

ano 12 - n. 49 | julho/setembro - 2012
Belo Horizonte | p. 1-288 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO &
CONSTITUCIONAL

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEUFELIPE
BACELLAR

© 2012 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Adalberto Nunes Pereira Filho
Cida Ribeiro
Cristhiane Maurício
Marilane Casorla

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Bibliotecárias responsáveis: Ana Carolina Marques - CRB 2933 - 6ª Região
Luciana Gonçalves - CRB 2863 - 6ª Região
Tatiana Augusta Duarte - CRB 2842 - 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico e diagramação: Virginia Loureiro

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11,
(jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Ana Cláudia Finger

Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Eros Roberto Grau (USP)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Carlos Abraão (UEL)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

A objeção de consciência no Direito Internacional e os direitos fundamentais – Reflexos no constitucionalismo brasileiro

Eduardo Biacchi Gomes

Pós-Doutor pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade de Barcelona, Espanha. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da UniBrasil. Professor Titular de Direito Internacional da PUCPR e da FACINTER. Membro dos grupos de Pesquisa PÁTRIAS e NUPECONST, registrados do CNPq. *E-mail*: <ebgomes@me.com>.

Rogério Carlos Born

Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia. Especialista em Direito Eleitoral, Processo Eleitoral, Direito Militar e Direito Público. Professor de Direito Eleitoral e Tributário do curso de Direito da Faculdade Cenecista de Campo Largo. Professor da Escola Superior da Advocacia (OAB-PR). Professor do Aprova Concursos (IESDE). Membro da Comissão de Direito Internacional da OAB-PR. Servidor da Justiça Eleitoral. Autor dos livros *Direito eleitoral internacional e comunitário*, *Ação rescisória no direito eleitoral*, *Direito eleitoral militar*, *Sentença no direito penal militar: teoria e prática*, pela Juruá, Curitiba, *Assédio sexual nas relações de trabalho*, pela Consulex, Brasília, *Direito eleitoral para concursos* pelo IESDE. *E-mail*: <rcborn@uol.com.br>.

Resumo: A objeção de consciência é uma das espécies da liberdade de pensamento protegida por tratados e convenções internacionais. A maioria dos Estados prevê a objeção de consciência na Constituição e/ou na legislação infraconstitucional e nos demais tribunais consideram que se trata de um direito natural implícito nos direitos fundamentais. É comum que a lei exija em contrapartida a prestação de um serviço civil alternativo pelo objetor, cuja duração, em regra, é superior à do serviço militar obrigatório. O motivo da invocação, em regra, é o serviço militar obrigatório por motivos religiosos, mas existem disposições relativas a convicção filosófica, política, ética, moral, entre outras.

Palavras-chave: Objeção de consciência. Direitos fundamentais. Tratados de Direitos Humanos. Liberdade religiosa. Expressão cultural.

Sumário: 1 Introdução – 2 O Direito Internacional e a liberdade de consciência – 3 A objeção de consciência no Direito Comparado e no direito brasileiro – 4 Considerações finais – Referências

A guerra existirá até o dia longínquo em que o objetor de consciência não usufruir da mesma reputação e prestígio do guerreiro de hoje.

(John F. Kennedy)

1 Introdução

A objeção de consciência é uma das garantias do exercício da liberdade de consciência religiosa, filosófica, ética e política, como espécie do direito à liberdade de pensamento.

O grau de proteção contemplado pela objeção de consciência deve partir inicialmente pelo Direito Internacional, vez que os tratados de DIP tem por finalidade uniformizar matérias de relevante interesse aos Estados dentro da sociedade internacional, como os temas que versam sobre direitos humanos. A partir do momento em que ditas normas internacionais são ratificadas os Estados assumem o compromisso de, no plano internacional, cumpri-la, sob pena de responsabilização internacional. O cumprimento do tratado dar-se-á, de maneira efetiva, a partir do momento em que a norma for executada nos ordenamentos jurídicos dos Estados, o que produz o fenômeno da harmonização/uniformização do direito.

No plano interno, o direito à liberdade de consciência normalmente é previsto na Constituição e na legislação, mas, em determinados casos, os ordenamentos jurídicos de determinados Estados são carentes de garantias em relação ao tratamento da objeção de consciência.

Nos Estados onde o direito à objeção de consciência não contém previsão constitucional ou legal expressa ou possui regulamentação deficiente, a jurisprudência interna e internacional têm entendido que se trata de um direito natural implícito e subjetivo da pessoa humana e atribuem efeito de *injunção* e conferem aos objetores o direito de oposição ao cumprimento da lei que lhe causa aversão.

