



Marcela de Azevedo Limeira

**Liberdade de consciência religiosa
e direito à não discriminação LGBT:
uma análise de direitos em conflito**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Orientador: Prof. Florian Fabian Hoffman
Co-orientador: Prof. Fábio Carvalho Leite

Rio de Janeiro
Abril de 2018



Marcela de Azevedo Limeira

**Liberdade de consciência religiosa e direito
à não discriminação LGBT:
uma análise de direitos em conflito**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Florian Fabian Hoffmann

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Fábio Carvalho Leite

Co-orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Ilié Antonio Pele

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Jane Reis Gonçalves Pereira

UERJ

Prof. Augusto César Pinheiro da Silva

Vice-Decano Setorial de Pós-Graduação do
Centro de Ciências Sociais - PUC-Rio

Rio de Janeiro, 05 de abril de 2018.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, da autora e do orientador.

Marcela de Azevedo Limeira

Graduou-se em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro em 2013. Área de interesse em pesquisa acadêmica: Direitos Fundamentais.

Ficha Catalográfica

Limeira, Marcela de Azevedo

Liberdade de consciência religiosa e direito à não discriminação LGBT: uma análise de direitos em conflito / Marcela de Azevedo Limeira ; orientador: Florian Fabian Hoffman ; co-orientador: Fábio Carvalho Leite. – 2018.

183 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2018.

Inclui Referências bibliográficas

1. Direito – Teses. 2. Liberdade religiosa. 3. liberdade de consciência. 4. objeção de consciência. 5. direitos LGBT. 6. casamento homoafetivo. 7.direito à igualdade. 8.não discriminação. I. Hoffman, Florian Fabian. II. Leite, Fábio Carvalho. III. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. IV. Título.

CDD: 340

À minha
eterna e amada família.

Agradecimentos

A Deus, por tudo.

Aos meus pais, Paulo e Ignez, pelo amor incondicional e pelo suporte que possibilitou a realização deste trabalho.

Ao meu irmão, Gabriel, que um dia chamou minha atenção para o tema desta dissertação, e desde então continuou refletindo comigo sobre ele.

À minha avó, Lecy, pelo cuidado e pela paciência comigo durante meus estudos.

Ao meu noivo, Bruno, pelo apoio e companheirismo demonstrados nas nossas longas e profícuas conversas relacionadas ao tema.

Ao meu orientador, Florian, pelos conselhos e pelas reflexões que deram norte ao presente trabalho.

Ao meu co-orientador, Fábio, por todo auxílio e incentivo, e pelos marcantes ensinamentos durante a disciplina Direitos Fundamentais, que foram essenciais para mim.

À CAPES, pelos auxílios concedidos.

Aos professores do Programa, por todos os ensinamentos.

Aos funcionários do Departamento, pela simpatia e prontidão em ajudar.

Aos meus colegas de mestrado, pelos debates calorosos e frutíferos.

Resumo

Limeira, Marcela de Azevedo; Hoffmann, Florian Fabian. **Liberdade de consciência religiosa e direito à não discriminação LGBT: uma análise de direitos em conflito.** Rio de Janeiro, 2018. 183p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Existe um conflito de direitos entre homossexuais e indivíduos que seguem religiões que pregam que a homossexualidade é contrária às leis divinas e que o casamento é uma união sagrada entre um homem e uma mulher. Esse conflito foi potencializado a partir da legalização do casamento homoafetivo. Por um lado, indivíduos homossexuais têm o direito à igualdade, o que significa que não devem ser discriminados por causa de sua orientação sexual; por outro lado, indivíduos religiosos têm a liberdade de crer em determinada religião e adotar condutas que estejam de acordo com suas crenças. Dentre as situações que podem gerar conflito, três são analisadas neste trabalho: a recusa de um indivíduo religioso a celebrar ou contribuir para uma cerimônia de casamento homoafetivo, com base na perspectiva religiosa sobre o conceito de casamento; a recusa por parte de um psicólogo a atender um paciente homossexual ou casal homoafetivo, sob o fundamento de que suas crenças religiosas o impedem de manifestar aprovação em relação à homossexualidade ou auxiliar uma união homoafetiva durante o atendimento; a recusa religiosamente motivada a fornecer produtos que manifestam apoio ao casamento homoafetivo ou alguma causa LGBT. Além do estudo de doutrina estrangeira sobre o tema, são examinadas dez decisões judiciais referentes a casos concretos ocorridos nos Estados Unidos, Reino Unido e Canadá, com o objetivo de auxiliar na elucidação de parâmetros claros para a melhor resolução da controvérsia em questão, ante a razoável expectativa de que, em breve, conflitos semelhantes surgirão no Brasil.

