



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
Programa de Graduação em Direito

MURIEL CORDEIRO SILVA

**O CASO DOS CONFEITEIROS DEVOTOS:
o exercício da objeção de consciência religiosa por parte
de fornecedores em face de consumidores homoafetivos
no Brasil a partir do Direito anglo-americano.**

Salvador

2018

MURIEL CORDEIRO SILVA

**O CASO DOS CONFEITEIROS DEVOTOS:
o exercício da objeção de consciência religiosa por parte de fornecedores em
face de consumidores homoafetivos no Brasil a partir do Direito anglo-
americano.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Orientadora: Prof.^a Dra. Joseane Suzart Lopes da Silva.

Co-orientador: Prof. Dr. Técio Spínola Gomes.

Salvador

2018

MURIEL CORDEIRO SILVA

**O CASO DOS CONFEITEIROS DEVOTOS:
o exercício da objeção de consciência religiosa por parte de
fornecedores em face de consumidores homoafetivos no Brasil a
partir do Direito anglo-americano.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do título
de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito
da Universidade Federal da Bahia.

Orientadora: Prof.^a Dra. Joseane Suzart Lopes
da Silva.

Co-orientador: Prof. Dr. Técio Spínola Gomes.

12 de dezembro de 2018

BANCA EXAMINADORA:

Joseane Suzart Lopes da Silva – Orientadora _____

Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Universidade Federal da Bahia

Leandro Reinaldo da Cunha _____

Pós-doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Universidade Federal da Bahia

Maria Elisa Villas-Bôas _____

Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

Universidade Federal da Bahia

“Dos medos nascem as coragens; e das dúvidas, as certezas. Os sonhos anunciam outra realidade possível, e os delírios, outra razão. Somos, enfim, o que fazemos para transformar o que somos (...) Nessa fé, fugitiva, eu creio”.

GALEANO, Eduardo. *O livro dos abraços*. trad. Eric Nepomuceno. Porto Alegre: L&PM, 2017, p. 123.

“– São as nossas escolhas, Harry, que revelam quem realmente somos, muito mais do que as nossas qualidades”.

ROWLING, J. K. *Harry Potter e a Câmara Secreta*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 280.

“Ao espírito humano, que inconscientemente vai modelando a linguagem, nenhuma resistência se opõe, tendo a arte de vencer um só obstáculo, isto é, o passado, o gosto dominante”.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. 4. ed. rev. trad. J. Cretella Jr.; Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 33.

AGRADECIMENTOS

Aos caminhantes do horizonte da Utopia.

SILVA, Muriel Cordeiro. *O caso dos confeitores devotos: o exercício da objeção de consciência religiosa por parte de fornecedores em face de consumidores homoafetivos no Brasil a partir do Direito anglo-americano*. Monografia (Bacharelado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

O presente trabalho trata da problemática atinente visa analisar o tema da eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações de Consumo, especificamente, busca estudar a aplicabilidade e o uso da objeção de consciência nos contratos de compra e venda de bolos. Assim, a hipótese central levantada considera ser possível o exercício da escusa de consciência em face de consumidores conforme questão apresentada. O objetivo principal da pesquisa, assim, refere-se ao aparente choque dos direitos fundamentais entre a liberdade de consciência e crença religiosas em face da proteção e defesa dos consumidores homoafetivos e como solucioná-lo. Como objetivos específicos, buscar-se-á analisar como tal cláusula de consciência religiosa pode ser entendida no Brasil, a partir de suas raízes históricas e sociológicas, da revisão bibliográfica da literatura jurídica brasileira e estrangeira acerca do instituto, como os demais Poderes apreciam e/ou regulamentam tal problema e qual a atual situação dos consumidores homoafetivos. No que se refere à metodologia, Utilizar-se-ão, no presente trabalho, como métodos científicos os de indução e dedução. No que diz respeito ao método jurídico, empregar-se-ão os métodos hermenêutico e argumentativo. No que tange ao método sociológico serão adotados os procedimentos monográficos e estudo de caso. A linha será a crítico-metodológica. Optou-se pela utilização dos segundos: jurídico exploratório, jurídico-projetiva e jurídico-propositiva. O modelo teórico metodológico será o jurídico sociológico. Ao tipo de pesquisa, aplicar-se-á o exploratório. Elegeu-se como procedimentos técnicos, o bibliográfico e o documental. A natureza da abordagem será a pesquisa aplicada. E, por fim, a forma de abordagem será qualitativa. Com tal abordagem, o primeiro capítulo analisa dois precedentes da jurisdição constitucional comparada similares à situação problema disposta. No segundo, pesquisa-se o instituto da objeção de consciência religiosa, além de seus conceitos e normatização no Direito brasileiro. Após, no terceiro capítulo, estuda-se a condição do consumidor homoafetivo e as relações deste com o microssistema de proteção e defesa do comércio de produtos e serviços. Em seguida, feitas estas considerações, investiga-se a problemática específica à luz do Direito Civil Constitucional Contemporâneo sendo apresentada resposta à luz dos marcos teóricos selecionados, que ao máximo compatibilização os direitos fundamentais em conflito na problemática.

PALAVRAS - CHAVE: DIREITOS FUNDAMENTAIS; OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA RELIGIOSA; DIREITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO; DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO.

SILVA, Muriel Cordeiro. *The case of the devotee bakers: the exercise of the conscientious objection on the part of suppliers in face of homosexual consumers in Brazil with support Anglo-American Law*. Monograph (Bachelor) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

The present work deals with the problematic of the subject of the effectiveness of the Fundamental Rights in Consumer Relations, specifically, it looks for to study the applicability and the use of conscientious objection in the agreements of purchase and sale of cakes. Thus, the central hypothesis raised asks if it is possible to exercise conscientious objection in the face of consumers according to the presented question. The main objective of the research, therefore, refers to the apparent clash of fundamental rights between freedom of religious conscience and belief in the face of protection and defense of homoafetivos consumers and how to solve it. The specific objectives will seek to analyze how such a clause of religious conscience can be understood in Brazil, from its historical and sociological roots, from the bibliographical revision of the Brazilian and legal literature about the institute, how the other Branchs appreciate and / or regulate such problem and what is the current situation of the homosexual consumers in Brazil. Regarding the methodology, the present work will be used as the scientific methods of induction and deduction. With regard to the legal method, the hermeneutic and argumentative methods will be used. Regarding the sociological method will be adopted the monographic procedures and case study. The line will be critical-methodological. Was opted for the use of the latter: exploratory legal, juridical-projective and legal-propositional. The theoretical methodological model will be the juridical sociological. The exploratory type will be applied to the type of search. It was chosen the technical procedures, bibliographical and documentary. The nature of the approach will be applied research. And, finally, the approach will be qualitative. With such an approach, the first chapter examines two precedents of comparative constitutional jurisdiction similar to the problem situation set forth. In the second one, the institution of the objection of religious conscience is investigated, besides its concepts and normatization in Brazilian Law. After, in the third chapter, the condition of homoafective consumer and the relations of this with the microsystem of protection and defense of the commerce of products and services are studied. After considering these points, the specific problem is investigated in the light of the Contemporary Civil Constitutional Law, being solved in the light of the selected theoretical frameworks, that to the maximum compatibilization the fundamental rights in conflict in the problematic.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHTS; CONSCIOUSNESS OBJECTION; CONSUMER'S LAW; CONTEMPORARY CIVIL LAW.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	1
2 O CASO DOS CONFEITEIROS DEVOTOS NO SISTEMA ANGLO-AMERICANO.....	3
2.1 A FASE INICIAL DA PROBLEMÁTICA PESQUISADA	3
2.2 POSICIONAMENTOS SOBRE A QUESTÃO CONFLITUOSA.	5
2.2.1 Pronunciamentos favoráveis aos consumidores.....	6
2.2.2 Manifestações em prol dos fornecedores e da objeção de consciência	8
2.3 A ATUAL CONFIGURAÇÃO DA QUESTÃO INVESTIGADA	12
3 A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA RELIGIOSA: SURGIMENTO, DESENVOLVIMENTO E A SITUAÇÃO ATUAL DO BRASIL	14
3.1 HISTÓRICO SOBRE A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA	14
3.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO INSTITUTO JURÍDICO	21
3.3 A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA RELIGIOSA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	23
3.3.1 Matriz Constitucional Fundamental	23
3.3.2 A Estrutura Normativa Infralegal	24
4 OS CONSUMIDORES HOMOAFETIVOS E O CENÁRIO PÓS-MODERNO BRASILEIRO	25
4.1 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS CONSUMIDORES	25
4.2 PROTEÇÃO LEGAL DOS CONSUMIDORES NO BRASIL	29
4.2.1 A Vulnerabilidade dos Consumidores	31
4.2.2 O Princípio do Equilíbrio nas Relações de Consumo	37
4.2.3 A Intervenção Estatal na Seara das Relações de Consumo	38
5 O EXERCÍCIO DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NO MERCADO DE CONSUMO	41

5.1 O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA RELIGIOSA E A PROTEÇÃO E DEFESA DOS CONSUMIDORES.....	41
5.2 Precedentes paradigmas do Direito internacional que levaram à análise da problemática	48
5.3 Análise do problema apresentado à luz da teoria da eficácia indireta fraca de Otávio Luiz Rodrigues Júnior	49
6 CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso analisará um problema contido no tema da eficácia dos Direitos Constitucionais Fundamentais nas Relações de Consumo no Brasil, especificamente, buscando estudar a aplicabilidade e o uso da objeção de consciência religiosa nos contratos de empreitada e compra e venda de bolos por confeitores em face de consumidores homoafetivos.

A objeção de consciência consiste no exercício da liberdade de pensamento e crença por uma pessoa física, visando esta se eximir de prestar uma obrigação geral a todos imposta, invocando, para tanto, motivos de crença religiosa, devendo, assim, cumprir prestação alternativa fixada em lei, sob pena de perda ou suspensão dos direitos políticos. O uso da objeção de consciência religiosa, delimitando o que aqui se analisa, foi e ainda é muito comum nas situações de pessoas religiosas que, ao ingressarem nas Forças Armadas ou serem convocadas a guerras, objetam-se a matar e, diante de tal cenário, acatam ou exigem cumprir prestação alternativa.

Este trabalho, entretanto, tem por problema outra situação na qual a aplicabilidade da objeção apresenta-se possível. Questiona-se: *no Brasil, é constitucionalmente cabível que um confeitiro se negue a produzir e vender um bolo a um casal homoafetivo valendo-se do exercício da objeção de consciência religiosa?* A tal problema, apresenta-se a seguinte hipótese, *no Brasil, é constitucionalmente cabível que um confeitiro exerça objeção de consciência religiosa em face de consumidores homoafetivos.*

A atualidade e a justificativa da problemática deste exercício da objeção de consciência religiosa por parte de confeitores em face de pessoas homoafetivas surge a partir de dois casos rumorosos na jurisdição constitucional comparada e é aliada à dedução de que este caso pode vir a acontecer no Brasil, que esta análise se justifica.

No primeiro deles, *Gareth Lee v. Ashers Baking Co. & Colin McCarthur & Karen McCarthur (2015)*, a Justiça da Irlanda do Norte, inicialmente, ao se deparar com problemática similar, de forma inicial e concisa, entendeu que, devido ao fato de um estabelecimento comercial precisar tratar todos os consumidores da mesma maneira, não poderia se recusar a prestar um serviço porque não concorda com um pedido razoável do consumidor. No entanto, como será apresentado, ao cabo, a

Suprema Corte do Reino Unido, tendo sido instada a julgar o caso, apresentou sentença diametralmente oposta ao quanto já havia sido decidido, surpreendendo boa parte da opinião popular do país.

No segundo caso, *Masterpiece Cakeshop Ltd. & Jack C. Phillips v. Colorado Civil Rights Commission & Charlie Craig & David Mullins (2015COA115, 2017)*, a Suprema Corte Americana ao apreciar a possibilidade de um fornecedor se negar a atender gays invocando restrições de ordens religiosa, resolveu a questão com base na Primeira Emenda à Constituição Americana, datada de 15 de dezembro de 1971.

O objetivo geral desta pesquisa, assim, refere-se ao aparente choque dos direitos fundamentais entre a liberdade de consciência e crença religiosa em face da proteção e defesa dos consumidores homoafetivos e como solucioná-lo. Concomitante, afigura-se necessário, também, analisar os pressupostos ao seu cabimento, notadamente como a dogmática civil contratual pátria deve ou não ser conformada pela eficácia normativa constitucional brasileira sem que seu estatuto epistemológico seja prejudicado.

Em síntese, tomar-se-ão como objetivos específicos, analisar como a objeção de consciência religiosa pode ser entendida no Brasil, a partir de suas raízes históricas e sociológicas, da revisão bibliográfica da literatura jurídica nacional e estrangeira acerca do instituto e, também, como os demais Poderes apreciam e/ou regulamentam tal problema, a fixar como a situação-problema deste Trabalho pode ser resolvida à luz do ordenamento jurídico pátrio.

Utilizar-se-ão, no presente trabalho, como métodos científicos os de indução e dedução conforme orienta Miracy Barbosa de Sousa Gustin. No que diz respeito ao método jurídico, empregar-se-ão os métodos hermenêutico e argumentativo. No que tange ao método sociológico serão adotados os procedimentos monográficos e estudo de caso. A linha será a crítico-metodológica. Optou-se pela utilização dos segundos: jurídico exploratório, jurídico-projetiva e jurídico-propositiva. O modelo teórico metodológico será o jurídico sociológico. Ao tipo de pesquisa, aplicar-se-á o exploratório. Elegeu-se como procedimentos técnicos, o bibliográfico e o documental. A natureza da abordagem será a pesquisa aplicada. E, por fim, a forma de abordagem será qualitativa.

2 O CASO DOS CONFEITEIROS DEVOTOS NO SISTEMA ANGLO-AMERICANO

O intitulado *Caso dos confeiteiros devotos* trata de uma problemática jurídica que remonta a dois precedentes no Direito anglo-americano. O primeiro deles é o caso *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*¹, ocorrido inicialmente no Estado do Colorado dos Estados Unidos da América (DOC. 1), e o segundo é o *Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others*² (DOC. 2), transcorrido primeiramente na cidade de Belfast da Irlanda do Norte.

Apesar de se tratarem de dois casos distintos, ambos essencialmente cuidam da mesma problemática perseguida neste trabalho, *no Brasil, é constitucionalmente cabível que um confeiteiro se negue a produzir e vender um bolo a um casal homoafetivo valendo-se do exercício da objeção de consciência religiosa?*

2.1 A FASE INICIAL DA PROBLEMÁTICA PESQUISADA

Em julho de 2012, Jack Phillips, proprietário da confeitaria *Masterpiece Cakeshop* na cidade de *Lakewood*, Colorado, nos Estados Unidos da América, recebeu um casal em sua loja e, diferentemente do quanto usualmente esperado, o contrato entre as partes para a feitura de um bolo não fora celebrado. Não se tratou de uma questão de preço, tamanho ou qualidade do serviço, mas de fé e discriminação.

Ao perceber que Charlie Craig e David Mullins eram um casal gay, Phillips, de fé cristã, negou-se a confeccionar o bolo de casamento pretendido pelos interessados, alegando motivações religiosas, pois sua fé não comungaria de um casamento de pessoas homoafetivas - aquilo seria um pecado - e, além disso, o Estado do Colorado ainda não havia reconhecido a união entre pessoas do mesmo sexo. Sucede que, mesmo tendo dito ao par que poderiam adquirir outros tipos de

¹ “*Masterpiece Cakeshop, Ltd., et al. v Colorado Civil Rights Commission et. al.*” Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_new2_22p3.pdf>. Acesso em: 01 out. 2018.

² “*Lee (Respondent) v Ashers Baking Company Ltd and others (Appellants) (Northern Ireland)*”, *The Supreme Court*. Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2017-0020.html>>. Acesso em: 01 out. 2018.

bolos já existentes na loja, após a negativa, Charlie e David foram embora revoltados³.

À época do ocorrido, o confeitiro asseverou à imprensa, “eu acredito que todos os meus bolos são uma forma de expressão” e prosseguiu “de algum jeito me fazem participar da cerimônia. O governo não pode me dizer o que eu posso fazer ou não”⁴. Irresignado, o casal procurou a Justiça americana, por meio de um departamento local, alegando, dentre várias coisas, que “quando um comerciante abre uma loja, tem que atender a todos, sem distinção”⁵. O caso logo tomou notoriedade e, mesmo tendo os companheiros providenciado o bolo noutra confeitaria, logo se percebeu que a situação iria parar longe, na Suprema Corte dos Estados Unidos. O que terminou ocorrendo.

Do outro lado do Oceano Atlântico, em abril de 2014, Gareth Lee, um ativista LGBT do grupo *QueerSpace* da cidade de Belfast, Irlanda do Norte, ingressou na confeitaria *Ashers Baking Company*, onde já era cliente de há muito, buscando encomendar agora um bolo decorado com o slogan do coletivo ativista que participava contendo imagens dos personagens *Bert* e *Anie* da série *Vila Sésamo* e a frase “*support gay marriage*”⁶ (DOC. 03).

O Sr. McArthur, coproprietário da loja com sua esposa desde 1992⁷ e atendente do Sr. Lee, inicialmente tomou a ordem de serviço e recebeu o valor correspondente do cliente, pedindo que aguardasse um contato por telefonema sobre quando seu pedido estaria pronto. Ocorre que, quarenta e oito horas depois, o Sr. McArthur ligou para o cliente não para lhe dar a notícia esperada, mas para lhe

³ “Supreme Court to take case on baker who refused to sell wedding cake to gay couple”, *The Washington Post*. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/politics/courts_law/supreme-court-to-take-case-on-baker-who-refused-to-sell-wedding-cake-to-gay-couple/2017/06/26/0c2f8606-0cde-11e7-9d5a-a83e627dc120_story.html?noredirect=on&utm_term=.1a472bda6afd>. Acesso em: 01 out. 2018.

⁴ “Confeitaria se recusa a fazer bolo para casamento gay e caso para na Justiça”, *G1*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2015/08/confeitaria-se-recusa-fazer-bolo-para-casamento-gay-e-caso-para-na-justica.html>>. Acesso em: 01 out. 2018.

⁵ *Idem*.

⁶ Em tradução livre, “apoie o casamento gay”.

⁷ O nome da confeitaria deriva do *Genesis 49:20*: “*Bread from Asher shall be rich and he shall yield royal dainties*”. Em traduções livres, “A mesa de Aser será farta; ele oferecerá manjares de rei” ou “De Aser, o seu pão será gordo, e ele dará delícias reais”.

explicar que seu serviço não poderia ser finalizado, pois aquele era um negócio cristão e eles não poderiam imprimir a frase solicitada⁸.

Segundo relatos, mesmo tendo se desculpado ao Sr. Lee, que aguardava o bolo para uso na festa de encerramento da semana anti-homofobia da Irlanda do Norte promovida pela *Queerspace*, e se disposto a reembolsá-lo, a situação já estava criada. Poucos dias após, mesmo também tendo conseguido a feitura do bolo por outro confeitiro, como o casal Charlie e David nos Estados Unidos, o Sr. Lee processou a *Ashers Baking Company*⁹.

Neste caso, enquanto um dos lados, após reflexão, entendera que o pedido estava em desacordo com os ensinamentos da Bíblia e que também na Irlanda do Norte o casamento ainda era definido como união entre pessoas de sexos distintos; do outro, restou o sentimento da ocorrência de uma discriminação ilegal, até indenizável, pois não caberia a uma empresa aberta ao público escolher como cumprir a lei a partir do exame de características pessoais de seus clientes, sendo eles gays ou não¹⁰.

2.2 POSICIONAMENTOS SOBRE A QUESTÃO CONFLITUOSA

Um e outro precedente perpassaram, por assim dizer, por todos os graus de jurisdição nos seus respectivos países. Iniciaram-se demandas em juízos de piso, após, as sentenças foram encaminhadas para os respectivos tribunais competentes e, com a adição de peculiaridades, os dois terminaram por chegar às mais altas cortes. Ao fim, o processo *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* foi julgado pela *Supreme Court of the United States* (SCOTUS) no dia 04 de junho de 2018 e o caso *Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others* foi sentenciado pela *Supreme Court of the United Kingdom* no dia 10 de outubro de

⁸ "Ashers Baking Company: 'Gay cake' row could end up in court", *BBC*. Disponível em: <<https://www.bbc.co.uk/news/uk-northern-ireland-28206581>>. Acesso em: 01 out. 2018.

⁹ "Bert and Ernie gay marriage cake refused by Northern Ireland bakery", *The Guardian*. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/uk-news/2014/jul/08/bert-and-ernie-gay-wedding-cake-northern-ireland-ashers-bakery>> Acesso em: 01 out. 2018.

¹⁰ "Bakery refuses to make Sesame Street 'Support Gay Marriage' cake", *The Journal.ie*. Disponível em: <<https://www.thejournal.ie/northern-ireland-gay-marriage-cake-1559353-Jul2014/>>. Acesso em: 01 out. 2018; "Bert and Ernie 'gay wedding cake': Christian-run bakery faces legal action over refusal to supply cake", *Independent*. Disponível em: <<https://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/northern-ireland-bakery-refuses-to-make-gay-bert-and-ernie-wedding-cake-9590745.html>>. Acesso em: 01 out. 2018.

2018. Analisemos, brevemente, após a detecção destas similitudes, como estas demandas encerram seus ritos, peculiaridades e finalmente seus dispositivos.