Nesta linha, Javier Martínez Torró esclarece que a liberdade de consciência é um marco jurídico e conceitual no qual se inserem as objeções de

consciência formando parte do direito positivo, na medida em que é reconhecida e protegida no plano constitucional e internacional. Tece ainda a crítica de que o tema é abordado como uma espinhosa contraposição entre a consciência e a lei, e subentendido erroneamente que o interesse da consciência individual é um interesse meramente privado que se opõe ao interesse público representado pela lei, esquecendo-se que a própria lei é um direito menor e o direito se propõe a tutela do livre exercício da consciência para formar parte das liberdades fundamentais da pessoa e que reclama um alto grau de proteção. Frisa ainda Torrón que a liberdade de consciência é uma consequência da globalização e da intercomunicação que propiciam a existência de um crescente pluralismo religioso e ético em todos os aspectos que diferenciam os seres humanos entre si.¹

Assim, é interessante abordar a forma com que os Estados regulamentam a liberdade de consciência e a consequente objeção e a interpretação dada pelas cortes internacionais, assim como os seus reflexos no ordenamento constitucional brasileiro, por se tratar de um direito fundamental do indivíduo.

2 O Direito Internacional e a liberdade de consciência

Javier Martínez Torrón acrescenta que o direito internacional, a partir da segunda metade do Século XX, é movido pela certeza de que a liberdade de pensamento, de consciência e de religião integram os direitos humanos, sendo consideradas intangíveis por constituir o patrimônio jurídico básico da pessoa humana que todo o Estado é obrigado a proteger.²

O artigo XVIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê que *“toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular”*.

Ainda que a Declaração Universal dos Direitos Humanos 1948 não possua a natureza jurídica de um tratado, vez que se trata de uma resolução adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas e muito embora tecnicamente não possuam caráter obrigatório, é consenso no Direito Internacional

¹ MARTÍNEZ TORRÓN. Derecho internacional y objeciones de conciencia. *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas da Universidad Nacional Autónoma de México*, p. 111.

² MARTÍNEZ TORRÓN. Derecho internacional y objeciones de conciencia. *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas da Universidad Nacional Autónoma de México*, p. 113-114.

do século XXI a for a obrigat ria das normas (em sentido *lato*) que versam sobre direitos humanos, notadamente porque muitas das previs es elencadas na Declara o estão previstas nas Constitui es dos Estados que integram a ONU.

Especificamente sobre o tema, a Comissão de Direitos Humanos da Organiza o das Na es Unidas editou a Resolu o n  1998/77 explicitando que a obje o de consciência — como legítimo exercício da liberdade de pensamento, consciência e religião — deve ser orientada para que os Estados validem as reivindica es de obje o de consciência.

Assim,  rg os decisórios dos Estados que não positivaram a obje o de consciência devem julgar os casos com total independência e imparcialidade levando-se em conta o dever de não discriminar os objetores de consciência em fun o da natureza especial de suas crenças.

Todavia, os Estados que possuem o sistema de serviço militar obrigatório, com a finalidade de cumprir os ditames do artigo XVIII da Declara o Universal dos Direitos do Homem, devem assegurar aos que não concordem, por motivos de consciência a prestar o serviço militar, a possibilidade do serviço alternativo compatível com as razões e argumentos que motivem a sua justificativa, não bélica (atividade-meio militar) ou civil, de interesse público e não punitivo, de forma a garantir o exercício dos direitos fundamentais em face do direito   liberdade de consciência.

Dentro do contexto regional, Organiza o dos Estados Americanos, a Conven o Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) prescreve:

Artigo 12 – Liberdade de consciência e de religião

1. Toda pessoa tem direito   liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.
2. Ninguém pode ser submetido a medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.
3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita apenas às limita es previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

O Pacto de San José da Costa Rica contempla o *direito* à liberdade de consciência e de religião (artigo 12, 1) e, aparentemente, a *garantia* à objeção de consciência religiosa seria restrita aos atos administrativos ou privados, o que não autorizaria o descumprimento da *lei* (artigo 12, 2).³ No entanto, a expressão “medidas assecuratórias” não deve ser interpretada literalmente como meio de eficácia exclusiva de atos normativos, uma vez que artigo 12, 3, condiciona a sua invocação “às limitações previstas *em lei* e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas”.

Outrossim, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 4 de abril de 1950) repele a interpretação principiológica quando submete a objeção de consciência e de religião ao cumprimento da *lei*, ao explicitar no artigo 9º, 2, que “A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições *senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem*”.

Kevin Boyle narra o célebre caso *Ürke vs. Turkey*, onde foi aplicada a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.⁴ Osman Murat Ülke era um cidadão turco que estudava na Alemanha e retornou para Turquia para concluir os seus estudos em nível universitário.