Palavras-chave

Liberdade religiosa; liberdade de consciência; objeção de consciência; direitos LGBT; casamento homoafetivo; direito à igualdade; não discriminação.

Abstract

Limeira, Marcela de Azevedo; Hoffmann, Florian Fabian (Advisor). **Freedom of religious conscience and nondiscrimination LGBT rights: an analysis of conflicting rights.** Rio de Janeiro, 2018. 183p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

There is a conflict of rights between homosexuals and individuals who follow religions that preach that homosexuality is contrary to the laws of God and marriage is a sacred union between one man and one woman. This conflict was intensified after the legalization of same-sex marriage. On the one hand, homosexual individuals have the right to equality, which means they must not be discriminated on basis of sexual orientation; on the other hand, religious individuals have the right to believe in a religion and act according to their beliefs. This paper will examine three situations that might cause conflict: the refusal to celebrate or contribute to a same-sex wedding, because of one's religious views on marriage; the refusal to assist a homosexual patient or a same-sex couple, by a psychologist or counselor whose religious beliefs prevent them from affirming homosexuality or assisting a same-sex union; the religiously motivated refusal to print materials that promote same-sex marriage or other LGBT interests. This dissertation will look at foreign studies on the matter, and will examine ten judicial decisions on cases that occurred in the United States, United Kingdom and Canada, in order to help create clear parameters to resolve the controversy, which is likely to soon arise in Brazil.

Keywords

Freedom of religion; freedom of conscience; conscience objection; LGBT rights; same-sex marriage; equality rights; nondiscrimination.

Sumário

1_ Introdução	12
2_ Os diversos posicionamentos em torno do conflito	18
2.1 Recusa religiosamente motivada a celebrar ou contribuir para um casamento entre pessoas do mesmo sexo	18
2.1.1 Indivíduos ou pequenos negócios que prestam serviços relacionados a cerimônias de casamento	20
2.1.2 Juízes de paz ou outros representantes do Estado que se recusam a celebrar casamento civil entre pessoas do mesmo sexo	40
2.2. Recusa de psicólogos a atender pacientes homossexuais	49
2.3 Recusa a fornecer produtos que promovem o casamento entre pessoas do mesmo sexo ou outras causas LGBT	62
3. Análise de Precedentes	71
3.1 Estados Unidos	71
3.1.1 <i>Willock x Elane Photography</i>	72
3.1.2 <i>Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission</i>	78
3.1.3 <i>Ward v. Polite</i>	83
3.1.4 <i>Lexington-Fayette Urban County Human Rights Commission v. Hands On Originals</i>	86
3.2 Reino Unido	92
3.2.1 <i>Ladele v. Islington Council's Registry of Marriages</i>	92
3.2.2 <i>McFarlane v. Relate Charities</i>	97
3.2.3 <i>Ashers Bakery v. Gareth Lee</i>	101
3.3 Canadá	105
3.3.1 <i>Nichols v. M.J., Saskatchewan Human Rights Commission</i>	105
3.3.2 <i>Kisilowsky v. Her Majesty the Queen in right of the Province of Manitoba</i>	109
3.3.3 <i>Ontario Human Rights Commission v. Brockie</i>	113
4 Em busca da acomodação de visões de mundo divergentes	118

