

## SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM

---

*Supreme Court of the United Kingdom* – Gareth Lee v. Ashers Baking Co. & Colin McCarthur & Karen McCarthur (2015) – j. 10/10/2018 – DJ – 10/10/2018 – Justice Lady Hale – Áreas do Direito: Direito Civil; Constitucional.

---

**COMPRA E VENDA – EMPREITADA – Recusa de confecção de bolo – Objeção de consciência – Suposta discriminação por motivos de gênero e orientação sexual – Demanda julgada procedente em primeiro grau – Indenização arbitrada em £500 – Impossibilidade de recusa de confecção por ser pedido razoável mesmo diante de crenças religiosas – Apelação – Sentença do juízo *a quo* mantida – Nova apelação – Constitucional e Direitos Humanos – Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas – Mudança de entendimento na Suprema Corte do Reino Unido – É cabível, via objeção de consciência, recusa com relação a mensagens ou formas que violem crença religiosa particular – Recusa de compra e venda e empreitada devida nestes moldes – Aplicabilidade da Convenção Europeia de Direitos Humanos à legislação estatal e local.**

EMENTA Oficial: 10 October 2018

SUMÁRIO: Lee (demandado) contra Ashers Baking Company Ltd e outros (recorrentes) (Irlanda do Norte). Referência feita pelo *Attorney General* da Irlanda do Norte no que tange a devolução à *Supreme Court* das questões atinentes aos termos do parágrafo 34 do Anexo 10 da *Northern Ireland Act 1988*. Referência do *Attorney General* da Irlanda do Norte no que tange a devolução à *Supreme Court* das questões atinentes ao parágrafo 34 do Anexo 10 da *Northern Ireland Act 1988*. (No 2) . [2018] UKSC49. Em apelação decorrente de [2016] NICA 39. JUSTICES: Lady Hale (Presidente), Lord Mance, Lorde Kerr, Lorde Hodge, Lady Black

### ANTECEDENTES DA APELAÇÃO

O Sr. e a Sra. McArthur são cristãos que conservam a crença religiosa de que a única forma de casamento consistente com os ensinamentos da Bíblia e aceitável a Deus é aquela entre um homem e uma mulher. Eles são os donos de um negócio de confeitaria («Ashers»). A Ashers oferecia um serviço intitulado "Construa um bolo", pelo qual os clientes poderiam solicitar que imagens ou inscrições fossem colocadas em um bolo. Em maio de 2014, o Sr. Lee, um homem gay, desejava levar

um bolo para um evento organizado por ativistas em prol do casamento entre pessoas do mesmo sexo na Irlanda do Norte. Assim, ele fez uma ordem de serviço com a Ashers para a feitura de um bolo confeitado com uma representação dos personagens de desenhos animados "Bert e Ernie" e as palavras "Apoie o Casamento Gay". Inicialmente, a Sra. McArthur tomou a ordem, mas depois advertiu o Sr. Lee que, por motivos de consciência, não poderia produzir tal bolo e deu-lhe reembolso.

O Sr. Lee apresentou uma queixa contra os McArthurs e a Ashers ("os recorrentes") por discriminação direta e indireta em razão da orientação sexual, condutas contrárias aos *Equality Act (Sexual Orientation) Regulations* (Irlanda do Norte) 2006 ("os SORs") e/ou por motivos de crença religiosa ou opinião política, também contrárias ao *Fair Employment and Treatment* (Irlanda do Norte) *Order* 1998 ("FETO"). Sua reivindicação foi apoiada pela *Equality Commission for Northern Ireland*. O juiz distrital do Tribunal da comarca sentenciou que recusar-se a completar seu pedido, como feito, era discriminação direta nos três fundamentos elencados.