Em 1993, tornou-se ativista da recém-fundada *War Resister's Association*, representando a organização em diferentes conferências internacionais. Ao completar vinte e cinco anos — idade de conscrição prevista da lei turca — recusou-se a prestar o serviço militar obrigatório alegando a sua firme convicção pacifista. No ano de 1997 foi condenado pela *General Staff Court* a seis meses de prisão por ofender as Forças Armadas e incitar a insubmissão e a deserção.

Também foi condenado por se recusar a vestir uniformes militares e de prisioneiro e por persistente desobediência às ordens militares. Teve como consequência, ainda, a “morte civil”,⁵ ou seja, teve de viver afastado da sociedade

³ A redação do Pacto de San José da Costa Rica neste dispositivo traz inúmeros conflitos terminológicos quando separa a liberdade de consciência da de religião e de crença, uma vez que na liberdade de crença está implícita a de religião e ambas são espécies do gênero liberdade de consciência. No inciso 2 traz apenas a objeção de consciência religiosa, olvidando-se da convicção filosófica e política.

⁴ BOYLE. *International law and Osman Murat Ülke*, p. 212-224.

⁵ No Brasil, alguns denominam de “morte civil”, o disposto no artigo 7º do Decreto-Lei nº 3.038/1941, que dispõe que “uma vez declarada indignidade ou incompatibilidade para com

por algum tempo sofrendo a menagem⁶ e mais tarde passou a residir em local indeterminado. Isto resultou ainda em impedimento em contrair núpcias e reconhecer a paternidade de seu filho, sofrendo uma forte rejeição pela família de sua noiva. Apelou, sem sucesso, à *Militar Court of Cassation*, alegando que a sentença fere o artigo 9º da Convenção Europeia para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. No total, ficou confinado por 701 dias. Levou o caso à Corte Europeia de Direitos Humanos, que declarou que, nas decisões tomadas em conjunto pela Turquia — considerada a natureza, a gravidade e as repetitivas aplicações —, o tratamento infligido ao recorrente causou-lhe dor e sofrimento que extrapolaram o elemento normal da inerente humilhação resultante da própria detenção.⁷

A Grécia, no entanto, é o Estado europeu que tem recebido o maior número de condenações pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, por restringir ilegitimamente a liberdade de proselitismo e a liberdade de culto de algumas confissões religiosas minoritárias.⁸

Na Guerra Civil da década de 1920, os objetores gregos eram sentenciados com a pena de morte e executados. Num dos casos, narra Alexia Tsouni que, entre 1986 e 1987, apareceu a primeira invocação da objeção de consciência de caráter não religioso com o cidadão pacifista Michaelis Maragakis, que se recusou publicamente ao serviço militar, sendo condenado a uma pena de quatro anos de prisão que, com a pressão internacional, foi reduzida a vinte e seis meses.

A partir de então desencadeou uma greve de fome até que o Estado grego efetuasse uma revisão do processo. Neste ínterim, outro objetor, Thanasis Makris, iniciou outra greve de fome (com a adesão de Maragakis em apoio) contra uma sentença que o condenou a cinco anos de prisão, mais tarde reduzida a 8 meses, desencadeando uma campanha internacional. Isto forçou

o oficialato, perderá o militar seu posto e respectiva patente, ressalvada à sua família o direito à percepção das suas pensões, como se houvesse falecido”.

⁶ No direito militar brasileiro, a menagem está prevista no Código de Processo Penal Militar: “Art. 263. A menagem poderá ser concedida pelo juiz, nos crimes cujo máximo da pena privativa da liberdade não exceda a quatro anos, tendo-se, porém, em atenção a natureza do crime e os antecedentes do acusado. Lugar da menagem. Art. 264. A menagem a militar poderá efetuar-se no lugar em que residia quando ocorreu o crime ou seja sede do juízo que o estiver apurando, ou, atendido o seu posto ou graduação, em quartel, navio, acampamento, ou em estabelecimento ou sede de órgão militar. A menagem a civil será no lugar da sede do juízo, ou em lugar sujeito à administração militar, se assim o entender necessário a autoridade que a conceder”.

⁷ EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. Application nº 39.437/1998. 24 jan. 2006.