4.1 Análise crítica das decisões	119
4.1.1 Decisões em favor do direito à não discriminação LGBT	119
4.1.2 Decisões que favoreceram a liberdade de consciência, liberdade religiosa e liberdade de expressão	137
4.1.3 Os modelos decisórios	142
4.2 A guerra entre secularismo e religião	144
4.3 Breves reflexões sobre como casos semelhantes seriam abordados no Brasil	161
5 Considerações Finais	169
6 Referências bibliográficas	174

Lista de Abreviaturas

ACA – *American Counselling Association*

APA – *American Psychological Association*

CADA – *Colorado Anti-Discrimination Act*

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CEDH – Convenção Europeia de Direitos Humanos

CFP – Conselho Federal de Psicologia

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

GLSO – *Gay and Lesbian Services Organization*

LGBT – Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais

NMHRA – *New Mexico Human Rights Act*

RFRA – *Religious Freedom Restoration Act*

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

UKCP – *United Kingdom Council for Psychotherapy*

*“To assume that all values can be graded on one scale,
so that it is a mere matter of inspection to determine the highest,
seems to me to falsify our knowledge that men are free agents”.*

Isaiah Berlin

Introdução

A liberdade de consciência é um direito fundamental consagrado na maioria das constituições dos Estados Democráticos de Direito e nos principais tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos; é praticamente um consenso que ela deve ser respeitada e assegurada pelo Estado. Quase todos se manifestam favoravelmente à proteção da liberdade de religião e de consciência, porém a unanimidade restringe-se às afirmações genéricas e abstratas. Quando se trata de definir até que ponto se pode ir em nome da liberdade de consciência religiosa ou do livre exercício da religião, surgem as divergências – que enriquecem o debate e cooperam para a melhor resolução dos temas controversos – ou a omissão sobre os temas mais difíceis, que em nada contribui para a árdua tarefa que se impõe de conciliar interesses em conflito.

O presente trabalho se propõe a analisar, justamente, o lado problemático, controverso e polêmico de uma liberdade tão cara às democracias modernas: a liberdade de crer em um conjunto de dogmas pertencentes a uma religião, viver de acordo com tais crenças e expressá-las publicamente, bem como os limites a essa liberdade – aquilo que se quer definir como intolerável em uma sociedade pluralista e multicultural. Afinal, o que é pacífico e consensual não carece de proteção; daí a importância de se analisar o exercício de uma liberdade em seu extremo, que gera incômodo e ofensa, a fim de se fixar seus limites claramente.

O reconhecimento do direito ao casamento homoafetivo e outros direitos LGBT tem originado, em alguns países, inúmeros conflitos entre indivíduos LGBT e instituições religiosas ou indivíduos que seguem determinadas religiões. É pacífico o entendimento de que um ministro religioso, como um padre ou um pastor, não poderia ser obrigado a realizar uma cerimônia de casamento entre duas pessoas do mesmo sexo. Todavia, o surgimento de controvérsias mais complexas tem gerado muitos litígios e infundáveis debates acadêmicos, que parecem estar muito longe de um consenso.

Nesse contexto, emergem as seguintes questões: pode uma igreja ou instituição religiosa ser obrigada a reconhecer, direta ou indiretamente, um casamento entre pessoas do mesmo sexo? Se tal instituição oferece serviços a uma

comunidade, ela pode ser obrigada a oferecê-los a um casal homoafetivo? Em Massachusetts, por exemplo, a *Catholic Charities of Boston*, uma instituição católica que, por caridade, encontrava lares adotivos para órfãos, recusava-se a confiar crianças à guarda de casais homoafetivos. Determinou-se que tal instituição só poderia continuar prestando este serviço se também atendesse estes casais (que poderiam adotar crianças através de outras instituições naquele estado), contrariamente a suas convicções religiosas, motivo pelo qual ela deixou de atuar no ramo de adoção.¹ Situações análogas têm ocorrido no Reino Unido.²

Outro exemplo é o caso de uma universidade religiosa que aluga imóveis próximos ao *campus* para estudantes casados: poderia ela ser obrigada a alugar imóveis para casais homoafetivos? Ou ainda, se determinada igreja presta serviços assistenciais à comunidade, tais como aconselhamento de casais ou algum tipo de assistência à família, poderia se recusar a atender um casal homoafetivo? Outra questão que se coloca é se a não contratação ou demissão de um indivíduo que se casa com alguém do mesmo sexo por parte de uma igreja ou instituição religiosa pode ser considerada uma discriminação razoável ou não.

