer nova ideologia ou modismo intelectual. Os direitos comportam gerações ou dimensões, mas dentro da lógica em que foram originalmente pensados. Uma dimensão desdobra, mas não extingue a outra. Não adianta falar em direitos humanos sem o pano de fundo histórico e filosófico (noção de Direito Natural) do qual brotaram.
(Magalhães Filho, 2023, cap.5, p.48)

Logicamente, uma geração de direitos humanos que decorre de uma ideologia ou modismo intelectual surgida tardiamente, aproveitando-se de toda a estrutura conceitual de direitos humanos e fundamentais desenvolvida a partir de pressupostos bíblicos, não deve eliminar um direito humano-fundamental decorrente da mesma tradição que serviu de pressuposto para que todos os sistemas de direitos humanos e fundamentais fossem desenvolvidos. Seria como arrancar a raiz para colher o fruto, ou como abalar um pilar do alicerce para construir uma varanda.

3.4.3 Ponderação propriamente dita

Se, no entanto, um entendimento contrário concluir que a limitação da liberdade religiosa é tanto adequada quanto necessária para concretizar os direitos objetáveis, chega-se à terceira fase do método da ponderação; chega-se ao exame da ponderação propriamente dita,

³⁹⁷ Reproduz decisão do caso “IPPF (Rede Europeia da Federação Internacional para o Planejamento Familiar) vs. Itália”, n.87/2012, de 10/09/2013, §163

que, na interpretação de Atienza sobre Alexy, abrange a “lei da ponderação”, a “fórmula de peso” e as “cargas da argumentação” (Atienza, 2009, p.46). Atienza assim formula a lei de ponderação de Alexy: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um dos princípios, maior deve ser a importância da satisfação do outro” (p.46). Essa regra de ponderação concretiza-se mediante três variáveis na fórmula de peso:

- 1) o grau de afetação do princípio no caso concreto³⁹⁸,
- 2) o peso abstrato dos princípios relevantes, e
- 3) a segurança das apreciações empíricas³⁹⁹

O grau de afetação do direito e o peso abstrato dos princípios relevantes são medidos como peso “leve, mediano ou intenso”. A segurança das premissas fáticas classifica-se como “seguras, plausíveis ou não evidentemente falsas”. Em caso de empate de pesos dos dois princípios ponderados, aplicam-se regras quanto à carga de argumentação, como por exemplo, a regra de que se deve priorizar o que é favorável à liberdade, ou a regra da deferência ao legislador (em favor da constitucionalidade de uma lei) (Atienza, p.47).

Contudo, cabe uma tergiversação neste ponto. Atienza apresenta ressalvas quanto à adoção plena da teoria de Alexy em todos esses detalhes. Ele avalia que o que Alexy chama de “fórmula de peso”, com suas atribuições de valores numéricos aos pesos leves ou pesados na aferição da afetação concreta de um princípio ou do seu peso abstrato, não passa de uso metafórico de linguagem matemática que nada acrescenta em rigor. E essa fórmula de peso, segundo o jurista espanhol, ainda induziria ao erro de pensar que a fórmula em si contém a chave de toda a argumentação jurídica, quando o correto seria perceber que a principal tarefa da proporcionalidade estrita é a atribuição de cada peso a cada fator ponderado⁴⁰⁰. Atienza avalia o esquema de Alexy como puramente formal, baseado na noção elementar de que os benefícios devem superar os custos, e funcionando como mero auxílio para a solução do problema, que é fundamentalmente material (interpretativo) (p.50)⁴⁰¹. Atienza aponta que o

398 Uma vez que nosso objeto de estudo consiste em julgados vinculantes, cujos efeitos são *erga omnes*, isto é, gerais e abstratos, não faz sentido falar em casos concretos. O controle *abstrato* de constitucionalidade assemelha-se mais à legislação do que à solução de casos concretos, sobretudo quando se considera “superado” o escrúpulo de que o Judiciário não deve atuar como “legislador positivo” (Sarlet, 2013).

399 O grau de probabilidade das apreciações empíricas são os expostos na apreciação das fases de adequação e de necessidade.

400 Atienza questiona desafiadoramente: “por que aceitar, por exemplo, que a afetação a um princípio é leve, moderada ou intensa, e que, por conseguinte, se deve atribuir o valor 1, 2 ou 4, etc.?” (Atienza, p.50, traduzido livremente). Ana Maria D’Ávila Lopes aponta que a ponderação de bens jurídicos é criticada por se sujeitar ao arbítrio de quem a realiza, “provocando o surgimento de um claro subjetivismo e decisionismo jurisprudencial” (Lopes, 2001, p.169).

401 Atienza destaca que o próprio Alexy considera seu esquema aritmético como equivalente ao tipo de inferência dedutiva (do silogismo judicial) da subsunção (p.50).

método da ponderação implica em doses de discricionariedade judicial maiores do que o método da subsunção (p.56), por causa de seus critérios flexíveis e abertos (p.59), e reproduz a posição de Juan Antonio García Amado, para quem o resultado do método da ponderação depende da interpretação-subsunção das normas constitucionais e/ou legais pertinentes, o que demonstraria que a ponderação não tem autonomia lógica enquanto método, embora produza o indesejável efeito de mudar a terminologia das fundamentações judiciais ao mesmo passo em que elas se dão com menor rigor argumentativo (p.51-52). Para Amado, ponderação não se distingue de valoração. Por isso ele é cético quanto à possibilidade de critérios objetivos de valoração, porque a razão não é suficiente para estabelecer fins e valores (Atienza, p.56-57)⁴⁰². Por isso, Atienza sugere não se ater a todas as minúcias do sistema de Alexy, com suas complicações, as quais entende desnecessárias. Sugere também preferir resolver problemas jurídicos por meios argumentativos menos elaborados, evitando a tendência contemporânea de alguns tribunais a “motivações extensíssimas, dirigidas provavelmente a transmitir à plateia a ideia de alto nível de preparação teórica dos juízes autores dessas sentenças” (Atienza, p.51). Atienza propõe evitar o uso do método da ponderação sempre que possível, e preferir buscar soluções jurídicas com o emprego de regras, inclusive para que a atividade jurídica transpareça sua identidade com a racionalidade jurídica moderna descrita por Max Weber e nominada como “princípio da legalidade” (Atienza, p.56). Contudo, se mesmo assim insistir-se em usar da técnica da ponderação, ele recomenda que a ponderação judicial – mesmo quando exercida por um tribunal superior – seja mais limitada do que a ponderação desempenhada pelo legislador, porque o legislador só é limitado pela Constituição (p.56)⁴⁰³.

Retornemos da tergiversação. Se seguissemos a sugestão de Atienza, poderíamos encerrar a ponderação da objeção de consciência de nosso exame neste ponto. Tendo já aplicado o método de subsunção a nossos casos hipotéticos a partir de regras de direitos humanos das quais o Brasil é signatário, as conclusões obtidas em favor da escusa já seriam suficientes. Ou então, o mesmo resultado favorável à objeção obtido a partir da subsunção de

402 Para Amado, o método da ponderação cumpre uma função essencialmente ideológica, motivo pelo qual ele afirma que ela é adotada entusiasticamente por tribunais constitucionais de viés neoconstitucionalista que pretendem conferir aparência de objetividade a suas decisões para sustentar seu próprio ativismo e seu próprio casuismo, em detrimento do legislador (Amado, 2008, p.4, nota). A avaliação de Amado sobre a insuficiência da razão para estabelecer critérios objetivos de valor parece ecoar Kelsen: “O problema dos valores é, antes de tudo, o problema dos conflito de valores. E esse problema não poderá ser solucionado com os meios do conhecimento racional. A resposta às questões que aqui se apresentam é sempre um juízo, o qual, em última instância, é determinado por fatores emocionais, e possui, portanto, um caráter subjetivo. Isso significa que o juízo só é válido para o sujeito que julga, sendo, nesse sentido, relativo” (Kelsen, 2001, p.6). Ou ainda: “(...) Juízos de valor, porém, têm caráter subjetivo porque são baseados, em última análise, na personalidade do sujeito que julga, em geral, e no elemento emocional de sua consciência, em particular” (p.349-350). Como se vê, ironicamente, a consciência do objetor fica à mercê de ser julgada pela *consciência* da autoridade estatal que tem poder sobre ele.

403 E pode ser acrescentado: enquanto que o tribunal superior, além de limitado pela Constituição, também é limitado pelas ponderações precedentes da Lei, que o vinculam.

regras análogas do direito positivo português poderia prover essa mesma satisfação. Ou então, a interpretação histórica e teleológica da laicidade brasileira a partir do pensamento do fundador da República que foi Rui Barbosa poderia levar à mesma saciedade. Contudo, na busca por um exame exaustivo da questão, seguir-se-á com a ponderação na sua terceira fase, de proporcionalidade estrita, o que implica questionar: o peso abstrato dos princípios que amparam os direitos positivados pela jurisprudência vinculante ora objetável é maior do que o peso da afetação do princípio que manda otimizar a liberdade religiosa? Diante da subjetividade da valoração desses pesos, terá que se escolher critérios de sua aferição os mais objetivos possível. Mas, primeiramente, precisa-se esclarecer quais princípios jurídicos colidem em cada caso hipotético.

Do lado do funcionário objetor, tem-se o princípio da liberdade religiosa, que consiste em um mandado de otimização para permitir o maior número de práticas religiosas na sua maior extensão. Esse princípio expressa-se no art.12 da CADH e no art.18 do PIDCP, como visto anteriormente. Do outro lado, do lado do usuário titular do direito cuja prestação é objetada, haverá algum princípio declarado nos votos dos ministros que proferiram o julgado vinculante.

Quanto ao “grau de afetação do direito” à objeção de consciência – quanto ao “grau de afetação do princípio” da liberdade religiosa –, há de se relembrar o tipo de objeção de consciência que está sendo considerado, que é a objeção omissiva (objeção para *não fazer*). Segundo Grégor Puppink, a liberdade de consciência e de religião pode consistir em uma liberdade positiva – “de expressar as próprias convicções e agir em conformidade com elas” – ou em uma liberdade negativa – “de não ser coagido a agir contra as próprias convicções” (Puppink, 2021, p.7). Contudo, “a objeção de consciência, que diz respeito, especificamente, à situação em que uma pessoa se recusa a cumprir positivamente um ato prescrito, distingue-se da situação em que uma pessoa realiza um ato que foi proscrito, mas que a sua consciência lhe dita que realize; esta última situação releva da liberdade de manifestar positivamente as suas próprias convicções” (cap.1.3-b, p.27). Em suma, o tipo de objeção de consciência a ter sua afetação aferida pertine à liberdade religiosa em sua “vertente negativa: não ser forçado a agir contra a própria consciência” (cap.1.4-a, p.28). Puppink esclarece que essa “liberdade negativa visa preservar, não a manifestação positiva da convicção, mas a integridade da própria consciência, enquanto unidade entre a inteligência e a vontade, que é própria da natureza humana” (cap.1.4-a-β, p.31). Então ele avalia:

Em caso de restrição de uma manifestação positiva, a restrição diz respeito à extensão da manifestação da convicção, mas não à convicção propriamente dita; pelo contrário, no caso de a restrição visar uma manifestação negativa, a restrição diz respeito à convicção propriamente dita, dado que existe uma identidade entre a manifestação negativa e a convicção. Ora, tal como é materialmente possível impedir uma pessoa de realizar uma parte do bem que projeta fazer, também não é possível coagir uma pessoa a agir contra suas convicções de forma apenas parcial. Com efeito, uma ingerência na dimensão positiva da liberdade de consciência pode sempre ser modulada, limitada e proporcional às circunstâncias; mas isso não pode acontecer quando se trata da posição negativa.

(...) Por outras palavras, a restrição concernente a uma manifestação positiva afeta a realização material (a atuação) da convicção, limitando-a, por exemplo, a certos lugares e tempos; por contraste, obrigar alguém a fazer o mal não afeta a realização da convicção, mas a própria convicção; não posso roubar, nem sequer um euro (por princípio), mas posso doar 20, 50 ou 100 euros (conforme a medida). O bem e o mal não são simétricos; fazer o bem é uma obrigação positiva, cuja extensão varia de acordo com as circunstâncias, enquanto evitar o mal é uma obrigação negativa, que se aplica sempre e em todas as circunstâncias. O bem é uma questão de proporção, enquanto o mal é uma questão de princípio.

Outra consequência: só é possível impor restrições ou limitações a uma manifestação positiva; sendo concreta, tal manifestação tem sempre de ser adaptada às circunstâncias nas quais se realiza, podendo, portanto, ser também controlada e restringida pelas autoridades legítimas. Pelo contrário, uma manifestação negativa (uma recusa em agir) não pode ser, materialmente, objeto de restrições nem de limitações; pode apenas ser imposta ou sancionada. (...) Desta diferença de alcance da ingerência, conforme visa uma manifestação positiva ou negativa, resulta que é mais grave coagir uma pessoa a cometer um mal que a consciência lhe proscree, ou sancioná-la por se recusar a cometê-lo, do que impedir uma pessoa de cumprir, em parte, um bem que a consciência lhe prescreve.

Esta distinção permite circunscrever a objeção de consciência à situação em que uma pessoa é coagida a realizar um ato que ajuíza ser mau, ou é sancionada por se recusar a cumpri-lo. (...)

(Puppink, 2021, cap.1.4-a-β-ii, p.31-33).

Portanto, considerando a avaliação de Puppink, a liberdade religiosa será completamente afetada (danificada) quando a sua respectiva objeção de consciência, que se manifestar por *não fazer*, não for escusada. Por outro lado, os graus de afetação dos direitos objetáveis enquadra-se na situação oposta à que Puppink menciona: uma vez que todos eles consistem em condutas ativas-comisivas – abortar, registrar, conceder, etc –, essas ações podem ainda ser realizadas, mesmo que o sejam com as modulações e adaptações às circunstâncias, especialmente moduladas pela circunstância de tempo e de pessoa, de modo que essas condutas podem ser realizadas por outra pessoa em um tempo posterior. Como consequência, incide a apreciação de Puppink:

(...) Consequentemente, perante uma objeção de consciência, as autoridades não têm legitimidade para tentar coagir uma pessoa – cuja posse das suas competências racionais é suficiente para lhe permitir ter convicções – a alterar as suas convicções, submetendo-a, por exemplo, a um processo de reeducação moral. Mais ainda, forçar uma pessoa a agir positivamente contra as suas convicções é uma violência, e constitui mesmo uma forma infra-humana e degradante de tratamento, que é contrária ao artigo 3º da Convenção [Europeia de Direitos do Homem]. (...)

(Puppink, 2021, cap.1.4-a-β-ii, p.35)

Portanto, tendo-se em conta os “graus de afetação dos direitos” (os “graus de afetação dos princípios”), conclui-se que o direito da liberdade religiosa (e o seu direito mais específico que é o direito à objeção de consciência) é mais afetado (sofre mais dano) do que os direitos objetáveis positivados pela jurisprudência vinculante, quando esses direitos objetáveis prevalecerem sobre ele; o direito de objeção sofre mais dano do que os direitos objetáveis sofrem quando ocorre o contrário: os direitos objetáveis ao aborto e à celebração da homo-transsexualidade são menos afetados (sofrem menos dano) do que o direito à liberdade religiosa (e à correspondente objeção de consciência), quando essa liberdade prevalece sobre eles.

Tendo-se então o “grau de afetação do direito” à objeção de consciência (o “grau de afetação do princípio” da liberdade religiosa) e o grau de afetação dos direitos objetáveis, pode-se passar ao próximo passo da ponderação: o sopesamento dos pesos abstratos dos princípios pertinentes a cada lado (a cada parte antagônica) da ponderação. Como dito, do lado do funcionário objetor, tem-se o princípio da liberdade religiosa (CADH art.12 e PIDCP art.18), e, do lado do usuário titular do direito cuja prestação é objetada, haverá algum princípio declarado nos votos dos ministros que proferiram o julgado vinculante.

3.4.3.1 Sopesamento entre liberdade religiosa e aborto

No caso do aborto de anencéfalos, o STF refere-se a vários princípios jurídicos a favor da gestante que pretende abortar: da liberdade (ADPF 54, p.2), da igualdade (p.87) – ou da isonomia (p.202) –, do estado laico (p.228) – ou da laicidade estatal (p.230) –, da dignidade da pessoa humana (p.54)⁴⁰⁴. Ora, todos esses princípios genéricos pesam a favor da usuária do serviço tanto quanto pesam a favor do funcionário objetor. O STF lista mais um princípio a favor da usuária: o da autonomia da vontade (p.197), que se especifica como da autonomia privada da mulher (p.150) ou como da autodeterminação pessoal da mulher (p.331). O STF admite que essa auto-nomia privada e essa auto-determinação têm permissão para produzir efeito danoso irremediável sobre pessoa que não é essa mulher – a morte do anencéfalo –, o que configura, na prática, mais do que *auto-nomia* e *auto-determinação*: configura *hetero-nomia* e *hetero-determinação* que afetam outro ser humano – aquele cuja vida termina destruída. Uma vez que a autonomia e a autodeterminação da usuária do serviço público estão autorizadas a repercutir na esfera jurídica de terceiros, parece então não haver razões, segundo

404 Referimo-nos aqui a apenas uma página para cada princípio, pois muitos deles são referidos repetidamente ao longo das muitas páginas que expressam os votos dos ministros. Essa mesma forma sucinta de se referir aos princípios repete-se nas referências aos princípios dos outros julgados vinculantes tratados.

o já também admitido princípio da igualdade, para que a autonomia e a autodeterminação religiosa do funcionário objetor também não possam repercutir na esfera jurídica de terceiros – no caso, da usuária do serviço de aborto –, de modo que ela deva se submeter ao mínimo efeito danoso (e remediável) que é aguardar algum tempo até que outro funcionário, não-objeto, preste o serviço que concretize seu direito. Nesse sopesamento parece haver um empate de direitos⁴⁰⁵.

3.4.3.2 Sopesamento entre liberdade religiosa e institucionalização jurisprudencial da homossexualidade

No caso da união civil de homossexuais, tem-se, ao lado dos usuários do serviço, os seguintes princípios jurídicos mencionados a seu favor na ADI 4.277 e na ADPF 132: da liberdade (ADPF 132⁴⁰⁶, p.9), da igualdade/isonomia (p.8 e 77), da dignidade da pessoa humana (p.2), da segurança jurídica (p.9), da vedação a todo tipo de discriminação (p.116). Esses princípios genéricos aplicam-se igualmente em favor do funcionário objetor. O invocado princípio da vedação a todo tipo de discriminação é especificado como princípio da não-discriminação por razão de opção *sexual* (p.44). Seguindo-se a mesma lógica, é possível derivar também um princípio da “não-discriminação por razão de opção *religiosa*”, em favor do funcionário objetor. Também é invocado um “princípio do afeto” em favor dos usuários (p.254). Se isso significar uma promoção da relação de afeto entre as pessoas que pretendem se unir civilmente, não haveria porque menosprezar a relação de afeto que há entre o crente e sua divindade. Invoca-se também, em prol dos homossexuais, um “princípio da diferença” e um “princípio da proteção que o Estado deve às minorias”, por causa da menor ocorrência dessa preferência sexual na população (p.67 e 77). Esses mesmos princípios poderiam também favorecer cristãos bíblicos que levam os fundamentos de sua religião a sério, pois é plausível que no Brasil também seja minoritária a ocorrência de cristãos cuja devoção seja tão rigorosa ao ponto de preferir ousar desafiar os riscos de punição estatal para sustentar sua fé. O STF apresenta também um “princípio do reconhecimento” em favor dos homossexuais, segundo o qual “o Estado tem de empreender o reconhecimento a essas minorias, no afã... de

405 Santos Jr. entende que é lícita a objeção a participar de aborto em caso que não seja necessário para salvar a vida da gestante, porque o conflito não ocorre entre a liberdade religiosa e o direito da mulher à vida, mas, sim, entre a liberdade religiosa e “outros interesses aos quais não é possível reconhecer uma precedência *prima facie* numa eventual ponderação”. Ele deduz do juramento de Hipócrates, prestado por todos os médicos, que o *telos* da profissão médica é a proteção da vida, não sua extinção, o que resulta por determinar o dever de não matar o feto. (Santos Júnior, cap.6.2.2.2, 2019, p.150)

406 A ADPF 132 e a ADI 4.277 têm exatamente a mesma fundamentação. Contudo, uma vez que essa fundamentação comum inicia relatando a ADPF 132, todas as referências de páginas dos conteúdos citados referem-se a ela.

propiciar-lhes jurisdição... para que possam ser atendidas nas suas pretensões...” (p.79). Se o caráter de minoria é o que gera esse princípio segundo o qual o Judiciário admite sua parcialidade em prol de um grupo social, não haveria porque também não aplicá-lo em favor dos objetores⁴⁰⁷. O voto do ministro Marco Aurélio em prol da causa homossexual expressa ideias que são perfeitamente ajustáveis à causa dos objetores por crença religiosa:

(...) Especificamente quanto à religião, não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual.
(ADPF, 132, p.202)

Levando em conta o que o ministro disse, os funcionários mais altos do Estado – como os próprios ministros – não podem, igualmente, impor, aos funcionários mais baixos dele – os objetores –, as orientações morais que decorram de sua *indiferença insensível ou antagonismo à fé*, porque concepções morais *irreligiosas ou antireligiosas* também estão impedidas, pelas mesmas garantias da liberdade religiosa e do estado laico, de guiar o tratamento estatal dispensado aos direitos fundamentais dos crentes, tais como “o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade” (de seu relacionamento íntimo com Deus) e o direito à liberdade de *orientação religiosa quanto às preferências sexuais*.