⁸ Sentença *Kokkinakis*, de 25 de maio de 1993; *Manoussakis*, de 26 de setembro de 1996; *Pentidis*, de 9 de junho de 1997, todas relacionadas com testemunhas de Jeová. *Quaderni di Diritto e Política Ecclesiastica*, 1994/1, p. 59 et seq.

a Grécia a substituir a pena aplicada por um serviço civil alternativo a ser cumprido pelo dobro do tempo. A partir deste movimento, o Parlamento colocou em pauta a mudança da legislação para prever o serviço alternativo, o que ainda não foi aprovado.⁹

3 A objeção de consciência no Direito Comparado e no direito brasileiro

A objeção de consciência é um direito hodierno que surgiu no início do século XX, tem as primeiras previsões na Noruega (1902), Austrália (1903), Nova Zelândia e África do Sul (1912), tendo seu ápice na Primeira Guerra no Canadá, Dinamarca, Estados Unidos e Holanda (1917) e, depois, na Suécia (1920).¹⁰

Embora não conhecido pela doutrina internacional, a objeção de consciência já era garantida pela Constituição de 1893, que previa, no artigo 72, §28 que “por motivo de crença ou de função religiosa, nenhum cidadão brasileiro poderá ser privado de seus direitos civis e políticos nem eximir-se do cumprimento de qualquer dever cívico”.

A maioria dos Estados passou a prever esta modalidade de proteção da liberdade de consciência, com exceção da ex-União Soviética, onde houve um retrocesso com a derrogação da legislação pertinente. A legislação brasileira evoluiu para, na Constituição de 1988, possibilitar o cumprimento de prestação alternativa em relação à obrigação a todos impostas. Dentre os países pioneiros (Austrália, Nova Zelândia e Estados Unidos), as Forças Armadas foram inteiramente profissionalizadas e foi abolida a obrigatoriedade do serviço militar.

A Alemanha é o Estado que possui a legislação mais avançada em relação à objeção de consciência.

A Lei Fundamental germânica prevê:

Artigo 12, a, 2. Quem recusar, por imperativo de consciência, o serviço militar envolvendo o uso de armas poderá ser obrigado a prestar serviço alternativo. A duração desse serviço não poderá ser superior à do serviço militar. A matéria será regulamentada por lei, que não poderá interferir na liberdade de decidir conforme a consciência e que deverá prever também a possibilidade de serviço alternativo sem vínculo com unidades das Forças Armadas ou da Polícia Federal de Fronteiras.

⁹ TSOUNI; MARAGAKIS. *Refused to serve in the army for reasons of conscience in Greece*, p. 160-161.

¹⁰ CORREIA. *O direito à objeção de consciência*, p. 96-97.

Consoante o magistério de António Damasceno Correia, a lei alemã do serviço militar considera como motivos válidos para objeção de consciência razões sentimentais, religiosas, éticas, ideológicas, políticas e intelectuais, o que é avaliado através de um processo de verificação de “seriedade” da convicção manifestada.¹¹

A legislação prevê dois procedimentos de aferição de consciência, sendo o primeiro apto aos não incorporados e o segundo aos já incorporados nas Forças Armadas.

Os não incorporados deverão apresentar um requerimento fundamentado e um atestado de boa conduta que serão distribuídos para processamento na Repartição de Substituição do Serviço Militar e decidido *inaudita altera parte* pela Repartição Federal do Serviço Civil, podendo ser reencaminhado para a Comissão de Recusa da Prestação do Serviço Militar (não é recurso, mas uma novo pedido). Em caso de invocação após a incorporação, o processo é encaminhado diretamente para a comissão que decidirá no prazo de seis meses. O Tribunal Administrativo se constitui na última instância.¹²

A Alemanha é um dos Estados onde ocorre o maior número de objetores no mundo — cerca de cem mil requerimentos — e, mesmo assim, a doutrina entende que a Lei do Serviço Militar (artigo 24, 2) viola a lei fundamental quando estabelece a prestação do serviço civil será superior a um terço à duração normal do serviço militar. Neste ponto, enaltece António Damasceno Correia que “os objetores de consciência alemães vão já beneficiando de um sistema que constitui, em boa verdade, um dos mais flexíveis e liberais de que há conhecimento¹³”.

Na *Espanha*, segundo José Manuel Serrano Alberca, o Real Decreto nº 3.011/1976 introduziu um sistema que apenas permitiu aplicar as prorrogações nas incorporações àqueles que se recusassem a prestar serviço nas Forças Armadas.¹⁴ O Tribunal Constitucional espanhol reconheceu o direito à objeção de consciência muito antes da regulamentação do artigo 30, 2, da Constituição da Espanha, que prevê a objeção de consciência ao serviço militar.

Pela regulamentação através do artigo 1º, 2, Lei nº 48/1984, reconhece-se o direito de invocação de “convicções de ordem religiosa, ética, moral, humanitária, filosófica e outras formas do mesmo gênero”.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ ALBERCA. *Comentários a la Constitución*, p. 381.