O conflito também pode surgir na relação privada com indivíduos religiosos que trabalham na prestação pessoal de serviços relacionados a cerimônias de casamento – fotógrafos, donos de casas de festas, confeitheiros, cerimonialistas, decoradores, etc. Alguns profissionais dessa área têm se negado a prestar serviços aos LGBT, alegando que contribuir para a realização de uma cerimônia de casamento entre pessoas do mesmo sexo seria agir contrariamente a suas crenças religiosas, pois acreditam que o casamento é uma instituição sagrada criada por Deus que consiste na união entre um homem e uma mulher, a qual não poderia ser associada à “conduta homossexual”, que eles consideram pecaminosa. Conflitos parecidos têm surgido com juízes de paz ou outros representantes do Estado responsáveis por celebrar o casamento civil. Semelhantemente, indivíduos religiosos que possuem uma gráfica podem se sentir impedidos, em sua consciência, de imprimir materiais que apoiem causas LGBT, por exemplo.

¹ SEVERINO, Roger. *Or for poorer? How same-sex marriage threatens religious liberty*. In: Harvard Journal of Law & Public Policy, vol. 30, No 3, Summer 2007. Pág. 975.

² FINNIS, John. *Equality and Religious Liberty: Oppressing Conscientious Diversity in England*. In: Religious Freedom and Gay Rights: Emerging Conflicts in North America and Europe. Oxford University Press, 2016. E-book, pág. 6 de 20.

Controvérsias similares têm surgido com profissionais que atuam na área da saúde. Pode-se pensar na hipótese de um médico que trabalha com fertilização assistida e se recusa a realizar o procedimento de forma a auxiliar na constituição de uma família homoafetiva, porque fazê-lo significaria violar a própria consciência, tendo em vista a sua perspectiva religiosa sobre o conceito de família.³ Alguns psicólogos também podem se sentir impedidos, por motivos religiosos, de auxiliar uma união homoafetiva em terapia para casais, por exemplo.

Resta saber também quais são os limites à liberdade de expressão religiosa, quando esta é ofensiva aos homossexuais. Até que ponto vai a liberdade de pregar o que a Bíblia ou o Corão dizem sobre a homossexualidade, por exemplo? Deve haver liberdade para a expressão de crenças religiosas contrárias à homossexualidade em qualquer ambiente, ou essa liberdade existe somente no interior dos templos religiosos? Em quais espaços e em que circunstâncias se deve proibir a expressão de uma crença religiosa que ofende uma minoria? Existe o direito de não se sentir ofendido em uma sociedade democrática que não pretende impor uma específica concepção de bem aos cidadãos, mas preza pela diversidade de ideias e pela sua livre manifestação?

Aqueles que professam uma fé desejam ter a liberdade de viver de acordo com ela publicamente e em todas as áreas de sua vida, não sendo suficiente a mera permissão, por parte do Estado, de que eles possam prestar seus cultos religiosos dentro de um templo durante algumas horas da semana. Por outro lado, os LGBT têm o direito à igualdade, o que significa o direito de não serem discriminados em função de sua orientação sexual.