Os apelantes recorreram à *Court of Appeal*, argumentando que o "FETO" e "os SORs" eram incompatíveis com os direitos dos McArthurs sob a Convenção Européia de Direitos Humanos (ECHR). A *Court of Appeal* emitiu uma *devolution notice* e notificou o *Attorney General* acerca da incompatibilidade, este que, então, se tornou parte no processo. Em 24 de outubro de 2016, a *Court of Appeal* negou provimento ao recurso, sob o argumento de que o Sr. Lee tinha sofrido discriminação direta por sua orientação sexual e que, por isso, não era necessário interpretar "os SORs" e analisar os direitos dos McArthur's presentes na Convenção Européia de Direitos Humanos (ECHR).

Em 28 de outubro de 2016, antes mesmo de o despacho que indeferiu a apelação ser elaborado, o *Attorney General* notificou a *Court of Appeal*, exigindo-lhe que fizesse uma referência do caso à *Supreme Court* com fundamento no parágrafo 33 do Anexo 10 da Lei da Irlanda do Norte de 1998. A *Court of Appeal* concluiu que ele não tinha poder para fazê-lo, visto que o processo já tinha terminado. Assim sendo, o *Attorney General* fez duas consultas à *Court of Appeal* acerca das questões de devolução atinentes ao parágrafo 34, a primeira sobre a validade do "FETO" e "os SORs" e a segunda sobre quando a *Court of Appeal* deveria fazer uma referência. Os apelantes solicitaram permissão para apelar contra a ordem da *Court of Appeal* e este pedido foi ouvido juntamente com as referências do *Attorney General*.

## JULGAMENTO

A *Supreme Court*, por unanimidade, sustentou possuir competência para analisar as apelações contra todos os aspectos do julgamento feito pela *Court of Appeal*, concluindo que a *Court of Appeal* errou ao se recusar a fazer uma referência nos termos da notificação do *Attorney General*, feita sob o parágrafo 33.

Isto concedeu aos apelantes a permissão para apelar e permitiu sua apelação. Então, a Corte conclui que nem "os SOR" e nem a "FETO" imporiam responsabilidade civil às recorrentes [Ashers e McArthur's] pela recusa de expressarem uma opinião política contrária às suas crenças religiosas.

Lady Hale deu o julgamento sobre as questões de discriminação e e Lord Mance sobre as questões de jurisdição.

## RAZÕES PARA O JULGAMENTO

### *A alegação de orientação sexual*

O juiz distrital percebeu que os recorrentes [Ashers e McArthur's] não se recusaram a cumprir a ordem de Lee por causa de sua atual e percebida orientação sexual. A objeção era à mensagem

no bolo, não a quaisquer características pessoais do mensageiro [22], ou a qualquer pessoa com quem ele estivesse associado [33-34]. A mensagem não era indissociável da orientação sexual do cliente, pois o apoio ao casamento gay não seria uma representação para qualquer orientação sexual particular [25]. O proveito da mensagem não seria apenas para gays ou bissexuais, mas para suas famílias e amigos e para a comunidade em geral que reconhecem os benefícios sociais que tal compromisso pode trazer [33]. Assim, não houve discriminação em razão da orientação sexual, neste caso.

### *As pretensões políticas da reclamação*

A proteção contra a discriminação direta em razão de crença religiosa ou opinião política tem estatuto constitucional na Irlanda do Norte [37]. A discriminação tem que estar no terreno da religião ou crença de alguém que não seja o alegado discriminador [43-45]. Como a objeção dos apelantes não era ao Sr. Lee, mas à obrigação de promoção da mensagem no bolo, a situação não era comparável ao fato de as pessoas serem recusadas a empregos ou serviços simplesmente por causa de sua fé religiosa, mas era discutível que a mensagem era indissociável da opinião política do Sr. Lee. Era, portanto, necessário considerar o impacto dos direitos dos McArthur's presentes na Convenção Européia de Direitos Humanos (ECHR) e qual o efeito de seu significado no FETO [48].