Para António Damasceno Correia, “em face desta previsão legal amplíssima, é de concluir que todos e quaisquer motivos podem legitimar o recurso a este direito fundamental, inclusivamente, considerações de ordem política”.¹⁵ Os requerimentos são dirigidos — no prazo de dois meses antes da incorporação — ao Conselho Nacional de Objeção de Consciência, que é formado por quatro membros nomeados pelo Ministério da Justiça, Ministério da Defesa e dois pelo Ministério da Presidência, sendo o segundo dentre os objetores que já tenha finalizado o processo.

O serviço civil alternativo — conforme prescrição do artigo 6, 2, da Lei nº 48/1984 — tem duração de dezoito meses a dois anos, enquanto o serviço militar dura apenas um ano e envolve tarefas de proteção civil, o ambiente, a proteção de menores, o apoio à terceira idade, inválidos, minorias étnicas, alcoólicos e toxicômanos e ainda a integração dos objetores em programas de cooperação internacional.¹⁶

Na França, a legislação de 1963 permitia somente a invocação da objeção de consciência religiosa e filosófica, e a nova lei de 1984 ampliou para motivações de qualquer ordem.

Critica Jean Paul Pancrácio que “o novo sistema de autorização ministerial induz, na sua simplicidade, numa quase automaticidade de atribuição do estatuto”,¹⁷ aduzindo, ainda, que

A supressão da qualificação das convicções sobre as quais se pode fundamentar a objeção manifesta a vontade do legislador de não fazer depender a atribuição do estatuto de uma estreita correspondência dos requerimentos a categorias limitativamente predeterminada, tal como o pacifismo ou a ecologia.¹⁸

A legislação francesa também permite a prestação de serviço civil alternativo com duração de dois anos, que corresponde ao dobro do tempo que seria prestado ao Serviço Militar e somente é permitida a objeção no período de 30 dias da publicação, não sendo permitida a invocação após a incorporação às Forças Armadas. Neste caso, é permitido o cumprimento do serviço na

¹⁵ CORREIA. *O direito à objeção de consciência*. p. 100.

¹⁶ *Ibidem*, p. 101.

¹⁷ PANCRACIO. Le nouveau statut des objecteurs de conscience. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, p. 103.

¹⁸ *Ibidem*, p. 127.

Administração Pública direta ou indireta ou em trabalhos de vocação social e humanitária, conforme decisão discricionária do Ministro da Defesa.

Em caso de exercício de função de relevante interesse público, o objetor poderá exercer o serviço no próprio cargo, mas ficará privado do direito de greve. O acesso ao Poder Judiciário contra esta decisão é vinculado ao esgotamento da instância administrativa.

Na *Itália*, a Constituição não prevê a objeção de consciência de modo expresso, mas a legislação prevê que a objeção de consciência, tanto para o serviço militar, quanto para prestação de assistência na interrupção da gravidez por parte de médicos e paramédicos.

A prestação dos serviços alternativos tem duração acrescida de oito meses do tempo necessário para o cumprimento do serviço militar e somente poderá ser requerida no prazo de sessenta dias do edital de convocação. Este requerimento será examinado por uma comissão formada por membros nomeados pelo Ministro da Defesa, sendo presidida por um magistrado do Supremo Tribunal de Justiça, com o voto de um professor universitário de uma disciplina de moral, um perito em psicologia, um representante do Advogado-Geral do Estado e um oficial-general ou almirante da ativa. A comissão emite um parecer não vinculativo, cabendo a decisão ao Ministro da Defesa.

Este sistema tem merecido severas críticas pela doutrina. Rodolfo Venditti defende que as razões políticas também deveriam ser consideradas, sob pena de concessão de privilégios para determinadas categorias de objetores. O autor também critica a impossibilidade de apresentar a objeção durante o serviço militar, a existência da comissão como um "tribunal de consciência", a ausência do contraditório e a duração superior do serviço civil, entendendo que "tal disparidade de tratamento é gravíssima e manifestamente lesiva do princípio constitucional da igualdade".¹⁹

Nos *Estados Unidos*, o ordenamento jurídico admite a objeção de consciência somente em casos determinados, uma vez que prevê o *The Military Act*, pelo qual qualquer cidadão, "por razões de crença ou educação religiosa for conscientemente adversa à participação em qualquer forma de guerra", tem direito de invocar a objeção de consciência para se eximir do serviço militar obrigatório.