2.2.1 Pronunciamentos favoráveis aos consumidores

Após terem conseguido a encomenda de seu bolo por outra confeitaria, os Srs. Charlie e David formalizaram uma queixa na *Colorado Civil Rights Commission* (órgão estadual local de defesa dos consumidores) em face do Sr. Jack Phillips e de sua confeitaria¹¹. O ente público, com base no *Colorado Anti-Discrimination Act*, que, dentre várias normas, proibia comércios abertos ao público de praticarem discriminação em face de homossexuais e de outras pessoas por questões de gênero, ingressou com uma demanda judicial em litisconsórcio com os clientes que terminou sendo julgada procedente aos interessados.

O juízo do Colorado decidiu a favor dos autores não apenas determinando que o Sr. Jack Phillips e a *Masterpiece Cakeshop* providenciassem o bolo do casamento, como também estipulou que a companhia mudasse sua política de atendimento ao público, disponibilizando e efetivando treinamento de seus funcionários acerca de políticas e práticas antidiscriminação. Além disso, ambos os réus deveriam apresentar, dois anos após a publicação da sentença, um relatório ao juízo explicitando os avanços em matéria antidiscriminação na confeitaria para com o atendimento ao público¹².

Insurgente com a situação, o Sr. Jack Phillips, em litisconsórcio recursal com a *Alliance Defending Freedom* - uma das maiores organizações não governamentais de matriz cristã conservadora dos Estados Unidos, apresentou recurso à *Colorado Court of Appeals*, sustentando que não cumpriria a decisão de primeiro grau pelos fundamentos ora sustentados no juízo de piso e que sairia do mercado de bolos de casamento, fazendo registrar que o ocorrido e sua repercussão já haviam lhe

¹¹ "Christian Bakers, Gay Weddings, and a Question for the Supreme Court", *The New Yorker*. Disponível em: <<https://www.newyorker.com/news/news-desk/christian-bakers-gay-weddings-and-a-question-for-the-supreme-court>>. Acesso em: 01 out. 2018.

¹² "Colo. judge orders Christian baker to bake gay wedding cake. Will he say no?". *The Christian Science Monitor*. Disponível em: <<https://www.csmonitor.com/USA/Justice/2013/1207/Colo.-judge-orders-Christian-baker-to-bake-gay-wedding-cake.-Will-he-say-no>>. Acesso em: 01 out. 2018.

custado 40% do valor da confeitaria¹³.

Sucedeu que, em 13 de agosto de 2015, a *Colorado Court of Appeals*, por unanimidade, confirmou a sentença do juízo *a quo*, considerando e reiterando que a confeitaria havia praticado discriminação ilegal por causa de orientação sexual em violação da lei estadual, o *Colorado Anti-Discrimination Act*. O tribunal também concluiu, na sessão, que a aplicação do *Anti-Discrimination Act* não violou as liberdades de expressão e de livre exercício da religião tanto do Sr. Phillips quanto da confeitaria, pois o ato de feitura do bolo seria conduta esperada da relação de consumo, e não expressão de tais liberdades invocadas¹⁴.

Ainda insubordinados, foi apresentada nova petição de revisão à *Colorado Supreme Court*. Ocorre que, o Supremo estadual também manteve a decisão do Tribunal local, negando revisão ao caso no dia 16 de abril de 2017. A situação, entretanto, mudaria, pois, no dia 25 de abril de 2016, os então réus haviam intentado a cartada máxima. A *Masterpiece Cakeshop* havia sustentado revisão das então decisões do juízo de piso e da Corte do Colorado perante a *Supreme Court of the United States* por meio da seguinte tese central “a aplicação da lei de acomodações públicas do Colorado para obrigar Jack Phillips a criar uma expressão que viola suas crenças religiosas sinceras sobre o casamento” viola[ria] “o direito à Liberdade de Expressão e de Livre Exercício contidos na Primeira Emenda”¹⁵. E a Suprema Corte dos Estados Unidos não esperou muito. Após a decisão da *Colorado Supreme*

¹³ “*Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission: Whether a business open to the public has a constitutional right to discriminate*”, *American Civil Liberties Union*. Disponível em: <<https://www.aclu.org/cases/masterpiece-cakeshop-v-colorado-civil-rights-commission?redirect=cases/charlie-craig-and-david-mullins-v-masterpiece-cakeshop>>. Acesso em: 01 out. 2018.

¹⁴ Na oportunidade, a Corte de Apelação apresentou *distinguishing* da sentença dos confeitários devotos de outro caso. Noutra demanda, três confeitarias se recusaram a criar um bolo com a mensagem “A homossexualidade é um pecado detestável. Levítico 18:22”. Em tais casos, sustentou o colegiado, as padarias fizeram e faziam outros bolos para clientes cristãos e se recusaram a este pedido com base não nas pessoas, mas na mensagem ofensiva, não no credo dos clientes, enquanto que a recusa da *Masterpiece* “foi por causa de sua oposição ao casamento do mesmo sexo que ... é equivalente a discriminação com base na orientação sexual”.

¹⁵ “*Whether applying Colorado’s public accommodations law to compel Phillips to create expression that violates his sincerely held religious beliefs about marriage violates the Free Speech or Free Exercise Clauses of the First Amendment*”.

Court, o órgão máximo do Judiciário americano admitiu o recurso de revisão e chamou para si a tarefa de dar a palavra final na questão¹⁶.

Do outro lado do mar, em maio de 2015, os noticiários já anunciavam o primeiro capítulo da batalha judicial do caso *Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others*, “Confeitaria é condenada por se recusar a fazer bolo com slogan anti-homofobia”¹⁷. Após o juízo distrital da cidade de Belfast entender que a recusa em prosseguir com o pedido se deu quando houve a percepção que o Sr. Lee era gay, com ênfase no direito à igualdade¹⁸ e na tese de que um comerciante não poderia se recusar a prestar um serviço porque não concorda com um pedido razoável de cliente, a confeitaria irlandesa *Ashers Baking Company* foi condenada a pagar £500 (quinhentas libras) em indenização ao Sr. Gareth Lee¹⁹. Inconformados com a sentença, os proprietários da confeitaria irlandesa apresentaram apelação à Corte distrital. A partir daí, tudo mudaria.

Após a Comissão para a Igualdade da Irlanda do Norte (ECNI) se juntar ao Sr. Lee na apelação proposta, houve intervenção no feito por parte do Procurador Geral da Irlanda do Norte no dia 28 de outubro de 2016, tendo, por este evento, o caso sido remetido à *Supreme Court of the United Kingdom*, para que o órgão resolvesse a contenda.

2.2.2 Manifestações em prol dos fornecedores e da objeção de consciência

Nas Supremas Cortes, tanto dos Estados Unidos da América quanto do Reino Unido, os posicionamentos em prol dos consumidores foram diametralmente invertidos em prol dos fornecedores. As teses apresentadas, em ambos os casos, favoreceram os confeitários devotos – sucede que, como será assentado, estes precedentes apresentam razões de decidir (*ratio decidendi*) heterogêneas.

¹⁶ “Supreme Court will hear case of Colorado baker who refused to make wedding cake for same-sex couple”, *The Los Angeles Times*. Disponível em: <<http://www.latimes.com/politics/la-na-pol-court-gays-religion-20170626-story.html>>. Acesso em: 01 out. 2018.

¹⁷ “Confeitaria é condenada por se recusar a fazer bolo com slogan anti-homofobia”, *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-20/confeitaria-condenada-nao-bolo-slogan-anti-homofobia>>. Acesso em: 01 out. 2018.

¹⁸ A extração das teses eminentemente se deu a partir das normas do *Equality Act (Sexual Orientation) Regulations (Northern Ireland)* de 2006 e do *Fair Employment and Treatment Order* de 1998.

¹⁹ Quando da sentença, o valor desta condenação seria algo em torno de R\$ 2.200 (dois mil e duzentos reais).

Como já citado, o caso *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* teve encerramento na *Supreme Court of the United States*, tendo isto ocorrido no dia 04 de junho de 2018, após término da instrução no dia 05 de dezembro de 2017. Na Suprema Corte americana o debate se centrou em poucas questões específicas. Tanto a *Colorado Civil Rights Commission* como a *Alliance Defending Freedom* instaram a Suprema Corte a rejeitar a admissibilidade do recurso de revisão acatado, isto sob o temor de que uma decisão da última instância judicial dos Estados Unidos favorável à confeitaria criasse um "buraco" nas leis dos direitos civis com base na religião²⁰. Sucede que, após toda a repercussão do caso, os memoriais foram recebidos em dezembro de 2016 e a Corte concordou em ouvir a demanda e recebeu as alegações orais em 05 de dezembro de 2017²¹.

Concisamente, a *Masterpiece* solicitou que a lei antidiscriminação do Colorado fosse revista pela Suprema Corte dos Estados Unidos sob rigoroso escrutínio. A confeitaria sustentou que, embora a lei do Estado do Colorado devesse garantir que casais de sexos iguais tenham acesso aos mesmos serviços que casais heterossexuais, a lei teria sido superprotetora, tendo ido muito além da proteção, já que Craig e Mullins conseguiram facilmente um bolo de casamento de outro fornecedor²².

A confeitaria ainda aduziu que a lei antidiscriminação poderia ser usada para segregar seletivamente a religião, já que a própria *Colorado Civil Rights Commission* havia permitido noutras oportunidades que confeitores se recusassem a fornecer bolos com mensagens negativas ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, embora a própria tivesse sustentado que essas recusas eram apropriadas devido à ofensividade das mensagens e não com base na religião²³.

O Estado do Colorado, por meio da Comissão e a *Alliance Defending Freedom*, contra-argumentaram estas alegações, declarando que a lei tinha como objetivo apenas a condução de um negócio, não seu discurso, e, em casos como um

²⁰ "Supreme Court will hear case of Colorado baker who refused to make wedding cake for same-sex couple", *The Los Angeles Times*. Disponível em: <<http://www.latimes.com/politics/la-na-pol-court-gays-religion-20170626-story.html>>. Acesso em: 01 out. 2018.

²¹ Ibidem, Idem.

²² "Wedding cakes v. religious beliefs?: In Plain English", *SCOTUSblog*. Disponível em: <<http://www.scotusblog.com/2017/09/wedding-cakes-v-religious-beliefs-plain-english/>>. Acesso em: 01 out. 2018.

²³ Idem.

bolo de casamento, “nenhum homem médio entenderia que o mero fornecimento de um bolo para um gay casal seria expressão de a aprovação do fornecedor com o casamento do cliente”²⁴. Tais entidades ainda sustentaram que a confeitaria poderia fornecer, por meio de avisos genéricos na loja, informações sobre o fato de que quaisquer que fossem os serviços prestados, os próprios não endossariam pessoalmente quaisquer das expressões ou frases solicitadas, até como um subsídio e incremento à lei antidiscriminação²⁵. Nada disso foi bastante.

Durante e após a instrução, mais de 100 pedidos de *amicus curiae* foram feitos à Suprema Corte e aceitos, incluídas associações de advogados, entidades de proteção e defesa de direitos LGBT, institutos cristãos e até o Departamento de Justiça dos Estados Unidos. Após sustentações orais finais, no dia 04 de junho de 2018, a Suprema Corte dos Estados Unidos se manifestou.

A maioria da Corte, por meio de acórdão da lavra do *Justice* Anthony Kennedy, fiel da balança, decidiu que, embora um confeitoiro, na qualidade de proprietário de uma empresa que serve o público, “possa ter seu direito ao livre exercício de sua religião e profissão, este é limitado por leis geralmente aplicáveis”. Sucederia que, a decisão do Estado do Colorado, por meio de sua Comissão, de processar o confeitoiro, como feito, seria “um fator que violaria a obrigação do Estado de neutralidade religiosa” pois teria ido de encontro à Primeira Emenda²⁶.

Ou seja, os *justices* resolveram a questão sem analisar a alegação de violação da liberdade de expressão e de religião, que poderia ser atribuída a um confeitoiro, a um artista. A inteligência é que isto criaria complicações, porque, caso a caso, caberia à jurisdição ordinária sempre ter de traçar uma linha entre o que significaria uma obra de arte [obrigação personalíssima] e o que seria apenas, por exemplo, um bolo comum de casamento.

Neste sentido, decidiram não apreciar a alegação de violação da liberdade religiosa do Sr. Phillips, que lhe daria o direito de discriminar gays por convicção de fé. Na ocasião, o Relator Kennedy enfatizou que o tratamento estatal do caso do Sr.

²⁴ “Wedding cakes v. religious beliefs?: In Plain English”, *SCOTUSblog*. Disponível em: <<http://www.scotusblog.com/2017/09/wedding-cakes-v-religious-beliefs-plain-english/>>. Acesso em: 01 out. 2018.

²⁵ Idem.

²⁶ “Supreme Court Overwhelmingly Rules in Favor of Colorado Baker in Wedding Cake Case”, *Townhall*. Disponível em: <<https://townhall.com/tipsheet/katiepavlich/2018/06/04/scotus-rules-bakers-opposed-to-gay-marriage-cant-be-forced-to-bake-cakes-n2487137>>. Acesso em: 01 out. 2018.

Phillips pela Comissão teria exibido manifesta hostilidade desta com relação às opiniões religiosas do mesmo, visto que a entidade, enquanto *longa manus* do Estado do Colorado no processo, chegou a comparar as crenças religiosas de Phillips à defesa da escravidão ou do Holocausto. Portanto, anularam a punição ao confeitiro, com o argumento de que a *Colorado Civil Rights Commission* não respeitou a “neutralidade religiosa”, ao se apressar em punir o confeitiro²⁷.

A decisão da *Supreme Court of the United Kingdom*, apesar de até mencionar o precedente dos Estados Unidos da América, orientou-se ao mesmo fim, mas por caminho diverso e muito menos tortuoso. No dia 10 de outubro de 2018 os noticiários ao redor do mundo espalharam a notícia, *Ashers Baking Company* ganha caso de bolo gay após apelação à Suprema Corte²⁸. O fundamento central seria o de que a objeção de consciência dos Srs. McArthur se deu com relação à mensagem no bolo, não a qualquer característica pessoal do Sr. Lee, ou qualquer um com quem estivesse associado²⁹.

²⁷ “Whatever the confluence of speech and free exercise principles might be in some cases, the Colorado Civil Rights Commission’s consideration of this case was inconsistent with the State’s obligation of religious neutrality. The reason and motive for the baker’s refusal were based on his sincere religious beliefs and convictions. The Court’s precedents make clear that the baker, in his capacity as the owner of a business serving the public, might have his right to the free exercise of religion limited by generally applicable laws. Still, the delicate question of when the free exercise of his religion must yield to an otherwise valid exercise of state power needed to be determined in an adjudication in which religious hostility on the part of the State itself would not be a factor in the balance the State sought to reach. That requirement, however, was not met here. When the Colorado Civil Rights Commission considered this case, it did not do so with the religious neutrality that the Constitution requires. Given all these considerations, it is proper to hold that whatever the outcome of some future controversy involving facts similar to these, the Commission’s actions here violated the Free Exercise Clause; and its order must be set aside” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of The United States. *Masterpiece Cakeshop Ltd. & Jack C. Phillips v. Colorado Civil Rights Commission & Charlie Craig & David Mullins* (2015COA115, 2017), Justice Anthony Kennedy, j. 04.06.2018, p. 6 et. seq.

”; “Religiosos buscam na Suprema Corte dos EUA direito de discriminar gays”, *Revista Eletrônica Conj. Jur.* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-25/religiosos-buscam-suprema-corte-direito-discriminar-gays>>. Acesso em: 01 out. 2018.

²⁸ “Ashers Baking Co wins 'gay cake' case appeal in UK Supreme Court”, *ABC News*. Disponível em: <<https://www.abc.net.au/news/2018-10-11/christian-gay-cake-bakery-has-supreme-court-win/10363112>>. Acesso em: 01 out. 2018; “Justiça britânica dá razão a confeitiro que se negou a fazer bolo com mensagem de apoio a casamento gay”, *G1*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/10/10/justica-britanica-da-razao-a-confeitiro-que-se-negou-a-fazer-bolo-com-mensagem-de-apoio-a-casamento-gay.ghtml>>. Acesso em: 01 out. 2018.

²⁹ “The objection was to being required to promote the message on the cake. The less favourable treatment was afforded to the message not to the man. It was not as if he were being refused a job, or accommodation, or baked goods in general, because of his political opinion, (...) The evidence was that they were quite prepared to serve him in other ways. The situation is not comparable to people being refused jobs, accommodation or business simply because of their religious faith. It is more akin to a Christian printing business being required to print leaflets promoting an atheist message” REINO UNIDO. *The United Kingdom Supreme Court. Lee (Respondent) v*

A própria Lady relatora do caso e presidente da Suprema Corte Brenda Hale sustentara, “é profundamente humilhante e contrário à dignidade humana negar um serviço a uma pessoa devido a sua raça, sexo, deficiência, orientação sexual, sua religião ou suas convicções”, mas “não foi o que aconteceu neste caso”. Por fim, entretanto, fez questão de declarar que a conclusão da Corte seria de “forma alguma feita para diminuir a necessidade de proteger pessoas gays e pessoas que apoiam o casamento gay”. Enquanto os confeitores comemoravam a decisão, o Sr. Gareth Lee, fez ressoar seus sentimentos, “Na Irlanda do Norte, sou um cidadão de segunda classe”³⁰.

Estes dois precedentes são os pilares para se analisar como resolver a presente problemática no caso de vir a ocorrer no Brasil. Para tanto, será delimitada a questão fática investigada.

2.3 A ATUAL CONFIGURAÇÃO DA QUESTÃO INVESTIGADA

O que se avizinha à realidade brasileira é uma situação fática plenamente apta à apreciação pela academia, pelos juízes e tribunais pátrios com competência cível e trabalhista, e, em último caso, até pelo Supremo Tribunal Federal. Existem nuances específicas nos referidos casos que precisam ser esmiuçados. No caso *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, do ponto de vista instrumental, nota-se que o contrato em questão a ser entabulado seria um contrato de empreitada, negado pelo fundamento de objeção de consciência, após o Sr. Jack Phillips perceber que o seus clientes Charlie Craig e David Mullins eram um casal gay³¹.

Não houve sequer detalhamento do que ou como seria o objeto do contrato - o bolo de casamento. Neste caso, a formação do contrato de empreitada se

Ashers Baking Company Ltd and others (Appellants) (Northern Ireland). Lord Hale, j. 10/08/2018, p. 15 et. seq.

³⁰ “Recusa de padaria em fazer bolo favorável a casamento gay não é discriminatória, diz corte britânica”, *Estadão*. Disponível em: <<https://emails.estadao.com.br/noticias/comportamento,recusa-de-padaria-em-fazer-bolo-favoravel-a-casamento-gay-nao-e-discriminatoria-diz-corte-britanica,70002541805>>. Acesso em: 01 out. 2018.

³¹ “Supreme Court to take case on baker who refused to sell wedding cake to gay couple”, *The Washington Post*. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/politics/courts_law/supreme-court-to-take-case-on-baker-who-refused-to-sell-wedding-cake-to-gay-couple/2017/06/26/0c2f8606-0cde-11e7-9d5a-a83e627dc120_story.html?noredirect=on&utm_term=.1a472bda6afd>. Acesso em: 01 out. 2018.

encerrou na etapa de negociação prévia, tendo, por ocorrência do dever de autoinformação, o Sr. Jack Phillips percebido que os clientes eram gays e, diante de tal fato, objetou o prosseguimento do referido contrato. A última coisa que se sucedeu foi o oferecimento, por meio de compra e venda, de outros bolos pré-moldados e já feitos na loja, onde o Sr. Phillips se dispôs a vendê-los, tendo sido a oferta recusada por Charlie e David³².

Concisamente, no caso *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, não houve formação do contrato de empreitada por objeção de consciência religiosa por parte do confeitiro, não tendo esta sido fundamentação suficiente. Nem mesmo a oferta de compra e venda de outros bolos pré prontos, para o casal apaziguou a situação, pois estes que se sentiram negativamente discriminados e, por isso, processaram a confeitaria³³.

Já no caso *Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others*, a situação foi um pouco diversa. Também de um ponto de vista contratual, percebeu-se que tanto o sr. Lee quanto os srs. McArthur policitaram a empreitada do bolo decorado, houve surgimento do contrato por manifestação de vontade de ambos e, também, adimplemento pelo cliente tendo o mesmo apenas de aguardar a feitura do objeto da empreitada.

Ocorreu que, após 48 horas de reflexão, onde os Srs. McArthur alegaram que não levantaram a objeção quando da negociação para evitar constrangimentos ao Sr. Lee, os confeitiros entraram em contato com o cliente resilindo unilateralmente o contrato. Isto agora sob o fundamento de objeção de consciência, e se colocando à disposição para reembolsar o cliente no valor pago. Nada disso, igualmente ao caso americano, foi bastante para que o consumidor não se sentisse discriminado negativamente, tendo decidido processar a confeitaria da mesma forma.

³² “Confeitaria se recusa a fazer bolo para casamento gay e caso para na Justiça”, G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2015/08/confeitaria-se-recusa-fazer-bolo-para-casamento-gay-e-caso-para-na-justica.html>>. Acesso em: 01 out. 2018.

³³ Idem.

3 A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA RELIGIOSA: SURGIMENTO, DESENVOLVIMENTO E A SITUAÇÃO ATUAL DO BRASIL

O primeiro passo a ser dado neste tópico é analisar, em síntese, como a objeção de consciência pode ser entendida no Direito Brasileiro, notadamente a partir de suas raízes históricas, da revisão bibliográfica da literatura jurídica brasileira e estrangeira acerca do instituto e, também, como o Legislativo e o Judiciário nacional apreciam e regulamentam-na a definir como a situação problema deste trabalho pode ser resolvida à luz do ordenamento jurídico pátrio.