O mesmo ministro Marco Aurélio ainda afirma em seu voto:

A proibição de instrumentalização do ser humano compõe o núcleo do princípio, como bem enfatizado pelo requerente. Ninguém pode ser funcionalizado, instrumentalizado, com o objetivo de viabilizar o projeto de sociedade alheio, ainda mais quando fundado em visão coletiva preconceituosa ou em leitura de textos religiosos. A funcionalização é uma característica típica das sociedades totalitárias, nas quais o indivíduo serve à coletividade e ao Estado, e não o contrário. As concepções organicistas das relações entre indivíduo e sociedade, embora ainda possam ser encontradas aqui e acolá, são francamente incompatíveis com a consagração da dignidade da pessoa humana.
(ADPF 132, p.208)

Levando em conta o que é dito pelo ministro, os crentes que sustentam a ortodoxia de sua fé também não podem ser instrumentalizados com o objetivo de viabilizar o projeto de sociedade de quem reformulou radicalmente a milenar instituição do casamento para amoldá-la a seus próprios interesses particulares⁴⁰⁸. A instrumentalização dos funcionários objetores,

407 Se o que gera esse princípio é uma suposta opressão social sistemática dos homossexuais, há de se ter em conta que esse julgado do STF, combinado com o da ADO 26, inauguraram, eles mesmos, um risco de opressão estatal, também sistemática, a todo um segmento religioso.

408 Diante de toda essa profusão de supostos princípios jurídicos que inspiram a legislação do STF, o ministro Peluso, identificou outra espécie de princípio como motor da pretensão de abortar anencéfalo: o “princípio do prazer” (ADPF 54, p.406). Segundo a teoria psicanalítica clássica de Freud, o princípio do prazer “é a força psíquica que motiva as pessoas a buscar a gratificação imediata dos impulsos instintivos ou libidinais, como sexo”. Também chamado de “princípio do prazer-dor”, inspira a visão de que “os seres humanos são governados

privando-os de seus direitos, aproximaria a sociedade brasileira de uma sociedade totalitária, na qual os indivíduos servem ao Estado e aos grupos de pressão que o influenciam segundo uma concepção que é efetivamente organicista contra os crentes que se mantêm fiéis à sua crença, e que lhes diminui a dignidade de pessoa humana. Pensar nesse sentido converge com Darcy Azambuja, para quem “jamais a pessoa humana poderia ser um meio que o Estado empregasse para realizar a própria grandeza”, e para quem o “valor supremo” da pessoa humana “transcende infinitamente o de todas as coisas do Universo, que só existe como quadro, necessário, mas transitório, dentro do qual a alma humana evolui pra o seu destino imortal”, uma vez que, para Azambuja, “o homem não é um simples animal superior”, mas, sim, “uma criatura livre e inteligente, dotada de uma alma imortal” (Azambuja, 2008, cap.11, p.146). Para Azambuja, é a imortalidade da alma humana que torna o homem mais durável do que o Estado e, exatamente por causa disso, maior do que ele e mais digno do que ele, sendo essa a razão para que o Estado funcione como meio de pelo qual “o homem realiza o seu aperfeiçoamento físico, moral, e intelectual”. Nesse sopesamento parece haver outro empate de direitos.

3.4.3.3 Sopesamento entre liberdade religiosa e institucionalização jurisprudencial da transexualidade

No caso da ponderação entre a transexualidade potestativa no registro civil e a liberdade religiosa, tem-se, ao lado dos usuários do serviço, os seguintes princípios jurídicos mencionados a seu favor: da igualdade (ADI 4.275, p.28), da não-discriminação (p.100) e o multi-empregado princípio da dignidade humana (p.24), todos igualmente aplicáveis em prol dos objetores. Tem-se também o da “solidariedade social” (p.82) e o do livre desenvolvimento da personalidade, que é avaliado como direito humano (p.121), ambos também favoráveis aos objetores. Há também o princípio da autonomia da pessoa (p.36), o qual, segundo o ministro Fachin, implica que “o Estado deve abster-se de interferir em condutas que não prejudicam a terceiros e, ao mesmo tempo, buscar viabilizar as concepções e os planos de vida dos indivíduos, preservando a neutralidade estatal”. Esse ministro assim apresenta esse princípio, adotando o pensamento de Carlos Santiago Niño:

pelo desejo de gratificação ou prazer e pela descarga da tensão que se acumula na forma de dor ou ‘desprazer’ quando falta a gratificação” (APA, 2024, <https://dictionary.apa.org/pleasure-principle>). A lógica do ministro Peluso expressa na ADPF 54 poderia ser estendida aos outros julgados vinculantes objetáveis, de modo que a ponderação substancial ocorreria entre o princípio jurídico da liberdade religiosa e o princípio psicanalítico da libido sexual, que não aceita limitações pelo também psicanalítico “princípio da realidade”. Assim, ao enunciar, apresentar e formular vários princípios jurídicos, o STF teria revestido de juridicidade interesses sexuais particulares politicamente mobilizados.

Sendo valiosa a livre eleição individual de planos de vida e da adoção de ideais de excelência humana, o Estado (e demais indivíduos) não deve interferir nessa eleição ou adoção, limitando-se a desenhar instituições que facilitem a persecução individual desses planos de vida e a satisfação dos ideais de virtude que cada um sustenta e impedindo a interferência mútua no curso de tal persecução.
(ADI 4.275, p.36)

Tomando como ponto de partida o posicionamento desse ministro, pode-se afirmar que o Estado não deve interferir também nos “planos de vida” que são eleitos pelos indivíduos para sua vida *eterna*, por mais que essa ideia soe fantasiosa para os não-adeptos da mesma crença religiosa. Também partindo-se da posição do ministro Fachin, se o Estado não deve interferir nos “ideais de excelência humana” que são adotados pelos indivíduos, também não deve interferir nesses ideais de excelência humana se essa excelência consistir na santidade, que se realiza na não-cumplicidade em pecado alheio. Segundo a doutrina esposada pelo STF, o Estado deve “desenhar instituições que facilitem a persecução individual desses planos de vida e a satisfação dos ideais de virtude que cada um sustenta”. A acomodação dos direitos de liberdade religiosa por meio da escusa de consciência vai diretamente ao encontro desse desenho institucional que facilita a persecução dos planos de vida e da satisfação dos ideais de virtude que os indivíduos crentes sustentam. Ainda segundo a doutrina adotada pelo STF, o Estado deve impedir a “interferência mútua no curso de tal persecução”, o que significa que um indivíduo não pode impedir outro indivíduo de buscar realizar seu ideal de bem. A partir dessa noção, assim como os objetores não podem impedir que qualquer pessoa concretize o direito do usuário do serviço público, os beneficiários do julgado vinculante também não podem impedir os objetores de concretizar seu direito de liberdade de crença, impedindo-os de cumprir os preceitos de sua crença religiosa. Nesse sopesamento parece haver mais outro empate de direitos.

3.4.3.4 Fator comum a ser considerado nos sopesamentos com a institucionalização jurisprudencial da homo-transsexualidade

A partir do julgado vinculante da ADI 4.277 e da ADPF 132, a homossexualidade impõe deveres sobre a Administração Pública, especialmente sobre a Previdência Pública, como, por exemplo, os deveres de pagar novos benefícios (novas pensões por morte e novos auxílios-reclusão).⁴⁰⁹ A partir do julgado vinculante da ADI 4.275, a transexualidade impõe, à mesma Previdência Pública, a redução do tempo necessário para a aposentadoria⁴¹⁰. A partir do

409 Aos cônjuges/companheiros dessas novas modalidades de união civil (LPBPS art.16-I c/c art.74 ou c/c art.80).

410 A idade mínima para um homem ser beneficiado com aposentadoria é 65 anos, enquanto que a da mulher é 60 anos (LPBPS art.48). O tempo de contribuição mínimo para um homem se aposentar é de 30 anos, enquanto

Decreto n.8.727/2016, a transexualidade e o travestismo impõem à Administração Pública federal o dever de que as demais pessoas que lidam com seus adeptos tratem-nos pelo seu “nome social”, correspondente ao sexo com o qual se identificam (art.1º-§único-I), bem como pelos pronomes correspondentes a sua “identidade de gênero” (art.1º-§único-II). Se a homossexualidade e a transexualidade são características privadas e particulares da personalidade que agora se admitem como oponíveis a toda a Administração Pública, e que se tornam direitos inclusive para funcionários públicos no exercício da função pública⁴¹¹, então, logicamente, a característica privada e particular de uma ética religiosa de não-colaboração com a homossexualidade e com a transexualidade poderia também ser reconhecida como direito aos funcionários públicos no exercício da função pública que a manifestam por meio de objeção de consciência.

3.4.3.5 Subjetividade dos sopesamentos

Admitimos que todos os três sopesamentos desempenhados retro expressam alguma subjetividade na valoração dos princípios jurídicos, porém, nessa toada, é importante lembrar que, conforme o entendimento de Juan António Amado, já exposto acima, todos os sopesamentos que os ministros do STF desempenharam nos referidos julgados objetáveis também expressam suas subjetividades na valoração e mesmo na formulação, vaga ou precisa, dos princípios que eles afirmam ser aplicáveis aos casos típicos sobre os quais eles legislaram. Ana Maria Dávila Lopes expõe:

O valor é uma abstração mental decorrente de uma experiência humana concreta, configurada a partir do discurso racional intersubjetivo baseado nas necessidades humanas. O valor é uma projeção da consciência do homem dirigida ao mundo externo, representando o modo de preferência consciente inserido em determinadas condições históricas e que, portanto, tem um fundamento empírico e não metafísico. (Lopes, 2001, p.181).

Isso significa que o ato de ponderar, que é um ato de valorar dois bens simultaneamente, decorre de projeções das consciências dos ministros do STF sobre os fatos sociais, e representa suas preferências pessoais, que são formadas a partir de suas experiências pessoais. A falibilidade do método do sopesamento consiste exatamente nessa grande abertura para que o sopesador escolha quais pesos ele colocará em cada prato da balança, conforme

que o de uma mulher é 25 anos (art.52). Um homem que passa a ser registrado como mulher beneficia-se do menor tempo que lhe é exigido para obter aposentadoria, pois a LPBPS só trabalha com a categoria “sexo”, e não com a categoria “gênero sexual”, que só foi positivada juridicamente pela jurisprudência vinculante.

411 O Decreto n.8.727/2016 logicamente garante ao funcionário público federal travesti ou transexual o direito a que toda a Administração Pública federal se conforme à sua vontade de ser tratado como alguém do sexo oposto ao seu sexo natural.

suas preferências subjetivas, que podem ser antagônicas às preferências de seus jurisdicionados, o que abre consequentemente uma grande oportunidade para discordância, discórdia, divisão, polarização e desconfiança no povo que é por esse método legislado. Friedrich Müller afirma que o sopesamento é um método irracional, uma mistura de “sugestionamento linguístico”, “pré-compreensões mal esclarecidas” e “envolvimento afetivo em problemas jurídicos concretos”, cujo resultado não passa de mera suposição (apud Silva, 2005, p.137)⁴¹².

Não chegamos a concordar que o sopesamento seja um método irracional, porque ele envolve muito raciocínio, muita articulação de pensamento. No entanto, vislumbramos, juntamente com Müller, que todos esses raciocínios e silogismos partem de premissas que não são elas mesmas demonstráveis pela razão; partem de premissas que são simplesmente assumidas *a priori* como corretas pelo sopesador – provavelmente por influência de seus afetos⁴¹³. Astrologia, alquimia e teologia são disciplinas intelectuais igualmente ricas em raciocínio e em racionalidade, no entanto todas essas suas racionalidades fundamentam-se em premissas cujas evidências não são facilmente compartilháveis pela empiria, o que as leva a serem aceitas, por alguns, mais por confiança e persuasão, e o que as leva, na mesma medida, a não serem cridas, por outros, por causa de desconfiança e de intuições contrárias. O mesmo se dá com o método do sopesamento na ponderação de princípios jurídicos: todos os raciocínios sobrepõem-se às intuições axiológicas de fundo emocional dos sopesadores⁴¹⁴, de modo que comumente os litigantes perdedores sujeitos a obedecer à norma gerada por tal técnica discordam do resultado, porque suas intuições axiológicas são diferentes das de quem aproveitou a oportunidade de exercer o poder de estabelecer ponderações em nome do Estado. Essa tendência para a discórdia, naturalmente decorrente de diferenças de intuições axiológicas, torna ainda mais problemático que decisões estatais que empregam esse método tenham efeitos *erga omnes*, pois, materialmente, não há como todos os afetados pela legislação participar da elaboração da norma geral⁴¹⁵, refinando-a para adequá-la a todas as

412 In *Strukturierende Rechtslehre*, p.209, apud Virgílio Afonso da Silva, 2005, p.137. Müller também afirma que a racionalidade e a controlabilidade na aplicação do direito só são possíveis em uma árdua análise e delimitação do âmbito de cada norma, de modo que, depois dessa tarefa, não há mais espaço para colisões jurídicas, porque a norma simplesmente se revela como aplicável ou não. Espera-se que os subcapítulos anteriores tenham delimitado suficientemente as normas concretas que devem incidir sobre o problema da objeção religiosa.

413 E os intelectuais – inclusive os juristas – não são imunes a afetos. Thomas Sowell identifica que intelectuais são especialmente suscetíveis ao desejo de transformar a Sociedade segundo suas tão estimadas próprias ideias de como ele seria melhor (Sowell, 2011). O amor-próprio de se imaginar aperfeiçoando o mundo a partir de sua própria sabedoria (gnose), amalhada a custo de sua erudição, costuma seduzir profissionais cujo material de trabalho consiste exclusivamente em ideias, textos e discursos.

414 Sobre como os valores são conhecidos intuitivamente, ver Hessen, 2012, cap.3.

415 A legislação pelo Congresso Nacional, embora não seja perfeita em representar os interesses de todo o Povo, ainda oferece um modelo de participação menos sujeito à contestação popular.

peculiaridades possíveis que podem se dar no laboratório da vida real em prejuízo dos afetados.

Por isso, diante da problemática subjetividade da valoração desses pesos, e a fim de prevenir mais discordâncias intersubjetivas, pode-se considerar os resultados dos sopesamentos como três empates. Esses empates conduzem à fase das “cargas de argumentação”, que Alexy prevê como critérios de desempate, conforme a exposição que Atienza dela faz, e conforme consta acima.

3.4.3.6 *Aplicação das cargas de argumentação*

Já foram mencionadas até aqui duas regras que podem ser consideradas para essas cargas de argumentação, segundo Atienza: a primazia da liberdade e a primazia da lei, presumidamente constitucional (Atienza, 2009, p.47). Gilmar Mendes apresenta outras peculiaridades a serem consideradas, como, por exemplo, um dos direitos em colisão ser um direito *fundamental*, e não um direito de outra classe⁴¹⁶ (Mendes, 2003, p.185). Ana Maria D’Ávila Lopes considera como direito fundamental aquele que é constitucionalmente garantido, limitado no tempo (por uma constituição positiva) e no espaço (pelo território de um estado) (Lopes, 2022, p.17). Mendes também atribui uma “posição especial em face de outros preceitos constitucionais” quando um direito constitucional não pode ser suprimido por uma alteração na Constituição⁴¹⁷ (Mendes, 2003, p.184). E Mendes também afirma: “tem-se como inquestionável que o direito à vida tem precedência sobre os demais direitos individuais, uma vez que é pressuposto para o exercício de outros direitos” (Mendes, 2003, p.184). Nessa toada de examinar uma suposta hierarquia entre direitos, Ana Maria D’Ávila Lopes distingue diferença de peso entre diferentes direitos humanos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

416 “A doutrina cogita de colisão de direitos em sentido estrito ou em sentido amplo. As colisões em sentido estrito referem-se apenas àqueles conflitos entre direitos fundamentais. As colisões em sentido amplo envolvem os direitos fundamentais e outros princípios ou valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade.”

417 “Assim, afirma-se no direito alemão, que o postulado da dignidade humana... integra os princípios fundamentais da ordem constitucional... que balizam todas as demais disposições constitucionais (LF, arts.1º-I e 79-III). A *garantia de eternidade* contida no art.79-III confere-lhe posição especial em face de outros preceitos constitucionais. (...)” (Mendes, 2003, p.184, grifo no original). Assim dispõe o art.79-III da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha mencionado por Gilmar Mendes: “Artigo 79 - Alteração da Lei Fundamental - Uma modificação desta Lei Fundamental é inadmissível se afetar a divisão da Federação em Estados, o princípio da cooperação dos Estados na legislação ou os princípios consignados nos artigos 1 e 20” (Alemanha, 2022, p.68). Portanto percebe-se que o que Mendes chama de “garantia da eternidade” corresponde ao que no Brasil costuma-se chamar de “cláusula pétrea”, isto é, dispositivos constitucionais que não podem ser diminuídos por emenda, que, no Brasil, estão previstos na CF art.60-§4º.

A ideia de um núcleo básico de direitos irrevogáveis e insuspendíveis, independentemente da impossibilidade de abranger toda uma categoria específica, faz necessariamente referência a uma determinada diferenciação, prioridade, graduação ou hierarquia entre os distintos direitos fundamentais, protegendo plenamente apenas os que poderiam estar relacionados aos ‘valores últimos’ de uma sociedade. (...)
(Lopes, 2001, p.178)

E ela também distingue diferença de peso entre diferentes direitos fundamentais previstos na atual constituição federal brasileira:

(...) Nos incisos de I a VII do art.139, estão indicados os direitos fundamentais que poderão ser restringidos quando da decretação do estado de sítio com fundamento na primeira hipótese prevista no art.137, I, sendo possível limitar, além dos direitos indicados para o caso do estado de defesa, os seguintes direitos fundamentais: a) o direito de locomoção, com possibilidade de detenção em prédios não destinados a acusados ou condenados por crimes comuns; b) a liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão (...)

A indicação taxativa, na Constituição, dos direitos fundamentais suscetíveis de serem restringidos durante o estado de defesa ou de sítio representa, indiscutivelmente, além da garantia de sua proteção, o reconhecimento, na legislação nacional, da existência de diferenças hierárquicas claras entre os direitos fundamentais.

(Lopes, 2001, p.179)

Portanto, munidos dessas distinções de peso entre direitos apontadas por Atienza, por Mendes e por Lopes, podem-se examinar os direitos colidentes na técnica da ponderação:

A liberdade religiosa e a objeção de consciência são direitos fundamentais (CF art.5º, incs.VI e VIII), o que lhes confere peso segundo Mendes. A liberdade religiosa é, óbvia e tautologicamente, uma liberdade, de modo que Atienza lhe confere mais peso. Sendo a liberdade religiosa um direito fundamental individual, e sendo a objeção de consciência sua garantia fundamental individual, não se pode emendar a Constituição para tender a aboli-las (CF art.60-§4º-IV)⁴¹⁸, o que lhes soma peso segundo Mendes. Não estando elas na lista do art.139 da CF, não podem ser turbadas pelo Estado nem mesmo em caso de estado de sítio, o que lhes confere mais peso por Lopes. Estando a liberdade de religião declarada como direito humano pela CADH, não pode ela ser suspensa nem mesmo em casos de calamidades, segundo a mesma CADH:

Artigo 27 - Suspensão de Garantias

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

2. A disposição precedente *não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos*: 3 (Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica), 4

418 CF: “Art.60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.”

(Direito à vida), 5 (Direito à Integridade Pessoal), 6 (Proibição da Escravidão e Servidão), 9 (Princípio da Legalidade e da Retroatividade), 12 (*Liberdade de Consciência e de Religião*), 17 (Proteção da Família), 18 (Direito ao Nome), 19 (Direitos da Criança), 20 (Direito à Nacionalidade) e 23 (Direitos Políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.
(Brasil, Decreto n.678/1992, grifo nosso)

Essa imunidade à suspensão confere à liberdade religiosa mais peso, segundo a apreciação de Ana Maria Lopes. E, além disso, ela deve conferir ainda mais peso a essa liberdade porque ela também é prevista no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art.18), e nele também é imune à suspensão:

Artigo 4

1. Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados Partes do presente Pacto podem adotar, na estrita medida exigida pela situação, medidas que suspendam as obrigações decorrentes do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social.