Num processo movido pelo campeão mundial de pesos pesados, Cassius Clay (hoje Muhammad Ali), o Supremo Tribunal entendeu que o objetor deve

¹⁹ VENDITTI. *L'obiezione di coscienza al servizio militare*, p. 390.

satisfazer três requisitos: a) demonstrar que é conscientemente adverso a qualquer forma de guerra; b) que a sua oposição se baseia em crença ou educação religiosa; e c) que a objeção é sincera.

O requerimento é efetuado na junta de alistamento local, que classifica a objeção a partir de um questionário, podendo o objetor, em caso de discordância com a classificação, requerer o interrogatório e a oitiva de testemunhas, cabendo recurso para o Tribunal de Apelação (*Appeal Board*). O objetor ainda tem à disposição um segundo recurso para o próprio Tribunal de Apelação, mas condicionado à existência de um voto divergente na decisão recorrida e a fundamentação da decisão denegatória no interesse nacional ou para evitar a injustiça.²⁰

Na *África do Sul*, como detalham Andreas Speck e Rudi Friedrich,²¹ nos períodos em que vigorava o *apartheid*, o serviço militar era obrigatório somente para as pessoas brancas, mas mantinha uma base para a incorporação voluntária dos negros. Neste período, o Estado sul-africano editou uma lei que autorizava a invocação da objeção de consciência para substituir o serviço militar obrigatório por uma prestação civil alternativa para favorecer os conscritos brancos que não suportavam a divisão da caserna com os conscritos negros. Nesta esteira, em 1988, esta legislação oportunizou que a organização não governamental *End Conscription Campaign (ECC)* — que defende o fim do serviço militar obrigatório — promovesse uma ampla campanha de invocação da objeção de consciência, esvaziando as fileiras das Forças Armadas e comprometendo a Segurança Nacional. Isto levou, em agosto de 1993, à derrogação da objeção de consciência na África do Sul.

Em *Portugal*, a Constituição prevê no artigo 41º, 6, que “é garantido o direito à objeção de consciência, nos termos da lei” e ainda.

Artigo 276º

Defesa da Pátria, serviço militar e serviço cívico

4. Os objectores de consciência ao serviço militar a que legalmente estejam sujeitos prestarão serviço cívico de duração e penosidade equivalentes à do serviço militar armado.

5. O serviço cívico pode ser estabelecido em substituição ou complemento do serviço militar e tornado obrigatório por lei para os cidadãos não sujeitos a deveres militares.

²⁰ Conforme António Damasceno Correia (*O direito à objeção de consciência*, p. 107-108).

²¹ SPECK; FRIEDRICH. *Experiences of conscientious objection movements: South Africa, Greece and Paraguay*, p. 124-126.

A prestação alternativa jamais poderá ser cumprida em instituições militares ou militarizadas e será obrigatória tanto em tempo de paz, quanto em tempo de guerra e terá a mesma duração do serviço militar obrigatório.

Em Israel, o serviço militar é obrigatório para homens e mulheres, mas a invocação da objeção de consciência somente é permitida para recrutas do sexo feminino, o que tem gerado protesto por grupos pacifistas que fundamentam campanhas de igualdade entre os sexos.²²

A Constituição brasileira — ao prever no artigo 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 e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei” — segue praticamente as mesmas diretrizes dos demais Estados.

Embora a objeção de consciência esteja restrita a crença religiosa ou convicção filosófica ou política, é possível se estender a invocação quando se tratar de conflitos relacionados a ética, moral e outras virtudes.

Dentre as obrigações a todos impostas, a legislação brasileira positivou duas situações. A primeira é a invocação da objeção da consciência para se eximir do serviço militar obrigatório, cujas regras estão estabelecidas na Lei nº 8.239, de 4 de outubro de 1991, e a segunda para se isentar do Conselho do Tribunal do Júri conforme o artigo 438, do Código de Processo Penal.

Quanto à prestação alternativa, o Brasil possui uma regulamentação deficiente que não especifica o tempo de sua duração e a forma de cumprimento. Em relação à substituição do serviço militar obrigatório, o artigo 3º, §§2º e 3º, da Lei nº 8.239/1991, preveem que “entende-se por Serviço Alternativo o exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às atividades de caráter essencialmente militar” que “será prestado em organizações militares da ativa e em órgãos de formação de reservas das Forças Armadas ou em órgãos subordinados aos Ministérios Civis, mediante convênios entre estes e os Ministérios Militares, desde que haja interesse recíproco e, também, sejam atendidas as aptidões do convocado”.

Em relação ao Tribunal do Júri, consoante ao artigo 438, §§1º e 2º, “entende-se por serviço alternativo o exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, no Poder Judiciário, na Defensoria Pública, no Ministério Público ou em entidade conveniada para

²² LERNER. *Conscientous objection in Israel*, p. 156-159.

esses fins”, sendo que “o juiz fixará o serviço alternativo atendendo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”.