3.1 HISTÓRICO SOBRE A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

O surgimento do direito à objeção de consciência, também chamada de escusa, imperativo ou cláusula de consciência, está intimamente ligado à liberdade religiosa. Como aduz Luis Roberto Barroso³⁴, “a religião está presente na vida das pessoas e nas comunidades políticas desde o início dos tempos”. É que “a condição humana nela tem buscado, ao longo dos séculos” as “respostas para questões existenciais básicas, relacionadas ao sentido da vida, ao mundo à volta e à posteridade”³⁵. Aninhada a esta concepção, imbrica-se a objeção de consciência.

As primeiras passagens líricas que dão ideia de objetores de consciência encontram-se nos clássicos romances e epopéias gregas. Destas, a que melhor reflete o conflito interior do ser humano entre as leis do mundo e as leis celestiais pode ser encontrada na tragédia *A Antígona*, do dramaturgo grego Sófocles (497 a.C – 405 a.C). Onde, Antígona, ao perceber que o corpo de seu irmão Polinices, que morreu lutando contra o rei Creonte, não seria sepultado como capitulação legal por seus erros ao soberano, reage afirmando que tais mandos, que tais leis, “não foi Zeus que as promulgou, nem a Justiça, que coabita com os deuses infernais, estabeleceu tais leis para os homens”. E prosseguiu sua reação, “eu entendi que os

³⁴ BARROSO, L. R.. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo. (orgs.). *Direitos do Paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 363 e ss.

³⁵ MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. Religião e direitos fundamentais: o princípio da liberdade religiosa no Estado Constitucional Democrático brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*, São Paulo, v. 18, jul./dez., 2012, p. 225-242.

teus éditos não tinham tal poder que um mortal pudesse sobrelevar os preceitos, não escritos, mas imutáveis dos deuses”. Porque “esses não são de agora, nem de ontem, mas vigoram sempre, e ninguém sabe quando surgiram”³⁶

Noutra tradução, em forma teatral, o diálogo assim ocorre: “Creonte (para Antígone): Tu, que pendia a fronte, estás o chão fitando, Responde à acusação. Estou interrogando. És tu a delinqüente; ou negas o atentado?”, em seguida “Antígone: Longe de mim negá-lo. Eu tudo hei praticado. Creonte: Sabias do edital? Responde: sim ou não? Antígone: Ninguém deixou de ouvir em Tebas o pregão; O edital figurou em toda a praça e rua”. E prossegue, “Creonte: E não o respeitastes? É grande audácia tua”. Ao que Antígone reage, “Não foi o Sumo Zeus essa ordem emanada. Nem a justiça a impôs a dos Manes na morada. Do céu não procedeu. Nem podia acudir-me” pois “Que um decreto de rei a ato humano infirme / Inolvidáveis leis, eternas, não escritas, / À raça dos mortais por imortais prescritas. Não são d’ontem e nem d’hoje; estranhas são às datas” E, finalizando, disse que estes “Têm existido sempre, imutáveis, inatas. Por humana coação leis santas infringir / Fora da divindade a cólera atrair”³⁷.

É somente na Era Apostólica (30 - 325) do Cristianismo ocidental³⁸ que surge a passagem que melhor pode traduzir o caminhar histórico do que aqui se analisa, ao menos de uma perspectiva ocidental. Sobre esta época, Manoel Jorge e Silva Neto aduz que, “consolidado o Cristianismo e a Religião Católica Apostólica Romana como a fé oficial do Estado, qualquer tentativa de criação de novo segmento religioso”, bem como “manifestação de culto de forma distinta dos rituais sacralizados pelos procedimentos católicos era considerada bruxaria ou heresia, e, portanto, duramente castigada” ³⁹. Pois bem, no que diz respeito à objeção de

³⁶ SÓFOCLES. *Antígona*. (intro., trad. do grego e notas de Maria Helena da Rocha Pereira). 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica, 2005, pp. 56-57.

³⁷ MATA-MACHADO, 1986, p. 59 *Apud* MARQUES, Daniela de Freitas. Decisão de consciência. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais*, Minas Gerais, v. 37, n. 37, 2000, p. 50.

³⁸ EVANS, G. R. *A brief history of heresy*. Oxford: Blackwell Publishing. 2003, pp. 18-22; SHELDRAKE, Philip. *A brief of History of spirituality*. Oxford: Blackwell Publishing. 2007, pp. 28-56.

³⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. A proteção constitucional da liberdade religiosa. In: *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 40, n. 160, p. 111-130, 2003, out./dez, p. 113.

consciência, no Livro dos Apóstolos, São Pedro (1-67), mais precisamente em Atos 05:29, confessou: “Mais importa obedecer a Deus do que aos homens”⁴⁰.

Seja de pontos de vista religioso, filosófico, sociológico ou outros, tais passagens evocam uma problemática justeleológica existente entre os primeiros cristãos que, até hoje, como aqui, poderia ser condensada em saber se e quando a pessoa humana deve obedecer a Deus ou às leis terrenas, também chamadas leis civis⁴¹. Apesar de não ser esta a problemática deste trabalho, esta temática delinea a questão da objeção de consciência.

Esta perspectiva religiosa, nota-se, é identificada, por exemplo, nos escritos de São Tomás de Aquino. O frade sustentava, “parece que a lei humana não impõe ao homem a necessidade no foro da consciência. 1 – Isto porque um poder inferior não pode impor a lei ao juízo de um poder superior”. Neste sentido, prosseguia o teólogo, “o poder do homem, que instaura a lei humana, é inferior ao poder divino. Portanto, a lei humana não pode impor a lei ao juízo divino, que é o juízo da consciência”. Indo além, entretanto, ponderava que “o juízo da consciência depende[ria] sobretudo dos mandamentos divinos. (...)”, assim, segundo o mesmo, “deve dizer-se que as leis humanamente impostas são justas ou injustas. Se justas, têm a força de obrigar no foro da consciência por causa da lei eterna da qual derivam”⁴².

Em crítica, Bertrand Russel sustentava que “um dos defeitos da religião tradicional é o seu individualismo, e tal defeito pertence também à moralidade a ele associada”. Prosseguindo, equacionava que, “tradicionalmente, a vida religiosa era, por assim dizer, um diálogo entre a alma e Deus. Obedecer à vontade de Deus era virtude”, sendo que “isso era possível ao indivíduo sem que levasse de modo algum em conta a situação da comunidade. Certas seitas protestantes” ponderava

⁴⁰ No original, “5:29 *Respondens autem Petrus et apostoli dixerunt: “Oboedire oportet Deo magis quam hominibus”*. Cf. http://www.vatican.va/archive/bible/nova_vulgata/documents/nova_vulgata_nt_actus-apostolorum_lt.html#5, Acesso em 01/08/2018. Há outras traduções para esta passagem do sacerdote: “É necessário que primeiro obedeçamos a Deus, depois às autoridades humanas”, “É preciso obedecer antes a Deus do que aos homens!”, “Importa obedecer antes a Deus do que aos homens”.

⁴¹ Esta problemática pode surgir noutras sociedades e contextos históricos. A presente pesquisa, como destacado, foca suas atenções numa perspectiva ocidental judaico-cristã, não podendo os resultados da mesma serem admitidos em sua íntegra fora deste âmbito sua gênese.

⁴² TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Escritos políticos*. trad. Francisco Benjamin de Souza Neto. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995, p. 102 et seq.

“desenvolvem a idéia de ‘encontrar a salvação’”, mas”, segundo o mesmo “isso sempre esteve presente nos ensinamentos cristãos. Esse individualismo da alma, isoladamente”, que buscava rechaçar, “teve o seu valor em certas fases da história, mas, no mundo moderno, precisamos antes de uma concepção social que individual, quanto ao que se refere ao bem-estar da comunidade”⁴³.

Do ponto de vista das relações sociais, Paul Ricoeur, também com base na obra Antígona, moderava que “a tragédia de Antígona incide naquilo que, na esteira de Steiner, se pode chamar o fundo agonístico da provação humana, na qual se confrontam interminavelmente o homem e a mulher,” bem como” a velhice e a juventude, a sociedade e o indivíduo, os vivos e os mortos, os homens e o divino”⁴⁴.

De toda forma, é no contexto de transição entre a era republicana e a imperial de Roma e no consolidar desta que surgem os primeiros confrontos entre assim conhecidos objetores de consciência e o Estado. Neste sentido, sucessivas fontes históricas e literárias ressaltam que os primeiros objetores de consciência podem ser identificados entre os cristãos primitivos⁴⁵, aqueles que negavam ou resistiam à lei do César em nome das escrituras sagradas e dos Salmos dos Apóstolos.

As primeiras manifestações da objeção de consciência ocorreram, então, com relação às ordens anti-pagãs religiosas, mais especificamente com os primitivos mártires cristãos no Império Romano, quando estes foram alvo da fúria imperial por sistematicamente haverem se negado a recusar ou abdicar da sua fé⁴⁶. Tal fato, “por si só, [é] revelador de uma intromissão inaceitável do Estado nas convicções dos indivíduos” já que, “aquele estava a exigir a estes algo que lhes é sagrado e que não podiam de forma alguma abdicar” isto “sob pena de ficarem privados do sentido pelo qual orientam a sua vida”⁴⁷.

⁴³ RUSSEL, Bertrand. *Porque não ou cristão: e outros ensaios sobre religião e assuntos correlatos*. São Paulo: Exposição do Livro, 1972, p. 45 et seq.

⁴⁴ RICOEUR, Paul. *Soi-même comme un autre*. Paris: Seuil, 1990, p 283.

⁴⁵ Neste sentido, CORREIA, António Damasceno. *O direito à objeção de consciência*. Lisboa, Portugal: Veja Editora, 1993, *passim*; COUTINHO, Francisco Pereira. Sentido e limites do direito fundamental à objeção de consciência. *Working Paper 6/01*. Lisboa, Portugal: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2001, Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Downloads/223.pdf>, Acesso em: 01/08/2018.

⁴⁶ Idem, *Ibidem*.

⁴⁷ COUTINHO, Op. cit., p. 5.

Em sentido comum, porém mais historicamente avantajado, existem outras fontes⁴⁸ que entendem que o fenômeno da objeção de consciência, apesar de não haver surgido com as perseguições medievais modernas no contexto das Revoltas e Revoluções Liberais dos séculos XVIII e XIX, somente se torna uma problemática mais relevante ao Direito com o nascimento da América, e não no quanto ocorrido em Roma, tendo por marco a viagem do navio *Mayflower*.

Destaca-se, dentre estes, o raciocínio de José Carlos Buzanello, que sustenta que “a objeção de consciência surge historicamente como problema referente à independência do indivíduo religioso em relação à autoridade religiosa ou ao Estado” o que, segundo o mesmo, “mais tarde se torna uma prescrição política de ordem política (liberal), com grande ressonância no ocidente com a defesa dos direitos individuais”⁴⁹.

Um dos principais pensadores que se inserem dentro de tal movimento é o inglês Jon Locke. Este precursor teórico do liberalismo e inspirador de grande parte da difusão dos ideais iluministas, defendeu a liberdade religiosa enquanto conteúdo inarredável do núcleo fundamental da liberdade individual. Em sua Carta sobre a Tolerância, sustentara que “a preocupação com a alma de cada homem e com as coisas do Céu, que não pertence à comunidade nem pode ser submetida a ela, deve ser deixada inteiramente a cada um”. De um modo ou outro, “(...) seja falsa ou verdadeira, [a religião] não traz prejuízos aos interesses mundanos (...) [dos] súditos conterrâneos [dos magistrados]” estes que “são a única coisa que está sob os cuidados da comunidade”⁵⁰.

Gabriel Mora-Restrepo⁵¹, analisando este posicionamento, aduz que, em muito, deve-se não apenas pela influência dos filósofos liberais, mas, também, por autores clássicos do Direito Constitucional anglo-americano que visavam a formação de bases para uma história constitucional original às Américas que fosse comum aos ideais das Revoltas e Revoluções Liberais. Tanto assim se sustenta que António

⁴⁸ AGESTA, Luis Sánchez. *Curso de derecho constitucional comparado*. 7. ed. Madri: Universidad Complutense, 1988, p. 172; BRADFORD, William. *Bradford's History of 'Plimoth Plantation'*. Boston: Deane, 1856, p. 10 et seq.

⁴⁹ BUZANELLO, José Carlos. Objeção de consciência: um direito constitucional. In: *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 38, n. 152, out./dez. 2001, p. 175.

⁵⁰ LOCKE, John. *Carta sobre a tolerância*. Lisboa: Edições 70, 1985, p. 84.

⁵¹ MORA-RESTREPO, Gabriel. Objeción de conciencia e imposiciones ideológicas: el *Mayflower* a la deriva. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Colombia, n. 13, jul./dez., 2011, p. 249-273.

Damasceno Correia defendera que o passar dos séculos levou inexoravelmente a uma transformação do Cristianismo, levando-o a assumir vários outros dogmas, tendo a objecção de consciência acabado por servir ao protestantismo (que dela se socorreu através da noção de livre arbítrio) e sido utilizada até como pedra-de-toque do liberalismo⁵².

De todo modo, é justamente com a refundação da noção do Estado Moderno a partir do Iluminismo e das Constituições dos Estados Unidos de 1789 e da Constituição Francesa de 1791 que a objecção de consciência evidencia-se como uma questão de direitos, precisamente de direitos fundamentais⁵³. No que diz respeito à realidade norteamericana, calha rememorar que, dentro de tal contexto, foi editada a primeira Emenda à Constituição Americana de 1787 que previu uma sistemática de desentranhamento entre a religião e o Estado, de modo também a salvaguardar, à época, o livre exercício das liberdades religiosas⁵⁴.

A partir de tal evento, como aduz Luis Roberto Barroso⁵⁵, paulatinamente, a liberdade de religião – o direito de professar uma crença e seguir os seus ritos, sem restrições outras que não as ditadas pela ordem pública e pelos direitos de terceiros – foi sendo instituída e/ou juntada a documentos constitucionais, como art. 10 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Com o pós Segunda-Guerra surgiram os arts. 18 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), o art. 18 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966), o art. 12 da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), o art. 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (1953). E, mais atualmente, o art. 4º da Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e de Discriminação Baseadas em Religião ou Crença (1981).

⁵² CORREIA, António Damasceno. *O Direito à Objecção de Consciência*. Vega, Lisboa, 1993, p. 33-36; SILVA SOARES, J. A. *Objecção de Consciência*, in *Polis*, IV, Lisboa, 1986, p. 738.

⁵³ CARDOSO, Soraia; PAMPLONA, Raquel. Os novos contornos do direito de objecção de consciência: os fundamentos e a evolução do direito à objecção de consciência no direito constitucional português. Análise de um direito em permanente evolução e presente em diferentes realidades. In: *Direito, Estado e Religião*. n. 3, Lisboa, n. 3, jul., 2015, p. 4 et seq.

⁵⁴ Texto da Primeira Emenda à Constituição Americana: “*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*”.

⁵⁵ BARROSO, L. R.. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (orgs.). *Direitos do Paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 364 e ss.

De todos estes documentos jurídicos, o que mais é necessário ponderar é que, durante o Concílio Vaticano II, de 7 de dezembro de 1965, estabeleceu-se entendimento oficial no âmbito da Santa Sé acerca da objeção de consciência com a constituição pastoral *Gaudium et Spes*, sendo aquela desdobramento do conteúdo da dignidade da pessoa humana, especificamente à consciência moral⁵⁶.

O texto promulgado pelo Papa Paulo VI estatui a questão a partir de uma problemática, “no fundo da própria consciência, o homem descobre uma lei que não se impôs a si mesmo, mas à qual deve obedecer”. A partir disso, “essa voz, que sempre o está a chamar ao amor do bem e fuga do mal, soa no momento oportuno, na intimidade do seu coração: faze isto, evita aquilo”. Entretanto, “o homem tem no coração uma lei escrita pelo próprio Deus; a sua dignidade está em obedecer-lhe, e por ela é que será julgado”⁵⁷.

Sucede que “a consciência é o centro mais secreto e o santuário do homem, no qual se encontra a sós com Deus, cuja voz se faz ouvir na intimidade do seu ser”⁵⁸. Daí que “graças à consciência, revela-se de modo admirável aquela lei que se realiza no amor de Deus e do próximo”⁵⁹. Neste sentido, “pela fidelidade à voz da consciência, os cristãos estão unidos aos demais homens” isto “no dever de buscar a verdade e de nela resolver tantos problemas morais que surgem na vida individual e social”. Assim, “quanto mais, portanto, prevalecer a recta consciência, tanto mais as pessoas e os grupos estarão longe da arbitrariedade cega e procurarão conformar-se com as normas objectivas da moralidade”.

Ressalva, entretanto, que, “não raro, porém, acontece que a consciência erra, por ignorância invencível, sem por isso perder a própria dignidade”. Mesmo assim, “outro tanto não se pode dizer quando o homem se descuida de procurar a verdade e o bem e quando a consciência se vai progressivamente cegando, com o hábito do pecado”. Isto posto, afigura-se um apanhado geral no que tange à objeção de consciência religiosa numa perspectiva ocidental e judaico-cristã.

⁵⁶ VATICANO. *Gaudium et Spes*. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_po.html>, Acesso em: 01 out. 2018.

⁵⁷ Rom. 2, 14-16.

⁵⁸ Pio XII, radiomensagem acerca da formação da consciência cristã nos jovens, 23 março 1952: AAS 44 (1952), p. 271.

⁵⁹ Cfr. Mt. 22, 37-40; Gál. 5,14.

3.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO INSTITUTO JURÍDICO

A objeção de consciência pode ser conceituada, para os fins do que aqui se analisa, “na recusa em realizar um comportamento prescrito, por força de convicções seriamente arraigadas no indivíduo, de tal sorte que, se o indivíduo atendes se ao comando normativo, sofreria grave tormento moral”⁶⁰.

Em monografias específicas acerca da temática da objeção de consciência em língua portuguesa, porém voltadas ao campo penal e eleitoral, os autores Bruno Heringer Júnior e Rogério Carlos Born chegam a conceitos similares. Heringer Júnior afirma que “é possível conceituar a objeção de consciência como o comportamento, geralmente individual e não violento, de rechaço, por motivo de consciência, ao cumprimento de dever legal”⁶¹. Em vertente similar, Carlos Born sustenta que a “objeção de consciência é o direito fundamental que permite que qualquer cidadão se recuse a cumprir determinado dever a todos imposto quando a exigência contrariar as suas crenças e com convicções, podendo o Estado”, alternativamente, “obrigar-lhe a uma prestação substitutiva, se houver autorização expressa na norma hipotética fundamental. Em outras palavras,”, reformula, “é o direito individual de oposição ao cumprimento de leis, atos normativos e disposições privadas que causem aversão, constrangimento” bem como “ojeriza ao destinatário em razão de conflito com seus dogmas e valores pessoais”⁶².

Jayme Weingartner Neto entende a objeção de consciência, enquanto uma liberdade fundamental, que traduzir-se-ia “na autonomia moral-prática do indivíduo”, noutras palavras, numa “faculdade de autodeterminar-se no que tange aos padrões éticos e existenciais, seja da própria conduta ou da alheia – na total liberdade de autopercepção”, isto “seja em nível racional, mítico-simbólico e até de mistério”⁶³.

A partir de concepções estrangeiras, a objeção de consciência, em entendimento similar, poderia ser conceituada como o “não cumprimento de obrigações e no não praticar atos previstos legalmente, em virtude de as próprias

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 357.

⁶¹ HERINGER JÚNIOR, Bruno. *Objeção de consciência e direito penal: Justificação e limites*. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 43.

⁶² BORN, Rogério Carlos. *Objeção de consciência: Retrições aos direitos políticos e fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 59.

⁶³ WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentário ao artigo 5º, VI a VIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 565.

convicções do sujeito o impedir de cumpri-las”, de modo que “estes atos e incumprimentos estão isentos de quaisquer sanções”⁶⁴.

No que tange às características e ao conteúdo da objeção de consciência, em dissertação de Mestrado⁶⁵, Nilson Roberto da Silva Gimenes sustenta que haveriam três decorrências de tal direito. A primeira característica ou conteúdo da objeção de consciência seria a manifesta e expressa recusa ao cumprimento de norma jurídica vigente em certa sociedade, ou na submissão à diretriz ou comando de uma autoridade política pública ou, então, na negação de uma proposta ou comportamento imposto em face do Estado.

A segunda seria que tais atos devessem ser praticados sob fundamento de foro íntimo e religioso do ou da objetor(a), tendo, enfim, por terceira característica, decorrente de seu conteúdo, o uso de não violência como meio de atuação. Ou seja, poder-se-ia asseverar que a prática do direito à objeção de consciência seria exercício regular de direito decorrente diretamente do direito à liberdade religiosa, não podendo haver abuso, sob pena de desconfiguração do permissivo constitucional.

Juan Ignacio Arrieta, por sua vez, expressa que na estrutura da objeção de consciência religiosa, há, sempre, um imperativo ético que deve ser pessoalmente advertido em face dos demais, para que não ocorra uma colisão indevida entre o exercício da escusa de consciência e a Lei ou certo contrato (a ser) pactuado⁶⁶.

No mais, cumpre salientar que o direito à escusa de consciência não pode ser invocado pelos titulares de cargos públicos no que diz respeito à prestação de serviços públicos e ao cumprimento dos deveres inerentes às funções que

⁶⁴ COUTINHO, Francisco Pereira. Sentido e limites do direito fundamental à objeção de consciência. *Working Paper 6/01*. Lisboa, Portugal: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2001, Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Downloads/223.pdf>, p. 15, acesso em 01/08/2018.

⁶⁵ GIMENES, Nilson Roberto da Silva. *O direito de objeção de consciência às transfusões de sangue*. Dissertação (Mestrado em Direito). Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, 2005, p. 32.

⁶⁶ ARRIETA, Juan Ignacio. Las objeciones de conciencia a la ley y las características de su estructura jurídica. In: *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Objeción de conciencia*, México, 1998, p. 33 et seq.

desempenham (mesmo porque não há investidura forçada, a incidir princípio básico de lealdade democrático-republicana)⁶⁷.