Percebe-se que o assunto em questão é muito vasto e controverso, abrangendo uma quantidade enorme de conflitos que podem emergir nas relações entre LGBT e igrejas, instituições religiosas ou indivíduos cuja religião prega que o casamento é uma união sagrada entre um homem e uma mulher e que a

³Em *North Coast Women's Care Medical Group Inc. v. San Diego County Superior Court*, dois médicos se negaram a realizar o procedimento de inseminação intrauterina em uma mulher homossexual por causa de suas convicções religiosas, que os impediam de realizar procedimentos que viabilizassem a gravidez em mulheres que não fossem casadas. A paciente entendeu que a recusa era em virtude de sua orientação sexual, motivo pelo qual processou os médicos e o hospital, alegando violação da lei que proíbe a discriminação por motivo de orientação sexual no estado da Califórnia, no que obteve êxito. EAST, Erin N. *I object: The RLUIPA as a model for protecting the conscience rights of religious objectors to same-sex relationships*. In: *Emory Law Journal*, vol. 59, 2009. Pág. 261.

homossexualidade é contrária às leis de Deus. Diante da amplitude do tema, decidiu-se restringir o âmbito do presente trabalho aos potenciais conflitos entre direitos individuais, excluindo-se de seu escopo a análise dos limites à intervenção do Estado sobre a atuação das igrejas e das instituições religiosas.

Ademais, dentre os conflitos de direitos individuais, decidiu-se privilegiar aqueles que podem gerar, por parte do religioso, uma ação ofensiva em face dos homossexuais, que vai além do puro exercício da liberdade de expressão de crença religiosa. Assim, o presente estudo tem por objetivo examinar o conflito entre o direito individual à liberdade de consciência religiosa e o direito individual à não discriminação, analisando-se as situações em que o direito àquela liberdade tem sido utilizado como fundamento para atribuir a indivíduos homossexuais um tratamento considerado discriminatório. Levando-se em conta a necessidade de delimitação apropriada do tema, a questão da liberdade de expressão religiosa será examinada incidentalmente, na medida necessária à compreensão das situações em que a crença religiosa se manifesta em atitudes concretas que vão além das meras palavras, e que ofendem os LGBT.

A complexidade do tema em questão é evidenciada a partir da observação das diferentes soluções que têm sido dadas a controvérsias análogas, tanto pelo Legislativo como pelo Judiciário. Essa falta de uniformidade na resolução do problema, bem como a polarização dos debates acadêmicos sobre a matéria, demonstram que não existe solução fácil ou óbvia para o conflito entre indivíduos que almejam proteção a aspectos tão essenciais à sua identidade, como a religião e a orientação sexual. A relevância do tema reside justamente no fato de que existem, em ambos os lados da controvérsia, indivíduos alegando violação de importantes direitos fundamentais por parte do Estado. Tendo em mente que, em circunstâncias como essa, devem ser evitadas afirmações genéricas no sentido de que, em uma “ponderação” de interesses, um direito deve “prevalecer” sobre o outro, injustificadamente, o presente trabalho tem como meta auxiliar na elucidação de parâmetros claros para a melhor resolução desse conflito, ante a razoável expectativa de que, em breve, conflitos semelhantes surgirão no Brasil.

Para os fins deste estudo, será examinado o tratamento da controvérsia em três Estados democráticos, com importantes características que os diferenciam entre si. Em primeiro lugar, os Estados Unidos, tendo em vista não só a ampla produção doutrinária e jurisprudencial que sempre existiu acerca das liberdades

nesse país, mas também considerando o amplo debate acadêmico que lá se instaurou especificamente sobre o tema em questão, bem como a multiplicidade de casos que já foram levados ao Judiciário; o Canadá, por ser uma sociedade marcada pelo multiculturalismo e secularismo, onde a religião exerce menor poder de influência sobre as decisões políticas, e cuja legislação confere diversas proteções específicas à comunidade LGBT; e o Reino Unido, por ser um Estado que possui uma religião oficial e que já conta com vários casos pertinentes, a fim de saber se aquele fato influencia, de alguma forma, no tratamento da questão.

Serão analisadas, especificamente, três situações concretas em que indivíduos religiosos podem ser acusados de discriminar com base em orientação sexual: a recusa a celebrar ou contribuir para uma cerimônia de casamento entre pessoas do mesmo sexo, com base na perspectiva religiosa sobre o que é o casamento; a recusa de psicólogos a atender pacientes homossexuais ou casais homoafetivos por parte de profissionais que acreditam que a homossexualidade viola as leis divinas; a recusa a fornecer produtos que promovem o casamento homoafetivo ou outras causas LGBT, com base na alegação de que contribuir, ainda que indiretamente, para a promoção destas causas violaria a própria consciência religiosa. A escolha dessas situações se deu com base em casos concretos ocorridos nos países selecionados, de forma que elas aconteceram em, pelo menos, dois dos três países analisados neste trabalho, possibilitando-se uma análise comparativa entre eles.