Ademais, a regulamentação militar não separa a objeção requerida após a incorporação do objetor nas Forças Armadas.

4 Considerações finais

A liberdade de consciência religiosa desde o final da Segunda Guerra Mundial é regulamentado pelo Direito Internacional Público, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos e, neste sentido, insere-se no rol de direitos humanos que devem ser tutelados nas esferas internacional e nacional, respectivamente.

Não é sem razão que, concretamente, várias constituições contemporâneas resguardam referido direito no rol dos direitos fundamentais, de forma a garantir a máxima eficácia da norma internacional protetiva dos direitos humanos.

Neste sentido, asseveram Avelar e Proner:

Os direitos humanos podem e devem ser admitidos como limites da autoridade persecutória e punitiva do Estado [...] Ainda que o direito internacional e os princípios que o fundamentam, pelo caminho do juspositivismo, tenha origem nos períodos da antiguidade e idade média, com releitura juspositivista na idade moderna, somente no pós Segunda Guerra é que se pode falar em direito internacional contemporâneo, direito que nasce a partir da nova sociedade internacional advinda do Conserto das Nações e das atas de capitulação que puseram fim mais desastroso conflito internacional já existente.²³

Concretamente quando o Poder Judiciário de um Estado, como no caso brasileiro, encontra-se diante de duas normas constitucionais: o dever do cumprimento de uma obrigação prescrita em lei (como a obrigatoriedade do cumprimento do serviço militar) e que esteja em contradição com um direito fundamental (o direito de exercer a consciência religiosa como forma de justificar a não prestação do serviço militar obrigatório), necessário que, *de forma justificada*, seja dada prevalência aos direitos fundamentais e permitir que o cidadão possa exercer os seus direitos fundamentais, todavia, sem eximir-se

²³ AVELAR; PRONER. A natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos sua harmonização e aplicabilidade no ordenamento brasileiro. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*.

do cumprimento da lei, mediante a prestação de serviços alternativos, igualmente permitidos em lei.

Sobre o tema em voga, citem-se duas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, a saber:

Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada. Pedido de restabelecimento dos efeitos da decisão do Tribunal a quo que possibilitaria a participação de estudantes judeus no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) em data alternativa ao Shabat. Alegação de inobservância ao direito fundamental de liberdade religiosa e ao direito à educação. Medida acautelatória que configura grave lesão à ordem jurídico-administrativa. Em mero juízo de deliberação, pode-se afirmar que a designação de data alternativa para a realização dos exames não se revela em sintonia com o princípio da isonomia, convolvendo-se em privilégio para um determinado grupo religioso. Decisão da Presidência, proferida em sede de contracautela, sob a ótica dos riscos que a tutela antecipada é capaz de acarretar à ordem pública. Pendência de julgamento da ADI 391 e da ADI 3.714, nas quais esta Corte poderá analisar o tema com maior profundidade. (STA 389-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 03.12.2009, Plenário, *DJE*, 14 maio 2010).

Nulidade de ato de despedida de empregados de sociedade de economia mista, por razões de ordem político-partidária. [...] Decisão incensurável, por haver-se configurado flagrante violação ao princípio da liberdade de convicção política, constitucionalmente consagrado, ao qual estão especialmente adstritos os entes da administração pública (RE nº 130.206, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 17.09.1991, Primeira Turma, *DJ*, 22 nov. 1991).

Ainda que os julgados não versem sobre a dispensa da prestação do serviço militar obrigatório, conclui-se que o julgador, ao analisar tão polêmico tema, deve pautar-se pela análise de critérios objetivos. No primeiro caso, em que se entendeu por não aplicar o inciso VIII do artigo 5º da Constituição Federal, por compreender que poderia haver grave ameaça para a ordem pública, tendo em vista a impossibilidade de se remarcar uma data alternativa para a realização de uma prova nacional (ENEM).

No segundo caso, ilai-se, de maneira direta e frontal a violação ao direito subjetivo da pessoa humana, notadamente porque a Administração Pública, no exercício de suas funções, está adstrita aos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade.

A despeito de tão polêmico tema, que não encontra solução única, é no caso concreto que o julgador deverá buscar a melhor solução, de forma a

observar os ditames do direito internacional, constitucional, o interesse público mas — principalmente — a proteção dos direitos fundamentais.