3.3 A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA RELIGIOSA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A objeção de consciência, no ordenamento jurídico, pátrio, encontra uma regulamentação precisa no texto da Carta Magna (5º, VIII, CFRB/88). Entretanto, até o presente momento, não há regulamentação geral acerca do instituto, existindo somente normativa atinente aos militares (Lei 8.329/1991 cc/ Portaria Nr 2.681 – COSEM I, de 28 de julho de 1992). De modo que, a partir de tal situação, utilizar-se-á de tal diploma como possível parâmetro analógico para a solução da situação problema desta pesquisa.

3.3.1 Matriz Constitucional Fundamental

Segundo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a objeção de consciência, prevista no art. 5º, VIII, CFRB/88⁶⁸, ou também chamada de escusa ou imperativo, consiste no exercício constitucional da liberdade de pensamento e crença. Onde determinada pessoa, visando se eximir de prestar uma obrigação geral imposta a todos os cidadãos, invoca motivos de crença religiosa, de convicção filosóficas, bem como políticas ou éticas, para se desobrigar desta, devendo, para tanto, cumprir prestação alternativa fixada em lei.

De todo modo, atualmente, tal instituto, inserido no paradigma do Estado Democrático de Direito, possui em seu conteúdo, a partir do exercício subjetivo da objeção de consciência, “um dever de tolerância, por parte do Estado e dos particulares (pessoas naturais ou jurídicas), de não perseguir e não discriminar os

⁶⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, v. I, 2007, p. 609-610.

⁶⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 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”.

titulares dos direitos subjetivos, quando do respectivo exercício”. Friedrich Müller, inclusive, arremata que “o conceito de ‘exclusão social’ não diz apenas respeito à pobreza ou marginalização; mas à conhecida e fatal ‘reação em cadeia da exclusão’”, esta “que se estende da exclusão econômica/financeira até a exclusão jurídica (negação da proteção jurídica e dos direitos humanos etc.), passando pela exclusão social, sócio-cultural e política”⁶⁹.

É que, não pode o Estado desnivelar as estruturas sociais e as instituições do poder público a partir de atos ou políticas públicas que excluam o outro não apenas do convívio sadio e hodierno na polis, como também do núcleo essencial de seus direitos fundamentais⁷⁰. Nas palavras de Habermas, “é preciso poder entender as decisões do legislador político como efetivação do sistema de direitos, e suas políticas como configuração desse mesmo sistema”⁷¹, e não de outra forma.

3.3.2 A Estrutura Normativa Infralegal

Como referenciado, inexistente normativa infralegal geral acerca do direito à objeção de consciência no ordenamento jurídico brasileiro. O que há de mais relevante é a Lei 8.329/1991 e a Portaria Nr 2.681 – COSEMI (Comissão de Serviço Militar), de 28 de julho de 1992 que visam regulamentar a prestação de serviço alternativo no âmbito do serviço militar obrigatório, nada que, a primeira vista, afigure-se como analógico à presente situação.

É que, o uso da cláusula de consciência religiosa foi e ainda é muito comum nas situações de pessoas religiosas que, ao ingressarem nas Forças Armadas ou serem convocadas a guerras, objetam-se a matar e, diante de tal cenário, acatam ou exigem cumprir prestação alternativa nos quartéis ou em outras instalações militares. Entretanto, o caso diverge de tal situação, o que precisa ser especificado na análise.

⁶⁹ WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentário ao artigo 5º, VI a VIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013 p. 569.

⁷⁰ MÜLLER, Friedrich. *Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?* trad. Peter Neumann. Porto Alegre: Unidade editorial, 2000, p. 38.

⁷¹ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. trad. George Sperber. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 253

4 OS CONSUMIDORES HOMOAFETIVOS E O CENÁRIO PÓS-MODERNO BRASILEIRO

A nova ordem constitucional surgida com a Carta Magna de 1988 capacitou os consumidores homoafetivos a uma tutela inovadora no comércio de produtos e serviços através de novos paradigmas não apenas supralegais como também no plano da legislação. É necessário, a partir de tal ponderação, aduzir como a vulnerabilidade ínsita dos consumidores e o princípio do equilíbrio nas relações de consumo contribuem para a solução para a problemática dos confeitores devotos.

4.1 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS CONSUMIDORES

A redemocratização nacional com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, trouxe, a reboque, a instituição da proteção e defesa dos consumidores como direito fundamental no seu art. 5º, inciso XXXII⁷², princípio da ordem econômica no seu art. 170, V⁷³, além de determinar a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor no prazo de cento e vinte dias da sua promulgação, conforme art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁷⁴.

As consequências de tais disposições constitucionais tornaram-se reconhecidas. O Direito do Consumidor, por ser norma de caráter fundamental, passou a se tornar cláusula pétrea, também se dotou apto à aplicabilidade imediata,

⁷² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, BRASIL. 1998. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 01 out. 2018.

⁷³ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)V - defesa do consumidor”, Idem.

⁷⁴ “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”, Idem.

ganhou supremacia normativa, além de haver se tornado imprescritível e inalienável nas relações de consumo brasileiras⁷⁵.

Ainda sobre estas consequências, Bruno Miragem pondera que “o direito do consumidor se compõe, antes de tudo, em direito à proteção do Estado contra a intervenção de terceiros”, assim, “a qualidade de consumidor lhe atribui determinados direitos oponíveis, em regra, aos entes privados, e excepcionalmente, ao próprio Estado”⁷⁶.

Importante com estes conceitos é alicerçar que, devido ao fato de não existirem direitos fundamentais absolutos, nem dos fornecedores objetores e nem mesmo dos consumidores homoafetivos, o debate a ser travado reside numa linha tênue que, minorando o âmbito de exercício de ambos direitos fundamentais em conflito, não lhes aniquile totalmente.

De há muito a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assim se posiciona. Exemplificadamente, manifestou o Ministro Celso de Mello que “não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto”, isto “mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam” não como regra, “a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas” obviamente, “desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição”.

E prosseguiu aduzindo que “o estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica”, visando “de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades” afinal, “nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros”⁷⁷.

⁷⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 673-674; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 490-494; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 190-182.

⁷⁶ MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental – consequências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 43, jul-set, 2002, p. 112 - 113.

⁷⁷ De há muito a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assim se posiciona. Exemplificadamente, “Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se

Eryk Jaime, por Claudia Lima Marques, alerta-nos que, nos tempos pós-modernos que vivenciamos, onde a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e o direito a ser diferente e a ser tratado diferentemente, sem mais necessidade de ser “igual” aos outros, não são mais toleráveis “mono-soluções” jurídicas que satisfaçam apenas a parcela do todo comunitário⁷⁸.

Também é interessante pontuar que esta constitucionalização dos direitos dos consumidores não é prerrogativa apenas da sociedade brasileira e a problemática aqui debatida pode ser analisada noutras realidades circunvizinhas. Por exemplo, no âmbito da América Latina, Argentina, Paraguai, Uruguai, Venezuela, Bolívia, Colômbia, Peru, Equador e Chile adotam, em suas constituições, normas de proteção e defesa dos consumidores similares às existentes no Brasil, apesar de o CDC pátrio ser reputado como a legislação latinoamericana mais avançada na matéria no âmbito regional⁷⁹.

De todo modo, o que se quer dimensionar com estas remissões é que a problemática da presente análise, para além de pontuar como se dá a proteção e defesa dos consumidores no ordenamento jurídico nacional e suas consequências normativas, destaca que a questão analisada, para além dos Estados Unidos ou

revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/1999, DJ de 12/05/2000. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1763585>>. Acesso em 01 out. 2018.

⁷⁸ JAYME, Erik. *Identité culturelle et integration: le droit internationale prive postmoderne. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Hayer*. Kluwer: Haia, 1995, p. 60 e 251; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 36.

⁷⁹ Sobre a constitucionalização do Direito do Consumidor na América Latina: CÁPPIO, Marcos. A proteção do consumidor nas Constituições dos países do Mercosul e associados. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 74, abr./jun., 2010, p. 43p-69; ODY, Lisiane Feiten Wingert. O conceito de consumidor e noção de vulnerabilidade nos países do Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 64, out-dez, 2007, p. 90-108; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos: a experiência da América Latina. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 8, out-dez, 1993, p. 200-219.

Reino Unido, potencialmente pode vir a ser submetida à apreciação judicial nos órgãos competentes das nações supracitadas em casos similares a este aqui desenvolvido.

Assim, tendo-se em consideração o ordenamento jurídico pátrio, o que não se pode perder de vista é que o conflito dos direitos fundamentais já problematizado entre consumidores homoafetivos e confeitores objetores necessita de uma constante irradiação dos direitos fundamentais colidentes, bem como de suas consequências na análise do caso concreto. Isso porque, seja qual for a resposta a ser dada, não será possível aquela que contrarie substancialmente ou aniquile o núcleo essencial de tais direitos fundamentais.

Para tanto, é necessário lembrar que a ideia de núcleo essencial dos direitos fundamentais têm gênese justamente na necessidade de estabelecer e regulamentar os limites às restrições estatais e de particulares a estas normas basilares - onde os autores alemães e brasileiros denominaram “limites dos limites” esta tipologia de proteções contra restrições tão intensas que levariam ao esvaziamento ou supressão de um direito fundamental⁸⁰. Em suma, o núcleo essencial de qualquer dos direitos fundamentais, tanto da objeção de consciência quanto da proteção e defesa dos consumidores, não pode ser afetado substancialmente⁸¹, o que cabe, assim, é a consecução de uma tese compatibilizadora e harmonizante dos direitos em conflito.

Por todas as consequências expostas, o direito fundamental à objeção de consciência não poderia ser submetido a uma constrição estatal tamanha que violasse seu núcleo fundamental, nem mesmo os consumidores homoafetivos poderiam não ser protegidos e defendidos pelo Estado. Como bem se pode concluir no que diz respeito aos direitos fundamentais aqui em choque, há “de um lado a antidiscriminação e sua busca por uma sociedade mais igualitária e plural; de outro

⁸⁰ A expressão limites dos limites (*Schranken -Schranken*) foi utilizada pela primeira vez por K. H. Wernicke nos comentários ao art. 19 da Lei Fundamental alemã (*Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Anm. II 2 b*); PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011, *passim*; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 349.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 118; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 418.

lado, os limites e os valores do Direito Contratual, dentre eles a autonomia e a derivada liberdade de contratar”⁸².

No que diz respeito a ser princípio da ordem econômica, o resultado disso ao Direito das relações de consumo é que este sempre deve ser utilizado como vetor interpretativo nas relações consumeristas visando harmonia nos atos de mercado a partir de uma conformação da livre iniciativa num viés pró consumidor⁸³. Este conteúdo, para a ordem econômica, poderia ser traduzido não como um dever de atuação direta do Estado, mas como uma prerrogativa do ente público de traçar orientações gerais para a regulação do mercado, disciplinando a liberdade pública e a regulação das relações de consumo com a finalidade de maior conscientização e autovalorização dos consumidores⁸⁴.

O Direito do Consumidor, enquanto princípio da ordem econômica, tem uma dupla função hermenêutica, a de orientar o Estado na manutenção da estabilidade das relações de comércio de produtos e serviços, fazendo vigorar socialmente as normas do CDC e, de outro lado, financiar e suportar a conscientização dos consumidores homoafetivos e dos fornecedores objetores⁸⁵.

Nenhuma das vertentes constitucionais em choque, entretanto, dá uma resposta imediata e *a priori* acerca de como resolver o problema analisado. É neste sentido que, sem olvidar tais acepções, impende-se perscrutar se a legislação infraconstitucional, notadamente o CDC, possui resposta à problemática conduzida.

4.2 PROTEÇÃO LEGAL DOS CONSUMIDORES NO BRASIL

⁸² SILVA, Jorge Cesa Ferreira da Silva. A antidiscriminação no direito contratual brasileiro: possibilidades e limites do acolhimento de um princípio. Tese (Doutorado em Direito). *Programa de Pós-Graduação em Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo*, São Paulo, 2018, p. 215.

⁸³ “Princípio limitador da iniciativa privada ou da autonomia da vontade, evidenciando o problema da desigualdade intrínseca que marca os sujeitos da relação de consumo, consumidor e fornecedor. Há, portanto, uma presunção de desigualdade (material, formal, econômica e informativa) que justifica a necessidade de proteção especial desse sujeito, em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, presente no art. 1.º, III, da CF/1988”. SCHNEIDER, Andressa. A concorrência como instrumento: uma análise em função do princípio da defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 105. mai./jun. 2016, p. 250 et seq.

⁸⁴ SILVA, Michael Hideo Atakiama. O princípio da defesa do consumidor à luz do art. 170, IV da CF/88. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 61. out.-dez., 2007, p. 245.

⁸⁵ Tal princípio, segundo Bruno Miragem, “situa-se, pois, no texto constitucional, como princípio da ordem econômica que não se observa exclusivamente com conteúdo proibitivo ou limitador da autonomia privada, senão com caráter interventivo e promocional, de efetivação dos preceitos constitucionais que o estabelecem como direito e como princípio” MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 65.

Em estudo específico acerca dos movimentos políticos na Assembleia Constituinte acerca da história do Direito do Consumidor no Brasil, Danilo Leme Crespo assevera que embora a Carta Magna tenha instrumentalizado todos os avanços dos movimentos histórico, econômicos e sociais da sociedade brasileira, o nascimento do Código Brasileiro, em verdade, remontaria à 2ª Guerra Mundial, intensificado pelo discurso do Presidente Kennedy, em 1962, além de Diretivas Europeias⁸⁶.

De toda forma, surgido o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, por meio da Lei 8.078/90, sua primeira impressão foi justamente a de ser a norma complementadora infralegal principal do bloco de constitucionalidade das relações de consumeristas. E isto foi uma grande conquista civilizacional. Como rememora Antonio Benjamin “antes do CDC, o consumidor brasileiro não tinha a sua disposição qualquer lei geral que o defendesse na sua condição especial de sujeito vulnerável no mercado de consumo”.

Além do mais, “sua proteção, no plano civil, fazia-se, com enormes dificuldades, com a utilização das regras ultrapassadas do Código Civil”. E, quanto às demais normas da legislação especial, “não existia nenhuma lei (ou dispositivo legal) que cuidasse, adequadamente, por exemplo, da publicidade, das condições gerais do contratos” bem como “da responsabilidade civil do fornecedor”⁸⁷.

Pois bem, analisando a legislação consumerista e suas correlatas, as normas que se afiguram como prováveis respostas específicas à problemática da objeção tanto a compra e venda quanto a empreitada do bolo são os arts. 39, II do CDC⁸⁸, art. 2º, I da Lei 1.521/51⁸⁹ e o art. 7º, VI da Lei 8.317/90⁹⁰.

⁸⁶ CRESPO, Danilo Leme. A assembléia nacional constituinte de 1987: grande marco na História do Direito do Consumidor no Brasil (parte 1). *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 76, abr., 2017, p. 15–46; _____. A assembléia nacional constituinte de 1987: grande marco na História do Direito do Consumidor no Brasil (parte 2). *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 77, mai., 2017, p.15–47.

⁸⁷ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. O Código de Proteção do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 7, jul./set., 1993, p. 270 et. seq.

⁸⁸ “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994) (...) II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes”.

⁸⁹ “Art. 2º. São crimes desta natureza: (...) I - recusar individualmente em estabelecimento comercial a prestação de serviços essenciais à subsistência; sonegar mercadoria ou recusar vendê-la a quem esteja em condições de comprar a pronto pagamento”.

Sucedo que, se o primeiro ímpeto é condenar os confeitores devotos, sentenciando que os mesmos devem vender os bolos ou submeterem-se à feitura compulsória dos mesmos, sob pena de cometimento de infração consumerista ou até mesmo crime contra as relações de consumo ou a ordem popular, é necessário rememorar que se interpõem as leis pela Constituição e não a Constituição pelas leis⁹¹. O mérito de tal discussão, que é o cerne deste trabalho, será travado no próximo capítulo. Por hora, são necessárias outras ponderações.

4.2.1 A Vulnerabilidade dos Consumidores

A vulnerabilidade ínsita aos consumidores, como prevista no art. 4º, inciso I do CDC, possui uma razão histórico-legislativa que a instituiu que remete às transformações do Direito Contratual Contemporâneo bem como a partir da chamada Constitucionalização do Direito Civil⁹². O núcleo duro das consequências destes fenômenos, concisamente, é a instituição de mecanismos e institutos jurídicos que visassem superar a mera igualdade formal nos contratos a uma concreta equidade material à sua feitura, desenvolvimento e extinção, mantendo, na medida do possível, a autonomia do Direito Privado⁹³.

À luz dos ensinamentos do jurista francês Marcel Waline, Bruno Miragem constata que os antigos paradigmas individualistas do Direito Civil dos séculos XVIII e XIX, cedem espaço a novos interesses igualmente reconhecidos e protegidos pelo Estado “cuja intervenção em favor do sujeito reconhecido como vulnerável tem por

⁹⁰ “Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo: (...) VI - sonegar insumos ou bens, recusando-se a vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas, ou retê-los para o fim de especulação”.

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p.188; TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método. 2006, p. 133-134.

⁹² Sobre a temática: LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do Direito Civil. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 141. jan./mar.,1999, passim; NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 31-50; TEPEDINO. As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. *Revista Estudos Jurídicos - PUC-Paraná*, Florianópolis, n. 1, v. 4, 1997, p. 101-114; BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito Civil Constitucional*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 17-29.

⁹³ MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43. Jul./set., 2002, p. 111.

objetivo a recomposição da igualdade jurídica, corrigindo os elementos fáticos de desigualdade”⁹⁴.

Dando camada específica às relações de consumo, esta dimensão protetiva das vulnerabilidades poderia ser traduzida em um verdadeiro princípio estruturante das relações de consumo, reconhecido como princípio do *favor debilis*, que determina que a interpretação e a estruturação das relações de consumo visa, como norte, a proteção do mais fraco no enlace contratual. Neste sentido, Bruno Miragem sustenta que “a rigor, todas as pessoas são em algum tempo, ou em um dado número de relações jurídicas, consumidoras”, é em tal viés que “a caracterização dos direitos do consumidor como direitos humanos, revela o reconhecimento jurídico de uma necessidade humana essencial, que é a necessidade do consumo”⁹⁵.

Precisamente, a marca insuperável da vulnerabilidade demandaria uma intervenção estatal “assegurando direitos aos mais fracos, por exemplo, os consumidores, e impondo deveres para os mais fortes, como os fornecedores de produtos e serviços na sociedade de consumo ou no mercado brasileiro”⁹⁶. Tal vulnerabilidade, por conseguinte, possui um efeito *inter partes* de estabilização contratual por meio da necessidade da prática de atos recíprocos de boa-fé que também se projeta objetivamente a terceiros a reconhecer que, em caso de inexistência de isonomia contratual, caberá intervenção estatal e até revisão judicial nos contratos visando, ao máximo, eliminar as desigualdades existentes entre as partes⁹⁷. Na concisão de Nelson Konder, esta acepção, “insere-se em um grupo mais amplo de mecanismos de intervenção reequilibradora do ordenamento” com o

⁹⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 45; Sobre as formas de tornar o consumidor vulnerável, MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor – o princípio da vulnerabilidade: no contrato, na publicidade, as demais práticas comerciais*. 3. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 245-259.

⁹⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 62.

⁹⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 30-31.

⁹⁷ Sobre a revisão judicial dos contratos, RODRIGUES JR., Otavio Luiz. A revisão judicial dos contratos de consumo. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar; SILVA, Heraldo Oliveira. (orgs.). *I Congresso Luso Brasileiro de Direito*, Coimbra, v. 01, 2014, p. 41-77; MARIMPIETRI, Flávia da Fonseca. *Pressupostos da revisão dos contratos de consumo*. Salvador: EGBA, 2008, p. 93-95 e 118-127.

fito “de, para além da igualdade formal, realizar efetivamente uma igualdade substancial”⁹⁸.

Obviamente, esta vulnerabilidade não dimensiona apenas o equilíbrio econômico do contrato em vistas da hipossuficiência financeira. Valério Dal Pai Moraes assevera, em tal dimensão, que “a hipossuficiência é um conceito relacionado ao processo e à possibilidade de custeá-lo, enquanto a vulnerabilidade”, por outro lado, “é um conceito que relaciona as forças em geral dos dois pólos da relação de consumo, verificando se um é mais fraco que o outro”⁹⁹. A normativa de ordem pública e interesse social consumerista, por tal razão, visa afastar desequiparações odiosas, ilegais e preconceituosas existentes nos contratos e que, eventualmente, concorram para o aumento do desnível e as hipossuficiências das partes. Gustavo Tepedino, em ponderações, admite que, a isto “o legislador despe-se do papel de simples garante de uma ordem jurídica e social marcada pela igualdade formal (conquista inquestionável da Revolução francesa)”, onde os “riscos e resultados eram atribuídos à liberdade individual” assim “para assumir um papel intervencionista, voltado para a consecução de finalidades sociais previamente estabelecidas e tutelando, para tanto, a atividade negocial”¹⁰⁰.

Esse equilíbrio contratual, segundo Bruno Miragem, desenvolver-se-ia em “uma tríplice perspectiva: a) o equilíbrio econômico do contrato; b) a equiparação ou equidade informacional das partes; e c) o equilíbrio de poder na direção da relação contratual”¹⁰¹. Portanto, o reconhecimento da vulnerabilidade nas relações de consumo visa justamente seu antônimo. É que, se o Direito das Relações de Consumo também é o direito cotidiano do homem comum, este deve proteger e defender não apenas o patrimônio financeiro das pessoas, como também sua dignidade e outras liberdades fundamentais¹⁰².