### *IMPACTO DOS DIREITOS DA CONVENÇÃO EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS (ECHR)*

Os direitos à liberdade de pensamento, consciência e religião (artigo 9) e a liberdade de expressão (artigo 10) foram claramente envolvidos neste caso [49]. Eles incluem o direito de não ser obrigado a manifestar crenças que alguém não tenha [52]. Os McArthurs não podiam se recusar a fornecer seus produtos ao Sr. Lee porque ele era gay ou porque ele apoiava o casamento gay, mas isso era diferente de obrigá-los a fornecer um bolo confeitado com uma mensagem com a qual discordavam profundamente [55]. O "FETO" não deve ser lido ou dado efeito de modo a obrigá-los a fazê-lo, a menos que uma justificativa fosse demonstrada, e não foi neste caso [56, 62].

### *JURISDIÇÃO*

Os recorrentes tinham o direito de recorrer à *Supreme Court* em relação ao "FETO", não obstante a sua eleição em apelar à *Court of Appeal* no caso específico. Embora tais recursos sejam usualmente os finais, nos termos do artigo 61 (6) da *County Courts (Irlanda do Norte) Order 1980* ('artigo 61 (6)'), há uma exceção na seção 42 (6) *Judicature (Irlanda do Norte) Act 1978* a respeito de decisões relativas a qualquer questão sobre a validade das medidas da *Northern Ireland Assembly*. O "FETO" era equivalente em tal medida e os apelantes contestaram sua validade em falhar na proteção de seus direitos. Não era necessário decidir se isso também permitia o recurso de apelação com base nos "SORs", dada a sobreposição nas circunstâncias, por causa das conclusões da *Supreme Court* às referências do *Attorney General* [63-71].

A *Court of Appeal* errou ao rejeitar a referência pedida pelo *Attorney General*, nos termos do parágrafo 33, com base na conclusão procedimental que concluíram. Em princípio, as apelações são contra ordens e não julgamentos e, neste contexto, é natural considerar os procedimentos como vivos até que seja emitida uma ordem final. Este erro privou os recorrentes do julgamento inevitavelmente diferente sobre a questão de saber se "os SORs" impuseram responsabilidade civil sobre eles por sua recusa em expressar uma opinião política contrária às suas crenças religiosas, o que

eventualmente teria se seguido. Uma apelação à *Supreme Court* depois de tal erro de procedimento não foi impedido pelo artigo 61 (6), que estava focado na questão da lei e não na contestação da imparcialidade ou regularidade do processo da *Court of Appeal*. Apesar deste erro ter sido colateral ao litígio entre os recorrentes e o Sr. Lee, seria excessivamente técnico negar aos recorrentes o benefício do tratamento adequado da referência. Portanto, uma apelação cabe à *Supreme Court* contra todos os aspectos do julgamento da *Court of Appeal*, incluindo sua decisão a respeito da alegada discriminação sob "os SORs", bem como sob o "FETO" [76-90]<sup>1</sup>.

## COMENTÁRIOS

### O CASO DOS CONFEITEIROS DEVIDOS: COMENTÁRIOS AO CASO *GARETH LEE V. ASHERS BAKING Co & COLIN MCCARTHUR & KAREN MCCARTHUR (2015)* À LUZ DA TEORIA DA EFICÁCIA INDIRETA FRACA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

#### *THE CASE OF TWO CONFECTIONERS: COMMENTARY TO GARETH LEE VS. ASHERS BANKING Co & COLIN McARTHUR & KAREN McARTHUR (2015) ANALYZED BY OF THE THEORY OF WEAK INDIRECT EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS*

**RESUMO:** O presente texto busca examinar a decisão proferida pela Suprema Corte do Reino Unido, *Gareth Lee v. Ashers Baking Co. & Colin McArthur & Karen McArthur (2015)*, de relatoria da Justice presidente Lady Hale, que garantiu a possibilidade de um confeitiro se negar a produzir bolos a um ativista LGBT+ por meio do exercício da objeção de consciência religiosa. O comentário analisa o referido caso e, em diálogo com doutrina e jurisprudências pátrias, notadamente a eficácia indireta fraca dos direitos fundamentais, busca apresentar uma tese ao caso, na hipótese de ocorrência deste no Brasil.