The Conscience's Objection in International Law and the Fundamental Rights – Reflections on the Brazilian Constitutionalism

Abstract: Conscientious objection is a species of intellectual freedom is protected by international treaties and conventions. Most states provide conscientious objection in the Constitution and / or other constitutional legislation and the courts consider that it is a natural law implicit in the fundamental rights. It is common that the law requires in turn the provision of an alternative civilian service by the objector, whose term as a rule, is higher than the compulsory military service. The reasons for the invocation, as a rule, is the compulsory military service for religious reasons, but there are provisions for philosophical conviction, political, ethical, moral, among others.

Key words: Conscientious objection. Freedom of thought. Treaties. Conventions. Comparative Law. Natural Law. Principle. Constitution. Basic Law. Law infra. Military service. Alternative civilian service. Duration. Motives. Belief. Religion. Conviction. Philosophy. Policy, Ethics. Moral.

Referências

- ALBERCA, José Manuel Serrano. *Comentários a la Constitución*. Madrid: Ed. Civitas, 1980. p. 381
- ARRIETA, Juan Ignacio. Las objeciones de conciencia a ley y las características de su estructura jurídica. *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas da Universidad Nacional Autónoma de México. Objeción de conciencia*, México, n. 3, p. 27-56, 1998.
- AVELAR, Daniel; PRONER, Carol. A natureza jurídica dos Tratados Internacionais de direitos humanos sua harmonização e aplicabilidade no ordenamento brasileiro. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/449/327>>. Acesso em: 28 fev. 2012.
- BIACA, Valmir et al. *O sagrado no ensino religioso*. Curitiba: Secretaria do Estado da Educação do Paraná, 2008.
- BOYLE, Kevin. *International law and Osman Murat Ülke*. Londres: Zedbook, 2009.
- BRITTO, Carlos Ayres. "Direitos subjetivos" e "prerrogativas" constitucionais. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 22, n. 90, p. 70-78, abr./jun. 1989.
- CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1986. t. I.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2004.

CENTER ON CONSCIENCE E WAR. *Words of conscience: religious statements on conscientious objection*. Washington D.C.: Center on Conscience e War, 2001.

ÇINAR, Özgür Heval; ÜSTERCİ, Cóskun. *Conscientious objection: resisting militarized society*. Londres: Zedbook, 2009.

CORREIA, António Damasceno. *O direito à objecção de consciência*. Lisboa: Vega, 1993.

ESCOBEDO, Alberto Pacheco. Ley y Conciencia. *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas da Universidad Nacional Autónoma de México*. *Objeción de conciencia*, México, n. 3, p. 9-26, 1998.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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

KILINÇ, Nilgün Toker. *Conscientious objection resisting militarized society*. Londres: Zedbooks, 2009.

LERNER, Tali. *Conscientious objection in Israel*. Londres: Zed Books, 2009.

MARTÍN DE AGAR, José Tomás. La Iglesia Católica y la objeción de conciencia. *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas da Universidad Nacional Autónoma de México*. *Objeción de conciencia*, México, n. 3, p. 231-253, 1998.

MARTÍNEZ TORRÓN, Javier. Derecho internacional y objeciones de conciencia. *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas da Universidad Nacional Autónoma de México*. *Objeción de conciencia*, México, n. 3, p. 111-136, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

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

PANCRACIO, Jean-Paul. Le nouveau statut des objecteurs de conscience. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'Étranger*, Paris, n. 1, 1985.

PARLA, Taha. *The philosophical of conscientious objection*. Londres: Zedbooks, 2009.

REIS, Raquel Tavares dos. *Liberdade de consciência e de religião e contrato de trabalho do trabalhador de tendência*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SPECK, Andreas; FRIEDRICH, Rudi. *Experiences of conscientious objection movements: South Africa, Greece and Paraguay*. Londres: Zedbook, 2009. p. 121-130.

STRUCK, Paulette Dierterlen. La objeción de conciencia. *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas da Universidad Nacional Autónoma de México*. *Objeción de conciencia*, México, n. 3, p. 187-204, 1998.

TSOUNI, Alexia; MARAGAKIS, Michaelis. *Refused to serve in the army for reasons of conscience in Greece*. Londres: Zedbooks, 2009.

ÚÇPINAR, Hülya. *The criminality of conscientious objection in Turkey and its consequences*. Londres: Zedbooks, 2009.

VENDITTI, Rodolfo. *L'obiezione di coscienza al servizio militare*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1974. p. 390.

WICCLAIR, Mark R. *Conscientious objection in health care: an ethical analysis*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GOMES, Eduardo Biacchi; BORN, Rogério Carlos. A objeção de consciência no Direito Internacional e os direitos fundamentais: reflexos no constitucionalismo brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 121-137, jul./set. 2012.

Data de recebimento: 13.02.2012

Data de aprovação: 17.08.2012