2. A disposição precedente *não autoriza qualquer suspensão dos artigos 6, 7, 8* (parágrafos 1 e 2), 11, 15, 16, *e 18*.

(Brasil, Decreto n.592/1992, grifo nosso)

Esses são os pesos que podem ser atribuídos objetivamente ao princípio que manda otimizar a liberdade religiosa. Examina-se-á agora quais pesos podem ser atribuídos objetivamente aos novos direitos ao aborto e à celebração da homo-transsexualidade, positivados pelos julgados vinculantes que são objetáveis.

Quanto ao direito de abortar anencéfalo, não consta sequer como direito fundamental na CF, nem como direito humano na CADH nem no PIDCP – na verdade não há nenhum texto legal que declare o direito de abortar em geral, ou mesmo algum texto legal que declare algum direito da mulher à autodeterminação reprodutiva que possa ser diretamente interpretado até o ponto de se entender que implica o direito de matar o nascituro já gerado em alguma hipótese. O que se observa é exatamente o oposto, a vida do nascituro é que é protegida como direito fundamental (CF art.5º-caput), e o é explicitamente “desde a concepção” na CADH (art.4-§1)⁴¹⁹, bem como é protegida pelo Código Penal (arts.124 a 127) e pelo Código Civil (art.2º)⁴²⁰, de modo que a legalidade se opõe a esse direito positivado pelo STF – o que lhe diminui o peso segundo Atienza. Como já exposto acima, Mendes afirma como

419 A CADH distingue-se de todos os outros tratados de direitos humanos exatamente por proteger a vida humana “desde o momento da concepção” (art.4-§1), o que é reforçado por sua disposição de que “Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano” (art.1-§2). Essa proteção interamericana da vida dos nascituros não encontra paralelo em nenhum sistema de proteção de direitos humanos: nem no global (PIDCP art.6) nem no europeu (CEDH art.2º e CDFUE art.2º), nem no africano (CADHP art.4º), nem no ágio-sudestino (ASEAN, art.11) nem nos islâmicos (OIC, art.2; ICE, art.1; CLAS, art.5).

420 Art.2º - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

“inquestionável que o direito à vida tem precedência sobre os demais direitos individuais, uma vez que é pressuposto para o exercício de outros direitos” (Mendes, 2003, p.184). Assim, essa posição desse jurista que oficia como ministro do STF confere a esse direito mais peso. Tomando os critérios de peso propostos por Atienza, por Mendes e por Lopes, o direito a abortar anencéfalo apresenta-se como tendo menos peso do que o direito de objeção de consciência.

Quanto ao direito de união civil homossexual, não consta nem como direito fundamental na Constituição nem como direito de outra classe nela. Ao contrário, a regra da CF art.226-§3º exclui a noção de que tal tipo de união seja um direito constitucional⁴²¹. A legalidade também parece pesar contra ele, uma vez que dispositivos do Código Civil excluem essa mesma noção (arts.1.514, 1.517, 1.723)⁴²². A interpretação de que o art.17-§2 da CADH⁴²³ e o art.23-§2 do PIDCP⁴²⁴ declaram um direito humano que abrange o casamento homossexual só parece possível a partir da premissa da instituição desse tipo de união civil pelo próprio julgado conjunto da ADI 4.277 e da ADPF 132 – o que iniciaria um raciocínio do tipo circular: o STF declara a união civil homossexual como direito, que passa então a ser interpretado como um direito humano constante na CADH, a qual passa então a fundamentar esse tipo de união civil, de modo que a CADH passa a fundamentar o julgado vinculante do STF, e assim sucessivamente, em um ciclo de referências recíprocas e tautológicas.

Ao comparar a liberdade religiosa com a liberdade sexual, Felipe Augusto Lopes Carvalho afirma que seria uma “situação paradoxal” que “um motivo que está explicitamente incluído nos documentos internacionais (‘religião’) recebesse menos proteção do que um motivo que não está explicitamente incluído no texto (‘orientação sexual’)” (Carvalho, 2020,

cap.4.4.5, p.119). Há mais uma razão a favor desse entendimento de Felipe Carvalho: a 421 Art.226 §3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável *entre o homem e a mulher* como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (grifo nosso). Percebe-se que o texto desse dispositivo é idêntico ao do art.1.723 do Código Civil (nota abaixo). O STF entendeu que é inconstitucional interpretar que o art.1.723 do CC exclui uniões entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4.277 e ADPF 132). Se o CC art.1.723 está conforme a CF art.226-§6º, e se o STF entende que a limitação heterossexual do CC art.1.723 é contra a constituição, conclui-se logicamente que também a Constituição (art.226-§3º) é contra si mesma, conclusão essa que viola o Princípio da Unidade da Constituição. Certamente que algum posicionamento jurídico está contra a Constituição, mas certamente não o pode ser o posicionamento jurídico da própria Constituição.

422 Art.1.514. O casamento se realiza no momento em que *o homem e a mulher* manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados. Art.1.517. *O homem e a mulher* com dezesesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil. Art.1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável *entre o homem e a mulher*, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

423 Art.17-2 É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não discriminação estabelecido nesta Convenção.

424 Art.23-2 Será reconhecido o direito do homem e da mulher de, em idade núbil, contrair casamento e constituir família.

liberdade religiosa, como direito humano explícito, é reconhecida como direito humano desde a própria origem da concepção de direitos humanos e desde que eles foram enunciados (como foi demonstrado no cap.2 desta dissertação); enquanto que o direito de receber prestações pela própria homossexualidade, como direito humano implícito só veio a ser reconhecido como direito humano posteriormente⁴²⁵; logo, a diminuição da proteção de um direito consolidado pelo tempo para a promoção de um direito recente implica em um retrocesso histórico que é inadmissível para os adeptos de um “princípio de vedação de retrocesso”. Tomando os critérios de peso propostos por Atienza, por Mendes e por Lopes (e por Carvalho), o direito a união civil homossexual apresenta-se como tendo menos peso do que o direito de objeção de consciência que garante o princípio da liberdade religiosa.

Quanto ao direito de mudança potestativa de sexo e nome no registro civil, também não consta nem como direito fundamental na Constituição nem como direito de outra classe nela. Ao contrário, a Lei dos Registros Públicos emprega a categoria “sexo”, e não a categoria “gênero (sexual)” como premissa de todo seu regramento (art.54-2⁴²⁶ e art.80-3⁴²⁷), o que deve significar que adota o critério naturalista de designação sexual, o qual confere à designação sexual uma imutabilidade, e que implica que a autodesignação pelo indivíduo registrado não pode mudá-la. A interpretação de que o art.18 da CADH⁴²⁸ declara um direito humano que abrange o nome correspondente à autodesignação sexual só parece possível a partir da premissa da instituição da potestatividade do gênero sexual no registro civil pelo próprio julgado da ADI 4.275 – o que também iniciaria um raciocínio do tipo circular: o STF

425 Não há evidência que possibilite afirmar que o direito de receber prestações positivas do Estado por causa de preferência homossexual ou transexual já era entendido como direito por quem elaborou os pactos e convenções de direitos humanos. A omissão dele nos textos torna mais plausível a opinião de que isso não era entendido como direito humano. A omissão dele nos textos desses tratados *até os dias de hoje* levanta dúvida até mesmo de se é mesmo amplamente entendido como direito humano *nos dias de hoje*: se existe mesmo um grande consenso dos povos signatários de que isso é um inquestionável direito humano, seria de se esperar que os textos dos pactos e convenções já tivessem sido emendados para incluí-lo, nos termos do art.51 do PIDCP e dos arts.31, 76-§1 e 77 da CADH. Nem mesmo a declaração mais recente, a CDFUE, de 2000, prevê o casamento homossexual como direito humano (art.9º). Essas notáveis lacunas nos textos que devem lastrear as interpretações dos tribunais internacionais de proteção aos direitos humanos suscitam outra dúvida: a posição de que esse seja um direito humano prevalece mais por qual causa? Porque o valor dessas preferências sexuais advém de genuínos consensos *internos aos* povos signatários (consensos intra-nacionais) seguidos de um genuíno consenso *entre* os povos signatários (consenso inter-nacional)? Ou porque esse é um valor das elites jurídicas que detém o monopólio da interpretação oficial sobre essas convenções e pactos? A Corte IDH entendeu que a orientação sexual e a identidade de gênero são abrangidas como critérios de discriminação proibidos pelo art.1.1 da CADH (caso “Atala Ríffo e crianças vs. Chile”, 2012, p.33-34, §91). No entanto, o objeto de tal caso consistia na guarda de filhos de pessoa homossexual, não em guarda conjunta homossexual nem em casamento homossexual, de modo que o *fato constitutivo do direito* não parece ser a homossexualidade, mas, sim, a maternidade natural. A Corte IDH portanto entendeu apenas que a homossexualidade *não é um fato extintivo do direito natural decorrente da maternidade natural*, o que muito difere de ser um *fato constitutivo de um direito à maternidade artificial que é a adoção*.

426 Art. 54. O assento do nascimento deverá conter: 2º) o sexo do registrando;

427 Art. 80. O assento de óbito deverá conter: 3º) o prenome, nome, *sexo*, idade, cor, estado, profissão, naturalidade, domicílio e residência do morto;

428 Art.18 - Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esses direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.

declara um direito à potestatividade da autodesignação sexual como direito, que passa então a ser interpretado como um direito humano constante na CADH, a qual passa então a fundamentar esse tipo de autodesignação, de modo que a CADH passa a reforçar o julgado vinculante do STF, e assim sucessivamente em outro ciclo de autoreferências.

Tomando os critérios de peso propostos por Atienza, por Mendes e por Lopes, o direito à autodesignação sexual apresenta-se como tendo menos peso do que o direito de objeção de consciência que garante o princípio da liberdade religiosa. Aqui vale a mesma lógica de Felipe Carvalho a respeito da ponderação entre a liberdade religiosa e o casamento homossexual: o direito explícito (liberdade religiosa) deve valer mais do que o implícito (autodesignação sexual).

A prevalência do direito fundamental e humano explícito sobre os direitos fundamentais e humanos implícitos tem ainda outra razão ao lado de si. Os titulares dos novos direitos jurisprudenciais têm o dever de respeitar o direito à liberdade religiosa dos objetores. Nesse sentido, a CADH dispõe:

Artigo 32 - Correlação entre Deveres e Direitos

1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade.
2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática.

A partir desse dispositivo, os titulares desses novos direitos positivados pela jurisprudência vinculante têm o dever de limitarem esses direitos aos “direitos dos demais”, o que logicamente significa que são limitados pelo direito à liberdade religiosa expresso no art.12 da mesma CADH. Esses novos direitos positivados pela jurisprudência vinculante sequer aparecem nitidamente como direitos fora dela, seja na Constituição Federal, seja na legislação brasileira, seja nos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Por isso não se está diante de um conflito entre um direito humano/fundamental (a liberdade religiosa) e outro direito *claramente* humano/fundamental (a liberdade de abortar ou o direito a celebrar a homo-transsexualidade), mas, sim, diante de um conflito entre um direito humano/fundamental incontestavelmente protegido desde a primeira declaração de direitos histórica – a liberdade religiosa, com sua especificação no direito de escusa de consciência – e algum direito cuja caracterização como humano/fundamental é muito posterior, e que depende de extensos e intensos esforços de argumentação pelo Judiciário e por seus postulantes – que depende de uma longa cadeia de silogismos que partem, por sua vez, de várias premissas que estão fora dos textos legais, constitucionais e convencionais – para que se possa concluir que se tratam de direitos constitucionais, fundamentais ou humanos.

O juiz português Pedro Vaz Patto avalia nesse mesmo sentido, quando compara a objeção de consciência com o aborto: No entanto, esse direito não é um direito constitucionalmente tutelado, como é o direito à objeção de consciência. Entre este direito, constitucionalmente tutelado como corolário dos direitos de respeito pela integridade moral e pela liberdade de consciência e religião, com todo o peso que daí decorre, e um direito sem tutela constitucional, não pode o primeiro deixar de prevalecer” (Patto, 2024)

Comparando o peso do princípio da liberdade religiosa resultante das “cargas de argumentação” segundo os critérios hierarquizadores de direitos propostos por Atienza, por Mendes e por Lopes, percebe-se que ele detém mais peso do que os três direitos positivados pela jurisprudência vinculante: o de abortar anencéfalo, o de união civil homossexual e o de autodesignação sexual. Portanto, se se entender que o conflito do direito à liberdade religiosa se dá diretamente em face dos direitos positivados por esses julgados vinculantes – e não diretamente em face do Estado –, a conclusão a que se chega, em um exame de proporcionalidade estrita, é de que a liberdade religiosa prevalece sobre todos esses novos direitos, conferindo ao objetor o direito de ser escusado de punição.

Aplicou-se aqui a técnica de ponderação nos termos da teoria de Robert Alexy, ao mesmo tempo em que apontou-se a posição de Manuel Atienza que recomenda evitar o uso dessa técnica em prol da técnica mais segura da subsunção. A aplicação da técnica da ponderação tentou seguir os rigores da sua formulação teórica por Alexy, embora tenha-se, ao mesmo tempo, apontado a posição de Juan Antonio García Amado, de que essa técnica de ponderação não garante a objetividade das suas conclusões. Diante desse risco de subjetividade, adotaram-se os critérios de hierarquização de direitos propostos por Manuel Atienza, por Gilmar Mendes e por Ana Maria D’Ávila Lopes. No exame da adequação, concluiu-se que não escusar o objetor por sua objeção em prestar algum dos direitos positivados por julgado vinculante ora debatidos não garante que esses direitos sejam concretizados. No exame da necessidade, concluiu-se que esses direitos à prestação podem ser satisfeitos igualmente por funcionários não-objetores, sem o custo de punir o funcionário objetor. No exame da proporcionalidade estrita, concluiu-se que, se se chegar ao ponto de confrontar a liberdade religiosa do objetor com algum dos direitos à prestação objetáveis, a liberdade religiosa deve prevalecer, e a objeção deve ser reconhecida como devida, implicando na escusa do objetor.

Toda essa análise termina convergindo para a antiga posição de Tertuliano. No século 1 d.C. esse cristão formulou uma das afirmações mais antigas acerca da tolerância religiosa: “não sei como não posso adorar de acordo com minha inclinação, mas sou obrigado a adorar contra ela”. E arrematava: “que um homem adore Deus, outro, a Júpiter; que um levante as mãos suplicantes para o céu, outro, para o altar de Fides” (Tertuliano, 2001-b, cap.24).

3.5 Breve comentário sobre a execução da objeção de consciência

Portanto, na ponderação entre a liberdade de consciência de crentes bíblicistas e os direitos positivados pela jurisprudência vinculante do STF em favor do aborto e da homotranssexualidade pública, a solução inclina-se para a preservação da liberdade de consciência, recomendando que os objetores que manifestarem imperativos de consciência sejam escusados por não colaborarem com tais práticas. Tal solução pode implicar que, se o titular do direito jurisprudencial demandar diretamente um profissional objetor – ou se o superior hierárquico demandar diretamente tal objetor (sem que ainda o saiba de tal objeção) –, o objetor comunique sua objeção, o que demandará que outro funcionário, não-objettor, colabore para a concretização do direito jurisprudencial. Essa solução pode acarretar demora (atraso) aos titulares dos direitos jurisprudenciais, enquanto providencia-se o funcionário não-objettor que prestará o direito positivo. Desse interesse dos titulares dos direitos jurisprudenciais em os terem rapidamente realizados, emerge o dever do objetor de consciência em comunicar sua objeção, para que haja tempo hábil para sua substituição. No entanto, essa comunicação direta ao titular do direito jurisprudencial pode eventualmente causar constrangimento sentimental, a depender da sua sensibilidade para ser impressionado como sendo tratamento diferenciadamente. Esse risco recomenda a prudência de que o funcionário objetor comunique sua objeção preferencialmente ao seu superior hierárquico, e, apenas no caso de impossibilidade imediata de o fazer, que o comunique a outro funcionário, seja a um de nível hierárquico ainda mais alto, seja a um de nível hierárquico igual (que saiba não ser também objetor). Apenas na impossibilidade de comunicar a um funcionário hierarquicamente igual ou ainda mais superior, torna-se premente que o objetor comunique sua objeção ao titular do direito positivo a ser prestado, para que ele mesmo procure outro funcionário prestador do serviço mediante o qual seu direito positivo possa ser concretizado.

Nessas situações cabe uma analogia com as regras do Código Internacional da Ética Médica da Associação Médica Mundial. Como visto *retro*⁴²⁹, esse código determina que a

429 Subcapítulo 3.1.2

objeção de consciência a uma prestação “só pode ser invocada se o doente individual não for prejudicado”, e “se a saúde do doente não for posta em perigo” (AMM, 2022, [art.]29). Analogicamente, a objeção de consciência de qualquer profissional da saúde – e não apenas do médico – para colaborar em um aborto só seria cabível se a saúde da paciente não estiver sob risco de dano tão grave quanto o dano a ser causado no aborto, isto é, se a paciente não estiver sob o risco de morte. Também analogicamente, o profissional da saúde que não tiver conseguido informar a objeção de consciência a outro funcionário “deve informar imediata e respeitosamente” a interessada em abortar “desta objeção e do seu direito a” ser atendida por outro profissional de saúde capacitado para o fazer, “bem como fornecer informação suficiente para que” a interessada possa iniciar tal atendimento “atempadamente”. Toda essa deontologia decorre da “obrigação ética de minimizar os incômodos dos cuidados prestados ao doente [digo, da interessada em abortar]”.

Para os julgados vinculantes objetáveis que são concretizáveis junto ao Registro Civil e/ou junto ao Poder Judiciário, como a celebração de união civil homossexual (casamento ou união estável), a adoção bilateral homossexual e a alteração de gênero sexual e de prenome, a analogia com o Código Internacional da Ética Médica da Associação Médica Mundial também seria cabível, pois o Código Civil já prevê a substituição de funcionários mesmo em casos em que não há objeção de consciência: “A falta ou impedimento da autoridade competente para presidir o casamento suprir-se-á por qualquer dos seus substitutos legais, e a do oficial do Registro Civil por outro *ad hoc*, nomeado pelo presidente do ato” (CC art.1.539-§1º). Destarte, o profissional judiciário ou registral (notarial) que não tiver conseguido informar a objeção de consciência a outro funcionário “deve informar imediata e respeitosamente” os interessados nesses processos e nesses registros dessa objeção e dos seus direitos a serem atendidos por outro profissional judiciário ou registral (notarial) competente, bem como fornecer informação suficiente para que os interessados possam iniciar tal atendimento “atempadamente”.

Para os casos em que houver emergência de celebrar a união civil homossexual, cabe analogia com as normas do Código Civil que regulam os casamentos emergenciais (como o casamento nupcial). A informação do objetor sobre sua objeção a outro funcionário deve ser tempestiva para viabilizar o cumprimento do art.1539 do CC: “No caso de moléstia grave de um dos nubentes, o presidente do ato irá celebrá-lo onde se encontrar o impedido, sendo urgente, ainda que à noite, perante duas testemunhas que saibam ler e escrever”⁴³⁰. Não obstante, ainda que a união civil não logre ser realizada por falta da autoridade competente,

⁴³⁰ “§1º A falta ou impedimento da autoridade competente para presidir o casamento suprir-se-á por qualquer dos seus substitutos legais, e a do oficial do Registro Civil por outro *ad hoc*, nomeado pelo presidente do ato.

eventual responsabilização do objetor deve levar em conta ainda a solução que o próprio CC concede para as uniões civis entre o homem e a mulher, que foram as uniões visadas pelo CC: “Quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida, não obtendo a presença da autoridade à qual incumba presidir o ato, nem a de seu substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau” (art.1.540)⁴³¹. Portanto, a celebração da união civil homossexual não deixa de ser concretizada por causa de uma eventual conjuntura entre a ocorrência de um interessado na iminência da morte e a ocorrência de uma objeção de consciência de um funcionário do Ministério Público ou do Poder Judiciário (inclusive de suas serventias extrajudiciais). Por isso, mesmo em situações de emergência por risco de vida de um dos pretendentes à união civil homossexual, não há proporcionalidade para garantir a concretização desse direito positivo jurisprudencial mediante a ameaça de punição ao funcionário objetor.

Para a adoção homossexual bilateral não ocorre urgência por risco de morte de um dos adotantes, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente garante a adoção mesmo para o caso de efetivação da morte de adotante: “A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença” (art.42-6º). E o mesmo ECA excepciona a contagem da data da adoção para o caso de morte de adotante, até mesmo para adoção conjunta por um homem e por uma mulher: “A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no §6º do art.42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito” (art.47-§7º). Logo não é necessário ameaçar o objetor com punição por não colaborar imediatamente para a adoção bilateral homossexual. Portanto o dever imediato do objetor continua sendo apenas o de informar outro funcionário do caso objetado, ou de, se não houver tal funcionário, seus deveres imediatos passariam a ser: 1) informar sua objeção ao pretendente de concretização do direito, 2) informar a persistência do direito

§2º O termo avulso, lavrado pelo oficial *ad hoc*, será registrado no respectivo registro dentro em cinco dias, perante duas testemunhas, ficando arquivado.”