**ABSTRACT:** This text seeks to examine the decision enacted by the United Kingdom Supreme Court, *Gareth Lee v. Ashers Baking Co. and Colin McArthur and Karen McArthur (2015)*, reporting from Justice chairwoman Lady Hale, who secured the possibility of a confectioner refusing to produce cakes to an LGBT + activist by exercising religious objection. The commentary on the case, in a dialogue with Brazilian legal theory and case law, notably with the theory of the weak indirect effectiveness of the fundamental rights, seeks to present a thesis to the case, in the event of its occurrence in Brazil.

1. Nota do comentarista: O conteúdo normativo no inteiro teor do acórdão foi livremente traduzido. Entretanto, sua versão original está disponível no site da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais – Eficácia indireta fraca – Objeção de consciência – Contratos – Compra e venda.

**KEYWORDS:** Fundamental rights – Weak indirect effectiveness – Conscientious objection – Contracts – Purchase and sale.

## INTRODUÇÃO

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 agora encomendar 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"<sup>2</sup>.

O Sr. McArthur, coproprietário da loja com sua esposa desde 1992<sup>3</sup> 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, 48 horas depois, os McArthur's ligaram para o cliente não para lhe dar a notícia esperada, mas para lhe explicar que seu serviço não poderia ser finalizado, pois aquele era um negócio cristão e eles não poderiam imprimir a frase solicitada.

Segundo relatado, 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, o Sr. Lee processou a *Ashers Baking Company*.

Nesse 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 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 não.

Em maio de 2015, a confeitaria fora condenada por se recusar a fazer bolo com *slogan* anti-homofobia. 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 igualdade 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 Lee<sup>4</sup>. Inconformados com a sentença, os proprietários da confeitaria irlandesa apresentaram apelação à Corte distrital.

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 esse evento, o caso sido remetido à *Supreme Court of the United Kingdom* para que o órgão resolvesse a questão após decisão de manutenção da sentença do juízo *a quo* pela Corte de Apelações da Irlanda do Norte.

2. Em tradução livre, "apoie o casamento gay".

3. 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".

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

No dia 10 de outubro de 2018, a *Supreme Court of the United Kingdom* tomou sua decisão, tendo decidido favoravelmente para com a *Ashers Baking Company*. O fundamento central da Corte foi o de que a objeção de consciência dos Srs. McArthur, no caso concreto, se deu com relação à mensagem no bolo, não a qualquer característica pessoal do Sr. Lee, ou qualquer um com quem estivesse associado<sup>5</sup>.

A própria Lady relatora do caso e então 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". 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".

É de se registrar que, no julgamento desse caso, fora também mencionado o precedente estadunidense *Masterpiece Cakeshop Ltd. Et Jack C. Phillips v. Colorado Civil Rights Commission Et Charlie Craig Et David Mullins (2015COA115, 2017)*. Neste, 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.

Sucedeu que, mesmo tendo dito ao par que poderiam adquirir outros tipos de bolos já existentes na loja – apenas não faria o pretendido bolo de casamento – com a negativa, Charlie e David sentiram-se lesados.

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". Após, o casal procurou a Justiça americana e, juntamente com um departamento local de proteção de defesa dos consumidores – *Colorado Civil Rights Commission* –, acionaram o Sr. Jack Phillips. Alegaram estes nesta demanda, entre várias coisas, que quando um comerciante abre uma loja, tem que atender a todos, sem distinção.