⁹⁸ KONDER, Carlos. Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 99, p. 101-123, 2015. p. 102.

⁹⁹ MORAES, Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 122.

¹⁰⁰ TEPEDINO, Gustavo. As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. *Revista Estudos Jurídicos - PUC-Paraná*, Florianópolis, n. 1, v. 4, 1997, p. 104.

¹⁰¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 196.

¹⁰² ASCENSÃO, José de Oliveira. O. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. In: *Revista Da Faculdade De Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 103., jan./dez., 2008, p. 277-299; José de Oliveira. O Direito Civil como direito comum do homem comum. In: *Revista do Instituto Brasileiro*, Lisboa, ano 1. v. 1., 2012, pp. 45-57.

Tais premissas, aqui, necessitam ser alargadas, visto que, de um lado, há objetores de consciência cientes de um possível dano à sua liberdade de crença e, de outro lado, existem consumidores homoafetivos que lhes tem negado acesso a um produto legitimamente negociável. Ambas as partes, envolvidas numa problemática aparentemente cotidiana de relações de consumo, possuem direito a um tratamento equânime a não mais vulnerá-los. É desta aparente polarização entre as posições jurídicas subjetivas de objetores de consciência e consumidores homoafetivos que impende notar que estes últimos, mais do que vulneráveis, podem ser caracterizados hipervulneráveis. E o que seriam estes? E qual a consequência prática?

Os consumidores hipervulneráveis poderiam ser definidos como aqueles que, além de débeis contratualmente, estariam em uma situação social, psicológica, fática e objetiva de agravamento da sua vulnerabilidade ínsita enquanto pessoa física consumidora, em razão de características pessoais aparentes ou conhecidas pelo fornecedor¹⁰³.

Com ponderações na literatura jurídica francesa, Claudia Lima Marques assume que a vulnerabilidade, e, por extensão em gravidade, a hipervulnerabilidade, “é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado” seria uma “situação permanente ou provisória, individual ou coletiva [...] que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando [ainda mais] a relação”¹⁰⁴.

Apesar da doutrina não apontar parâmetros específicos de detecção de pessoas hipervulneráveis, ou hipervulnerabilizadas, nas relações de consumo, sua consequência prática seria a de ser “possível exigir do fornecedor um maior cuidado na formação desse vínculo com o consumidor e na sua execução” que,

¹⁰³ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 127; SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores Hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 217.

¹⁰⁴ MARQUES; Claudia Lima. Art. 4º. In: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 228.

diferentemente do usual, “pode não ser o mesmo de uma relação em que a hipervulnerabilidade não está presente”¹⁰⁵.

Dentro do cenário brasileiro, as pessoas homoafetivas estariam inseridas em tal condição de hipervulnerabilidade devido a uma série de fatores, tais como maior suscetibilidade a agressões às suas integridades físicas e psíquicas¹⁰⁶, discriminações negativas no seio da sociedade¹⁰⁷ e inclusive, por vezes, no seio da própria família¹⁰⁸, falta de proteção por parte do Estado¹⁰⁹, dentre outros fatores. O próprio Ministério de Direitos Humanos do Brasil afirma que “o Brasil é considerado um dos países mais violentos do mundo e não poderia ser diferente com a população LGBT”, já que “os dados do relatório anual do Grupo Gay da Bahia mostram que 445 LGBT foram assassinado em 2017. Isso representa um aumento de 30% em relação a 2016”¹¹⁰.

¹⁰⁵ PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 113, set./out., 2017, p. 86.

¹⁰⁶ “Levantamento aponta recorde de mortes por homofobia no Brasil em 2017”, *Agência EBC*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-01/levantamento-aponta-recorde-de-mortes-por-homofobia-no-brasil-em>>. Acesso em 01/10/2018; “Assassinatos de LGBT crescem 30% entre 2016 e 2017, segundo relatório”, *O Globo*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/assassinatos-de-lgbt-crescem-30-entre-2016-2017-segundo-relatorio-22295785>>. Acesso em 01/10/2018; “Em 2018, 153 pessoas LGBT já foram mortas no Brasil vítimas de preconceito”, *Correio Braziliense*. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/05/17/interna-brasil,681236/em-2018-153-pessoas-lgbti-foram-mortas-no-brasil-vitimas-de-preconcei.shtml>>. Acesso em 01/10/2018; “A cada 19 horas, uma pessoa LGBT é assassinada ou se suicida no Brasil”, *Estadão*. Disponível em: <<https://emails.estadao.com.br/blogs/familia-plural/a-cada-19-horas-uma-pessoa-lgbt-e-assassinada-ou-se-suicida-no-brasil/>>. Acesso em 01/10/2018.

¹⁰⁷ “Público LGBT sofre mais preconceito em espaços públicos e no transporte em SP, diz Rede Nossa SP”, *G1*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/publico-lgbt-sofre-mais-preconceito-em-espacos-publicos-e-no-transporte-em-sp-diz-rede-nossa-sp.ghtml>>. Acesso em 01/10/2018.

¹⁰⁸ “Fator de exclusão da população LGBT é a família, diz censo”, *G1*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/04/fator-de-exclusao-da-populacao-lgbt-e-familia-diz-censo.html>>. Acesso em 01/10/2018; “LGBT: 63% dos jovens são rejeitados pela família ao assumir orientação sexual”, *Brasil 247*. Disponível em: <<https://www.brasil247.com/pt/247/brasil/183771/LGBT-63-dos-jovens-s%C3%A3o-rejeitados-pela-fam%C3%ADlia-ao-assumir-orienta%C3%A7%C3%A3o-sexual.htm>>. Acesso em 01/10/2018.

¹⁰⁹ “População LGBT tem acesso reduzido a direitos sociais, econômicos e culturais, dizem relatores” <<https://nacoesunidas.org/populacao-lgbt-tem-acesso-reduzido-a-direitos-sociais-economicos-e-culturais-dizem-relatores/>>. Acesso em 01/10/2018; “Escolas ainda não sabem lidar com alunos gays”, *Época*. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI69793-15228,00-ESCOLAS+AINDA+NAO+SABEM+LIDAR+COM+OS+ALUNOS+GAYS.html>>. Acesso em 01/10/2018.

¹¹⁰ BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/lgbt/biblioteca/relatorios-de-violencia-lgbt-fobica>>. Acesso em: 01 out. 2018.

Por isto que, neste particular, discorda-se do entendimento esposado por Adalberto Pasqualotto e Flaviana Soares de que “na verificação de situações de hipervulnerabilidade nas relações de consumo, não se pode reputar eficaz considerar questões como gênero” supostamente pelo fato de que tal fator não traria, de per si, uma vulnerabilidade mais agravada¹¹¹.

Para tais autores, na “aferição da hipervulnerabilidade podem ser utilizados critérios tanto de ordem qualitativa (situação de potencialização de dano conforme a idade, por exemplo)”, assim sendo, como demonstrado alhures, os dados atestam que as pessoas homoafetivas estão mais suscetíveis na realidade brasileira se sofrerem violações e agressões apenas por sua condição particular. Ademais, ainda segundo aqueles, para configuração de uma vulnerabilidade mais agravada, caberia levar em conta aspectos “de natureza quantitativa (maior probabilidade estatística de dano), de maneira isolada (quando presente uma condição de hipervulnerabilidade)”¹¹². Isto, também, como atestado pelos dados referidos, mostra a infeliz propensão de pessoas homoafetivas serem mais desrespeitadas e agregadas na nossa sociedade. De tal modo, superado este entendimento, adota-se como incontroverso que as pessoas homoafetivas, no Brasil, estão suscetíveis à condição de consumidores hipervulneráveis.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem adotando este entendimento, ao ratificar que os hipervulneráveis seriam aqueles “socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras)” enfim todas as pessoas “que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político”, necessitam “da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado”¹¹³.

¹¹¹ PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 113, set./out, 2017, p. 87; Neste sentido, SANTOS, Adriana de Alencar Setubal Santos; VASCONSELOS, Fernando Antônio de. Novo paradigma da vulnerabilidade: uma releitura a partir da doutrina. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 116, mar./abr., p. 19-49, 2018; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 76, p. 13-45, out./dez., 2010.

¹¹² PASQUALOTTO, Idem, *Ibidem*.

¹¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.264.116/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T. julgado em 18/10/2011, DJe 13/4/2012; “o ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material

Também assim reconhece Humberto Martins, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, quando, em artigo, afirma que “a tutela da vulnerabilidade ou hipervulnerabilidade demanda, por parte dos aplicadores do direito, uma percepção sensível quanto ao sentido de igualdade e de dignidade da pessoa humana” com a finalidade de que “as normas consumeristas sejam aplicadas de maneira eficaz ao caso concreto”¹¹⁴.

Neste sentido, é incontroverso que, de forma não excludente, garanta-se, ao máximo, um equilíbrio relacional tanto aos objetores de consciência exercentes de seu direito fundamental de consciência e crença - fornecedores - como também aos consumidores homoafetivos - pessoas hipervulnerabilizadas, que se envolvam numa eventual contenda acerca da empreitada ou compra e venda de um bolo festivo.

É por tal razão que, como ressalta Claudia Lima Marques, “a vulnerabilidade, não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a ‘explicação’ destas regras ou da atuação do legislador [...]”. Noutras palavras, “é a técnica para aplicá-las bem” a “noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa”¹¹⁵.

4.2.2 O Princípio do Equilíbrio nas Relações de Consumo

O equilíbrio nas relações de consumo têm raiz na construção contemporânea da função social do contrato e, de uma análise macro, da Constitucionalização do Direito Privado¹¹⁶⁻¹¹⁷. Paulo Luiz Neto Lôbo, estudando a aplicabilidade material de

aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 586.316/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., julgado em 04/06/2009, DJe 29/11/2010.

¹¹⁴ MARTINS, Humberto. Diretrizes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça relacionadas à proteção dos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 106, jul./ago., 2016, p. 20 et seq.

¹¹⁵ MARQUES; Claudia Lima. Art. 4º. In: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 229.

¹¹⁶ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016, p. 185 et seq; Entendendo que o princípio do equilíbrio nas relações de consumo surge da boa-fé objetiva, esta “pode ser definida, *grosso modo* (sic), como sendo uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de estabelecer o equilíbrio nas

tal princípio, leciona que este pode se dar a nível subjetivo e objetivo. O primeiro “leva em conta a identificação do poder contratual dominante das partes e a presunção legal de vulnerabilidade” que, por ser absoluta, “não pode ser afastada pela apreciação do caso concreto”.

Já no nível objetivo, considera-se o “real desequilíbrio de direitos e deveres contratuais que pode estar presente na celebração do contrato”, bem como “na eventual mudança do equilíbrio em virtude das circunstâncias supervenientes que levem à onerosidade excessiva para uma das partes”¹¹⁸.

Entre outros, o equilíbrio nas relações de consumo, pretende a não violação do direito à igualdade - e em alguma medida a isonomia - pelo estabelecimento do direito de proteção do consumidor por via da fórmula aristotélica da igualdade¹¹⁹, do tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais na medida da sua desigualdade¹²⁰.

Ou seja, “o objeto dessa proteção não é o consumidor, como figura geral e abstrata, e sim diferentes consumidores, considerados em situações concretas e determinadas e inspirando diferentes graus de proteção”¹²¹. Em certa medida, o que se busca com a tese dirigida à problemática é a produção de uma resposta elástica às diversas nuances dos direitos fundamentais em choque, mas também dogmaticamente pertinente ao ordenamento jurídico civil contratual pátrio.

4.2.3 A Intervenção Estatal na Seara das Relações de Consumo

relações de consumo. Não o equilíbrio econômico, como pretendem alguns, mas o equilíbrio das posições contratuais, uma vez que, dentro do complexo de direitos e deveres das partes, em matéria de consumo, como regra, há um desequilíbrio de forças” NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 108.

¹¹⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *O Direito (Lisboa)*, v. 143, 2011, p. 43-66; _____. Propriedade, função social e Constituição. Exame crítico de um caso de constitucionalização do Direito Civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 51, 2010, p. 207-236; LEAL, Fernando. Seis objeções ao Direito Civil constitucional. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, out./dez. 2015, p. 123-165.

¹¹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. (coords.). *A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 18-19.

¹¹⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco; Poética*. (trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross; Poética: trad. com. e índices analítico e onomástico de Eudoro de Souza) 4. ed. São Paulo :Nova Cultural, 1991, *passim*.

¹²⁰ MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 43, jul./set., 2002, p. 114 et seq.

¹²¹ VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto. *O princípio constitucional da igualdade e o direito do consumidor*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, 62.

A ideia de intervenção estatal nas relações de consumo tem como estrutura infraconstitucional fundamental o comando do art. 1º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Bruno Miragem, acerca desta previsão, diagnostica que esta intervenção estatal nas relações de consumo “por intermédio do direito, tem por finalidade, como é sabido, a correção de falhas de mercado”, principalmente “de suas externalidades negativas” estas “assim entendidas como os efeitos das relações entre os agentes econômicos prejudiciais a outras pessoas que não sejam parte daquela relação e à sociedade”¹²².

Tal norma enfatiza o interesse coletivo social do CDC, destaca que o Estado deve atuar positivamente para o vigor da legislação e, além disso, acopla a noção de que o Código deve ser prioritariamente interpretado em benefício da sociedade e dos consumidores nas suas eventuais lacunas, antinomias e contradições¹²³.

Em monografia específica, Renato Moreira Dorneles, argumenta que “todo e qualquer delito ou prática infrativa realizados no mercado de consumo deve ter por parte do Estado brasileiro, ação ou reação” com vistas a “prevenir possíveis lesões aos direitos dos consumidores ou repreender os fornecedores pela prática de atos danosos”¹²⁴.

Esta visão generalista é lapidada pela literatura jurídica atestando que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor “inova consideravelmente o espírito do direito das obrigações, e relativo à máxima *pacta sunt servanda*”, projetando “reduzir o espaço antes reservado para a autonomia da vontade proibindo que se pactuem determinadas cláusulas”. Impondo, ainda, “normas imperativas, que visam proteger o consumidor” não apenas buscando reequilibrar os contratos, mas também “garantindo as legítimas expectativas que [as] depositou no vínculo contratual”¹²⁵.

¹²² MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 89.

¹²³ NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 71-102.

¹²⁴ DORNELES, Renato Moreira. A intervenção estatal brasileira nas relações de consumo: estrutura legislativa e fundamentos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 50, abr./jun., 2004, p. 63 et seq.

¹²⁵ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 623; Neste sentido, TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 45 et seq.

Concorrendo a isto, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor ainda possuiria uma finalidade educativa e dirigente às relações de consumo, reconhecendo não apenas um diálogo sistemático e coerente entre o CDC e o Código Civil, como também um reforço aos limites da função social do contrato e da necessidade de maior adoção de boa-fé e probidade nas negociações, além de melhor possibilitar, com isso, proteção aos abusos de direito corriqueiros no mercado¹²⁶. O que se deve ter em mente, também, é que não é o CDC que é cláusula pétrea e que, portanto, permite a intervenção estatal, é a proteção e defesa dos consumidores, de conteúdo vasto e plural, que, possui tal condição. E tal circunstância, por dizer respeito aos limites deste direito fundamental, como visto, pode vir a ser restringido, em certa medida.

A presente situação problema, por não possuir uma resposta dada tanto pela Constituição da República Federativa de 1988 quanto pelo Código de Proteção e Defesa, necessita ser analisada a partir de um diálogo de fontes, tendo, obviamente, a Constituição como ápice irradiante e vetor de análise. Afinal, como postulava Norberto Bobbio, “o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas sim protegê-los”¹²⁷. Assim, percrustar-se-á uma resposta adequada que, ainda que intervencionista, por necessária, mantenha a autonomia devida ao Direito Contratual Contemporâneo, na medida em que também respeite as normas de proteção e defesa dos consumidores.

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ BOBBIO, Norberto. *Liberdade e igualdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 45.

5 O EXERCÍCIO DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NO MERCADO DE CONSUMO

É historicamente impossível conseguir delimitar o momento em que as pessoas passaram a cogitar quando deveriam obedecer à “Lei de Deus” ou à “Lei dos Homens”. A presente problemática, *o caso dos confeitores devotos*, entretanto, é um pequeno germe deste verdadeiro dilema moral da Humanidade que, apenas nos tempos atuais, vem à tona.

A resposta mais adequada para tanto e a ser apresentada residuiu na delimitação concisa da problemática, como já feito, na apresentação geral dos direitos envolvidos, à luz da legislação brasileira em vigor, com apoio nos estritos precedentes em que se repetiu tal questão noutras nações, no escólio da jurisprudência e da doutrina pátria para que, balizado com o marco teórico adotado, ao fim, conclua-se com uma resposta conforme o Estatuto Epistemológico do Direito Civil Contemporâneo¹²⁸.

5.1 O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA RELIGIOSA E A PROTEÇÃO E DEFESA DOS CONSUMIDORES

Reiterando os posicionamentos, doutrina e jurisprudências já citadas, *o caso*, no espectro constitucional, apresenta uma ostensiva e complexa colisão de direitos fundamentais¹²⁹. Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho, “considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide” justamente “com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”. Prossegue o constitucionalista que, em casos como o presente, “não estamos perante um cruzamento ou acumulação de direitos

¹²⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil Law* em face do neoconstitucionalismo de princípios. *O Direito*, Lisboa, v. 143, 2011, p. 43-66; _____. Propriedade e função social: Exame crítico de um caso de “constitucionalização” do Direito Civil. In: VERA-CRUZ Pinto, Eduardo; SOUSA, Marcelo Rebelo de; QUADROS, Fausto de; OTERO, Paulo. (orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*: v. 3 – Direito Constitucional e Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra, 2012, v. 3, p. 61-90; _____. A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito Civil brasileiro do século XX. *O Direito*, Lisboa, v. 147, p. 45-110, 2015.

¹²⁹ MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 61 et seq; MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 365 et seq.

(como na concorrência de direitos), mas perante um ‘choque’, um autêntico conflito de direitos”¹³⁰.

Apesar de liberdade, igualdade, direito de propriedade, liberdade de expressão, de ofício, livre iniciativa econômica e tantos e tantos outros direitos fundamentais concorrerem para o debate, é precisamente na colisão entre o direito fundamental à objeção de consciência religiosa e a proteção e defesa dos consumidores que a problemática se repisa no Brasil. É justamente neste âmbito de colisão que as especificidades e particularidades mais íntimas do caso se manifestam.

A resposta constitucionalmente adequada¹³¹, neste feito, além de buscar uma tese em que a balança não penda a apenas um lado dos direitos em choque deve, também, preservar o espaço normativo do Direito Civil Contratual, de modo a não existir uma irradiação inconstitucional desarrazoada à dogmática jurídica vigente, afinal, “sem a lei, e, de modo mais específico, das cláusulas gerais, não seria [sequer] possível a [própria] irradiação”¹³². Noutras palavras, como os direitos fundamentais como estão não são bastantes para que a questão seja assim resolvida e já há espaço de conformação legislativa acerca dos direitos dos consumidores a serem tutelados, estes devem ser, ao máximo, preservadas ao passo em que a questão constitucional seja resolvida.

A isto, poder-se-ia denominar de colisão com redução bilateral, pois, diante do fato de não existirem direitos fundamentais absolutos, havendo situação, como a presente, na qual se apresentam posições antagônicas, impõe-se uma compatibilização ao máximo não excludente entre os direitos fundamentais em choque com respeito à legislação vigente¹³³.

É que as expectativas e posicionamentos identificados afiguram-se constitucionalmente e legal parcialmente tutelados. Por isto, guiam ambas as

¹³⁰ GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1191.

¹³¹ STRECK, L. L.. Hermenêutica, constituição, autonomia do Direito e o Direito Fundamental a obter respostas adequadas (corretas). In: FERNANDES, B. G.. (org.). *Interpretação Constitucional: Reflexões sobre a (Nova) Hermenêutica*. Salvador: JusPodivm, 2010, v. , p. 217-246; COSTA, Miguel do Nascimento. Direito Fundamental à Resposta Adequada à Constituição. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 8, 2014, p. 170-189.

¹³² RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 333.

¹³³ GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1194.

posições em conflito à necessidade de uma adequada e recíproca proteção, de modo que a resolução do problema não se afigura possível a não ser com uma mútua cedência de cada um dos direitos fundamentais em choque, aninhando-os numa disciplina jurídica harmônica com o Direito Contratual Contemporâneo brasileiro¹³⁴.

No caso do direito fundamental à objeção de consciência e crença, o texto constitucional dispõe, *in verbis*, no art. 5º, VIII, 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” bem como “e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”¹³⁵. Pois bem, por partes.

Buscando realizar uma interpretação que leve ao máximo existencial¹³⁶ a objeção de consciência religiosa, a preservá-la e harmonizá-la no limite com o Direito Civil em vigor, surge a primeira problemática. O confeitiro, ao invocá-la, não pode ser privado de seu próprio direito, que é o próprio ato de objetar, de não agir devido a motivo que entende ser legítimo e justo. Sucede que, apesar de reconhecer-se que os atos de comércio de compra e venda e empreitada de bolos de casamento não são menos do que obrigação geral imposta a quem os vende, a Constituição determina que esta ressalva perpassa pelo cumprimento de obrigação alternativa fixada em lei, sob pena até de, no máximo, perda dos direitos políticos (art. 15, IV). Entretanto, não há tal lei específica.

O máximo que existe e que poderia ser aplicado analogicamente ao caso é a norma que trata da prestação de serviço militar obrigatório. A Lei 8.239, de 4/10/1991, com alterações da Lei 12.608, de 2012, regulamentando o art. 143, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, é a que dispõe sobre a prestação de serviço

¹³⁴ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 333, et seq.

¹³⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>., Acesso em: 01/11/2018.