431 “Art. 1.541. Realizado o casamento, devem as testemunhas comparecer perante a autoridade judicial mais próxima, dentro em dez dias, pedindo que lhes tome por termo a declaração de: I - que foram convocadas por parte do enfermo; II - que este parecia em perigo de vida, mas em seu juízo; III - que, em sua presença, declararam os contraentes, livre e espontaneamente, receber-se por marido e mulher. §1º Autuado o pedido e tomadas as declarações, o juiz procederá às diligências necessárias para verificar se os contraentes podiam ter-se habilitado, na forma ordinária, ouvidos os interessados que o requererem, dentro em quinze dias. §2º Verificada a idoneidade dos cônjuges para o casamento, assim o decidirá a autoridade competente, com recurso voluntário às partes. §3º Se da decisão não se tiver recorrido, ou se ela passar em julgado, apesar dos recursos interpostos, o juiz mandará registrá-la no livro do Registro dos Casamentos. §4º O assento assim lavrado retrotrairá os efeitos do casamento, quanto ao estado dos cônjuges, à data da celebração. §5º Serão dispensadas as formalidades deste e do artigo antecedente, se o enfermo convalescer e puder ratificar o casamento na presença da autoridade competente e do oficial do registro.

positivo objetado, e 3) informar como esse titular do direito objetado pode encontrar outro funcionário competente para concretizá-lo.

Para a alteração de gênero sexual e do respectivo prenome, também não é necessário ameaçar o funcionário objetor com punição, porque o rito de concretização desse direito jurisprudencial segue os arts.109⁴³² e 110⁴³³ da Lei dos Registros Públicos. O art.109 trata de processo judicial, de modo que os efeitos de uma concretização eventualmente retardada por uma objeção de consciência já retroagem à data da proposição da ação (CPC art.240⁴³⁴). Já o art.110 da LRP trata de processo administrativo cartorário, o qual pode aplicar a mesma regra da retroação judicial por analogia, ou pode, ainda, retroagir por respeito ao protocolo do requerimento do interessado no próprio cartório.

Em qualquer dessas hipóteses em que a objeção de consciência tiver sido informada diretamente pelo objetor ao titular do direito objetado, é direito do pretendente ao direito objetado obter certidão de que a objeção ocorreu, bem como é dever do objetor certificá-la, se lhe for requerido, conforme o direito geral a certidões previsto na Constituição Federal: “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal” (art.5º-XXXIV-b). Essa certidão pode servir para provar o tempo em que o titular do direito objetado provocou o serviço, para tê-lo prestado, e, conseqüentemente, para contar a data a partir da qual deve retroagir os efeitos do direito pretendido, se for o caso, como, por exemplo, para o fim de provar de que o cônjuge ou companheiro requereu pensão por morte ou auxílio-reclusão em até 90 dias depois do óbito⁴³⁵ ou da prisão⁴³⁶. Se o objetor de consciência certificar a objeção, e se outro funcionário certificar que o objetor lhe comunicou da pretensão de um titular de direito objetável de tê-lo concretizado, não há porque punir o objetor sob o pretexto de que não informou sua objeção tempestivamente. Semelhantemente,

432 “Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório.”

433 “O oficial retificará o registro, a averbação ou a anotação, de ofício ou a requerimento do interessado, mediante petição assinada pelo interessado, representante legal ou procurador, independentemente de prévia autorização judicial ou manifestação do Ministério Público, nos casos de:”

434 “Art.240 (...) §1º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, *retroagirá à data de propositura da ação*. [...] §3º *A parte não será prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário*. §4º O efeito retroativo a que se refere o §1º aplica-se à decadência e aos demais prazos extintivos previstos em lei.” (grifos nossos)

435 “Art.74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data: I - do óbito, quando requerida em até 180 (cento e oitenta) dias após o óbito, para os filhos menores de 16 (dezesesseis) anos, ou em até 90 (noventa) dias após o óbito, para os demais dependentes; II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;” (Lei n.8.213/1993)

436 “Art.80. O auxílio-reclusão, cumprida a carência prevista no inciso IV do caput do art.25 desta Lei, será devido, nas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado de baixa renda recolhido à prisão em regime fechado que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de pensão por morte, de salário-maternidade, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço” (Lei n.8.213/1993).

não há porque incidir dano ao titular do direito objetável que tiver sua concretização atrasada por causa da objeção de consciência que lhe tenha sido imediatamente informada, o que decorre da mesma razão de ser da norma do CPC art.240-§3º: “A parte não será prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário”.

Assim exaure-se o exame jurídico da objeção de consciência por motivo de crença religiosa bíblica em face da jurisprudência vinculante pró-aborto e pró-homo-transsexualidade. Alguns tópicos poderiam ser ainda abordados, como por exemplo: em que medida as ponderações que o STF desempenhou nesses julgados vinculantes objetáveis não espelham as preferências ideológicas particulares dos seus ministros, como sugerido pela apreciação que Manuel Atienza sobre a técnica da ponderação? Isto é, em que medida as convicções filosóficas e políticas dos ministros foram projetadas em suas valorações subjetivas nos sopesamentos de princípios e nas suas atribuições de carga de argumentação? Mais do que isso, em que medida os fundamentos dos votos dos ministros do STF não reproduzem suas próprias crenças (pressuposições) religiosas? A partir dessas respostas, surgiram outras questões. Por exemplo: em que medida convicções filosóficas e políticas conflitam com as convicções filosóficas e políticas (e com as pressuposições religiosas) adotadas pelos ministros do STF nas fundamentações de seus votos? Em que medida convicções filosóficas e políticas, além das crenças religiosas, poderiam motivar objeção de consciência em face dessa jurisprudência vinculante? E em que medida essas outras modalidades de objeção de consciência deveriam ser escusadas? Todas essas questões foram examinadas durante a pesquisa para a redação desta dissertação. Contudo, uma vez que os resultados provisórios dessas indagações suplementares ultrapassaram o escopo desta obra, foram excluídas do texto final, mas continuam a espera de desenvolvimento e de exposição em outra obra futura.

CONCLUSÃO⁴³⁷

A. Conclusões

Os julgados do STF na ADPF 54, na ADPF 132 (e ADI 4.277) e na ADI 4.275 compõem jurisprudência que: autoriza aborto de anencéfalo, que institucionaliza a união civil homossexual e que institucionaliza a transexualidade no Registro Civil. Todos esses direitos positivados por jurisprudência classificam-se como direitos prestacionais, isto é, como direitos que demandam que outrem os concretize para as pessoas que são titulares desses direitos. A ADPF 54 demanda que profissionais dos sistemas de saúde, públicos ou privados, colaborem para realizar o aborto de feto anencéfalo. A ADPF 132 (e ADI 4.277) demanda que funcionários cartorários, judiciários, das funções auxiliares da justiça, previdenciários etc. colaborem para oficializar a homossexualidade e as consequências jurídicas dessa oficialização. A ADI 4.275 demanda que os mesmos funcionários colaborem para oficializar a transexualidade e as consequências jurídicas dessa oficialização. Todos esses julgados têm efeitos *erga omnes* e vinculantes, o que significa que todos os órgãos judiciários estão obrigados a julgar do mesmo modo que o STF, e que todos os órgãos administrativos estatais estão obrigados a cumprir a deontologia de seus julgados. Em todos esses casos, os funcionários públicos que se recusam a colaborar arriscam-se a incidir em atos ilícitos criminais e administrativos disciplinares, podendo sofrer, por conseguinte, punições por essas omissões, inclusive arriscando-se ao novo crime de “homo-transfobia”, criado pelo STF não por meio de lei, mas por meio do julgado da ADO 26 (e MI 4.733). No entanto, pode ocorrer que uma recusa a colaborar para a prestação de algum desses direitos decorra de um imperativo (ditame) de crença religiosa que exige tal conduta na consciência da pessoa que se recusa a colaborar.

A Constituição Federal deixa claro que ninguém deve ser privado de direito por motivo de crença religiosa, invocada para se eximir de obrigação legal imposta a todos (art.5º-VIII). Neste trabalho, examinou-se se esse dispositivo constitucional também escusa alguém para não ser punido por não prestar uma obrigação jurídica imposta a todos em decorrência de

437 Tem-se ciência do costume metodológico de apresentar a conclusão em uma quantidade de páginas próxima à quantidade de páginas da introdução. No entanto, considerando que as bases fundamentais para a correta compreensão do objeto de pesquisa foram abundantemente apresentadas na introdução, julgou-se desnecessário repeti-las na conclusão, razão pela qual esse costume de igualar a quantidade de páginas entre essas duas seções é ora excepcionado.

jurisprudência que interpreta a Constituição Federal com esses efeitos *erga omnes* e vinculantes.

No Capítulo 1 concluiu-se que o imperativo de consciência consiste na expressão de um dever-ser na consciência de alguém; que a objeção de consciência consiste na manifestação comportamental no sentido de cumprir esse imperativo de consciência, ao mesmo passo em que implica o não-cumprimento de um dever expressado por uma fonte externa à consciência (cap.1.1)⁴³⁸. Concluiu-se que escusa de consciência significa o ato de não punir a objeção de consciência, eximindo-a e a reconhecendo como direito (cap.1.1). Verificou-se que os textos considerados sagrados pela religião nominalmente majoritária do Brasil (o cristianismo), reunidos sob o nome comum de “Bíblia”, contém mandamentos éticos que proíbem o respectivo crente de colaborar para matar humanos em gestação ou para aprovar comportamento homossexual ou transexual (cap.1.2). Constatou-se portanto conflito de deveres entre esses imperativos religiosos e os deveres funcionais que decorrem da referida jurisprudência vinculante (cap.1.2). Concluiu-se que o descumprimento de mandamentos éticos dos crentes bíblicistas fere-lhes a personalidade, a identidade e a autonomia existencial (cap.1.3). Constatou-se que a doutrina mais contemporânea do Direito Civil tende a valorizar mais a autonomia pessoal, mesmo em face de regras jurídicas consolidadas que determinam em sentido contrário (cap.1.3). Verificou-se que Rui Barbosa, o principal redator da primeira constituição brasileira a separar o Estado da Igreja (a de 1891), idealizou a laicidade do estado brasileiro como imitadora do modelo constitucional dos Estados Unidos da América, o que implicava um ordenamento jurídico no qual o Estado não contrariasse valores religiosos, os quais, então, significavam, na prática, que não contrariasse os valores majoritários entre as diversas correntes cristãs (cap.1.4).

No Capítulo 2, verificou-se que a jurisprudência da Suprema Corte e a legislação do Congresso dos Estados Unidos da América – isto é, do modelo de ordenamento jurídico que inspirou o modelo de laicidade constitucional concebido por Rui Barbosa – tende a alargar a liberdade religiosa, que é garantida pela Primeira Emenda à constituição federal daquele país, no sentido de acomodar o direito positivo ao cumprimento de práticas religiosas, não apenas em favor das diversas correntes cristãs, que eram coetâneas à fundação do próprio estado americano, mas também em prol de religiões de matriz bíblica minoritárias e em prol de religiões mais recentes e de matriz não-bíblica (cap.2.1). Constatou-se que essa tendência à acomodação cumpre a chamada *cláusula de livre exercício* da liberdade religiosa (cap.2.1).

438 As indicações de em quais subcapítulos constam as premissas que conduziram a cada uma das conclusões apresentadas segue o modelo de Emmanuel Gaillard, em sua obra *Le Pouvoir en Droit le Privé*, 1985, Paris: Economica

Concluiu-se que o texto da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (de 1948) emula textos bíblicos para justificar porque existem direitos humanos invioláveis sob qualquer circunstância (cap.2.2.1). Conclui-se que a Declaração Universal dos Direitos do Homem (de 1948) imita e aperfeiçoa a francesa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (de 1789), a qual, por sua vez, deriva da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (de 1776) e de outras declarações de direitos daqueles estados unidos, especialmente da Declaração de Direitos da Virgínia (de 1776) (cap.2.2.1), que, por sua vez, decorrem de constituições coloniais das colônias americanas (posteriormente estados), a exemplo, principalmente da Carta Régia de Rhode Island (de 1663), que foi o primeiro estado a positivar a plena liberdade religiosa em uma constituição (cap.2.2.2). Concluiu-se que essa liberdade religiosa de Rhode Island decorre de doutrinas religiosas expressadas em textos ingleses batistas, os quais inspiraram a primeira tentativa de positivar uma declaração de direitos constitucional, no inglês Acordo do Povo para uma Paz firme e atual com base nos Direitos Comuns (de 1647) (cap.2.2.2). Constatou-se que essas doutrinas batistas inglesas foram desenvolvidas nos Países Baixos, os quais, já tinham positivado, em sua constituição (a União de Utrecht) do ano 1579, a primeira declaração de um direito fundamental, que consiste exatamente no direito à liberdade religiosa (cap.2.2.2). Concluiu-se, portanto, que a noção de liberdade religiosa consistiu no primeiro direito fundamental constitucional, bem como em modelo para todos os direitos fundamentais historicamente posteriores (cap.2.2.2). Concluiu-se que a positivação desse primeiro direito fundamental, o da liberdade religiosa, decorre de doutrinas neerlandesas arminianas e alemãs luteranas, que recomendavam a separação das funções civis das religiosas, por valorizar a consciência como objeto exclusivo do controle divino (cap.2.2.2). Verificou-se que essa liberdade religiosa tinha sido parcial e curtamente positivada pelo imperador romano Constantino, depois de idealizada pelo padre apostólico Quinto Tertuliano, e que esse ideal de liberdade religiosa é consoante com os textos evangélicos fundamentais ao cristianismo (cap.2.2.2). Concluiu-se, ademais, que a tolerância religiosa, como valor, deriva do valor bíblico da igualdade de dignidade entre os seres humanos (cap.2.2.3).

Ainda no Capítulo 2, concluiu-se que a própria noção de laicidade e de neutralidade religiosa estatal não tem origem laica, mas, sim, cristã, de modo que a conservação das práticas cristãs pelo Estado, não punindo os objetores de consciência que se omitem por imperativos bíblicos, é devida na medida em que preserva a fonte cultural e social da qual surgiram: a própria liberdade de consciência, a própria ideia de estado laico e a noção de igualdade de direitos para todos, além de noções como de estado de direito e de *checks and*

balances (cap.2.2.4). Portanto, concluiu-se que a tolerância para com os objetores de consciência por imperativo de religião bíblica é devida como recompensa por essa herança de ideais jurídicos fundamentais, ainda que na forma de licença especial para uma minoria social que se apegue ao cumprimento estrito da ética bíblica (cap.2.2.4). Concluiu-se que essa consciência histórico-jurídica deve orientar a interpretação do direito positivo disponível para solucionar os casos de objeção de consciência (cap.2.2.4).

No Capítulo 3 concluiu-se que o dispositivo do inciso VIII do artigo 5º da Constituição Federal brasileira deve ser interpretado de modo a ser aplicado diretamente no sentido de escusar os objetores de consciência por crença religiosa bíblica a não colaborar para prestar os direitos positivados por jurisprudência vinculante ao aborto e à aprovação da homossexualidade ou transexualidade alheia (cap.3.1.1). Concluiu-se também que essa escusa de consciência pode resultar de *analogia legis* com o dispositivo do artigo 438 do Código de Processo Penal, que escusa os objetores de participar de tribunal do júri, uma vez que o julgamento pelo tribunal do júri consiste em um direito à prestação explicitamente constitucional (CF art.5º, inc.XXXVIII-d), portanto com características mais semelhantes às dos novos direitos positivados pela jurisprudência vinculante, de abortar e de aprovar a homo-transexualidade (cap.3.1.3). Concluiu-se que a escusa pode decorrer também de *analogia juris* com o ordenamento jurídico português, que legislou o direito à objeção de consciência por meio do mesmo procedimento democrático que positivou os mesmos direitos ao aborto e à oficialização da homo-transexualidade (também mediante lei) (cap.3.3). Concluiu-se que a escusa às objeções também é devida segundo o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* (por aplicação de seus arts.18, 5, e 27) e segundo a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (por aplicação de seus arts.12, 29, 30, 1 e 2), por preservação da liberdade de prática religiosa, sobretudo quando o objetado dever do direito positivo estatal não foi positivado por ato do Poder Legislativo ou Constituinte, mas por ato do poder judiciário (cap.3.2.1). Concluiu-se que, em caso de ponderação entre o direito fundamental à liberdade religiosa dos objetores de consciência e os direitos à prestação da jurisprudência objetável, os primeiros devem prevalecer, uma vez que a diminuição da liberdade religiosa para a concretização daqueles direitos tem adequação apenas duvidosa (cap.3.4.1), não é necessária (cap.3.4.2), implica em dano ao direito diminuído maior do que o eventual dano aos direitos objetáveis (cap.3.4.3), além de que o direito à liberdade religiosa é historicamente anterior (de uma geração de direitos anterior) e mais explicitamente protegido pelos textos jurídicos normativos (cap.3.4.4).

Portanto, a conclusão geral é a de que existe um direito à escusa para as objeções de consciência que se recusam a colaborar para:

- 1) abortar humano anencéfalo;
- 2) celebrar casamento civil ou união estável homossexual;
- 3) oficializar mudança de gênero sexual e do prenome correspondente no Registro Civil.

Tal direito consiste em um direito fundamental, porque deriva da aplicação do disposto no art.5º, inc.VIII, da Constituição Federal. Tal direito consiste também em um direito humano, pois deriva da aplicação do art.18 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do art.12 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Concluiu-se que, para a célere satisfação dos direitos positivos objetáveis, os objetores demandados a prestá-los têm, em contrapartida, o dever de comunicar imediatamente suas objeções a outro funcionário competente para prestar o direito objetado, para que seus substitutos possam concretizar o direito cuja prestação é demandada –, ou, na sua impossibilidade, aos titulares dos direitos objetáveis, para que eles mesmos possam demandar outros funcionários prestadores competentes (cap.3.5).

Uma vez que a celebração de união civil homossexual viabiliza a adoção conjunta de crianças e de adolescentes, conclui-se logicamente também que existe um direito fundamental e humano à escusa para as objeções de consciência que se recusam a colaborar para:

- 4) adoção conjunta por homossexuais em união civil;
- 5) adoção unilateral, quando resultar em dupla filiação a pessoas do mesmo sexo.

A conclusão pelo direito a escusa da objeção às uniões civis homossexuais logicamente implica na exclusão da tipicidade criminal do crime criado não por lei – como determina a Constituição Federal no art.5º, inc.XXXIX – mas pelo julgado da ADO 26 (e MI 4.733) do STF. Esses dois julgados vinculantes e conjuntos (ADO 26 e MI 4.733) derivam e dependem completamente dos julgados vinculantes anteriores da ADPF 132 e da ADI 4.277, no que diz respeito ao crime do art.14 da Lei n.7.716/1989. Por isso, logicamente, pode ser entendido que o funcionário do Ministério Público também deve ser escusado por recusar-se a colaborar para acusar alguém pelas condutas criminalizadas pela ADO 26 e MI 4.733 (bem como os funcionários judiciários devem ser escusados por recusar-se a colaborar para penalizar alguém por essas mesmas condutas).

Na introdução, mencionaram-se casos hipotéticos que não são diretamente tratados nesta dissertação. No entanto, como ali já antecipado, os casos hipotéticos não tratados diretamente poderiam ser tratados indiretamente.

Por exemplo, pode existir objeção religiosa contra praticar atos de aborto não apenas quando o objeto do aborto for ser humano anencéfalo, mas também quando o for feto ou embrião humano até o primeiro trimestre de gestação (conforme autorizado pelo STF no HC 124.306), ou quando o for ser humano gerado por estupro (conforme tolerado pelo art.128-II do Código Penal). Uma vez que seja reconhecido o direito a não colaborar para abortar anencéfalo – direito prestacional esse que foi positivado por jurisprudência vinculante –, não deve haver dúvida de que deva ser também reconhecido um direito a não colaborar para aborto cuja eventual licitude tenha sido positivada pela lei, uma vez que, em tais casos, a incidência do art.5º-VIII da CF é ainda mais clara: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa..., salvo se as invocar para eximir-se de obrigação *legal* a todos imposta...”.

Também pode existir objeção religiosa contra usar de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos para pesquisa ou terapia (conforme autorizado pelo art.5º da Lei de Biossegurança). Uma vez que seja reconhecido o direito a não colaborar para destruição de vida humana pré-natal – direito prestacional esse que foi tornado lícito por lei –, não deve haver dúvida de que deva ser também reconhecido um direito a não colaborar para tais pesquisas ou terapias, uma vez que, em tais casos a incidência do art.5º-VIII da CF também é ainda mais clara.