Após diversas fases e trâmites processuais, a *Supreme Court of the United States*, por meio de acórdão da lavra do *Justice Anthony Kennedy*, decidiu que, embora um confeitiro, na qualidade de proprietário de uma empresa que serve ao público, "possa ter seu direito ao livre exercício de sua

5. "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 Ashers Baking Company Ltd and others (Appellants)* (Northern Ireland). Lord Hale, j. 10.08.2018, p. 15 et seq.).

religião e profissão, este é limitado por leis geralmente aplicáveis". Sucederia que, a decisão do Estado do Colorado, por meio de sua Comissão (*Colorado Civil Rights Commission*), de processar o confeitiro em litisconsórcio com o casal Charlie e David, como feito, seria "um fator que violaria a obrigação do Estado de neutralidade religiosa" pois teria ido de encontro à Primeira Emenda. Logo, a questão fora resolvida, mas, diferentemente do quanto ocorrido no Reino Unido, não houve exame do mérito da causa<sup>6</sup>.

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 confeitaria<sup>7</sup>.

No caso *Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others*, a situação fora diversa. De um ponto de vista contratual, percebeu-se que tanto o Sr. Lee quanto os Srs. McArthur solicitaram a empreitada do bolo decorado, houve surgimento do contrato por manifestação de vontade de ambos e, também, adimplemento pelo cliente, tendo ele apenas de aguardar a feitura do objeto da empreitada.

A partir de tais relatos, o presente comentário busca, à luz do ordenamento jurídico pátrio e a partir do tema da eficácia indireta fraca dos direitos fundamentais, analisar a aplicabilidade e o uso da objeção de consciência nos contratos de compra e venda e empreitada de bolos.

Assim, a hipótese central a ser dissertada considerou ser possível, a partir da teoria da eficácia indireta fraca, o exercício da escusa de consciência em face de consumidores e clientes conforme será explicitado. O objetivo principal desta interpretação, em tal medida, refere-se ao aparente choque dos direitos fundamentais entre a liberdade de consciência e a crença religiosa em face da proteção e da defesa dos consumidores e clientes homoafetivos e como solucioná-lo.

Como objetivos paralelos, buscar-se-á apresentar como tal cláusula de consciência religiosa poderia ser entendida no Brasil se aplicada às referidas modalidades de contrato supracitadas, bem como os demais Poderes apreciam e/ou poderiam regulamentar tal problema.

6. "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. Et Jack C. Phillips v. Colorado Civil Rights Commission Et Charlie Craig Et David Mullins* (2015COA115, 2017), Justice Anthony Kennedy, j. 04.06.2018, p. 6 et seq.)
7. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of The United States. *Masterpiece Cakeshop Ltd. Et Jack C. Phillips v. Colorado Civil Rights Commission Et Charlie Craig Et David Mullins* (2015COA115, 2017), Justice Anthony Kennedy, j. 04.06.2018, p. 6 et seq.

## 1. BREVES NOTAS ACERCA DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA RELIGIOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A objeção de consciência, no ordenamento jurídico pátrio, encontra uma regulamentação precisa no texto da Carta Magna (5º, VIII, CFRB/88 c/c 15, IV c/c 143 §§ 1º e 2º). Entretanto, até o presente momento, não há regulamentação geral acerca do instituto, existindo somente normativa atinente aos militares (Lei 8.329/1991 c/c Portaria 2.681 – Comissão de Serviço Militar, 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 este comentário.

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"<sup>8</sup>. Em monografias específicas acerca do tema, 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" ato humano "geralmente individual e não violento, de rechaço, por motivo de consciência, ao cumprimento de dever legal"<sup>9</sup>. Em vertente similar, Carlos Born sustenta que a "objeção de consciência é o direito fundamental que permite que qualquer cidadão se recuse", objete, portanto "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"<sup>10</sup>.

Jayme Weingartner Neto entende a objeção de consciência, enquanto uma liberdade fundamental, 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"<sup>11</sup>.

Pois bem, apesar de liberdade, igualdade, direito de propriedade, liberdade de expressão, de ofício, livre-iniciativa econômica 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 e clientes que este caso problema pode se repisar no Brasil com a seguinte questão, a de que se: no Brasil, é constitucionalmente cabível que um confeitiro se

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

9. HERINGER JÚNIOR, Bruno. *Objecção de consciência e direito penal: justificação e limites*. São Paulo: Lumen Juris, 2007. p. 43.