¹³⁶ DANTAS, Miguel Calmon Teixeira de Carvalho. *Direito fundamental ao máximo existencial*. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p. 757. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/8703>>., Acesso em: 01/11/2018.

alternativo ao serviço militar obrigatório¹³⁷. Sucede que, esta Lei e a Portaria regulamentadora n. 2.681, de 28/06/1992¹³⁸ determinam que a prestação das obrigações alternativas, no caso, militares, deva ser cumprida em organizações castrenses ou em instalações de formação de reservas das Forças Armadas, bem como em demais entidades subordinadas aos ministérios civis, mediante convênios entre estes e o Ministério da Defesa¹³⁹. Nada disso, como pode ser percebido, é compatível à presente situação dos confeitores.

São incomparáveis os atos de formação de contratos de compra e venda ou empreitada de bolos festivos com operações de paz e guerra das Forças Armadas. A analogia aqui, em âmbito normativo, não encontra aspecto fático similar que assuma permitir uma subsunção ou aplicação suplementar da norma castrense ao *caso dos confeitores devotos*. É imprescindível rememorar que “a liberdade de consciência constitui o núcleo básico de onde derivam as demais liberdades do pensamento”. É propriamente “nela que reside o fundamento de toda a atividade político-partidária, cujo exercício regular não pode gerar restrição aos direitos de seu titular”¹⁴⁰. A limitação a objeção de serviço militar deve se basear na norma militar, já as restrições a objeções civis deve, também, se basear nas normas de Direito Civil, quando possível.

Também, não se consegue identificar solução possível pelos costumes – até porque a controvérsia reside previamente, no âmbito legal, restando, no caso, aos princípios gerais do Direito¹⁴¹ e à Hermenêutica Constitucional a tarefa de guiar a

¹³⁷ BRASIL. Lei n. 8.239, de 4 de outubro de 1991. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1991/lei-8239-4-outubro-1991-365105-normaatualizada-pl.html>>., Acesso em: 01/11/2018.

¹³⁸ BRASIL. Portaria n. 2.681, de 28 de julho de 1992. Disponível em: <http://dsm.dgp.eb.mil.br/phocadownload/Legislacao/Servico_Militar_Inicial/Portarias/Ministerio_da_Defesa/portaria%20nr%202.681%20-%20cosemi%20de%2028%20de%20julho%20de%201992.pdf>., Acesso em 01/11/2018.

¹³⁹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 115.

¹⁴⁰ MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 440.

¹⁴¹ “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>., Acesso em 01/11/2018.

resposta que, ao mesmo tempo, não mitigue indevidamente o texto constitucional e que melhor respeite a autonomia epistemológica do Direito Civil Contemporâneo¹⁴².

Isto perpassa por uma leitura do art. 5º, § 1º da CRFB/88 conforme o presente marco teórico. É de se admitir que, conquanto o texto constitucional prescreva a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, isto não se traduz numa qualificação programática e de automática eficácia das mesmas. Sem dotação legislativa e nem conteúdo de exigibilidade suficiente, *a priori*, as normas colidentes, apesar de imediatamente aplicáveis, não poderiam ser reciprocamente exigidas de particulares e entre estes¹⁴³.

Tudo isto se complexifica mais ainda diante de dois fatores, o primeiro é que a objeção de consciência é direito fundamental, portanto, rememorando, inicialmente de aplicabilidade imediata perante o Estado e excepcionalmente em face de particulares, e que a presente análise, em si, não noticia qualquer movimento legislativo ou existência de norma capaz de solvê-la¹⁴⁴.

Neste pólo, a primeira guarida é aquela encontrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Antes de vigorar no país a disciplina legal específica de obrigação alternativa aos serviços militares e congêneres, os objetores de consciência, segundo o STF, podiam exercer sua escusa sem a possibilidade do Estado intervir ou poder prejudicar desproporcionalmente seus direitos e interesses.

Analisando a possibilidade de objetores de consciência terem, por meio do exercício de tal cláusula de consciência, direito a horário diferenciado para votarem, caso a local coincidissem com dias sacros e de culto reservado, a Corte, no voto conduzido pelo relator Min. Rafael Meyer, orientou que se os objetores “se recusarem ou se sentirem impedidos, por uma razão espiritual ou íntima de consciência, a não comparecerem ao local de votação, é, repito, diante da Justiça

¹⁴² RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 340 et seq.

¹⁴³ Neste sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito...* p. 57-61 cc/ p. 126-127; DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: "Drittwirkung" dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 138-141.

¹⁴⁴ Não foram identificados nos sítios do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados e nem mesmo do Senado Federal projetos de Lei ou de Emendas Constitucionais que buscassem regularizar tal situação.

Eleitoral, [local a] alegarem objeção”, isto “para se exonerarem das responsabilidades que advêm do descumprimento do dever”¹⁴⁵.

Na oportunidade, acompanhando o relator, o Min. Moreira Alves aduzira que o interesse coletivo deveria ser respeitado em face dos interesses individuais, sem prejuízo destes. Tal posicionamento, em certa medida, prolongou-se nos tempos. No julgamento do Recurso Especial n. 478.188/DF, onde se discutia a possibilidade de um objetor realizar certame público em data não coincidente a reserva de sua religião, afirmou o Min. Dias Toffoli, que “como inexistente previsão legal impondo alguma prestação alternativa [...] não se poderia” por integridade racional “deixar-se de aplicar a garantia constitucional representada por essa norma legal [art. 5º, VIII]”¹⁴⁶.

Neste caso, já à luz da CRFB/88, prevaleceu o entendimento do Tribunal Regional *a quo*, que a realização de prova de capacidade física em horário diverso daquele inicialmente previsto em edital regulador de concurso público, não poria em risco o interesse público, nem configuraria, por si só, qualquer violação aos princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade nem da seriedade das normas administrativas. Posto que tal medida não implicaria em isenção de obrigação legal a todos imposta, mas, tão-somente, em conciliar o seu cumprimento a horário compatível com a preservação do direito fundamental à liberdade de crença religiosa¹⁴⁷.

Cite-se, inclusive, posicionamento de José Afonso da Silva, de que a “prestação alternativa fixada em lei, significa que o dever de prestação alternativa depende de fixação em lei”, inexistente esta, “mesmo que ocorra a escusa, não há como impô-la; e, como a privação do direito só cabe quando o escusante também se escusa à prestação alternativa, não pode ela ocorrer”¹⁴⁸.

No julgamento da ADI 4439/DF, o Rel. Min. Roberto Barroso, enquanto discorria sobre a concorrência da objeção de consciência na questão do *home schooling* sustentou que a escusa “não se restringe ao aspecto religioso, mas tem

¹⁴⁵ RE 1371 MC/DF., Rel. Min. Rafael Mayer, j. 12/11/1986, Tribunal Pleno, DJ 10-06-1988, p. 66.

¹⁴⁶ RE 478118/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 04/08/2010, DJe 20/08/2010.

¹⁴⁷ Idem.

¹⁴⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 97.

igual relação com visão de mundo e com questões morais do indivíduo”¹⁴⁹, que é justamente outra repercussão prática como o deste trabalho.

Assim, percebe-se que orienta a jurisprudência mais remota do STF, à luz da CF/69 e até contemporaneamente, que, em sendo caso de objeção em face do Estado – eficácia indireta ou mediata¹⁵⁰, não havendo norma, o objeitor deve comparecer junto à autoridade pública ou órgão competente e, exercendo sua escusa, comunicá-la, para não poder ser sancionado. Não há, entretanto, jurisprudência pacífica no âmbito do Supremo Tribunal Federal acerca da objeção de consciência exercida entre particulares, ou seja, conforme eficácia direta¹⁵¹. A questão, portanto, não possui substância constitucional capaz de resolvê-la, não contém jurisprudência que oriente sua resposta e, ademais, não há leis específicas acerca do tema. Mas o conflito social novel eclodiu e é necessária resposta ao mesmo.

É dentro do contexto da assim denominada Pós-Modernidade em que se vive, onde novas dimensões de exercícios de direitos surgem dia a dia, conforme elucida Antonio Carlos Wolkmer, que surgem situações como esta. Afinal, “por serem inesgotáveis e ilimitadas no tempo e espaço, as necessidades humanas estão em permanente redefinição e criação” Assim, por consequência “as situações de necessidade e carência constituem razão motivadora e a condição de possibilidade de lutas pelo aparecimento de ‘novo direitos’”¹⁵².

¹⁴⁹ ADI 4439/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 27/09/2017, DJe 21/06/2018.

¹⁵⁰ SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: *A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 193.

¹⁵¹ O marco teórico deste Trabalho entende que o RE 201819 (caso da União Brasileira de Compositores) não marca uma posição a favor da eficácia direta. Segundo o mesmo, “a decisão reforça a ideia de que a entidade que expulsou o associado sem o direito à ampla defesa agiria como se fosse entidade” A tal circunstância, seria “mais convergente com a doutrina norte-americana da *state action* do que da teoria da eficácia direta. Esta última, porém, foi expressamente referida no acórdão como seu fundamento” RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 301.

¹⁵² WOLKMER, Antonio Carlos. Sobre a teoria das necessidades: a condição dos “novos direitos”. In: *Alter Agora. Revista do Curso de Direito da UFSC*, Florianópolis, n. 1., 1994, p. 42 et seq. No mesmo sentido, _____. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. WOLKMER, Antonio Carlos; MORATO LEITE, José Rubens (orgs.). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 17 et seq.

Afinal, em tempos líquidos, em que a, por assim dizer, ética pós-moderna aliada à sociedade de risco, tendem a incitar as pessoas que estas se relacionem entre si em comunidade apenas visando uma paridade tolerável e não igualdade plena, uma solução que, ao mesmo tempo, não sectarize-as, nem assim estimule, bem como não as force à uma espécie de confiabilidade pressuposta máxima e utópica ou dever de convivência com o que se entende tolerável, afigura-se como defensável uma resposta ao máximo conciliável e não forçosa¹⁵³.

5.2 Precedentes paradigmas do Direito internacional que levaram à análise da problemática

Como aduzem Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, “a consciência é uma atitude moral que ajuda a constituir a identidade pessoal de uma pessoa e lhe prescreve, de maneira subjetivamente vinculativa, que” em dadas situações concretas “pratique como ‘boas’ ou ‘justas’ certas ações ou as omita como ‘más’ ou ‘injustas’”. Não se trata de uma comissão ao ilícito ou ao injusto, pois, “de acordo com este entendimento, “não se verifica uma decisão de consciência numa avaliação segundo as categorias ‘bonito/feio’ ou ‘verdadeiro/falso’”¹⁵⁴, mas, sim, dentro de parâmetros de liberdade, consciência, justiça e fé.

Este estudo nasceu a partir da identificação e da análise dos precedentes já esmiuçados no início deste trabalho, mais especificamente no capítulo 2. O caso dos *confeiteiros devotos* foi uma problemática inicialmente detectada no âmbito das Supremas Cortes dos Estados Unidos e do Reino Unido e que, dadas as suas particularidades, concorreram para que, à luz do ordenamento jurídico pátrio, possa ser apresentada uma resposta a eventual difusão deste tipo de litígio em nossa sociedade.

Do caso *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* podem se extrair como relevantes alguns temas que aqui concorrem. O papel do Estado e seus limites ao caso, a existência de uma discriminação lícita, ou não, para com os consumidores, bem como a exequibilidade de um contrato de empreitada de

¹⁵³ BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, p. 61 et seq; BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Rio de Janeiro: Zahar, p. 115 et seq.

¹⁵⁴ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 250.

obrigação personalíssima, qual seja, a feitura de um bolo artístico de casamento, além do cabimento ou não de indenização por dano extrapatrimonial¹⁵⁵.

Já no que diz respeito ao precedente *Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others*, além dos temas existentes na demanda americana, apresentam-se, também, os deveres anexos de informação nos contratos de empreitada e compra e venda de um bolo confeitado e conteúdo objetável em mensagem nos mesmos¹⁵⁶.

Nestes dois casos, também se conota algo que Stéfano Rodotà¹⁵⁷ classificou e orientou como conflitos de liberdades radicais contemporâneas. Nestas, onde o consentir algo ou a algo equivale a ser esta – e nem os confeitores devotos e nem os consumidores homoafetivos se vêem submetidos um ao outro -, as autonomias dos sujeitos se sobrelevam de uma maneira que, quaisquer eventuais problemas sobre exercícios de direitos fundamentais e sobre sua autodeterminação não poderiam ser resolvidos se a solução implicasse a criação de um conflito com as características essenciais dos próprios direitos em choque. Não há como o confeitador devoto ter direito fundamental a objetar religiosamente e não poder fazê-lo. E, de nada vale ao consumidor homoafetivo ter uma gama de normas protetivas de seus direitos enquanto cliente e, diante de uma simples compra e venda ou empreitada de bolos, não poder fazê-las¹⁵⁸.

Para além do viés normativo-constitucional, como pressentido, do ponto de vista jurídico-filosófico, a autodeterminação e a laicidade somente podem se conformar na medida em que a sujeição aos poderes públicos e privados em choque assegure poderes de solução diretamente às pessoas em conflito – com um espaço mínimo de tolerância e convivência. É que, se “a autodeterminação [das pessoas, sejam confeitores ou consumidores] se identifica assim com o projeto de vida realizado ou desejado pela pessoa”¹⁵⁹, não cabe ao Estado, via de regra, por ato de força ou coação, obrigar a quem quer que seja ser o que não é e não quer.

¹⁵⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of The United States. *Masterpiece Cakeshop Ltd. & Jack C. Phillips v. Colorado Civil Rights Commission & Charlie Craig & David Mullins* (2015COA115, 2017), Justice Anthony Kennedy, j. 04.06.2018.

¹⁵⁶ REINO UNIDO. The United Kingdom Supreme Court. *Lee (Respondent) v Ashers Baking Company Ltd and others (Appellants) (Northern Ireland)*. Lord Hale, j. 10/08/2018.

¹⁵⁷ RODOTÀ, Stéfano. Autodeterminação e laicidade. trad.: Carlos Nelson de Paula Konder. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 17., jul./set., 2018, p. 139-143.

¹⁵⁸ Idem, p. 139-143

¹⁵⁹ Idem, p. 145.

5.3 Análise do problema apresentado à luz da teoria da eficácia indireta fraca de Otávio Luiz Rodrigues Júnior

Neste caso, de um lado, há o direito fundamental à objeção de consciência religiosa¹⁶⁰, liberdade fundamental que se materializa, pelos confeitores devotos, como *ato concreto, comissivo ou omissivo volitivo*, de se negar a vender, produzir ou continuar a produção de um bolo a casais homoafetivos pela tese de que qualquer apoio à união de tais pessoas é algo condenável por sua fiel religião e, em alguns casos, esta própria configuração de família não é protegida pelo Estado.

Do outro lado, existe o direito fundamental à proteção e defesa dos consumidores¹⁶¹, norma constitucional interventiva e de ordem pública, com conteúdo complexo e amplo que, tendo o Código de Proteção e Defesa do Consumidor como norma primaz¹⁶², se espraia pelo ordenamento jurídico jungindo, em diálogo de fontes¹⁶³, um posicionamento contrário. O de que os consumidores homoafetivos, hipervulneráveis como são, devem ter seus direitos básicos protegidos, não sendo possível, *a priori*, que exista ou seja tolerada a negativa de venda, produção ou continuação de feitura de um bolo negociado pelos mesmos com finalidades particulares e íntimas.

É diante de tal cenário e conforme marco teórico que, neste particular, a eficácia indireta *fraca* dos direitos fundamentais cabe. No escólio, o “modelo *fraco*”, aqui adotado, “contemporiza a hipótese excepcional de eficácia direta de certos

¹⁶⁰ HERINGER JÚNIOR, Bruno. Objeção de consciência e direito penal: Justificação e limites, p. 43 et seq; BORN, Rogério Carlos. *Objeção de consciência: Retrições aos direitos políticos e fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 59 et seq.

¹⁶¹ MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental – consequências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 43, jul./set., 2002, p. 112 et seq; MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 229.

¹⁶² DAHINTEN, Augusto Franke. A proteção do consumidor enquanto direito fundamental e direito humano: consolidação da noção de mínimo existencial de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 106, jul./ago, 2016, p. 136 et seq; SILVA, Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 262.

¹⁶³ MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 89-90; MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: O modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe (ESMESE)*, Sergipe, n. 7, 2004, p. 29 et seq.

direitos fundamentais e admite a possibilidade de eventual insuficiência [nos casos] de proteção por omissão legislativa”¹⁶⁴.

No âmbito brasileiro e por tal marco, *a priori*, a questão orienta no sentido de que haja confirmação parcial da hipótese, onde os confeitores devotos podem exercer sua escusa de consciência, mas não livremente, isto por amparo jurisprudencial constitucional, afinal há um núcleo fundamental irredutível de proteção e defesa dos consumidores a ser preservado. A questão vai além, portanto, de saber se a objeção cabe ou não cabe, vai para, em que medida, diante do ato de objeção, restam os direitos dos consumidores homoafetivos, pois estes devem ser protegidos, mesmo que a fé particular do objetor ou suas finanças arquem¹⁶⁵.

Neste viés, à luz dos ensinamentos de Santo Agostinho, cabe registrar que, a ideia de que obrigar juridicamente alguém à prática de atos que, em tese, violariam o íntimo de sua religião particular seria inconstitucional de *per si* não prevalece em todos os casos. É que, o ato da objeção pode ser de tão irrelevante ofensa à fé que a própria pessoa, mesmo que os pratique, não ofenda, em verdade, sua religião. Resistência ou preconceito moral a algo e intimidade religiosa são coisas diversas e, portanto, devem ser juridicamente tuteladas de forma diversa. A mente fielmente cristã e seu devoto não são viciados e nem maculados à luz dos ensinamentos de Deus quando aquele que pratica qualquer ato mundano o faz por razão, equidade ou justiça¹⁶⁶.

Objeção de consciência religiosa a matar alguém, realizar um aborto, fazer transfusão de sangue, confessar religião alheia, negar a própria fé são incomparavelmente diferentes do que um ato de comércio de compra e venda ou

¹⁶⁴ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 342.

¹⁶⁵ Idem, *Ibidem*, p. 337.

¹⁶⁶ “Ag. O espírito justo, e a mente firme em seu direito e conservando seu domínio, poderá afastar-se de sua força e submeter à paixão outra mente que reina com igual equidade e virtude? Ev. De modo algum. Não somente porque a excelência é igual em uma e outra, mas, também, a primeira mente não poderia obrigar a outra a se tornar viciada, sem ela mesma decair de sua justiça e tornar-se viciada, ficando por isso mesmo fraca. Ag. Compreendeste-me bem. É porque não te resta agora senão responder a esta questão, se puderes: Existe, na tua opinião, algo mais nobre do que a mente dotada de razão e sabedoria? Ev. A meu ver, nada existe, exceto Deus. Ag. Essa é igualmente a minha opinião” AGOSTINHO, Santo. *O livre arbítrio*. trad. org., introd. e notas Nair de Assis Oliveira. rev. Honório Dalbosco. São Paulo: Paulus, 1995, p. 51.

empreitada de um bolo. Não se pode fragilizar uma problemática desta complexidade com falácias de composição¹⁶⁷, preto no branco¹⁶⁸ ou *ad populum*¹⁶⁹.

Também, identificam-se como exercícios regulares de direito tanto a prática da escusa como também o dever de proteção e defesa dos consumidores. Ou seja, no caso concreto, não se consegue identificar, *a priori*, o cabimento de dever de responsabilidade a nenhuma das partes, pois, legitimamente, apenas buscam exercer seus direitos fundamentais. Esta mera afirmação, entretanto, não resolve harmonicamente o direito fundamental a ser prejudicado do outro lado do fortuito com a objeção, dos consumidores e nem mesmo preserva, se vagamente assim sustentada, as normas jurídicas cíveis e penais vigentes – pois as rechaçaria de plano e traria mais caos do que resposta à paz social e às dogmática cível contratual e penal pátria.

Como ressaltado alhures, na lição de Sarmiento, é bom lembrar, “apesar da relevância ímpar que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos”, existe, em todas, “a necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional”, podendo, em certos casos, justificarem-se “restrições aos direitos fundamentais”¹⁷⁰. No mesmo sentido, Luis Roberto Barroso afirma que “não existe hierarquia em abstrato entre princípios [constitucionais], devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto”¹⁷¹.

Com o marco, se, via de regra, o Estado não deve agir ou se intrometer na questão entre particulares, a preservar as autonomias, liberdades de contratação e

¹⁶⁷ Na falácia de composição (ou divisão), implica-se que uma parte de algo deve ser aplicada a todas, ou outras, partes daquilo. *In casu*, as razões dos precedentes a este caso apenas orientam a razão para que um dos lados do debate jurídico de temáticas afins ganhe tudo e o outro nada.

¹⁶⁸ Na falácia de preto-no-branco ou (falso dilema), apresentam-se dois estados alternativos como sendo as únicas possibilidades, quando de fato existem outras. E, o debate aqui realizado, apresenta razão incomum e não simplificável.

¹⁶⁹ Na falácia *ad populum*, apela-se para a popularidade e repercussão de um fato, no sentido de que muitas pessoas fazem/concordam com algo, como uma tentativa de validação de certa tese. Ocorre que, é razão comum que em matéria de direitos fundamentais a jurisdição constitucional deve assumir sua função antimajoritária em diversos casos.

¹⁷⁰ SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 293.

¹⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 329.

autodeterminação dos sujeitos, no presente, pela natureza dos conflitos, esta eficácia indireta se enfraquece, sendo possível a adoção de uma exceção concreta.