Semelhantemente, pode existir objeção religiosa contra praticar atos de divórcio para casamentos nos quais não ocorreu adultério. O Código Civil admite outras causas para o divórcio (arts.1.572, 1.573, 1.580), mas um agente cartorário ou judiciário poderia objetar a colaborar para essa dissolução do casamento sob o imperativo evangélico de que “o que Deus uniu ninguém o separe”, e da respectiva explicação de que “aquele que se divorciar de sua mulher, exceto por imoralidade sexual, e se casar com outra mulher, estará cometendo adultério” (Mateus 19,6-9). Na mesma lógica, pode existir objeção a colaborar para o casamento civil (ou reconhecimento de união estável) de pessoa que já tenha constituído algum desses vínculos com pessoa ainda viva. Uma vez que seja reconhecido o direito a não colaborar para união civil homossexual – direito prestacional esse que foi positivado por jurisprudência vinculante –, não deve haver dúvida de que deva ser também reconhecido um

direito a não colaborar para divórcio ou união civil que é lícita segundo a lei, uma vez que, em tais casos a incidência do art.5º-VIII da CF também é ainda mais clara.

Semelhantemente, pode existir objeção religiosa contra chamar pessoas por nome ou por prenome correspondente ao sexo contrário ao seu sexo natural. O Decreto n.8.727/2016 determina o uso de nome e pronome correspondente à autodesignação sexual. Uma vez que seja reconhecido o direito a não colaborar para a oficialização de transgênero – direito prestacional esse que foi positivado por jurisprudência vinculante –, não deve haver dúvida de que deva ser também reconhecido um direito a não colaborar para o tratamento nominal que é lícito segundo ato normativo de *status* no ordenamento jurídico inferior ao de lei, uma vez que, em tais casos, a incidência do art.5º-VIII da CF também é ainda mais clara.

Por isso, logicamente, conclui-se também que existem direitos fundamentais e humanos à escusa para as objeções de consciência que se recusam a colaborar para:

6) usar células-tronco obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* para pesquisa científica e para terapia;

7) abortar embrião ou feto humano até o primeiro trimestre de gestação;

8) abortar humano gerado por estupro;

9) divórcio civil ou dissolução de união estável;

10) casamento ou união estável civil de pessoa que anteriormente já se casara ou constituíra união estável;

A partir dessas conclusões, fica aberta a possibilidade de se concluir eventualmente que haja direito a escusar as objeções a colaborar para: 11) reforçar a celebração de união civil homossexual já oficializada, como, por exemplo, colaborando para a concessão de pensões por morte, auxílios-reclusão ou remoção de servidor público para reunião familiar; 12) reforçar a celebração de alteração civil de transexualidade ou transgênero já oficializada, como, por exemplo, colaborando para a concessão de aposentadoria a pessoa do sexo masculino que teve o registro civil mudado para gênero sexual feminino. Contudo, essas hipóteses merecem exame jurídico próprio, que estude se as razões apresentadas nesta dissertação são suficientes ou se necessitam de complementação.

B - Propostas normativas

As conclusões extraídas da pesquisa desta dissertação configuram uma deontologia que demanda positividade para os fins de segurança jurídica. Para essa positividade, propõe-se corrigir a legislação brasileira para garantir o direito de objeção de consciência em todos os níveis hierárquicos: constitucional, legal (infraconstitucional) e infralegal (regulamentar).

B.1 - Propostas de intervenção no ordenamento jurídico federal

O método mais claro, menos controvertível e mais facilmente comunicável de explicitar os direitos deduzidos nesta dissertação a todo o Povo é a Lei. As conclusões desta dissertação recomendam que o Congresso Nacional promulgue lei no sentido de declarar o direito a escusar os objetores de consciência aos referidos direitos listados nas conclusões de n.1 a 10, por meio de uma lei geral de objeção de consciência, a qual esclareça que ninguém deve ser privado de direitos por motivo de crença religiosa quando invocar imperativo para recusar fazer o que for demandado para cumprir obrigação a todos imposta por decisão judicial proferida com efeito *erga omnes* ou vinculante, nos termos do anteprojeto de lei que consta no Apêndice 1. Sugere-se que o conteúdo dessa lei limite-se ao fato social hipotético da objeção de consciência, de modo que essa lei seria menos abrangente do que a portuguesa Lei n.16/2001 (Lei de Liberdade Religiosa).

Para um menor risco de contestabilidade, recomenda-se também que tal regra geral seja promulgada mediante emenda à Constituição Federal que amplie o alcance do inciso VIII do seu art.5º, para deixar clara a existência de tal direito em face de julgado vinculante. Para tanto, sugere-se que a redação do CF art.5º passe a constar com o seguinte parágrafo adicional: **“§5º. A obrigação legal mencionada no inciso VIII deste artigo 5º⁴³⁹ compreende também obrigação decorrente de julgado do Poder Judiciário que tenha efeitos *erga omnes* ou vinculantes”**.

Sugere-se que uma lei emende o Código Penal, em seu art.128, para explicitar o direito aos objetores ao aborto das conclusões de n.1, 7 e 8, para constar o seguinte dispositivo: “É assegurado a todos os profissionais da saúde o direito a se recusar a colaborar para qualquer ato de aborto”. Subsidiariamente, sugere-se que a redação do dispositivo seja igual à do art.6º, n.1, da portuguesa Lei n.16/2007: “É assegurado aos médicos e demais profissionais de saúde

439 “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;”

o direito à objeção de consciência relativamente a quaisquer atos respeitantes à interrupção voluntária da gravidez”.

Sugere-se que uma lei emende a Lei de Biossegurança (Lei n.11.105/2005), em seu art.5º, para explicitar o direito aos objetores ao uso de células-tronco embrionárias para pesquisa científica ou terapia da conclusão n.6, para constar o seguinte dispositivo: “É assegurado a todos os profissionais o direito a se recusar a colaborar para qualquer ato de utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* para fins de pesquisa ou terapia”.

Sugere-se que uma lei emende a Lei n.12.842/2013 para constar o seguinte dispositivo: “É direito do médico recusar-se a realizar atos que sejam contrários aos imperativos de sua consciência, embora lícitos por lei ou por jurisprudência *erga omnes* ou vinculante”. Subsidiariamente, sugere-se que a redação do dispositivo seja semelhante à do art.137, n.3, do português Estatuto da Ordem dos Médicos (Lei n.117/2015): “O médico pode recusar a sua colaboração em situações concretas relativamente às quais invoque o direito à objeção de consciência”.

Sugere-se que uma lei emende a Lei n.7.498/1986, para constar o seguinte dispositivo: “É direito do profissional de enfermagem recusar-se a realizar atos que sejam contrários aos imperativos de sua consciência, embora lícitos por lei ou por jurisprudência *erga omnes* ou vinculante”. Subsidiariamente, sugere-se que a redação do dispositivo seja semelhante à do art.96, n.2-e do português Regulamento do Exercício Profissional dos Enfermeiros (Decreto-Lei n.104/98): “A objeção de consciência constitui direito dos profissionais de enfermagem”.

Sugere-se que uma lei emende a Lei n.3.820/1960, para constar o seguinte dispositivo: “É direito do profissional de farmácia recusar-se a realizar atos que sejam contrários aos imperativos de sua consciência, embora lícitos por lei ou por jurisprudência *erga omnes* ou vinculante”. Subsidiariamente, sugere-se que a redação do dispositivo seja igual à do art.84º do português Estatuto da Ordem dos Farmacêuticos (Lei n.131/2015): “O farmacêutico pode exercer o seu direito à objeção de consciência, desde que com isso não ponha em perigo a saúde ou a vida do doente”.

Sugere-se que seja promulgada uma lei que explicita o direito de objeção de consciência aos profissionais do âmbito federal do sistema de saúde pública, com o seguinte dispositivo: “É direito de qualquer agente público do Sistema Único de Saúde recusar-se a realizar atos

que sejam contrários aos imperativos de sua consciência, embora lícitos por lei ou por jurisprudência *erga omnes* ou vinculante”.

Sugere-se que uma lei complementar emende a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n.35/1979), para constar o seguinte dispositivo: “É direito do magistrado recusar-se a realizar atos que sejam contrários aos imperativos de sua consciência, embora decorrentes de lei ou de jurisprudência *erga omnes* ou vinculante”.

Sugere-se que uma lei emende a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n.8.625/1993), para constar o seguinte dispositivo: “É direito do membro do Ministério Público recusar-se a realizar atos que sejam contrários aos imperativos de sua consciência, embora decorrentes de lei ou de jurisprudência *erga omnes* ou vinculante”.

Sugere-se que uma lei complementar emende a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar n.80/1994), para constar o seguinte dispositivo: “É direito do defensor público recusar-se a realizar atos que sejam contrários aos imperativos de sua consciência, embora decorrentes de lei ou de jurisprudência *erga omnes* ou vinculante”.

Sugere-se que uma lei complementar emende a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (Lei Complementar n.73/1993), para constar o seguinte dispositivo: “É direito do membro da Advocacia-Geral da União recusar-se a realizar atos que sejam contrários aos imperativos de sua consciência, embora decorrentes de lei ou de jurisprudência *erga omnes* ou vinculante”.

Sugere-se que uma lei emende a Lei dos Cartórios (Lei n.8.935/1994), para constar o seguinte dispositivo: “Todos os funcionários cartorários e os juízes de paz tem direito de se recusar a realizar atos que sejam contrários aos imperativos de sua crença religiosa, embora decorrentes de lei ou de jurisprudência *erga omnes* ou vinculante”.

Sugere-se que uma lei emende o Estatuto da Advocacia (Lei n.8.906/1994), para constar o seguinte dispositivo: “É direito do advogado recusar-se a realizar atos que sejam contrários aos imperativos de sua consciência, embora lícitos segundo a lei ou segundo jurisprudência *erga omnes* ou vinculante”.

Sugere-se que a Lei n.8.112/1990 (regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais) seja emendada, em seu artigo 239,

para que sua parte final seja revogada, e que passe a constar com a seguinte redação: “Por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, o servidor não poderá ser privado de quaisquer dos seus direitos, sofrer discriminação em sua vida funcional”. Ou subsidiariamente, que lhe seja retirado o trecho do *caput* “crença religiosa”, e, concomitantemente, acrescentado um parágrafo que disponha que “Por motivo de crença religiosa, o servidor não poderá ser privado de quaisquer dos seus direitos, sofrer discriminação em sua vida funcional”.

Sugere-se que o Conselho Nacional de Justiça emende sua Resolução n.175/2013 para adicionar dispositivo com a seguinte redação: “É assegurado o direito de objetar ao cumprimento dos atos mencionados no art.1º, se o indivíduo invocar imperativo de sua crença religiosa que for contrariado pela respectiva vedação”.

Sugere-se que o CNJ também emende o seu Código de Ética da Magistratura Nacional (Resolução n.60/2008) para adicionar dispositivo com a seguinte redação: “É direito do magistrado recusar-se a realizar atos que sejam contrários aos imperativos de sua consciência, embora decorrentes de lei ou de jurisprudência *erga omnes* ou vinculante”.

Sugere-se que o Conselho Nacional do Ministério Público emende o seu Código de Ética do Ministério Público (Resolução n.261/2023) para adicionar dispositivo com a seguinte redação: “É direito dos membros e dos funcionários do Ministério Público recusar-se a realizar atos que sejam contrários aos imperativos de sua crença religiosa”.

B.2 - Propostas de intervenção no ordenamento jurídico estadual do Ceará

As conclusões desta dissertação recomendam também que a Assembleia Legislativa do Estado do Ceará promulgue uma lei geral, explicitando o direito de objeção de consciência dos agentes públicos estaduais, esclarecendo que nenhum funcionário – agente político, servidor efetivo, funcionário comissionado ou particular prestando serviço público ou prestando serviço ao Estado do Ceará – será privado de direitos por motivo de crença religiosa – e possivelmente também por motivo de convicção filosófica ou política –, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação imposta a todos por norma jurídica com efeito geral e abstrato. Sugere-se o anteprojeto no Apêndice B como modelo.

Sugere-se que seja promulgada uma lei que explicita o direito de objeção de consciência aos profissionais do âmbito estadual do sistema de saúde pública, com o seguinte dispositivo: “É direito de qualquer agente público do sistema de saúde pública do Estado do Ceará recusar-se a realizar atos que sejam contrários aos imperativos de sua consciência, embora lícitos por lei”.

Sugere-se que uma lei emende a Lei de Organização Judiciária do Estado do Ceará (Lei n.16.397/2017), para constar o seguinte dispositivo: “É direito dos magistrados, dos funcionários do Poder Judiciário e dos funcionários das serventias extrajudiciais recusar-se a realizar atos que sejam contrários aos imperativos de sua crença religiosa”.

Sugere-se que uma lei complementar emende a Lei Orgânica e Estatuto do Ministério Público do Estado do Ceará (Lei Complementar n.72/2008) para constar o seguinte dispositivo: “É direito dos membros e dos funcionários do Ministério Público recusar-se a realizar atos que sejam contrários aos imperativos de sua crença religiosa”.

Sugere-se que uma lei complementar emende a Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado do Ceará (Lei Complementar n.06/1997), para constar o seguinte dispositivo: “É direito dos membros e dos funcionários da Defensoria Pública recusar-se a realizar atos que sejam contrários aos imperativos de sua crença religiosa”.

Sugere-se que uma lei complementar emende a Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado do Ceará (Lei Complementar n.58/2006), para constar o seguinte dispositivo: “É direito dos membros e dos funcionários da Procuradoria-Geral do Ceará recusar-se a realizar atos que sejam contrários aos imperativos de sua crença religiosa”.

Sugere-se que Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará emende seu Provimento n.04/2023 (Código de Normas do Serviço Notarial e Registral), para constar o seguinte dispositivo: “Todos os funcionários cartorários e os juizes de paz tem direito de se recusar a realizar atos que sejam contrários aos imperativos de sua crença religiosa”. Bem como acrescente também o seguinte dispositivo: “O juiz de direito e o juiz substituto no exercício de função cartorária extrajudicial têm direito de se recusar a realizar atos que sejam contrários aos imperativos de sua crença religiosa”.

Sugere-se que a Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará emende seu Provimento n.02/2013 para adicionar o seguinte dispositivo: “Qualquer

agente público demandado para prestar os serviços previstos neste provimento **tem direito à objeção de consciência por motivo de crença religiosa**". Sugere-se que também que sejam adicionados os dispositivos previstos nos parágrafos do anteprojeto de lei previsto no Apêndice B.

B.3 - Propostas de intervenção nos ordenamentos jurídicos municipais do Ceará

Sugere-se também que a Câmara Municipal do Município de Fortaleza promulgue uma lei geral explicitando o direito de objeção de consciência dos agentes públicos municipais, esclarecendo que nenhum funcionário – agente político, servidor efetivo, funcionário comissionado ou particular prestando serviço público ou prestando serviço ao Município de Fortaleza – será privado de direitos por motivo de crença religiosa – e possivelmente também por motivo de convicção filosófica ou política –, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação imposta a todos por norma jurídica com efeito geral e abstrato. Sugere-se o anteprojeto no Apêndice B como modelo.

Sugere-se que seja promulgada uma lei que explicita o direito de objeção de consciência aos profissionais do âmbito municipal do sistema de saúde pública, com o seguinte dispositivo: “É direito de qualquer agente público do sistema de saúde pública do Município de Fortaleza recusar-se a realizar atos que sejam contrários aos imperativos de sua consciência, embora lícitos por lei”.

Sugere-se que uma lei complementar emende a Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza (Lei Complementar n.06/1992), para constar o seguinte dispositivo: “É direito dos membros e dos funcionários da Procuradoria-Geral do Ceará recusar-se a realizar atos que sejam contrários aos imperativos de sua crença religiosa”.

Sugere-se também que as câmaras municipais dos municípios do Estado do Ceará promulguem leis gerais explicitando o direito de objeção de consciência de seus respectivos funcionários no mesmo sentido da recomendada ao Município de Fortaleza.

APÊNDICE 1 - ANTEPROJETO DE LEI FEDERAL GERAL:

Lei de Objeção e Escusa por Imperativo ou Ditame de Consciência Religiosa

Regula o disposto nos incisos VI e VIII do artigo 5º da Constituição do Federal

Art.1º - Toda pessoa tem direito à objeção de consciência por motivo de crença religiosa.

§1º - Para os efeitos dessa lei, considera-se objeção de consciência religiosa a recusa por uma pessoa em praticar ato que colida com imperativo ou ditame ético ou moral de sua crença religiosa.

§2º - Considera-se escusa de consciência a isenção de punição contra a objeção de consciência.

§3º - Para os efeitos dessa lei, a obrigação legal mencionada no inciso VIII do artigo 5º da Constituição Federal compreende também obrigação decorrente de julgado do Poder Judiciário que tenha efeitos *erga omnes* ou vinculantes.

§4º - É lícita a objeção de consciência por motivo de crença religiosa no exercício profissional, inclusive no exercício de cargo ou função pública.

§5º - Quando ocorrer no exercício profissional, inclusive no exercício de cargo ou função pública, o objetor deve informar sua objeção imediatamente ao seu superior hierárquico, ou, na falta deste, a outro profissional de igual nível hierárquico, e, na falta deste, a qualquer outro profissional da repartição pública ou empresa encarregada de prestar o serviço.

§6º - Quando não for possível comunicar a objeção a nenhum dos profissionais indicados no parágrafo anterior, o objetor deve informar sua objeção respeitosamente ao pretenso tomador do serviço, bem como sobre os meios pelos quais poderá ser atendido por outro profissional competente para prestar o serviço.

APÊNDICE 2 - ANTEPROJETO de LEI ESTADUAL ou MUNICIPAL:

Lei de Objeção e Escusa por Imperativo ou Ditame de Consciência Religiosa

Regula a objeção de consciência manifestada no exercício de cargo ou função pública

Art.1º - Todo agente público do Estado (Município) de(o)(a) __ tem direito à objeção de consciência por motivo de crença religiosa no exercício profissional de cargo ou função pública.

§1º - Para os efeitos dessa lei, considera-se objeção de consciência religiosa a recusa por uma pessoa em praticar ato que colida com imperativo ou ditame ético ou moral de sua crença religiosa.

§2º - Para os efeitos dessa lei, considera-se agente público qualquer funcionário, seja agente político, servidor efetivo, funcionário comissionado ou particular prestando serviço público.

§3º - Considera-se escusa de consciência a isenção de punição contra a objeção de consciência.

§4º - Quando ocorrer no exercício profissional de cargo ou função pública, o objetor deve informar sua objeção imediatamente ao seu superior hierárquico, ou, na falta deste, a outro profissional de igual nível hierárquico, e, na falta deste, a qualquer outro profissional da repartição pública ou empresa encarregada de prestar o serviço.

§5º - Quando não for possível ou cabível comunicar a objeção a nenhum dos profissionais indicados no parágrafo anterior, o objetor deve informar sua objeção respeitosamente ao pretenso tomador do serviço, bem como sobre os meios pelos quais poderá ser atendido por outro profissional competente para prestar o serviço.

REFERÊNCIAS

ACTON, (Lord) John Emerich Edward Dalberg-. **Ensaio, uma antologia**. Tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks, 2014

ADAMS, John. **[Letter] to the Officers of the First Brigade of the Third Division of the Militia of Massachusetts**, 1798. Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Adams/99-02-02-3102>. Acesso em 02/02/2024.

_____. **“Thoughts on Government”**; in **The Founders' Constitution**, cap.4, doc.5. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1977. Disponível em: <https://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch4s5.html>. Acesso em 22/06/2024

AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. Tradução de Maria Luiza Jardim Amarante. São Paulo: Paulus, 1984

ALEMANHA, República Federal da. **Lei Fundamental**. Tradução de Assis Mendonça. 2022. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/informationmaterial/55/64/anr80208000>. Acesso em 14/02/2024

ALMEIDA, Leandro Thomaz de. **É necessário queimar os hereges: Sébastien Castellion e a liberdade de opinião na época da Reforma Protestante**. São Paulo: Fonte Editorial, 2014

ALTHUSIUS, Johannes. **Política**. Tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003

AMADO, Juan Antonio García. **El juicio de ponderación y sus partes: crítica de su escasa relevancia**. 2008. Disponível em: https://www.academia.edu/34463272/EL_JUICIO_DE_PONDERACION_Y_SUS_PARTES_CRITICA_DE_SU_ESCASA_RELEVANCIA. Acesso em 25/01/2024.