10. BORN, Rogério Carlos. *Objecção de consciência: restrições aos direitos políticos e fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 59.

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



negue a produzir e vender um bolo a um casal homoafetivo valendo-se do exercício da objeção de consciência religiosa?

A resposta constitucionalmente adequada<sup>12</sup>, 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.

Noutras palavras, como os direitos fundamentais não se auto-harmonizam e há espaço de conformação legislativa acerca dos direitos dos consumidores a serem tutelados, estes devem ser, ao máximo, preservados, ao passo em que a questão constitucional seja resolvida.

A isso, 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 vigorante<sup>13</sup>.

Se se observa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca de tal direito fundamental, há considerações a serem reputadas. Antes de vigorar no país a disciplina legal específica de obrigação alternativa aos serviços militares e congêneres, os objetores de consciência, segundo esse Tribunal, podiam exercer sua escusa sem a possibilidade de o 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 votar, 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 Eleitoral, [local a] alegarem objeção", isto "para se exonerarem das responsabilidades que advêm do descumprimento do dever"<sup>14</sup>.

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. No julgamento do Recurso Especial 478.188/DF, no qual se discutia a possibilidade de um objeto 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]"<sup>15</sup>.

12. 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. p. 217-246; COSTA, Miguel do Nascimento. *Direito fundamental à resposta adequada à Constituição*. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 8, n. 5, p. 170-189, jan.-jun. 2014.

13. GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1194.

14. RE 1.371 MC/DF, rel. Min. Rafael Mayer, j. 12.11.1986, Tribunal Pleno, DJ 10.06.1988, p. 66.

15. RE 478.118/DF, rel. Min. Dias Toffoli, j. 04.08.2010, DJe 20.08.2010.

Assim, percebe-se que orienta a jurisprudência do STF, à luz da CF/69 e até contemporaneamente, que, em sendo caso de objeção em face do Estado – eficácia indireta ou mediata<sup>16</sup>, inexistindo norma, o objetor deve comparecer na 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 direta<sup>17</sup>.

## 2. UMA RESPOSTA AO CASO DOS CONFEITEIROS DEVOTOS À LUZ DA TEORIA DA EFICÁCIA INDIRETA FRACA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE OTAVIO LUIZ RODRIGUES JR.

Posto à luz do ordenamento jurídico pátrio, o caso dos confeitores devotos, no caso dos confeitores devotos, de um lado, há o direito fundamental à objeção de consciência religiosa<sup>18</sup>, 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, que essa configuração de família não é protegida pelo Estado.

Do outro lado, existe o direito fundamental à proteção e defesa dos clientes consumidores<sup>19</sup>, norma constitucional interventiva e de ordem pública, com conteúdo complexo que, tendo o Código de Proteção e Defesa do Consumidor como norma primaz<sup>20</sup>, se espraia pelo ordenamento jurídico jungindo, em diálogo de fontes<sup>21</sup>, um posicionamento contrário. O de que os consumidores ho-

16. SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 193.
17. O RE 201.819 (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 JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 301).
18. HERINGER JÚNIOR, Bruno. *Objecção de consciência e direito penal: justificação e limites*, cit., p. 43 et seq.; BORN, Rogério Carlos. *Objecção de consciência: restrições aos direitos políticos e fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 59 et seq.
19. 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: Ed. RT, 2013. p. 229).
20. 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, ano 25, jul.-ago. 2016. p. 136 et seq.; SILVA, Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 262.
21. MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 89-90; MARQUES, Claudia 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)*, n. 7, 2004. p. 29 et seq.

moafetivos 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 por eles com finalidades particulares e íntimas.