Esta exceção, no raciocínio da eficácia indireta fraca, somente pode(ria) ser permitida como segue. “Excepcionar-se-á a utilização mediata dos direitos fundamentais apenas em duas hipóteses”, a primeira destas, onde “a existência excepcional de direitos fundamentais cujo perfil normativo foi delineado como concretizador de posições jurídicas”, por decorrência, tornando “desnecessária ou expletiva a intermediação do direito ordinário privado”. E, a segunda exceção dar-se-ia quando houvesse “omissão legislativa, mesmo com cláusulas gerais” a não ser “suficiente para a realização dos direitos fundamentais”¹⁷².

Noutras palavras, a adoção da teoria da eficácia indireta fraca permite que exista uma irradiação direta dos direitos fundamentais no *caso dos confeitores devotos*. Assim, ambos tornam-se plenamente exercitáveis a partir do momento em que haja uma cedência recíproca entre os mesmos. No mais, devido ao fato de não existir obrigação alternativa fixada em lei para o objetor, este não pode ser punido pela sua objeção, mas há toda uma sorte de normas de direito contratual civil, penal e de relações de consumo aplicáveis em concreto, de modo que há de se oferecer uma tese, conforme à Constituição, a suprir tal lacuna¹⁷³.

A primeira questão é ser sanada é a extensão da discriminação com a objeção. Esta, apesar de negativa, pois restringirá atendimentos, não pode ser tamanha a aniquilar os direitos dos consumidores homoafetivos. De tal modo, toma-se como primeiro postulado a vedação à prática de qualquer ato de homofobia. A objeção de consciência religiosa, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, não pode ser exercida em face dos consumidores homoafetivos apenas e diante do fato de serem pessoas gays, lésbicas e/ou similares.

Cabe, em tal particular, citar que “a discriminação significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos”, bem como das “liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre

¹⁷² RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 337-338.

¹⁷³ Idem, *Ibidem*.

desigualdade”¹⁷⁴. Na medida em que possam coexistir distinções e exclusões em prol de valores mais fundamentais, estas podem ser toleradas.

Neste sentido que os precedentes *Masterpiece Cakeshop Ltd. & Jack C. Phillips v. Colorado Civil Rights Commission & Charlie Craig & David Mullins* (2015COA115, 2017) e *Gareth Lee v. Ashers Baking Co. & Colin McCarthur & Karen McCarthur* (2015) orientam boa solução ao ordenamento jurídico brasileiro. Além de serem vedadas as práticas de homofobia quando da objeção de consciência religiosa, entende-se que esta seja cabível somente em duas situações: 1) quanto ao eventual conteúdo das mensagens ou 2) quanto à própria arte do bolo, se algumas destas diretamente ofendam a fé professada pelo objetor¹⁷⁵.

Portanto, no Brasil, a um confeitiro cristão, seria constitucionalmente cabível, por exemplo, o exercício da objeção de consciência religiosa em face de um consumidor homoafetivo, ou qualquer outro, registre-se, que pretendesse adquirir um bolo que contivesse a mensagem “Eu apoio o casamento gay”, principalmente diante do fato de que a fé cristã condena tal prática. Este entendimento, constando, poderia ser referenciado em diversas passagens da Bíblia, a ver, desde o Gênesis (19, 1-11) e o Levítico (18:22 e 20:13) até São Paulo (Rom 1,26-27) e também Coríntios (6,9) e Timóteo (1,10)¹⁷⁶.

Igualmente, por força da equidade constitucional (art. 5º, *caput*), um confeitiro islâmico poderia exercer a mesma cláusula de consciência diante da mesma situação, já que o Alcorão, similarmente ao quanto previsto no texto bíblico, também desaprova a união entre pessoas do mesmo sexo. É texto da 26ª sura, *in verbis*, "dentre as criaturas, achais de vos acercar dos varões, deixando de lado o que vosso Senhor criou para vós, para serem vossas esposas? Em verdade, sois um povo depravado!"¹⁷⁷. Em casos similares, havendo confeitores religiosos, com suportes fáticos de conflitos correlatos, a objeção continuaria sendo devida com relação à mensagem, sendo vedada, ressalte-se, a prática de atos de homofobia

¹⁷⁴ PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos. *Cadernos de Pesquisa (Fundação Carlos Chagas. Impresso)*, São Paulo, v. 35, n.124, 2005, p. 46.

¹⁷⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of The United States. *Masterpiece Cakeshop Ltd. & Jack C. Phillips v. Colorado Civil Rights Commission & Charlie Craig & David Mullins* (2015COA115, 2017), Justice Anthony Kennedy, j. 04.06.2018; REINO UNIDO. The United Kingdom Supreme Court. *Lee (Respondent) v Ashers Baking Company Ltd and others (Appellants) (Northern Ireland)*. Lord Hale, j. 10/08/2018.

¹⁷⁶ *Bíblia Sagrada*. Disponível em: <<https://www.bibliaon.com/>>. Acesso em: 01/12/2018.

¹⁷⁷ *Alcorão*, "Os Poetas" (26ª. sura), 165-166.

quando do exercício da negativa da mensagem. O discriminar de forma moderada, em si, aqui, não seria punível, inclusive, concorrente ao princípio de tolerância religiosa¹⁷⁸.

Inversamente e ainda exemplificando a tese, um confeitiro religioso não poderia negar a feitura de qualquer bolo a qualquer pessoa, seja esta gay, lésbica ou similares, que, por exemplo, desejassem adquirir um bolo com a mensagem “Eu apoio os direitos humanos”, e demais frases que, de *per sí*, não possuíssem o condão de macular a religião do objetor.

A adoção desta primeira situação como parâmetro antidiscriminatório afigura-se como adequada, inclusive, ao teste de identificação de desrespeito à isonomia cunhado por Celso Antonio Bandeira de Mello. Segundo o autor¹⁷⁹, seriam elementos para este reconhecimento a adoção de elemento tomador como fato de desigualação justo, a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado e à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados¹⁸⁰.

No que tange ao elemento tomado como fator de desigualação, esta se limitaria, na primeira vertente, apenas às mensagens que ofendessem, até nas palavras de Rodotá¹⁸¹ ora citadas, as características essenciais da própria objeção de consciência religiosa. O objetor não poderia ser obrigado a criar algo que ofende sua própria (liberdade de) consciência e crença. Nisto residiria a correlação lógica, pois o fator de *discrimen* limitar-se-ia unicamente à disparidade existente no texto violador de sua fé e a autovedação moral garantida por cláusula constitucional de não ser compelido a fazê-la. Por fim, a consonância demonstrar-se-ia presente,

¹⁷⁸ “Neste plano de direitos subjetivos, sejam de pessoas físicas ou jurídicas, incidem os princípios da igualdade e da dignidade humana, bem como um princípio de tolerância, que acarreta um dever de tolerância, por parte do Estado e dos particulares (pessoas naturais ou jurídicas), de não perseguir e não discriminar os titulares dos direitos subjetivos, quando do respectivo exercício” WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentário ao artigo 5º, VI a VIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo:Saraiva/Coimbra: Almedina, 2013, p. 569.

¹⁷⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 21 et seq.

¹⁸⁰ Idem, *Ibidem*.

¹⁸¹ RODOTÁ, Sefano. Autodeterminação e laicidade. trad.: Carlos Nelson de Paula Konder. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 17. jul./set., 2018, p. 139-143.

diante do fato de que os interesses absorvidos com esta tese tutelam suficientemente a liberdade fundamental do objetor.

Com relação à própria arte do bolo, a objeção de consciência religiosa seria cabível nas hipóteses em que a encomenda do bolo contivesse estética que violasse a fé seguida pelo praticante da escusa¹⁸². Novamente, discorrendo, da mesma forma que um confeitiro cristão poderia se negar a produzir um bolo com uma representação da imagem de Satanás - pois é algo mau na sua fé e a ser repreendido, ou que um profissional de fé islâmica pudesse se negar a criar um bolo com a representação da imagem do profeta Maomé – pois hádices islâmicas¹⁸³ explicitamente assim proíbem, um confeitiro religioso, em geral, poderia se objetar diante de mensagens que ostensiva e diretamente maculassem sua fé e consciência.

O teste de identificação de desrespeito à isonomia¹⁸⁴, aplicado anteriormente, aqui também procede. O elemento tomador de desigualação é a adoção de estética ao bolo que, se realizado pelo objetor ou se compelido este pelo Estado, causar-lhe á grave mal e injusto para com sua consciência e crença religiosa. Poderia ser comparada à tortura psicológica o Estado, por incitação judicial de particular, querer obrigar alguém a praticar algo que sua fé vai contra. Imagine-se, por exemplo, um confeitiro judeu que seja processado para que faça um bolo com a representação da imagem de Jesus de Nazaré, sendo que, para o judaísmo, majoritariamente, como se sabe, a figura histórica de Jesus é incompatível com as escrituras do Torá¹⁸⁵.

Ainda na questão das imagens, existe satisfeita correlação lógica e abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen - que é a reprodução de imagens violadoras da fé do objetor, e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado - que é o assegurar ao objetor confeitiro que este não será compelido nem pelo Estado e nem por particular a fazer um bolo que manifesta

¹⁸² Esta questão, como observada no capítulo 2, não foi analisada nem mesmo pela Suprema Corte dos Estados Unidos e nem mesmo pela Suprema Corte do Reino Unido.

¹⁸³ Hádices são tradições com valor jurisprudencial, logo abaixo do Corão, existentes nos sistemas jurídicos de raiz islâmica e que são adotadas por certas comunidades ou seitas.

¹⁸⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 21 et seq.

¹⁸⁵ RAYNER, John D. *A Jewish Understanding of the World*, New York: Berghahn Books, 1998, p. 187; KAPLAN, Aryeh. *The Aryeh Kaplan Anthology: vol. 1, Illuminating Expositions on Jewish Thought and Practice*, Mesorah Publication. Israel: Artschrool, 1991, p. 264.

imagem contrária a sua fé. Para mais, consagra-se uma correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados, justamente a proteção da consciência e crença religiosa do objetor e, nas exceções, a proteção e defesa dos consumidores, já que, demais representações artísticas não poderiam ser negadas¹⁸⁶.

Aduz-se, por exemplo, que um confeitador cristão não poderia deixar de fazer um bolo em forma de cachoeira, se assim soubesse fazer, apenas pelo fato de que os consumidores são gays, lésbicas ou congêneres. É-lhe tutelado, com esta tese, apenas a possibilidade de objetar em face de textos e reproduções imagéticas e que atentem ou ameacem violar sua fé, nada além disso. Do mesmo sentido, saciando as exemplificações, mas destacando a equidade da tese, um confeitador budista não poderia se negar a fazer um bolo confeitado no formato do Sol e com sua forma típica, pois não há nenhuma reprodução imagética em tal situação que macule sua crença religiosa.

Estas exceções quanto à mensagem e à imagem apenas tornam-se possíveis e legítimas no caso da feitura de um contrato de empreitada de compra e venda de bolos¹⁸⁷. Se, em qualquer caso, já existir o bolo pretendido pelos consumidores homoafetivos, como não haverá constrangimento físico à feitura do bolo, pois este já existirá, mas apenas eventual ato de comércio de contrato de compra e venda¹⁸⁸, não pode ser constitucionalmente tolerada a objeção.

E toma-se aqui para tal asserção, de referência, o quanto decidido pelo juízo *a quo* da cidade de Belfast na Irlanda do Norte no caso *Lee v. Asheres Baking Co. and others*, afinal, devido ao fato da confeitaria já estar aberta a todos os

¹⁸⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 21 et seq.

¹⁸⁷ “Na empreitada uma das partes obriga-se a executar, por si só, ou com o auxílio de outros, determinada obra, ou a prestar certo serviço, e a outra, a pagar o preço respectivo. Obriga-se a proporcionar a outrem, com trabalho, certo resultado” GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 362 ; “É um contrato pelo qual uma das partes – o empreiteiro – que pode ser uma pessoa física ou jurídica, se obriga a executar determinada obra ou trabalho, mediante preço único, com material próprio ou fornecido pela outra parte, de acordo com as instruções desta, mas sem subordinação” ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no Direito Civil Brasileiro*. Campinas-SP: Bookseller, 2002, p. 436.

¹⁸⁸ Art. 481, Lei 10.406/02, “Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”; “Compra e venda é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir a propriedade de uma coisa à outra, recebendo, em contraprestação, determinada soma de dinheiro ou valor fiduciário equivalente” GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 265.

consumidores da mesma maneira, não pode esta, por meio de seus prepostos, se recusar a vender um bolo que já exista, sob o argumento de objeção de consciência. Pois, além de ser um pedido razoável do consumidor sem qualquer possibilidade de macular a fé do produtor do bolo, o direito fundamental à objeção de consciência religiosa não é extensível a pessoas jurídicas, trata-se de direito fundamental da pessoa humana¹⁸⁹.

Da forma mais coloquial possível, assim, o objetor de consciência apenas poderia se negar a produzir um bolo. Se os enunciados da tese sobrevivem até o momento, no âmbito infralegal existe um conjunto substancial de normas que precisam ser levadas em consideração à presente tese. Sendo estas os arts. 39, II do CDC¹⁹⁰, art. 2º, I da Lei 1.521/51¹⁹¹ e o art. 7º, VI da Lei 8.317/90¹⁹². Investiguemos um a um e suas razões.

O art. 39, II, do CDC proibiria que, em havendo estoque de ingredientes e maquinário próprio, o confeitiro se recusasse a atender as demandas dos consumidores homoafetivos que encomendassem certo bolo. Esta norma, é, *a priori*, aplicável tanto ao caso da compra e venda quanto da empreitada apresentam soluções distintas *in concreto*. Não se encaixando em nenhum dos permissivos da tese, o consumidor ofendido poderia, no caso de compra e venda, buscar uma tutela judicial ou administrativa concernente na obrigação de fazer, vender o bolo, já no caso da empreitada, a solução torna-se, no âmbito civil contratual, mais difícil¹⁹³.

Devido ao fato da empreitada de um bolo festivo traduzir-se uma verdadeira obrigação de fazer personalíssima (infungível ou imaterial) do confeitiro, não

¹⁸⁹ PIRES, T. I. T. Liberdade de consciência, liberdade de crença e pluralismo político. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 1, jul./set., 2012, p. 54; SORIANO, Ramon. La objecion de conciencia: significado, fundamentos juridicos, e positivacion en el ordenamiento juridico espanhol. In: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, n. 58. oct./dez, 1987, p. 79 et seq.

¹⁹⁰ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994) (...) II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes.

¹⁹¹ Art. 2º. São crimes desta natureza: (...) I - recusar individualmente em estabelecimento comercial a prestação de serviços essenciais à subsistência; sonegar mercadoria ou recusar vendê-la a quem esteja em condições de comprar a pronto pagamento.

¹⁹² Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo: (...) VI - sonegar insumos ou bens, recusando-se a vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas, ou retê-los para o fim de especulação.

¹⁹³ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 337-338.

podendo ser possível a transferência pela responsabilidade desta ou transferência a terceiros, as únicas soluções que poderia ser dadas aos consumidores seriam as já conhecidas fixação de multa diária para cumprimento da obrigação não abarcada pela cláusula de consciência cumulada com pedido de perdas e danos, se existente.

Além de tal proteção cível, as normas de direito penal dos arts. art. 2º, I da Lei 1.521/51 e o art. 7º, VI da Lei 8.317/90 vedariam a prática de objeção de consciência nas relações de consumo e no comércio em geral, sob penas que variam do mínimo de seis meses (Lei 1.521/51) até 05 anos.

De forma inexorável, diante da afirmação da tese constitucional exposta, tem-se como necessária, ao caso, a apresentação da técnica hermenêutica de interpretação conforme à Constituição na modalidade sem redução de texto¹⁹⁴ dos arts. 39, II do CDC, art. 2º, I da Lei 1.521/51 e o art. 7º, VI da Lei 8.317/90, de modo a descriminalizar e civilmente irresponsabilizar a objeção praticada conforme tese ora construída.

Ao fim, Gilmar Ferreira Mendes, de há muito sustenta que a “oportunidade para interpretação conforme à Constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece”, diante de um caso concreto, “diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição”¹⁹⁵. Sua previsão, no art. 28 da Lei 9.868/99, entretanto, indica que a presente problemática, apesar de avizinhar ser algo próximo, a simples transação civil de um bolo, ainda precisará chegar à Suprema Corte brasileira, visto que esta solução, na parte final, demanda instância de controle abstrato, de há muito longe deste caso. Com fé de que haverá respeito aos consumidores e aos confeiteiros devotos neste *iter* processual, é, apenas, de se aguardar o porvir e que esta tese oriente a melhor decisão final, à luz das leis de Deus ou às leis dos homens.

¹⁹⁴ A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto “refere-se, normalmente, a casos não mencionados no texto, que, por estar formulado de forma ampla ou geral, contém, em verdade, um complexo de normas” MENDES, Gilmar. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 196. Neste sentido, MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 295-296; SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV.*, São Paulo, v. 2. n; 1. jan/jun, 2006, pp. 201-202.

¹⁹⁵ MENDES, Gilmar. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 196.

CONCLUSÃO

O presente trabalho, desenvolvido em 04 capítulos, conforme exposição introdutória e conforme marco teórico adotado, termina por orientar a conclusão a seguir exposta:

a) os precedentes existentes no Direito anglo-americano, respectivamente, *Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others* do Reino Unido e *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* provindo dos Estados Unidos da América atestam que o problema deste Trabalho necessita ser analisado e tratado inicialmente no que diz respeito aos deveres anexos de informação entre fornecedor e consumidor e do conteúdo licitamente objetável em mensagem nos bolos;

b) o Estado, via de regra, tomando a teoria da eficácia indireta fraca, não poderia interferir na presente questão para, com isto, delimitar a existência e a extensão de uma possível discriminação lícita ou não para com os consumidores;

c) entretanto, neste caso, demonstra-se necessária a atuação estatal como forma de compatibilização dos princípios constitucionais em choque, visto que, de um lado existe o direito fundamental à objeção de consciência religiosa dos confeitores, de aplicabilidade imediata e de eficácia limitada e do outro o direito fundamental à proteção e defesa dos consumidores homoafetivos;

d) a questão da exequibilidade de obrigações personalíssimas no caso dos contratos de empreitada e não de compra e venda necessita de uma resposta distinta, visto que a objeção se manifesta de formas diferentes em cada um destes;

e) exige-se conhecer do cabimento ou não de indenização por dano extrapatrimonial nas eventuais situações de recusas justificadas e injustificadas;

f) a objeção de consciência possui raízes gregas, tendo atravessado séculos como uma questão juridicamente controversa, apenas conseguindo gozar de tutela jurídica satisfatória com o advento da Modernidade e a partir dos influxos iluministas e liberais dos séculos XVII e seguintes. Seu desenvolvimento e situação atual no país foram analisadas a partir da identificação de como tal direito

fundamental atualmente está regulamentado, apenas na Lei 8.329/1991 e a Portaria Nr 2.681 – COSEMI (Comissão de Serviço Militar), de 28 de julho de 1992;

g) no direito pátrio, a escusa é norma de direito fundamental, dotada de aplicabilidade imediata, mas de eficácia limitada que torna-a necessária de regulamentação legal específica ao caso dos confeitores, não possuindo a regulamentação das obrigações alternativas acerca de serviços militares aplicabilidade à situação por evidente distinção fática;

h) os consumidores homoafetivos no cenário contemporâneo e pós-moderno do Brasil podem ser configurados como hipervulneráveis e, conforme o conteúdo constitucional de proteção e defesa das relações de consumo, não se afigura como possível uma cedência total deste direito diante da objeção de consciência religiosa, sendo necessária uma compatibilização entre os mesmos;

Ao passar ao cerne da problemática, adotou-se como marcos teóricos a *teoria da eficácia indireta fraca* dos direitos fundamentais de Otavio Luiz Rodrigues Júnior, principalmente contida na sua obra *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*, fruto de sua tese de livre docência na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo e o *teste de identificação de desrespeito à isonomia* formulado por Celso Antônio Bandeira de Mello na sua obra *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*.

Resolve-se a problemática questionada na Introdução deste trabalho, qual seja, no Brasil, é constitucionalmente cabível que um confeiteiro se negue a produzir e vender um bolo a um casal homoafetivo valendo-se do exercício da objeção de consciência religiosa? que teve como hipótese apresentada: no Brasil, é constitucionalmente cabível que um confeiteiro exerça objeção de consciência religiosa em face de consumidores homoafetivos que, ao fim, demonstrou-se parcialmente cabível.

É que, considerada toda a discussão apresentada acerca dos direitos fundamentais destacadamente em conflito, quais sejam, direito à objeção de consciência religiosa por confeitores e proteção e defesa dos consumidores homoafetivos no comércio de bolos e serviços, inicia-se o teste de falseabilidade da hipótese à luz do marco teórico adotado.

Os objetivos específicos, para tanto, foram atingidos. Após ser apresentada análise de como a objeção de consciência poderia ser entendida no Direito Brasileiro, notadamente a partir de suas raízes históricas e sociológicas, onde, a partir da revisão bibliográfica da literatura jurídica brasileira e estrangeira acerca do instituto, constata-se que a mesma não pode ser suprimida totalmente no conflito com o direito fundamental à proteção e defesa dos consumidores homoafetivos. E, também, no que tange ao Legislativo, identifica-se que, em primeiro lugar, apenas existe atualmente no ordenamento pátrio regulamentação de obrigações alternativas acerca dos serviços militares – em todos os termos insuscetíveis de aplicabilidade ao caso.

No que diz respeito ao Judiciário nacional, identificam-se poucos julgados no âmbito do Supremo Tribunal Federal que, apesar de não tratarem especificamente do problema aqui analisado, orientam, por seu caráter persuasivo e lógico, uma definição de como a situação supramencionada pode ser resolvida à luz do ordenamento jurídico pátrio e conforme marco teórico escolhido.