AMÉRICA, Estados Unidos da. **Declaração de Independência dos Estados Unidos da América**. Tradução da Universidade Estadual de Londrina. 1776. Disponível em: <https://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/declaraindepeEUAHISJNeto.pdf>. Acesso em 09/06/2024. Versão original disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>. Acesso em 09/06/2024

_____. **The Constitution of the United States**. 2024. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/constitution-transcript>. Acesso em 26/11/2024

_____. **Bill of Rights**. 1789. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript>. Acesso em 04/05/2024

_____. **United States Code**. 2022. Disponível em: <https://uscode.house.gov/>. Acesso em 18/05/2024

_____, Congresso. **Religious Land Use and Institutionalized People Act**, S.2869, 2000. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/106th-congress/senate-bill/2869/text>. Acesso em 07/05/2024

_____, Congresso. **Religious Freedom Restoration Act of 1993**, H.R.1308, 1993. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/103rd-congress/house-bill/1308/text>. Acesso em 02/02/2024

_____, Congresso. **National Defense Authorization Act for Fiscal Years 1988 and 1989**, H.R.1748, 1987. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/100th-congress/house-bill/1748/text>. Acesso em 18/05/2024

_____, Congresso. **Civil Rights of Institutionalized Persons Act**, H.R.10, 1980. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/96th-congress/house-bill/10/text>. Acesso em 13/05/2024

_____, Congresso. **An Act to Punish the practice of polygamy in the territories of the United States** and other places, and disapproving and annulling certain acts of the legislative assembly of the territory of Utah. S.501, 1862. Disponível em: <https://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llhb&fileName=037/llhb037.db&recNum=2207>. Acesso em 18/05/2024.

_____, Suprema Corte. **303 Creative LLC et al. vs. Elenis et al.**, U.S. Reports, vol.600, 2023. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-476_c185.pdf. Acesso em 13/05/2024.

_____, Suprema Corte. **Masterpiece Cakeshop Ltd., et al. vs. Colorado Civil Rights Commission, et. al.**, U.S. Reports, vol.584, case 617. 2018. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/preliminaryprint/584US2PP_web.pdf, p.617-674. Acesso em 13/05/2024

_____, Suprema Corte. **Obergefell et al. vs. Hodges, Director, Ohio Department of Health**, U.S. Reports, vol.576, case 644. 2015. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/576BV.pdf>, p.644-742. Acesso em 13/05/2024

_____, Suprema Corte. **Gonzales vs. O Centro Espírita Beneficente Uniao do Vegetal**, U.S. Reports, vol.546, case 418. 2006. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep546/usrep546418/usrep546418.pdf>. Acesso em 07/05/2024

_____, Suprema Corte. **Cutter vs. Wilkinson**, U.S. Reports, vol.544, case 709. 2005. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/usrep/usrep544/usrep544709/usrep544709.pdf>, Acesso em 07/05/2024

_____, Suprema Corte. **Lawrence et al. vs. Texas**, U.S. Reports, vol.539, case 558. 2003. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/usrep/usrep539/usrep539558/usrep539558.pdf>. Acesso em 18/05/2024.

_____, Suprema Corte. **Good News Club vs. Milford Central School**, U.S. Reports, vol.533, case 98. 2001. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/usrep/usrep533/usrep533098/usrep533098.pdf>. Acesso em 06/05/2024

_____, Suprema Corte. **Santa Fe Independent School District v. Doe, Individually and as Next Friend for Her Minor Children, et al.**, U.S. Reports, vol.530, case 290. 2000. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/usrep/usrep530/usrep530290/usrep530290.pdf>. Acesso em 06/05/2024

_____, Suprema Corte. **City of Boerne vs. Flores**, U.S. Reports, vol.521, case 507. 1997. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/usrep/usrep521/usrep521507/usrep521507.pdf>. Acesso em 07/05/2024

_____, Suprema Corte. **Church of Lukumi Babalu Aye, inc. vs. City of Hialeah**, U.S. Reports, vol.508, case 520. 1993. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/usrep/usrep508/usrep508520/usrep508520.pdf>. Acesso em 06/05/2024

_____, Suprema Corte. **Lee v. Weisman**, U.S. Reports, vol.505, case 577. 1992. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/usrep/usrep505/usrep505577/usrep505577.pdf>. Acesso em 06/05/2024

_____, Suprema Corte. **Employment Division, Department of Human Resources of Oregon vs. Smith et al.**, U.S. Reports, vol.494, case 872. 1990. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/usrep/usrep494/usrep494872/usrep494872.pdf>. Acesso em 06/05/2024

_____, Suprema Corte. **Goldman vs. Weinberger. Secretary of Defense et al.**, U.S. Reports, vol.475, case 503. 1986. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/usrep/usrep475/usrep475503/usrep475503.pdf>. Acesso em 06/05/2024

_____, Suprema Corte. **Bowers v. Hardwick**, U.S. Reports, vol.478, case 186. 1986. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/usrep/usrep478/usrep478186/usrep478186.pdf>. Acesso em 18/05/2024

_____, Suprema Corte. **Wallace vs. Jaffree**, U.S. Reports, vol.472, case 38. 1985. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep472/usrep472038/usrep472038.pdf>. Acesso em 06/05/2024

_____, Suprema Corte. **Thomas vs. Review Board of the Indiana Employment Security Division**, U.S. Reports, vol.450, case 707. 1981. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep450/usrep450707/usrep450707.pdf>. Acesso em 07/05/2024

_____, Suprema Corte. **Widmar vs. Vincent**, U.S. Reports, vol.454, case 263. 1981. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep454/usrep454263/usrep454263.pdf>. Acesso em 04/05/2024

_____, Suprema Corte. **Wisconsin vs. Yoder**, U.S. Reports, vol.406, case 205. 1972. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep406/usrep406205/usrep406205.pdf>. Acesso em 13/05/2024

_____, Suprema Corte. **Lemon v. Kurtzman**, U.S. Reports, vol.403, case 602. 1970. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep403/usrep403602/usrep403602.pdf>. Acesso em 04/05/2024

_____, Suprema Corte. **Board of Education of Central School District No. 1 et al. v. Allen, Commissioner of Education of New York, et al.**, U.S. Reports, vol.392, case 236. 1968. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep392/usrep392236/usrep392236.pdf>. Acesso em 04/05/2024

_____, Suprema Corte. **Abington School District v. Schempp**, U.S. Reports, vol.374, case 203. 1963. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep374/usrep374203/usrep374203.pdf>. Acesso em 06/05/2024

_____, Suprema Corte. **Sherbert vs. Verner**, U.S. Reports, vol.374, case 398. 1963. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep374/usrep374398/usrep374398.pdf>. Acesso em 06/05/2024

_____, Suprema Corte. **Engel v. Vitale**, U.S. Reports, vol.370, case 421. 1962. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep370/usrep370421/usrep370421.pdf>. Acesso em 06/05/2024

- ____, Suprema Corte. **McGowan v. Maryland**, U.S. Reports, vol.366, case 420. 1960. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep366/usrep366420/usrep366420.pdf>. Acesso em 06/05/2024
- ____, Suprema Corte. **Zorach v. Clauson**, U.S. Reports, vol.343, case 306. 1952. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep343/usrep343306/usrep343306.pdf>. Acesso em 18/05/2024
- ____, Suprema Corte. **Everson v. Board of Education**, U.S. Reports, vol.330, case 1. 1947. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep330/usrep330001/usrep330001.pdf>. Acesso em 04/05/2024
- ____, Suprema Corte. **Marsh vs. Alabama**, U.S. Reports, vol.326, case 501. 1946. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep326/usrep326501/usrep326501.pdf>. Acesso em 074/05/2024
- ____, Suprema Corte. **Board of Education et al. v. Barnette**, U.S. Reports, vol.319, case 624. 1943. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep319/usrep319624/usrep319624.pdf>. Acesso em 18/05/2024
- ____, Suprema Corte. **Minersville District v. Gobitis**, U.S. Reports, vol.310, case 586. 1940. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep310/usrep310586/usrep310586.pdf>. Acesso em 04/05/2024
- ____, Suprema Corte. **Reynolds v. United States**, U.S. Reports, vol.98, case 145. 1879. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep098/usrep098145/usrep098145.pdf>. Acesso em 18/05/2024
- AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. **APA Dictionary of psychology**. Disponível em: <https://dictionary.apa.org/pleasure-principle>. Acesso em 14/02/2024.
- ANGOLA, República de. **Constituição da República de Angola**. 2010. Disponível em: <https://tribunalsupremo.ao/wp-content/uploads/2018/05/constituicao-da-republica-de-angola.pdf>. Acesso em 24/01/2024
- ARENDT, Hannah. **Sobre a Revolução**. Tradução de Denise Bottmann. 2013. São Paulo: Companhia das Letras,
- ____. **Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012
- ____. **Responsabilidade e julgamento**. Tradução de Rosaura Eichenberg. 2004. São Paulo: Companhia das Letras

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Maria Aparecida de Oliveira Silva. São Paulo: Edipro, 2019

_____. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2014

ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. **Código Internacional da Ética Médica da Associação Médica Mundial**. 2022. Disponível em: <https://www.wma.net/wp-content/uploads/2022/12/Co%CC%81digo-E%CC%81tica-Me%CC%81dica-REVISADO.pdf>. Acesso em 16/10/2024

ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS. **ASEAN Human rights declaration**. 2024. Disponível em: <https://asean.org/asean-human-rights-declaration/>. Acesso em 05/12/2024

ATIENZA, Manuel. **A Vueltas com la ponderación**. Anales de la Cátedra Francisco Suarez, Revista de Filosofía Jurídica y Política, Granada, n.44, p.43-59, 2009. Disponível em: <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/498>. Acesso em 25/01/2024

AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. London: John Murray, Albemarle street. 1832. Disponível em: <https://www.koeblergerhard.de/Fontes/AustinJohnTheprovinceofjurisprudencedetermined1832.pdf>. Acesso em 29/01/2024

ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 10ªed, 2009.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. Rio de Janeiro: Ed. Globo, 2008

BADIOU, Alain. **São Paulo: a fundação do universalismo**. Tradução de Sandra Andrade. Vilarinho das Cambas: Vasco Santos Editor, 2018

BAHIA, Estado da. **Constituição do Estado da Bahia**. 1989. Disponível em: <http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos/constituicao-do-estado-da-bahia-de-05-de-outubro-de-1989>. Acesso em 07/02/2024.

BAILEY, J.Michael; BOBROW, David; WOLFE, Marilyn; MIKACH, Sarah. **Sexual orientation of adult sons of gay fathers**. Developmental Psychology, 31, 1995, p.124-129. Disponível em: <https://psycnet.apa.org/record/1995-17268-001>. Acesso em 15/01/2024

BARBOSA, Rui. **Discurso no Colégio Anchieta (e Discursos no Instituto de Advogados Brasileiros)**. Ed. Caixa Econômica Federal, Brasília-DF, Coletânea Mestre Rui Barbosa, 2015

Também disponível em: <https://sites.icmc.usp.br/andcarva/rb.pdf>, bem como em: https://rubi.casaruibarbosa.gov.br/bitstream/handle/20.500.11997/16279/FCRB_RuiBarbosa_Discurso_no_Colegio_Anchieta.pdf?sequence=1&isAllowed=y

____. **Teoria política**. Seleção de Homero Pires. São Paulo: W. M. Jackson Editores inc.. 1957

BARBOSA, Joaquim. **Curriculum Vitae**. 2024. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao/anexo/cv_joaquim_barbosa_2010set15.pdf. Acesso em 22/11/2024

BARBOZA, Heloísa Helena. **Reflexões sobre a autonomia existencial**. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (coord.). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

BEAR, Edmond; EVERALD, Robert; GARRET, George; e outros. **An agreement of the People, for a firme and present Peace, upon grounds of Common-Rights**. 1647. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/pages/leveller-anthology-agreements#T115>. Acesso em 03/10/2024,

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2005.

BERLIN, Isaiah. **Dois conceitos de liberdade**. Tradução de Jorge Pereirinha Pires e Maria José Batista. In “Esperança e medo; dois conceitos de liberdade”. Lisboa: Guerra e Paz Editores, 2002

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; **Direitos Humanos, Pluralismo Religioso e Democracia: um estudo a partir da dialética da secularização de Jurgen Habermas**. in TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVVEIRA, Elton Somensi de (orgs.) Correntes contemporâneas do pensamento jurídico. 2010. Barueri: Manole. pp.82-114

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 5ªed. São Paulo: Ed. Atlas, 2007

BOBRZYK, Sandro André; FACHINNI NETO, Eugênio. **Liberdade religiosa na jurisprudência constitucional norte-americana: entre absolutists e nonpreferentialists**. In Direitos Fundamentais e Democracia, vol.28, n.3, 2023. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2403/798>. Acesso em 17/10/2024

BOGATAJ, Jan Dominik. **Colat alius Deum, alius Iovem: Tertulijan, verska svoboda (libertas religionis) in verski pluralizem**. Em Edinost in dialog n.77, 2022, p.73-87. Ljubljana: Univerza v Ljubljani. Disponível em: <https://www.teof.uni-lj.si/uploads/File/Edinost/77/02/Bogataj.pdf>. Acesso em 24/08/2024

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 8ªed., 2006

BORN, Rogério Carlos. **A objeção de consciência e a privação aos direitos políticos fundamentais**. Curitiba: UniBrasil, dissertação, 2013. Disponível em: https://www.unibrasil.com.br/wp-content/uploads/2018/02/mestrado_unibrasil_ROGERIO-CARLOS.pdf. Acesso em 09/02/2024.

BRASIL, República Federativa do. Decreto n.8.727/2016: **Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal** direta, autárquica e fundacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm. Acesso em 14/02/2024.

__. Lei n.13.105/2015: **Código de Processo Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 08/02/24.

__. Lei n.12.842/2013: **Dispõe sobre o exercício da Medicina**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112842.htm. Acesso em 08/02/24.

__. Lei n.14.406/2002: **Código Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 08/02/24.

__. Lei n.13.796/2019: **Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para fixar, em virtude de escusa de consciência, prestações alternativas à aplicação de provas e à frequência a aulas realizadas em dia de guarda religiosa**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113796.htm. Acesso em 08/02/24.

__. Lei n.9.394/1996: **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm#art7a. Acesso em 08/02/24.

__. Lei n.8.935/1994: **Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal**, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (**Lei dos Cartórios**). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18935.htm. Acesso em __.

__. Lei n.8.906/1994: **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm. Acesso em 23/02/2024

___. Lei complementar n.80/1994: **Organiza a Defensoria Pública** da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm. Acesso em 08/02/24.

___. Lei n.8.625/1993: Institui a **Lei Orgânica Nacional do Ministério Público**, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18625.htm. Acesso em 08/02/24.

___. Lei Complementar 73/1993: Institui a **Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União** e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm. Acesso em ___.

___. Decreto n.592, de 6 de julho de 1992. Atos internacionais. **Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos**. Promulgação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 22/01/2024

___. Decreto n.678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 22/01/2024

___. Lei n.8.429/1992: **Lei de Improbidade Administrativa**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em 08/02/24.

___. Lei n.8.239/1991: Regulamenta o art. 143, §§ 1º e 2º da Constituição Federal, que dispõem sobre a **prestação de Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18239.htm. Acesso em 08/02/24.

___. Lei n.8.213/1991: **Lei de Planos e Benefícios da Previdência Social**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em ___.

___. Lei n.8.112/1990: Dispõe sobre o **regime jurídico dos servidores públicos civis da União**, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm. Acesso em 08/02/24.

___. Lei n.8.069/1990: **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 08/02/24.

___. Lei n.7.498/1986: Dispõe sobre a **regulamentação do exercício da enfermagem**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17498.htm. Acesso em 08/02/24.

____. Lei Complementar n.35/1979: Dispõe sobre a **Lei Orgânica da Magistratura Nacional**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em 08/02/24.

____. Decreto n.65.810/1969: Promulga a **Convenção Internacional sôbre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d65810.html. Acesso em 21/10/2024

____. **Constituição**. 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em 08/02/24.

____, Conselho Nacional de Justiça. Portaria n.149/2020: **Código de Conduta dos Servidores do CNJ**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3450>. Acesso em 08/02/24.

____, CNJ. Resolução n.175/2013: **Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em 08/02/24.

____, CNJ. Resolução n.60/2008: institui o **Código de Ética da Magistratura Nacional**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/127>. Acesso em 08/02/24.

____, Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n.261/2023: institui o **Código de Ética do Ministério Público** brasileiro. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/2021/Resoluo-n-261-2023.pdf>. Acesso em 08/02/24.

____, Supremo Tribunal Federal. ADI 5.543/DF. j.11/05/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em 25/05/2024

____, STF. ADO 26/DF, j.13/06/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em 25/01/2024.

____, STF. MI 4.733/DF. j.13/06/2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432699/false>. Acesso em 25/01/2024 .

____, STF. RE 494.601/RS, j.28/03/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751390246>. Acesso em 25/01/2024 .

___, STF. ADI 4.275/DF. j.01/03/2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>. Acesso em 25/01/2024.

___, STF. RE 878.694/MG. j.10/05/2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>. Acesso em 25/05/2024

___, STF. RE 646.721/RS. j.10/05/2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13579050>. Acesso em 25/05/2024

___, STF. HC 124.306/RJ. j.29/11/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em 25/05/2024

___, STF. ADPF 291/DF. j.28/03/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em 25/05/2024

___, STF. ADPF 54/DF, j.12/04/2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em 25/01/2024.

___, STF. ADI 4.277/DF. j.05/05/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 25/01/2024.

___, STF. ADPF 132/RJ. j.05/05/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em ___.

BRASIL, Estados Unidos do. Lei n.4.375/1964: **Lei do Serviço Militar**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14375.htm. Acesso em ___.

___, **Constituição**. 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 08/02/24.

___, Decreto-Lei n.4.657/1942: **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em 08/02/24.

___, Decreto-Lei n.3.689/1941: **Código de Processo Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 08/02/24.

____. Decreto-Lei n.3.688/1941: **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em 08/02/24.

____. Decreto-Lei n.2.848/1940: **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 08/02/24.

____. **Constituição**. 1937. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 08/02/24.

BRASIL, República dos Estados Unidos do. **Constituição**. 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 08/02/24.

____. Lei n.3.071/1916: **Código Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em 08/02/24.

____. **Constituição**. 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 08/02/24.

BRAZIL, Império do. **Constituição Política**. 1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 08/02/24.

____. **Lei de 16 de dezembro de 1830: manda executar o Código Criminal**. 1830. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em 12/06/2024

BRITO, Raimundo de Farias. **O Mundo interior: ensaio sobre os dados gerais da filosofia do espírito**. Brasília: Edições do Senado Federal. Edição original de 1914. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/519118/MundoInterior.pdf>

BRITTO, Carlos Augusto Ayrfes de Freitas. **Curriculum Vitae**. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/ostf/ministros/verMinistro.asp?periodo=STF&id=38>. Acesso em 22/11/2024

BUSHER, Leonard. **Religions peace: or, A plea for liberty of conscience**. 1614. Disponível em University of Michigan Library: <https://quod.lib.umich.edu/e/eebo2/A78056.0001.001?rgn=main;view=fulltext>. Acesso em 09/10/2024

BUZANELLO, José Carlos. **Em torno da Constituição do direito de resistência**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, s.n., v.6, n.2, p.13-31, jul/dez 2001

CALVINO, João (CALVIN, John). **Institutes of the christian religion**. Tradução de Henry Beveridge. 1845. Disponível em: <https://calvin.reformation.nl/872->

[Institutes+of+the+Christian+Religion.+Institutio+christianae+religionis.+Institution+de+la+religion+chrestienne/1/3](#). Acesso em 19/09/2024

CALVINO, João. **Sobre o Governo civil**. In LUTERO; CALVINO, João. Sobre a Autoridade secular. Organização de Harro Höpfl. Traduções de Hélio de Marco Leite de Barros e de Carlos Eduardo Silveira Matos. São Paulo: Martins Fontes. 2005

Obs: este texto reproduz o cap.20 do livro 4 da sua “Instituições da Religião Cristã”

CAMERON, Paul; CAMERON, Kirk. **Homosexual parents**. Adolescence, vol.31, no.124, inverno-1996. Libra Publishers. San Diego, California, pp.757-776. Disponível em: <https://www.proquest.com/openview/67bcdd654b9a3faae8a46316fa0d4fcd/1?pq-origsite=gscholar&>. Acesso em em 15/01/2024

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Ed. Almedina, 7ªed., 2011

CAROLINA, (Província da). **The fundamental constitutions of Carolina**. in Early English Books Online. 1670 University of Michigan Library Digital Collections. Disponível em: <https://quod.lib.umich.edu/e/eebo/A48880.0001.001/1:2?rgn=div1;view=fulltext>. Acesso em 25/06/2024. Para uma versão mais original: <https://archive.org/details/collectionofseve00lock/page/12/mode/2up?view=theater>

CARVALHO, Felipe Augusto Lopes. **Objecção de consciência e novas formas de casamento: igualdade, liberdade de consciência e discriminação**. Curitiba: Ed. Juruá, 2020

CASSIUS DIO (Dião Cássio). **Roman History**. traduzido por Earnest Cary; publicado originalmente como “Dio’s Roman History”, Loeb Classical Library, 1914-1917. Disponível em Lexundria: <https://lexundria.com/dio/0/cy>. Acesso em 01/07/2024. Também disponível em: https://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Cassius_Dio/62*.html. Acesso em 29/07/2024

CASTELLION, Sébastien. **Dedicatória do livro *Traité des Hérétiques* ao duque de Wirtemberg**. in ALMEIDA, Leandro Thomaz de. “É necessário queimar os hereges: Sébastien Castellion e a liberdade de opinião na época da Reforma Protestante”. São Paulo: Fonte Editorial, 2014; p.103-118

CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. **A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v.14, p.99-125, out-dez, 2017, p.101

CEARÁ, Estado do; Assembleia Legislativa. **Lei n.16.397/2017: Dispõe sobre a organização judiciária do Estado do Ceará**. Disponível em: <https://www2.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2017/16397.htm>. Acesso em 14/02/2024

____. **Lei Complementar n.72/2008: Institui a Lei Orgânica e o Estatuto do Ministério Público do Estado do Ceará.** Disponível em: <https://www2.al.ce.gov.br/legislativo/ementario/lc72.htm>. Acesso em 14/02/2024

____. Tribunal de Justiça; Corregedoria-Geral de Justiça. **Provimento n.02/2013: Dispõe acerca da lavratura de escritura pública de declaração de convivência de união estável homoafetiva e sua conversão em casamento, no âmbito dos cartórios de serviços notariais do Estado do Ceará.** Disponível em: <https://portal.tjce.jus.br/uploads/2013/03/PROV-02-13.pdf>. Acesso em 26/02/2024

CONNECTICUT. **The Fundamental Orders of Connecticut.** 1638. Disponível em: <https://www.bartleby.com/lit-hub/american-historical-documents/the-fundamental-orders-of-connecticut/>. Acesso em 03/10/2024

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia de Direitos do Homem.** 1950. Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por. Acesso em 22/01/2024

CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM. **Resolução n.564/2017: Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem.** Disponível em: <https://www.cofen.gov.br/resolucao-cofen-no-5642017/>. Acesso em 08/02/24.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n.2.217, de 27/09/2019: Código de Ética Médica.** Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em 08/02/24.