É diante de tal cenário que, nesse particular, a eficácia indireta *fraca* dos direitos fundamentais surge como parâmetro a uma resposta. O "modelo *fraco*", aqui reputado, "contemporiza a hipótese excepcional de eficácia direta de certos direitos fundamentais e admite a possibilidade de eventual insuficiência [nos casos] de proteção por omissão legislativa"<sup>22</sup>.

No âmbito brasileiro, levando em conta o quanto exposto e por tal marco, a questão orienta no sentido de que os confeiteiros 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.

Nesse viés, 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. Pois, 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<sup>23</sup>.

Objecção 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 empreitada de um bolo.

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. Essa 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 as normas jurídicas cíveis e penais vigentes – pois as rechaçaria de plano e traria mais conflito do que respostas. Com o marco, portanto. Se, via de regra, o Estado não deve agir ou se intrometer na questão entre particulares, a preservar as autonomias, liberdades de contratação e autodeterminação dos sujeitos, no presente, pela natureza dos conflitos, esta eficácia indireta se enfraquece, sendo possível a adoção de uma exceção concreta.

Essa 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

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

23. "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 arbitrio*. Trad. org., introd. e rodas Nair de Assis Oliveira. Rev. Honório Dalbosco. São Paulo: Paulus, 1995. p. 51).

pletiva 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"<sup>24</sup>.

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 se tornam plenamente exercitáveis a partir do momento em que haja uma cedência recíproca entre eles. No mais, devido ao fato de não existir obrigação alternativa fixada em lei para o objetor, este não pode ser punido pela sua objeção. Porém, há todo um conjunto 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 a Constituição, a suprir tal lacuna<sup>25</sup>.

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.

Nesse sentido que os precedentes *Masterpiece Cakeshop Ltd. Et Jack C. Phillips v. Colorado Civil Rights Commission Et Charlie Craig Et David Mullins* (2015COA115, 2017) e *Gareth Lee v. Ashers Baking Co. Et Colin McCarthur Et Karen McCarthur* (2015) orientam boa eventual 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 objetor<sup>26</sup>.

Portanto, no Brasil, a um confeiteiro 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", pelo fato de que a fé cristã condena tal prática. O discriminar de forma moderada, em si, aqui, não seria punível, inclusive, concorrente ao princípio de tolerância religiosa<sup>27</sup>. Inversamente, um confeiteiro religioso não poderia negar a feitura de qualquer bolo a qualquer pessoa, seja esta gay, lésbica ou similares, que, por exemplo, desejasse adquirir um bolo com a mensagem "Eu apoio os direitos humanos", e demais frases que, de *per se*, não possuíssem o condão de macular a religião do objetor.

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

25. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Op. cit.*, loc. cit.

26. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of The United States. *Masterpiece Cakeshop Ltd. Et Jack C. Phillips v. Colorado Civil Rights Commission Et Charlie Craig Et 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.

27. "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. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Coimbra: Almedina, 2013. p. 569).

A adoção desta primeira situação como parâmetro antidiscriminatório afigura-se como adequada, inclusive, ao teste de identificação de desrespeito à isonomia cunhado por Celso Antônio Bandeira de Mello. Segundo o autor<sup>28</sup>, 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 juridicizados<sup>29</sup>.

No que tange ao elemento tomado como fator de desigualação, esta se limitaria, na primeira vertente, apenas às mensagens que ofendessem as características essenciais da própria objeção de consciência religiosa<sup>30</sup>. O objeto 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, diante do fato de que os interesses absorvidos com essa tese tutelam suficientemente a liberdade fundamental do objeto.

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 escusa.

O teste de identificação de desrespeito à isonomia<sup>31</sup>, aplicado anteriormente, aqui também procede. O elemento tomador de desigualação é a adoção de estética ao bolo que, se realizado pelo objeto 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.

Ainda na questão das imagens, há satisfeita correlação lógica e abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrimen* – que é a reprodução de imagens violadoras da fé do objeto, e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado – que é o assegurar ao objeto confeiteiro que este não será compelido nem pelo Estado e nem por particular a fazer um bolo que manifesta 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 objeto e, nas exceções, a proteção e a defesa dos consumidores, já que, demais representações artísticas não poderiam ser negadas<sup>32</sup>.