Arrematando tudo quanto ponderado, concluiu-se, ao fim, que no Brasil, é constitucionalmente cabível que um confeitiro exerça objeção de consciência religiosa em face de consumidores homoafetivos, desde que esta se restrinja e tenha por base o conteúdo de mensagens ou a própria arte do bolo que diretamente ofendam a fé professada pelo objetor. Salvo os casos de compra e venda onde o bem já estiver pronto, sendo vedada, em todos os casos, a prática de atos de homofobia e discriminação de gênero quando da escusa. A isto, sendo necessária uma interpretação conforme à Constituição dos arts. 39, II do CDC, art. 2º, I da Lei 1.521/1951 e o art. 7º, VI da Lei 8.317/90 de modo a descriminalizar e civilmente irresponsabilizar a objeção eventualmente a ser praticada.

REFERÊNCIAS

AGESTA, Luis Sánchez. *Curso de derecho constitucional comparado*. 7. ed. Madri: Universidad Complutense, 1988.

AGOSTINHO, Santo. *O livre arbítrio*. trad. org., introd. e notas Nair de Assis Oliveira. rev. Honório Dalbosco. São Paulo: Paulus, 1995.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco; Poética*. (trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross; Poética: trad. com. e índices analítico e onomástico de Eudoro de Souza) 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ARRIETA, Juan Ignacio. Las objeciones de conciencia a la ley y las características de su estructura jurídica. In: *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Objeción de conciencia*, México, p.27-55, 1998.

ASCENÇÃO, J. O. O Direito Civil como direito comum do homem comum. In: *Revista do Instituto Brasileiro*, Lisboa, ano 1. v. 1., 2012.

_____. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. In: *Revista Da Faculdade De Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 103, p. 277-299, jan./dez., 2008.

BARROSO, L. R.. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGEIRA, Wilson Ricardo. (orgs.). *Direitos do Paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6º ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

_____. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Rio de Janeiro: Zahar.

BRADFORD, William. *Bradford's History of 'Plymouth Plantation'*. Boston: Deane, 1856.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos: a experiência da América Latina. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 8, p. 200-219, out./dez., 1993.

_____. O Código de Proteção do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 7, p.269-292, jul./set., 1993.

_____.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito Civil Constitucional*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Liberdade e igualdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BORN, Rogério Carlos. *Objecção de consciência: Retrições aos direitos políticos e fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2014.

BRASIL. 1998. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 01 out. 2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>., Acesso em: 01/11/2018.

_____. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>., Acesso em 01/11/2018.

_____. Lei n. 8.239, de 4 de outubro de 1991. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1991/lei-8239-4-outubro-1991-365105-normaatualizada-pl.html>>., Acesso em: 01/11/2018.

_____. Ministério dos Direitos Humanos. Disponível em: < <http://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/lgbt/biblioteca/relatorios-de-violencia-lgbtfobica>>. Acesso em 01/10/2018.

_____. Portaria n. 2.681, de 28 de julho de 1992. Disponível em: <http://dsm.dgp.eb.mil.br/phocadownload/Legislacao/Servico_Militar_Inicial/Portarias/Ministerio_da_Defesa/portaria%20nr%202.681%20-%20cosemi%20de%2028%20de%20julho%20de%201992.pdf>., Acesso em 01/11/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.264.116/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T. julgado em 18/10/2011, DJe 13/4/2012;

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 586.316/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., julgado em 04/06/2009, DJe 29/11/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/1999, DJ de 12/05/2000. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1763585>>. Acesso em 01 out. 2018.

_____. ADI 4439/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 27/09/2017, DJe 21/06/2018.

_____. RE 1371 MC/DF., Rel. Min. Rafael Mayer, j. 12/11/1986, Tribunal Pleno, DJ 10/06/1986.

_____. RE 478118/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 04/08/2010, DJe 20/08/2010.

BUZANELLO, José Carlos. Objeção de consciência: um direito constitucional. In: *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 38, n. 152, p. 173-182, out./dez. 2001.

CARDOSO, Soraia; PAMPLONA, Raquel. Os novos contornos do direito de objeção de consciência: os fundamentos e a evolução do direito à objeção de consciência no direito constitucional português. Análise de um direito em permanente evolução e presente em diferentes realidades. In: *Direito, Estado e Religião*. Lisboa, n. 3. p. 1-29, jul., 2015.

CÁPRIO, Marcos. A proteção do consumidor nas Constituições dos países do Mercosul e associados. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 74, p. 43-69, 2010.

CORREIA, António Damasceno. *O direito à objecção de consciência*. Lisboa, Portugal: Veja Editora, 1993.

COSTA, Miguel do Nascimento. Direito Fundamental à Resposta Adequada à Constituição. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 8, p. 170-189, jan./jun., 2014.

COUTINHO, Francisco Pereira. Sentido e limites do direito fundamental à objecção de consciência. *Working Paper 6/01*. Lisboa, Portugal: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2001, Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Downloads/223.pdf>, Acesso em 01/08/2018.

CRESPO, Danilo Leme. A assembleia nacional constituinte de 1987: grande marco na História do Direito do Consumidor no Brasil (parte 1). *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 76, p. 15-46, abr., 2017.

_____. A assembléia nacional constituinte de 1987: grande marco na História do Direito do Consumidor no Brasil (parte 2). *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 77, p. 15–47, mai., 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DAHINTEN, Augusto Franke. A proteção do consumidor enquanto direito fundamental e direito humano: consolidação da noção de mínimo existencial de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 106, p. 135-165, jul./ago., 2016.

DANTAS, Miguel Calmon Teixeira de Carvalho. Direito fundamental ao máximo existencial. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p. 757. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/8703>>., Acesso em: 01/11/2018.

DORNELES, Renato Moreira. A intervenção estatal brasileira nas relações de consumo: estrutura legislativa e fundamentos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 50, p. 58-70, abr.-jun, 2004.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: "Drittwirkung" dos direitos fundamentais*: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no Direito Civil Brasileiro*. Campinas-SP: Bookseller, 2002.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of The United States. *Masterpiece Cakeshop Ltd. & Jack C. Phillips v. Colorado Civil Rights Commission & Charlie Craig & David Mullins* (2015COA115, 2017), Justice Anthony Kennedy, j. 04.06.2018.

EVANS, G. R. *A brief history of heresy*. Oxford: Blackwell Publishing. 2003.

GIMENES, Nilson Roberto da Silva. *O direito de objeção de consciência às transfusões de sangue*. Dissertação (Mestrado em Direito). Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, 2005.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, v. I, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. trad. George Sperber. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. *Objecção de consciência e direito penal: Justificação e limites*. São Paulo: Lumen Juris, 2007.

JAYME, Erik. *Identité culturelle et integration: le droit internationale prive postmoderne. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Hayer*. Kluwer: Haia, 1995.

KONDER, C. N. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 99, p. 101-123, 2015.

LEAL, Fernando. Seis objeções ao Direito Civil constitucional. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 123-165, out./dez. 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do Direito Civil. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 141. jan./mar., 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. (coords.). *A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003.

LOCKE, John. *Carta sobre a tolerância*. Lisboa: Edições 70, 1985.

MARIMPIETRI, Flávia da Fonseca. *Pressupostos da revisão dos contratos de consumo*. Salvador: EGBA, 2008.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: O modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe (ESMESE)*, Sergipe, n. 7, p. 34-67, 2004.

_____; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Art. 4º. In: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Daniela de Freitas. Decisão de consciência. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais*, Minas Gerais, v. 37, n. 37, p. 43-78, 2000.

MARTINS, Humberto. Diretrizes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça relacionadas à proteção dos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 106, p. 17-36, jul./ago., 2016.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva. 2009.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. O direito do consumidor como direito fundamental – consequências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 43, p. 111-133, jul./set., 2002.

MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direito Constitucional*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor – o princípio da vulnerabilidade: no contrato, na publicidade, as demais práticas comerciais*. 3. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. Religião e direitos fundamentais: o princípio da liberdade religiosa no Estado Constitucional Democrático brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*, São Paulo, v. 18, p. 225-242, jul./dez., 2012.

MORA-RESTREPO, Gabriel. Objeción de conciencia e imposiciones ideológicas: el *Mayflower* a la deriva. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Colombia, n. 13, p. 249-273, jul. /dez., 2011.

MÜLLER, Friedrich. *Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?* trad. Peter Neuman. Porto Alegre: Unidade editorial, 2000.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 76, p. 13-45, out./dez., 2010.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

ODY, Lisiane Feiten Wingert. O conceito de consumidor e noção de vulnerabilidade nos países do Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 64, out./dez, p. 90-108, 2007.

PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 113, p. 81-109, set.-out, 2017.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIRES, T. I. T. Liberdade de consciência, liberdade de crença e pluralismo político. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 1, p. 53-63, jul./set., 2012.

PIOVESAN, F.. Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos. *Cadernos de Pesquisa (Fundação Carlos Chagas. Impresso)*, São Paulo - SP, v. 35, n.124, p. 43-56, 2005.

KAPLAN, Aryeh. *The Aryeh Kaplan Anthology: vol. 1, Illuminating Expositions on Jewish Thought and Practice*, Mesorah Publication. Israel: Artschrool, 1991.

RAYNER, John D. *A Jewish Understanding of the World*, New York: Berghahn Books, 1998.

REINO UNIDO. The United Kingdom Supreme Court. *Lee (Respondent) v Ashers Baking Company Ltd and others (Appellants) (Northern Ireland)*. Lord Hale, j. 10/08/2018.

RICOUER, Paul. *Soi-même comme un autre*. Paris: Seuil, 1990.

RODOTÀ, Sefano. Autodeterminação e laicidade. trad.: Carlos Nelson de Paula Konder. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*. v. 17, Belo Horizonte, p. 139-151, jul./set., 2018.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. A revisão judicial dos contratos de consumo. In: Jorge Bacelar Gouveia; Heraldo Oliveira Silva. (Org.). *I Congresso Luso Brasileiro de Direito*. Coimbra: Almedina, v. 01, p. 41-77, 2014.

_____. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

_____. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *O Direito (Lisboa)*, Lisboa, v. 143, p. 43-66, 2011.

_____. Propriedade e função social: Exame crítico de um caso de “constitucionalização” do Direito Civil. In: VERA-CRUZ Pinto, Eduardo; SOUSA, Marcelo Rebelo de; QUADROS, Fausto de; OTERO, Paulo. (orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*: v.3, Direito Constitucional e Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra, v. 3, 2012, p. 61-90.

_____. A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito Civil brasileiro do século XX. *O Direito (Lisboa)*, Lisboa, v. 147, p. 45-110, 2015.

_____. Propriedade, função social e Constituição. Exame crítico de um caso de constitucionalização do Direito Civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 51, p. 207-236, 2010.

RUSSEL, Bertrand. *Porque não ou cristão: e outros ensaios sobre religião e assuntos correlatos*. São Paulo: Exposição do Livro, 1972.

SANTOS, Adriana de Alencar Setubal Santos; VASCONSELOS, Fernando Antônio de. Novo paradigma da vulnerabilidade: uma releitura a partir da doutrina. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 116, mar./abr., p. 19-49, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: *A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHNEIDER, Andressa. A concorrência como instrumento: uma análise em função do princípio da defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 105, p. 247-269, mai./jun, 2016.

SHELDRAKE, Philip. *A brief of History of spirituality*. Oxford: Blackwell Publishing, 2007.

SORIANO, Ramon. La objecion de conciencia: significado, fundamentos jurídicos, e positivación en el ordenamiento jurídico español. In: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, n. 58, p. 61-110, oct./dez 1987.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. A proteção constitucional da liberdade religiosa. In: *Revista de informação legislativa*, v. 40, n. 160, p. 111-130, out./dez, 2003.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da Silva. A antidiscriminação no direito contratual brasileiro: possibilidades e limites do acolhimento de um princípio. Tese (Doutorado em Direito). *Programa de Pós-Graduação em Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo*, São Paulo, 2018, p. 215.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Michael Hideo Atakiama. O princípio da defesa do consumidor à luz do art. 170, IV da CF/88. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 61., p. 241-245, out./dez., 2007.

SILVA SOARES, J. A. *Objecção de Consciência*, in *Polis*, IV, Lisboa, 1986.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*. São Paulo: v. 2. nº 1, p. 191-210, jan/jun, 2006.

SÓFOCLES. *Antígona*. (introd., trad. do grego e notas de Maria Helena da Rocha Pereira). 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica, 2005.

STRECK, L. L.. Hermenêutica, constituição, autonomia do Direito e o Direito Fundamental a obter respostas adequadas (corretas). In: Fernandes, B. G.. (Org.). *Interpretação Constitucional: Reflexões sobre a (Nova) Hermenêutica*. Salvador: JusPodivm, 2010.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método. 2006.

TEPEDINO. As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. *Revista Estudos Jurídicos - PUC-Paraná*, n. 1, Paraná, v. 4, 1997, p. 101-114;

TEPEDINO, Gustavo. As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. *Revista Estudos Jurídicos - PUC-Paraná*, Paraná, n. 1, v. 4, p. 101-114, 1997.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Escritos políticos*. trad. Francisco Benjamin de Souza Neto. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995.

VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto. *O princípio constitucional da igualdade e o direito do consumidor*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentário ao artigo 5º, VI a VIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Coimbra: Almedina, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. Sobre a teoria das necessidades: a condição dos “novos direitos”. In: *Alter Ágora. Revista do Curso de Direito da UFSC*, Florianópolis, n. 1., 1994.

_____. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. WOLKMER, Antonio Carlos; MORATO LEITE, José Rubens (orgs.). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Sites consultados:

"Bert and Ernie gay marriage cake refused by Northern Ireland bakery", *The Guardian*. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/uk-news/2014/jul/08/bert-and-ernie-gay-wedding-cake-northern-ireland-ashers-bakery>> Acesso em: 01 out. 2018.

"Christian Bakers, Gay Weddings, and a Question for the Supreme Court", *The New Yorker*. Disponível em: <<https://www.newyorker.com/news/news-desk/christian-bakers-gay-weddings-and-a-question-for-the-supreme-court>>. Acesso em: 01 out. 2018.

"Colo. judge orders Christian baker to bake gay wedding cake. Will he say no?". *The Christian Science Monitor*. Disponível em: <<https://www.csmonitor.com/USA/Justice/2013/1207/Colo.-judge-orders-Christian-baker-to-bake-gay-wedding-cake.-Will-he-say-no>>. Acesso em: 01 out. 2018.

"Ashers Baking Co wins 'gay cake' case appeal in UK Supreme Court", *ABC News*. Disponível em: <<https://www.abc.net.au/news/2018-10-11/christian-gay-cake-bakery-has-supreme-court-win/10363112>>. Acesso em: 01 out. 2018.

"Ashers Baking Company: 'Gay cake' row could end up in court", *BBC*. Disponível em: <<https://www.bbc.co.uk/news/uk-northern-ireland-28206581>>. Acesso em: 01 out. 2018.

"Assassinatos de LGBT crescem 30% entre 2016 e 2017, segundo relatório", *O Globo*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/assassinatos-de-lgbt-crescem-30-entre-2016-2017-segundo-relatorio-22295785>>. Acesso em 01/10/2018.

"Em 2018, 153 pessoas LGBT já foram mortas no Brasil vítimas de preconceito", *Correio Braziliense*. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/05/17/interna-brasil,681236/em-2018-153-pessoas-lgbti-foram-mortas-no-brasil-vitimas-de-preconcei.shtml>>. Acesso em: 01 out. 2018.

"A cada 19 horas, uma pessoa LGBT é assassinada ou se suicida no Brasil", *Estadão*. Disponível em: <<https://emails.estadao.com.br/blogs/familia-plural/a-cada>>

19-horas-uma-pessoa-lgbt-e-assassinada-ou-se-suicida-no-brasil/>. Acesso em: 01 out. 2018.

“Bakery refuses to make Sesame Street 'Support Gay Marriage' cake”, *The Journal.ie*. Disponível em: <<https://www.thejournal.ie/northern-ireland-gay-marriage-cake-1559353-Jul2014/>>. Acesso em: 01 out. 2018;

“Confeitaria é condenada por se recusar a fazer bolo com slogan anti-homofobia”, *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-20/confeitaria-condenada-nao-bolo-slogan-anti-homofobia>>. Acesso em: 01 out. 2018.

“Confeitaria se recusa a fazer bolo para casamento gay e caso para na Justiça”, *G1*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2015/08/confeitaria-se-recusa-fazer-bolo-para-casamento-gay-e-caso-para-na-justica.html>>. Acesso em: 01 out. 2018.

“Fator de exclusão da população LGBT é a família, diz censo”, *G1*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/04/fator-de-exclusao-da-populacao-lgbt-e-familia-diz-censo.html>>. Acesso em: 01 out. 2018.

“LGBT: 63% dos jovens são rejeitados pela família ao assumir orientação sexual”, *Brasil 247*. Disponível em: <<https://www.brasil247.com/pt/247/brasil/183771/LGBT-63-dos-jovens-s%C3%A3o-rejeitados-pela-fam%C3%ADlia-ao-assumir-orienta%C3%A7%C3%A3o-sexual.htm>>. Acesso em: 01 out. 2018.

“Justiça britânica dá razão a confeitiro que se negou a fazer bolo com mensagem de apoio a casamento gay”, *G1*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/10/10/justica-britanica-da-razao-a-confeitiro-que-se-negou-a-fazer-bolo-com-mensagem-de-apoio-a-casamento-gay.ghtml>>. Acesso em: 01 out. 2018.

“*Lee (Respondent) v Ashers Baking Company Ltd and others (Appellants) (Northern Ireland)*”, *The Supreme Court*. Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2017-0020.html>>. Acesso em: 01 out. 2018.

“Levantamento aponta recorde de mortes por homofobia no Brasil em 2017”, *Agência EBC*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-01/levantamento-aponta-recorde-de-mortes-por-homofobia-no-brasil-em>>. Acesso em: 01 out. 2018.

“*Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission: Whether a business open to the public has a constitutional right to discriminate*”, *American Civil Liberties Union*. Disponível em: <<https://www.aclu.org/cases/masterpiece-cakeshop-v-colorado-civil-rights-commission?redirect=cases/charlie-craig-and-david-mullins-v-masterpiece-cakeshop>>. Acesso em: 01 out. 2018.

“*Masterpiece Cakeshop, Ltd., et al. v Colorado Civil Rights Commission et. al.*” Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_new2_22p3.pdf>. Acesso em: 01 out. 2018.

“Escolas ainda não sabem lidar com alunos gays”, *Época*. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI69793-15228,00-ESCOLAS+AINDA+NAO+SABEM+LIDAR+COM+OS+ALUNOS+GAYS.html>>. Acesso em: 01/10/2018.

“Público LGBT sofre mais preconceito em espaços públicos e no transporte em SP, diz Rede Nossa SP”, *G1*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/publico-lgbt-sofre-mais-preconceito-em-espacos-publicos-e-no-transporte-em-sp-diz-rede-nossa-sp.ghtml>>. Acesso em: 01/10/2018.

“Recusa de padaria em fazer bolo favorável a casamento gay não é discriminatória, diz corte britânica”, *Estadão*. Disponível em: <<https://emails.estadao.com.br/noticias/comportamento,recusa-de-padaria-em-fazer-bolo-favoravel-a-casamento-gay-nao-e-discriminataria-diz-corte-britanica,70002541805>>. Acesso em: 01 out. 2018.

“Religiosos buscam na Suprema Corte dos EUA direito de discriminar gays”, *Revista Eletrônica Conjur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-25/religiosos-buscam-suprema-corte-direito-discriminar-gays>>. Acesso em: 01 out. 2018.

“Supreme Court Overwhelmingly Rules in Favor of Colorado Baker in Wedding Cake Case”, *Townhall*. Disponível em: <<https://townhall.com/tipsheet/katiepavlich/2018/06/04/scotus-rules-bakers-opposed-to-gay-marriage-cant-be-forced-to-bake-cakes-n2487137>>. Acesso em: 01 out. 2018.

“Supreme Court to take case on baker who refused to sell wedding cake to gay couple”, *The Washington Post*. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/politics/courts_law/supreme-court-to-take-case-on-baker-who-refused-to-sell-wedding-cake-to-gay-couple/2017/06/26/0c2f8606-0cde-11e7-9d5a-a83e627dc120_story.html?noredirect=on&utm_term=.1a472bda6afd>. Acesso em: 01 out. 2018.

“Supreme Court will hear case of Colorado baker who refused to make wedding cake for same-sex couple”, *The Los Angeles Times*. Disponível em: <<http://www.latimes.com/politics/la-na-pol-court-gays-religion-20170626-story.html>>. Acesso em: 01 out. 2018.

“Supreme Court will hear case of Colorado baker who refused to make wedding cake for same-sex couple”, *The Los Angeles Times*. Disponível em: <<http://www.latimes.com/politics/la-na-pol-court-gays-religion-20170626-story.html>>. Acesso em: 01 out. 2018.

“Wedding cakes v. religious beliefs?: In Plain English”, *SCOTUSblog*. Disponível em: <<http://www.scotusblog.com/2017/09/wedding-cakes-v-religious-beliefs-plain-english/>>. Acesso em: 01 out. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. “População LGBT tem acesso reduzido a direitos sociais, econômicos e culturais, dizem relatores”. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/populacao-lgbt-tem-acesso-reduzido-a-direitos-sociais-economicos-e-culturais-dizem-relatores/>>., Acesso em: 01 out. 2018.

VATICANO. *Gaudium et Spes*. Disponível em: http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_po.html, Acesso em: 01 out. 2018.

_____. Bíblia Sagrada. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/bible/nova_vulgata/documents/nova-vulgata_nt_actus-apostolorum_lt.html#5>. Acesso em: 01 out. 2018.