____. **Juramento de Hipócrates.** Disponível em: <https://www.crmpr.org.br/Juramento-de-Hipocrates-1-53.shtml>. Acesso em 05/02/2024

CONSTANT, Benjamin. **A Liberdade dos antigos comparada à dos modernos.** Tradução de Leandro Cardoso Marques da Silva. São Paulo: Edipro, 2019

____. **Princípios de política aplicáveis a todos os governos.** Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks. 2007

CONSTANTINO, Flávio Valério. **The “Edict of Milan” 313 AD.** 2004. Disponível em: <https://sourcebooks.fordham.edu/source/edict-milan.asp>. Acesso em 29/11/2024

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer consultivo OC-24/17: identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo,** de 24 de novembro de 2017. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em 06/02/2024.

____. **Caso Atala Rizzo e crianças vs. Chile.** Sentença de 24/02/2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf. Acesso em 14/02/2024

COSTA NETO, João. **Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional**. São Paulo Saraiva, 2017

COUNCIL OF THE LEAGUE OF THE ARAB STATES. **Arab Charter on Human Rights**. 1997. Disponível em: <http://hrlibrary.umn.edu/instree/arabcharter.html>. Acesso em 05/12/2024

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 30ªed., 2007

CUNHA FILHO, Humberto. **Teoria dos direitos culturais: fundamentos e finalidades**. 2ªed., São Paulo: Ed. SESC, 2020

DEYOUNG, Kevin. **O Que a Bíblia ensina sobre a homossexualidade?** Tradução de Francisco Wellington Ferreira. São José dos Campos: Ed. Fiel, 2005

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. **Direitos humanos e liberdade religiosa**. Brasília: Edições do Senado Federal, 2014

DURANT, Will. **História da civilização III: César e Cristo: história da civilização romana e do cristianismo até o ano 325**. Tradução de Mamede de Souza Freitas. Rio de Janeiro: Ed. Record, 1971

EBERLE, Edward J.. **Another of Roger William 's Gifts: Women 's Right to Liberty of Conscience: Joshua Verin v. Providence Plantations**. 9. pp.399-407. Roger Williams University Law Review, 2004. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/56704049.pdf>. Acesso em 08/10/2024

ESCÓCIA, reino da. **The Declaration of the Estates of the Kingdom of Scotland containing the Claim of Right and the offer of the Croune to the King and Queen of England**. 1689. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/aosp/1689/28/contents>. Acesso em 23/06/2024

_____. **Transcription and translation of the Declaration of Arbroath, 6 April 1320**. National Records of Scotland, SP13/7. Tradução de Sir James Fergusson, 1970, pp.4-10. Disponível em: <https://www.nrscotland.gov.uk/files//research/declaration-of-arbroath/declaration-of-arbroath-transcription-and-translation.pdf>. Acesso em 07/07/2024.

ESPÍRITO SANTO, Estado do. **Lei n.11.610/2022: Institui o Estatuto de Liberdade Religiosa** no Estado do Espírito Santo na forma do inciso VI do art.5º da Constituição Federal. Disponível em: <https://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/lei116102022.html>. Acesso em 07/02/2024

____. **Constituição do Estado do Espírito Santo**. 1989. Disponível em: <https://www3.al.es.gov.br/arquivo/documents/legislacao/html/coe11989.html>. Acesso em 07/02/2024

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. Curitiba: Ed. Positivo, 4ªed. 2009

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Religião, estado e direito**. in Revista Direito Mackenzie, 2002 (ano 3), n.2, pp.81-89; disponível em: <https://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7249/4916>. Acesso em 22/01/2024

FIGUEIREDO, Carlos. **100 Discursos Históricos**. Belo Horizonte: Ed. Leitura, 5ªed, 2002

FRANÇA (FRANCESIA), República da; Assembleia Nacional. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789 Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em 09/06/2024

FRANÇA, Rubens Limongi. **Brocardos jurídicos: as regras de Justiniano**. São Paulo: Ed.RT, 4ªed., 1984

____. **Formas e aplicação do direito positivo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais 1969

G1. **Pesquisa aponta que 55% dos brasileiros é contra união civil de homossexuais**. 28/07/2011. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/07/pesquisa-aponta-que-55-dos-brasileiros-e-contra-uniao-civil-de-homossexuais.html>. Acesso em 06/02/2024

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Ed. Vozes, 6ªed., 2004

GALÉRIO (Galério Valério Maximiano). **Edict of Toleration**. 2004. Disponível em: <https://sourcebooks.fordham.edu/source/edict-milan.asp>. Acesso em 29/11/2024

GARCIA, Emerson. **Nota biográfica**. In JELLINEK, Georg. A declaração dos direitos do homem e do cidadão, 2015, São Paulo: Ed. Atlas

GATGOUGNIS II, George J.. **The Political Theory of John Calvin**. 2024. Disponível em: https://www.churchsociety.org/wp-content/uploads/2021/05/Cman_110_1_GatgounisB.pdf. Acesso em 25/11/2024

GEISLER, Norman. **Ética cristã: opções e questões contemporâneas**. São Paulo: Ed. Vida Nova, 2ªed., 2010

GEISLER, Norman; HOWE, Thomas. **Manual de dificuldades bíblicas: respostas para mais de 780 passagens polêmicas**. Tradução de Milton Azevedo Andrade. 2015. São Paulo: Mundo Cristão.

GOLOMBOK, Susan; TASKER, Fiona. **Do parents influence the sexual orientation of their children: findings from a longitudinal study of lesbian families**. *Developmental Psychology*, 32, 1996, p.3-11. Disponível em: <https://psycnet.apa.org/record/1996-01705-001>. Acesso em 15/01/2024.

GOMES, Eduardo Biacchi; BORN, Rogério Carlos. **A objeção de consciência no direito internacional e os direitos fundamentais: Reflexos no constitucionalismo brasileiro**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, s.n., a.12, n.49, p.121-137, jul-set/2012

GOYARD-FABRE, Simone; **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução de Irene A. Parternot. 1999. São Paulo: Ed. Martins Fontes

GUSTIN, Miracy. **Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999

HABERMAS, Jürgen. **Fundamentos pré-políticos do estado de direito democrático?**, in *Dialética da secularização: sobre razão e religião*, pp.21-64. Tradução de Alfred J. Keller. 2007. São Paulo: Ed. Ideiais & Letras.

HAMILTON, Alexander. **The Judiciary Department**. 2008, in *The Federalist Papers*, n.78. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp. Acesso em 25/11/2024

HELWYS, Thomas. **A Short declaration of the ministry of iniquity**. 1612. Disponível em University of Michigan Library: <https://quod.lib.umich.edu/e/eebo2/A02915.0001.001?rgn=main;view=fulltext>. Acesso em 09/10/2024

_____. **An Humble supplication to the Kings Majesty, as it was presented**. 1620. Disponível em University of Michigan Library: <https://quod.lib.umich.edu/e/eebo/A43300.0001.001?rgn=main;view=fulltext>. Acesso em 09/10/2024

HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objeção de consciência e direito penal: justificação e limites**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Tradução de João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 3ªed., 2012

HILL, Christopher. **A Bíblia inglesa e as revoluções do século XVII**. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira

HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo**. Tradução de Amauri Feres Saad. 2020. Campinas: Ed. E.D.A.

HÖFFE, Otfried. **Ein transzendentaler Tausch: Zur Anthropologie der Menschenrecht**. Philosophische Jahrbuch, n.99, 1992, Ludwig-Maximilians-Universität München. Disponível em: http://philosophisches-jahrbuch.de/wp-content/uploads/2019/03/PJ99_S1-28_H%C3%B6ffe_Ein-transzendentaler-Tausch-Zur-Anthropologie-der-Menschenrechte.pdf. Acesso em 20/08/2024

HOFMANN, Hasso. **La promessa della dignità humana. La dignità dell'uomo nella cultura giuridica tedesca**. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Roma, série 4, ano 76, p.620-650, out-dez, 1999

HUMBOLDT, Wilhelm von. **Os Limites da ação do estado: ideias para um ensaio a fim de determinar as fronteiras da eficácia do Estado**. Tradução de Jesualdo Correia. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004

IGREJA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA. **Catecismo da Igreja Católica**. Edição Típica Vaticana. Edições Loyola, São Paulo, 2000

IGREJA EVANGÉLICA LUTERANA DO BRASIL. **Parecer CTRE (Comissão de Teologia e Relações Eclesiais) n.01/2014: decisões éticas com vistas à lei sobre anencéfalos**. Disponível em: <https://www.ielb.org.br/downloads/file/291/9e489b6406828ad9e0a4bab2b6011325.pdf>. Acesso em 16/01/2024

_____. **Relações homossexuais: documento de estudo, 09/07/2021**. Disponível em: <https://www.ielb.org.br/downloads/file/1155/634959083c51866a5aa8ea461f3c2af426176d2efa630.pdf>. Acesso em 16/01/2024

INGLATERRA, Reino da. **An Act for Exempting their Majestyes Protestant Subjects dissenting from the Church of England from the Penalties of certaine Lawes**. 1688. Disponível em: <https://www.british-history.ac.uk/statutes-realm/vol6/pp74-76>. Acesso em 16/06/2024

_____. **An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown.** 1689. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/17th_century/england.asp. Acesso em 16/06/2024

INGLATERRA, ESCÓCIA e IRLANDA, Comunidade da. **Commonwealth Instrument of Government.** 1998. Disponível em: <https://sourcebooks.fordham.edu/mod/1653intrumentgovt.asp>. Acesso em 04/12/2024

_____. **Humble Petition and Advice of the Knights, Citizens and Burgesses.** 2013. Disponível em: https://en.wikisource.org/wiki/Humble_Petition_and_Advice. Acesso em 04/12/2024

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo 2022, Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência.** Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?edicao=9749&t=destaques>. Acesso em 07/02/2024

ISLAMIC COUNCIL OF EUROPE. **Universal Islamic Declaration of Human Rights.** 1999. Disponível em: <http://www.alhewar.com/ISLAMDECL.html>. Acesso em 05/12/2024

ITÁLIA, República da. **Codice Civile.** 1942. Disponível em: https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCivile/10_1_1. Acesso em 12/02/2024

_____. Corte Costituzionale italiana. **Sentenza 3 febbraio 1994, n.13**, presidente Casavola, Camera di Consiglio del 06/10/1993, decisione del 24/01/1994, deposito del 03/02/1994, pubblicazione in G. U. 09/02/1994. Disponível em: <https://giurcost.org/decisioni/1994/0013s-94.html>. Acesso em 26/02/2024

JOÃO, Duque da Saxônia; JORGE, margrave de Brandemburgo; ERNESTO, duque de Lunemberg; FILIPE, landgrave de Hesse; WOLFGANG, príncipe de Anhalt; **The Protest at Speyer.** 2011. Disponível em: <https://northerncatholicarchives.wordpress.com/2011/01/17/the-protest-at-speyer/>. Acesso em: 10/10/2024

JEFFERSON, Thomas. **The Writings of: autobiography, correspondence, reports, messages, addresses and other writings, official and private, vol.I,** 1861. Nova York: Thomas B. Smith

_____. **A Bill for Establishing Religious Freedom.** 2024. Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-02-02-0132-0004-0082>. Acesso em 11/10/2024

JELLINEK. Georg. **A declaração dos direitos do homem e do cidadão.** Tradução de Emerson Garcia, 2015, São Paulo: Ed. Atlas

JUSTINIANO (coord.). **Digesto**, livro I. Escola da Magistratura Federal da 1ª Região, coord. trad. Edilson Alkmin Cunha. Brasília, 2010. Disponível em: <https://trfl.jus.br/dspace/bitstream/123/52682/1/Corpus%20iuris%20civilis%20%28disgesto%29.pdf>. Acesso em 29/01/2024

KELSEN, Hans. **O que é a justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 2014. São Paulo Martins Fontes

LA FUENTE, David Hernández de. **O Império bizantino: o Império sobrevive no Oriente**. Tradução de Isabel Mafrá. 2018. Portugal: Atlântico Press

LASCH, Christopher. **A Rebelião das elites e a traição da democracia**. Tradução de Talita M. Rodrigues. 1995. Rio de Janeiro: Ediouro

LEITE, Fábio Carvalho. **Estado e religião: a liberdade religiosa no Brasil**. Curitiba: Ed. Juruá, 2014

LEWIS. **Cristianismo puro e simples**. Tradução de Gabriele Greggersen. Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2017

LOCKE, John. **O segundo tratado sobre o governo: um ensaio referente à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil**. in “Dois tratados sobre o governo”. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1998

_____. **Carta sobre a tolerância**. Tradução de Ari Ricardo Tank Brito. São Paulo: Ed. Hedra, 2011

LOPES, Ana Maria D’Ávila. **A Proteção dos direitos das minorias culturais: entre o controle de convencionalidade e a margem de apreciação nacional**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2022

_____. **Análise da ADPF 54 sobre aborto de feto anencéfalo**. in PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (orgs.); “Supremos erros: decisões inconstitucionais do STF”; Ed. Fundação Fênix, 2020, Porto Alegre-RS; p.57-76

_____. **Hierarquização dos direitos fundamentais?**. in Revista de direito constitucional e internacional. São Paulo, v.9, n.34, p.168-183, 2001. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/130120/2001_rev_dir_constit_inter_nac_v0009_n0034.pdf?sequence=1&isAllowed=n. Acesso em 22/01/2024

LUTERO, Martinho. **Assuntos matrimoniais**. In Obras selecionadas, vol.5. Tradução de Walter O. Schulupp e outros. São Leopoldo: Ed. Sinodal, Porto Alegre: Ed. Concórdia. 1995

_____. **Sobre a Autoridade secular**. In LUTERO; CALVINO, João. Sobre a Autoridade secular. Organização de Harro Höpfl. Traduções de Hélio de Marco Leite de Barros e de Carlos Eduardo Silveira Matos. São Paulo: Martins Fontes. 2005

_____. **Verteidigungsrede auf dem Reichstag zu Worms**. 2024. Disponível em: <https://www.projekt-gutenberg.org/luther/misc/chap008.html>. Acesso em 11/10/2024

_____. **Vom Kriege wider die Türken**. 2023. Disponível em: <http://www.martinluther.dk/tyrk2.html>. Acesso em 11/10/2024

_____. **Catecismo maior**. In Livro de Concórdia. 2023. 2ªed.: Porto Alegre: Ed. Concórdia e São Leopoldo: Ed. Sinodal, p.403-518.

Também disponível em: <https://doceru.com/doc/s0115ss>

LUTHERAN CHURCH MISSOURI SYNOD. **Transtorno de identidade de gênero ou disforia de gênero na perspectiva cristã**. Traduzido pela IELB. 2017. Disponível em: <https://www.ielb.org.br/downloads/file/117/196900e29a41158d313542c1d942628b.pdf>. Acesso em 16/01/2024.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos**. Coimbra: Ed. Gestlegal, 2ªed. 2021

_____. **Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2013

_____. **Direito à liberdade religiosa: pressupostos histórico-filosóficos**. Sociologia: Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto, vol.8, 1998, p.335-345. Disponível em: <https://ojs.letras.up.pt/index.php/Sociologia/article/view/2577>. Acesso em 02/02/2024

MADISON, James (Publius). **The Alleged Danger From the Powers of the Union to the State Governments Considered**; in **The Federalist Papers**, n.45. 2008-a. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed45.asp. Acesso em 22/06/2024

_____. **The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments**; **The Federalist Papers**, n.51. 2008-b. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed51.asp. Acesso em 25/11/2024

_____. **Memorial and Remonstrance against Religious Assessments**. 1785. Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-08-02-0163#JSMN-01-08-02-0163-fn-0002-ptr>. Acesso em 08/10/2024

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Constitucionalismo equilibrado: a armadura da liberdade contra a juristocracia**. São Paulo: Fonte Editorial, 2023

___. **A inconstitucionalidade da equiparação da união ‘homoafetiva’ com a união estável**. in PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (orgs.); “Supremos erros: decisões inconstitucionais do STF”; Ed. Fundação Fênix, 2020, Porto Alegre-RS; p.77-94

___. **Introdução ao estudo dos imaginários sociais**. São Paulo: Fonte Editorial, 2019

___. **Direito natural, protestantismo e esfera pública**. São Paulo: Fonte Editorial, 2018

___. **A Reforma protestante e o estado de direito**. São Paulo: Fonte Editorial, 2014

___. **Hermenêutica jurídica clássica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 3ª ed., 2009

___. **Teoria dos valores jurídicos: uma luta argumentativa pela restauração dos valores clássicos**. Belo Horizonte: Mandamentos editora; 2006-a

MARCUSE, Herbert. **Tolerância repressiva**. in WOLFF, Robert Paul; MOORE JR., Barrington; MARCUSE, Herbert. *Crítica da tolerância pura*. Tradução de Ruy Jungmann. 1970. Rio de Janeiro: Ed. Zahar. Também disponível a tradução de Kathlen Luana de Oliveira, in *Protestantismo em Revista*, Revista Eletrônica do do Núcleo de Estudos e Pesquisa do Protestantismo (NEPP) da Escola Superior de Teologia, vol.12, jan-abr./ 2007. Disponível em: <http://www.periodicos.est.edu.br/index.php/nepp/article/viewFile/2086/1998>

MARQUES, Rui. **Islão: as razões da tolerância**. Lisboa: Editora AAFDL (Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa), 2019

MARYLAND, (Província de). **An Act Concerning Religion**. 1649. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/maryland_toleration.asp. Acesso em 25/06/2024

MATO GROSSO DO SUL, Estado do. **Lei n.2.104: Dispõe sobre questões relacionadas com liberdade de crença religiosa, fixando obrigações alternativas e tratando da realização de concursos públicos seletivos, aplicação de provas e atribuição de frequência a alunos**. 2000. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/ms/lei-ordinaria-n-2104-2000-mato-grosso-do-sul-dispoe-sobre-questoes-relacionadas-com-liberdade-de-crenca-religiosa-fixando-obrigacoes-alternativas-e-tratando-da-realizacao-de-concursos-publicos-seletivos-aplicacao-de-provas-e-atribuicao-de-frequencia-a-alunos-no-estado-de-mato-grosso-do-sul>. Acesso em 07/02/2024

____. **Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul**. 1989. Disponível em: https://www.al.ms.gov.br/upload/Pdf/2019_07_15_05_15_11_constituicao-do-estado-de-mato-grosso-do-sul-1989.pdf. Acesso em 07/02/2024

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 20ªed., 2011

MELÂNCTON, Filipe. **Confissão de Augsburg**. In Livro de Concórdia. 2023. 2ªed.: Porto Alegre: Ed. Concórdia e São Leopoldo: Ed. Sinodal p.37-143.