Essas 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 bolos<sup>33</sup>. Se, em qualquer caso, já existir

28. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 21 et seq.

29. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, loc. cit.

30. RODOTÀ, Sefano. Autodeterminação e laicidade. Trad., Carlos Nelson de Paula Konder. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 17, p. 139-143, jul.-set. 2018.

31. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 21 et seq.

32. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 21 et seq.

33. "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. atual. Antonio Junqueira de Azevedo;

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 venda<sup>34</sup>, não pode ser constitucionalmente tolerada a objeção.

Toma-se aqui de referência, para tal asserção, 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 de a confeitaria já estar aberta a todos os 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 humana<sup>35</sup>.

Registrado isto, é de se considerar o âmbito infralegal – em que existe um conjunto substancial de normas que precisa ser levado em consideração à presente tese. Sendo este contido nos arts. 39, II, do CDC<sup>36</sup>, 2º, I, da Lei 1.521/51<sup>37</sup> e o 7º, VI, da Lei 8.317/90<sup>38</sup>.

O art. 39, II, do CDC proibiria que, em havendo estoque de ingredientes e maquinário próprio, o confeito se recusasse a atender as demandas dos consumidores homoafetivos que encomendassem certo bolo. Essa norma, é, *a priori*, aplicável tanto ao caso da compra e venda quanto da empreitada, mas demandam de soluções distintas *in concreto*. Não se encaixando em nenhum dos permissivos da tese ora exposta, 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 difícil<sup>39</sup>.

---

Francisco Paulo de Crescenzeno Marino. 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*. Atual. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2002. p. 436).

34. 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*, cit., p. 265).
35. PIRES, T. I. T. Liberdade de consciência, liberdade de crença e pluralismo político. *Revista de Informação Legislativa*, v. 49, n. 195, jul.-set. 2012. p. 54; SORIANO, Ramon. La objecion de conciencia: significado, fundamentos jurídicos, e positacion en el ordenamiento jurídico espanhol. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 58. oct.-dez, 1987. p. 79 et seq.
36. "Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei n. 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."
37. "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."
38. "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."
39. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 337-338.

Devido ao fato da empreitada de um bolo festivo traduzir-se uma verdadeira obrigação de fazer personalíssima (infungível ou imaterial) do confeitiro, não podendo ser possível a transferência pela responsabilidade desta ou transferência a terceiros, as únicas soluções que poderiam ser dadas aos consumidores seriam as já conhecidas fixação de multa diária para cumprimento da obrigação não abarcada pela cláusula de consciência (astreintes) 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 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 cinco anos.

Diante da firmção 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 texto<sup>40</sup> dos arts. 39, II, do CDC, 2º, I, da Lei 1.521/51 e 7º, VI, da Lei 8.317/90, de modo a descriminalizar e civilmente irresponsabilizar a objeção praticada conforme tese ora construída.

## CONCLUSÃO

Assim, tomando por base e ponto de partida a teoria da eficácia indireta fraca dos direitos fundamentais de Otavio Luiz Rodrigues Jr., concluiu-se, após o relato do comentário ao caso, que, no Brasil, seria constitucionalmente cabível que um confeitiro venha a exercer 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 objeto.

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 isso, sendo necessária uma interpretação conforme à Constituição dos arts. 39, II, do CDC, 2º, I, da Lei 1.521/1951 e o 7º, VI, da Lei 8.317/90, de modo a descriminalizar e civilmente irresponsabilizar a objeção eventualmente a ser praticada.

**MURIEL CORDEIRO SILVA**

*Mestrando em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Advogado.  
murielcordeirosilva@gmail.com*

40. 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). Nesse 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*, v. 2. N. 1, jan.-jun. 2006. p. 201-202.