Também disponível em: <https://legado.luteranos.com.br/textos/a-confissao-de-augsburgo>.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Repertório de Jurisprudência IOB. Vol.1: tributário, constitucional e administrativo. São Paulo, n.5, p.178-185, 1ª quinzena de março de 2003. Disponível em: http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_55.pdf. Acesso em 25/01/2024

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 2007. **Curo de direito constitucional**. São Paulo: Ed. Saraiva

MENDONÇA, Anderson Guimarães. **Ideologia imperial portuguesa: dominação e mentalidade para a África (1910-1945)**. Revista Mosaico, v.14, p.174-189, 2021

<https://seer.pucgoias.edu.br/index.php/mosaico/article/view/8086/pdf>. Acesso em 18/01/2024.

MERRIAM-WEBSTER. **Merriam-Webster.com Dictionary**. 2024. Disponível em: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/second%20nature>. Acesso em 18/11/2024

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade; a sujeição das mulheres**. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2017

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, v.7, 1955

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional, tomo IV: direitos fundamentais**. Coimbra editora, 2ªed, 1998.

MONTESQUIEU (Barão de, Charles Louis de Secondat). **Do Espírito das leis**. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar. 2010

____. **Parecer sobre o alegado comprometimento da liberdade individual dos fumantes em virtude de dependência causada pelo consumo de cigarros e a eventual responsabilidade civil decorrente.** Rio de Janeiro, 2007, p.10-11, mimeo

MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron.** São Paulo: Ed. JusPodvm, 2ªed., 2021

MORUS (MORE), Tomás. **Utopia.** Tradução de Anah de Melo Franco. 2004. Brasília: Ed. UnB. Disponível em: <https://funag.gov.br/loja/download/260-Utopia.pdf>. Acesso em 29/11/2024

Outra tradução (2001) disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2301

NEW HAMPSHIRE. **State Constitution - Bill of Rights, Part 1, Bill of Rights, of the New Hampshire State Constitution.** Disponível em: <https://www.nh.gov/glance/bill-of-rights.htm>. Acesso em 03/10/2024

NOBBS, Douglas. **Teocracia e tolerância: um estudo das cntrovérsias no calvinismo holandês de 1600 a 1650.** Tradução de Roseli Lima e Alexandre Skvirsky. 2017. Niterói: BV Films editora Eireli.

NUSSBAUM, Martha. **Living together: the roots of respect.** University of Illinois Law Review. 2008. Disponível em: <https://www.illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2008/5/Nussbaum.pdf>. Acesso em 26/06/2024

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, Conselho Federal da. **Resolução n.02/2015: Código de Ética e Disciplina da OAB.** Disponível em: <https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoob/codigodeetica.pdf>. Acesso em 23/02/24

____. **Código de Ética e Disciplina da OAB.** 1995. Disponível em: <https://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina>. Acesso em 23/02/24

ORGANISATION OF ISLAMIC COOPERATION. **Cairo Declaration on Human Rights in Islam.** 1990. Disponível em: <http://hrlibrary.umn.edu/instree/cairodeclaration.html>. Acesso em 23/01/2024

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.** 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Acesso em 02/06/2024

_____. **Carta da Organização dos Estados Americanos**. 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/q.carta.oea.htm>. Acesso em 02/06/2024

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139423>. Acesso em 02/06/2024

_____. **Carta das Nações Unidas**. 1945. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2022-05/Carta-ONU.pdf>. Acesso em 02/06/2024

_____. **Declaração e Programa de ação de Viena: conferência mundial sobre direitos humanos**. 1993. Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>. Acesso em 26/10/2024. Também disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Também disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf. Original disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/vienna-declaration-and-programme-action>

_____. **Declaração sobre a Eliminação de todas as formas de Intolerância e Discriminação fundadas na Religião ou nas Convicções**. 1981. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1981Declara%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20a%20Elimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20Todas%20as%20Formas%20de%20Intoler%C3%A2ncia%20e%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Baseadas%20em%20Religi%C3%A3o%20ou%20Cren%C3%A7a.pdf>. Acesso em 26/10/2024

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. 1981. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>. Acesso em 23/01/2024.

PAINE, Thomas. **Direitos do homem**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro. 2005

_____. **O Bom senso** [senso comum]. Tradução de Fábio Alberti. 2022. São Paulo: Avis Rara. Também disponível em: <https://loveman.sdsu.edu/docs/1776ThomasPaine.pdf>. Acesso em 26/11/2024

PAÍSES BAIXOS, Reino dos. **Plakkaat van Verlatinghe 26 Juli 1581: Akte van Afzwering van Filips II**. 1581. Disponível em: <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/verlating.html>. Acesso em 26/10/2024

____. **Unie van Utrecht 20 Januari 1579: eerste confederale Grondwet van de verenigde Nederlanden.** 1579. Disponível em: <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/unievanutrecht.html> Acesso em 26/10/2024

PASCAL, Blaise. **Pensamentos.** Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2003

PATTO, Pedro Vaz. **Ataque à liberdade de consciência.** 2024. Disponível em: <https://observador.pt/opiniaio/ataque-a-liberdade-de-consciencia/>. Acesso em 07/12/2024

PEÑARROCHA, Mariela Fargas. **Reforma e contrarreforma: o cristianismo depois de Lutero.** Tradução de Isabel Mafra. 2018. Portugal: Atlântico Press

PENN, William. **Charter of Privileges Granted by William Penn, esq. to the Inhabitants of Pennsylvania and Territories, October 28, 1701.** Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/pa07.asp. Acesso em 03/10/2024

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios.** São Paulo: Ed. Saraiva. 2ª edição. 2018

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; MOTA, Luís Eduardo Girão. **A QUESTÃO DA DEFERÊNCIA PELA LITERALIDADE LEGAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMPARADO LUSO-BRASILEIRO: A JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE DO STF PÓS-2007.** in MINHOTO, Anto Celso Baeta (org.), “Poder Judiciário e Democracia: Qual o papel do Judiciário na Democracia brasileira?”. 2022. São Paulo: Ed. Tirant Lo Blanch

PÉREZ, Carles Buenacasa. **O ocaso de Roma: crise, decadência e divisão do Império.** Tradução: José Vala Roberto. Lisboa: Bonallettera Alcompas 2018

PERNAMBUCO, Estado de. **Lei n.17.865: Estatuto Estadual da Liberdade Religiosa.** 2022. Disponível em: <https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=61525&tipo=>. Acesso em 07/02/2024

____. **Constituição do Estado de Pernambuco.** 1989. Disponível em: <https://legis.alepe.pe.gov.br/arquivoTexto.aspx?tiponorma=12&numero=1989&complemento=0&ano=1989&tipo=>. Acesso em 07/02/2024.

PIMENTA, Leonardo Goulart. **Direito e religião no direito romano antigo.** Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, n.16, 2010. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/PDF-D16-10.pdf>. Acesso em 06/02/2024

PIO XI. **Casti connubii: encyclical on christian marriage**. 1930. Disponível em: https://www.vatican.va/content/pius-xi/en/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19301231_casti-connubii.html. Acesso em 19/09/2024

PIRES, Maria José Morais. **Carta africana dos direitos humanos e dos povos**. 1999. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/ua_pires_carta_africana_direitos_povos.pdf. Acesso em 23/01/2024

PORTUGAL (República Portuguesa). **Constituição da República Portuguesa**. 1974. VII Revisão constitucional 2005. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>. Acesso em 23/01/2024

_____. **Lei n.4/2024: ... altera o Código Penal e o regime de infrações antieconómicas e contra a saúde pública**. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/4-2024-836604893>. Acesso em: 28/02/2024

_____. **Lei n.38/2018: Direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e à proteção das características sexuais de cada pessoa**. 2018. Disponível em: <https://files.diariodarepublica.pt/1s/2018/08/15100/0392203924.pdf>. Acesso em 23/01/2024

_____. **Lei n.155/2015: Aprova o Estatuto da Ordem dos Notários**. 2015. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2015-174875854>. Acesso em 24/01/2024.

_____. **Lei n.131/2015: Estatuto da Ordem dos Farmacêuticos**. 2015. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2015-75106475>. Acesso em 23/01/2024

_____. **Lei n.117/2015: Segunda alteração ao Estatuto da Ordem dos Médicos**. 2015. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/117-2015-70139953>. Acesso em 23/01/2024

_____. **Lei n.9/2010: Permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo**. 2010. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2010-34476675>. Acesso em 24/01/2024

_____. **Lei n.16/2007: Exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez**. 2007. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2007-65965911>. Acesso em 23/01/2024

_____. **Lei n.16/2001: Lei da Liberdade Religiosa**. 2001. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/16-2001-362699>. Acesso em 23/01/2024

_____. **Lei n.120/99: Reforça as garantias do direito à saúde reprodutiva.** 1999. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/120-1999-423065>. Acesso em 24/01/2024

_____. **Decreto-Lei n.104/98: Cria a Ordem dos Enfermeiros e aprova o respectivo Estatuto.** 1998. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1998-70937797>. Acesso em 23/01/2024

_____. **Decreto-Lei n.161/96: Regulamento do Exercício Profissional dos Enfermeiros.** Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1996-221642391>. Acesso em 28/02/2024

_____. **Decreto-Lei n.48/95: Aprova o Código Penal.** 1995. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>. Acesso em 24/01/2024

_____. **Lei n.7/92: Lei sobre Objecção de Consciência.** 1992. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/7-1992-527210>. Acesso em 23/01/2024

_____. **Lei n.3/84: Educação sexual e planeamento familiar.** 1984. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/3-1984-661903>. Acesso em 24/01/2024.

_____. **Decreto-Lei n.261/75: Altera vários artigos do Código Civil relativos ao divórcio.** 1975. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/261-1975-335965>. Acesso em 24/01/2024

_____. **Lei n.2048, de 11 de junho de 1951.** 1951. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/Lei2048.pdf>. Acesso em 24/01/2024

_____. **Constituição de 11 de abril de 1933.** Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1933.pdf>. Acesso em 24/01/2024

_____. **Decreto-Lei n.22.465: Acto Colonial.** 1933. Disponível em: https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/acto_colonial.pdf. Acesso em 24/01/2024

PUPPINCK, Grégor. **Objecção de consciência e direitos humanos.** Tradução de Maria José Figueiredo. 2021. Cascais: Ed. Principia

RATZINGER, Joseph. **O que mantém o mundo unido: fundamentos morais pré-políticos de um estado liberal,** in *Dialética da secularização: sobre razão e religião*, pp.65-90. Tradução de Alfred J. Keller. 2007. São Paulo: Ed. Ideiais & Letras.

RAWLS, John Bordley. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. 2000-a. São Paulo: Ed. Martins Fontes.

_____. **O Liberalismo político**. Tradução de Dinah e Abreu Azevedo. São Paulo: Ed. Ática, 2ªed, 2000-b

REALE, Miguel; **Filosofia do direito**. São Paulo: Ed. Saraiva, 19ªed., 2000

REIS JÚNIOR, Almir Santos; MENDES, Beatriz Yasmin Lopes; BARETA, Gilciane Allen. **O (des)amparo legal à objeção de consciência**. Revista ESMAT, ano 12, n.20, jul-dez/2020, p.86-105

RHODE ISLAND, (Província de). **Plantation Agreement at Providence August 27 - September 6, 1640**. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/17th_century/ri01.asp#1. Acesso em 25/06/2024.

_____. **Charter of Rhode Island and Providence Plantations** - July 15, 1663. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/17th_century/ri04.asp. Acesso em 25/06/2024

RIO DE JANEIRO, Estado do. **Lei n.6.998: Dispõe sobre o direito à objeção de consciência** como escusa ao princípio constitucional insculpido no artigo 9º-§1º da Constituição Estadual. 2015. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/b24a2da5a077847c032564f4005d4bf2/8e7b9d49473cfd6c83257e430066063c?OpenDocument>. Acesso em 26/01/2024

_____. **Constituição do Estado do Rio de Janeiro**. 1989. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage>. Acesso em 26/01/2024

RODOTÀ, Stefano. **Politici, liberateci dalla vostra coscienza**. 2008. Disponível em: <https://eddyburg.it/archivio/stefano-rodota-politici-liberateci-dalla-vostra-coscienza/>. Acesso em 31/01/2024

_____. **La legge e I dilemma della libertà**. In BORASCHI, Andrea; MANCONI, Luigi. Il dolore e la politica: accanimento terapeutico, testamento biologico, libertà de cura. Genova: Bruno Mondadori, 2007

_____. 2014. **El derecho a tener derechos**. Tradução de José Manuel Revuelta. Madri: Editorial Trotta

ROMA, República de. **Lex Oppia Sumptuaria**. 215 a.C.. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20181123162807/https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Leges/Oppia.html>. Acesso em 16/01/2024. Tradução para o francês: https://web.archive.org/web/20210518104003/https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Francogallica/Oppia_fran.html. Acesso em 16/01/2024

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato social**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: Ed. L&PM, 2007

SAGAN, Carl. **As Regras do jogo**. In “Bilhões e bilhões: reflexões sobre vida e morte na virada do milênio”. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia de Bolso, 2009, Cap.16, p.214-227

SALVADOR, Município de. **Lei 9.451/2019: Estatuto da Igualdade Racial e de Combate à Intolerância Religiosa**. Disponível em:

https://www.cms.ba.gov.br/uploads/abc0da447d4fabeacb1f1b1fb75b82d3_1616730202.PDF, conforme <https://www.cms.ba.gov.br/estatuto-igualdade-racial-combate-intolerancia>. Acesso em 07/02/2024

_____. **Lei Orgânica do Município de Salvador**. 1990. Disponível em: https://www.cms.ba.gov.br/uploads/f440bd64078a15691c260eedf190347a_1620052814.pdf. Acesso em 07/02/2024.

SANTA CATARINA, Estado de. **Lei n.18.349/2022: Institui a Lei Estadual do Estatuto de Liberdade Religiosa** no Estado de Santa Catarina. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2022/18349_2022_lei.html. Acesso em 07/02/2024

_____. **Constituição do Estado de Santa Catarina**. 1989. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/constituicao_estadual_1989.html. Acesso em 07/02/2024

SANTOS JÚNIOR, Aloisio Cristovam dos. **A Liberdade religiosa do empregado**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2019

SÃO PAULO, Estado de. **Lei n.17.346/2021: Institui a Lei Estadual de Liberdade Religiosa** no Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2021/lei-17346-12.03.2021.html>. Acesso em 07/02/2024.

_____. **Constituição Estadual**. 1989. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html>. Acesso em 07/02/2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos humanos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 13ªed, 2018.

_____. **Algumas notas sobre a liberdade religiosa na Constituição de 1988**. in Revista dos Tribunais RT 923, setembro/2012, pp.221-238

SARLET, Ingo Wolfgang; VIANNA, Rodrigo. **A Tutela dos direitos fundamentais e o STF como “legislador positivo”**. Revista Mesrado em Direito. Osasco, jul-dez/2013, ano 13, n.2, p.95-133

SCALIA, Antonin. **Uma Questão de interpretação: os tribunais federais e o direito**. tradução: Samuel Sales Fonteles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2021

SCHIRRMACHER, Thomas. **Christianity and democracy**. International Journal for Religious Freedom, vol.2, 2009. Disponível em: <https://ijrf.org/index.php/home/article/view/178/212>. Acesso em 26/06/2024.

_____. **The Protestant faith and shared civilizational values**. 08/2023. International Institute for Religious Freedom. Disponível em: https://civilizationalvalues.org/media/2023/IIRF_The-Protestant-Faith-and-Shared-Civilizational-Values_English-German_2023.pdf. Acesso em 30/09/2024

SCHIRRMACHER, Thomas; YOGARAJAH, Godfrey. **The Biblical basis for human rights and religious freedom**. 2015. Disponível em: https://www.bucer.org/fileadmin/dateien/Dokumente/Bqs/BQ300ff/BQ388/The_Biblical_Basis_for_Human_Rights_and_Religious_Freedom_GY_TS_.pdf. Acesso em 17/07/2024

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Exposição refletida dos direitos do homem e do cidadão**. Tradução de Emerson Garcia, 2015, São Paulo: Ed. Atlas

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**. In SILVA, Virgílio Afonso da. “Interpretação constitucional”. São Paulo: Malheiros, 2005, p.115-143

SMYTH, John. **Propositions and conclusions, concerning true Christian religion, conteyning a confesion of faith of certaine English people, livinge at Amsterdam**. 1612. Disponível em: https://archive.org/stream/cu31924092454457/cu31924092454457_djvu.txt. Acesso em 09/10/2024. Mais informações em: https://archive.org/stream/cu31924092458995/cu31924092458995_djvu.txt

SÓFOCLES. **Ájax**. Tradução de Maria Luísa de Oliveira Resende. Universidade de Lisboa, 2013

_____. **Antígona**. Tradução de Mário da Gama Kury. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989

SOLA, Diego. **A Europa em sangue: as guerras religiosas**. Tradução de José Vala Roberto. 2018. Portugal: Atlântico Press

SOWELL, Thomas. **Os Intelectuais e a sociedade**. Tradução de Maurício G. Righi. São Paulo: Ed. É Realizações, 2011

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Autonomia existencial**. in TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coords.). Teoria feral do direito civil: questões controvertidas. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2019

TERTULIANO (TERTULLIAN) Quinto Séptimo Florens. **Tertulliani Apologeticum**. 1999-a. Disponível em: https://www.tertullian.org/latin/apologeticum_becker.htm. Acesso em 06/11/2024.

__. **Tertulliani Liber Apologeticus**. 1999-b. Disponível em: <https://www.tertullian.org/latin/apologeticus.htm>. Acesso em 06/11/2024.

__. **The Apology**; in “Ante-Nicene Fathers”, vol.III; tradução de Sydney Thelwall. 1998. Disponível em: https://www.tertullian.org/anf/anf03/anf03-05.htm#P253_53158. Acesso em 16/01/2024.

Também disponível em: https://en.wikisource.org/wiki/Ante-Nicene_Fathers/Volume_III/Apologetic/Apology. 2001. Acesso em 11/10/2024

__. **The Apology of Tertullian**. tradução de W. M. Reeve. 2001-a Disponível em: https://www.tertullian.org/articles/reeve_apology.htm. Acesso em 16/01/2024

__. **Apologia**. Tradução de José Fernandes Vidal e Luiz Fernando Karps Pasquotto. 2001-b. Disponível em: <https://www.tertullian.org/brazilian/apologia.html>

__. **Apologético**. Tradução de Luís Carlos Lima Carpinetti. 2021. São Paulo: Ed. Paulus

__. **Liber Ad Scapulam**. 2000. Disponível em: https://www.tertullian.org/latin/ad_scapulam.htm. Acesso em 24/08/2024.

__. **To Scapula**. Tradução de Algernon Sydney Thelwall, 1998. Disponível em: https://www.tertullian.org/anf/anf03/anf03-12.htm#P1149_471144. Acesso em 24/08/2024.

__. **The Address of Q. Sept. Tertullian to Scapula Tertullus, proconsul of Africa**. Tradução de David Dalrymple. 2003. Disponível em: https://www.tertullian.org/articles/dalrymple_scapula.htm. Acesso em 24/08/2024.

TROELTSCH, Ernst. **El Protestantismo y el mundo moderno**. Tradução de Eugenio Ímaz. 1951. México: Fondo de Cultura Economica

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América: leis e costumes (livro I)**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1998

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia**. 2000. Disponível em https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em 22/01/2024

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Ed. Malheiros; 3ªed., 1993

_____. **Direito e força: uma visão pluridimensional da coação jurídica**. São Paulo: Ed. Dialética, 2001

VEYNE, Paul. **Quando nosso mundo se tornou cristão (312-394)**. Tradução de Marcos de Castro Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2ªed., 2011.

VIRGÍNIA, Estado da. **A Declaration of Rights**. 1776. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>. Acesso em 09/06/2024

VOEGELIN, Eric. **A Nova ciência da política**. Tradução de José Pedro Galvão de Sousa. Brasília: Ed. UnB, 1982

VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. Tradução de William Lagos. Porto Alegre: Ed. L&PM, 2008

_____. **Letters on the English or Lettres Philosophiques**. 1998. Disponível em: <https://sourcebooks.fordham.edu/mod/1778voltaire-lettres.asp>. Acesso em 29/06/2024

WARTH, Martin Carlos. **A Ética de cada dia**. 2002. Canoas: ed. Concórdia (Editora da ULBRA)

WILLIAMS, Roger. **The Bloody Tenent, of Persecution, for Cause of Conscience, To the Right Honorable, both Houses of the High Court of Parliament**. 1644. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/pages/1644-williams-bloody-tenet-of-persecution-letter>. Acesso em 26/06/2024.

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

WEINGARTNER NETO, Jayme; SARLET, Ingo Wolfgang. **Liberdade religiosa no Brasil com destaque para o marcos jurídico constitucional e a jurisprudência do STF**. In Revista de estudos e pesquisas avançadas do terceiro setor, v.3, n.2, jul-dez/2016; disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/7739>. Acesso em 22/01/24

ZIMMERMANN, Augusto. **Cosmovisões do direito no mundo ocidental**. Campinas: Ed. E.D. A. 2022