No primeiro capítulo, será realizada uma revisão bibliográfica acerca do tema, focada especialmente nos doutrinadores dos países acima mencionados, bem como um apanhado das legislações pertinentes que têm sido promulgadas em tais países. Neste ponto, é oportuno destacar que uma das limitações deste trabalho é a desconhecida existência de doutrina nacional específica sobre o tema. É importante ressaltar também que esse capítulo não se destina a fazer um panorama sobre o direito à igualdade e à não discriminação, de um lado, e o direito à liberdade de consciência, à liberdade religiosa e à liberdade de expressão, do outro, abstratamente considerados; o objetivo é expor de que forma a doutrina e o legislador têm lidado com o conflito entre direitos LGBT e liberdade religiosa, especificamente relacionado às situações supramencionadas. O presente estudo parte da premissa de que um Estado constitucional democrático deve garantir a eficácia dos direitos fundamentais; não somente na sua relação com os indivíduos,

mas também nas relações privadas – a denominada *horizontalização* dos direitos fundamentais. Significa dizer que tanto o direito à igualdade e à não discriminação quanto o direito à liberdade de consciência e à liberdade religiosa não se limitam às relações entre o cidadão e o Estado, mas alcançam também as relações entre os particulares.

No segundo capítulo, serão expostas dez decisões judiciais que ilustram o conflito analisado no capítulo anterior, referentes a casos ocorridos nos Estados Unidos, Reino Unido e Canadá. O objetivo é descrever os fatos que originaram as lides, os argumentos suscitados pelas partes e os fundamentos adotados em cada sentença. Outra limitação deste trabalho é o desconhecimento, no Brasil, de casos em que indivíduos LGBT foram discriminados por causa de sua orientação sexual com base em uma objeção de consciência religiosa.

No terceiro capítulo, será realizada uma reflexão sobre as decisões expostas no capítulo anterior, consideradas em conjunto, à luz dos argumentos expostos no primeiro capítulo. O objetivo é extrair de cada uma delas a sua respectiva *ratio decidendi* e compará-las entre si, a fim de que se possa verificar se existe um raciocínio jurídico adotado nas sentenças que é apropriado para a resolução do complexo conflito que é objeto deste trabalho. Para isso, serão identificados *modelos decisórios* formulados a partir das decisões examinadas, com o fito de verificar se algum (ou alguns) deles apresenta(m) uma resposta adequada para a controvérsia em tela. Por fim, serão tecidas algumas considerações sobre as normas e os princípios que poderiam ser evocados, no contexto do ordenamento jurídico pátrio, se situações análogas aos casos analisados ocorressem no Brasil.

2

Os diversos posicionamentos em torno do conflito

Este capítulo tem por objetivo traçar um panorama sobre os diferentes posicionamentos que doutrinadores e legisladores dos países selecionados têm adotado acerca do conflito entre os direitos LGBT e a liberdade de consciência religiosa. Vale lembrar que serão analisados, especificamente, os argumentos que permeiam tal conflito em três situações: recusa a celebrar ou contribuir para um casamento entre pessoas do mesmo sexo; recusa de psicólogos a atender pacientes homossexuais; recusa a fornecer produtos que promovem o casamento homoafetivo ou outras causas LGBT.

O intuito é expor, de forma objetiva, os principais argumentos que têm sido utilizados em favor de ambos os lados da controvérsia em cada situação, fazendo-se alusão, quando necessário, aos precedentes invocados como base para determinado posicionamento. Cabe ressaltar que a breve análise de precedentes, nesse capítulo, será realizada apenas na medida necessária para a compreensão dos argumentos utilizados pelos autores ora estudados, destinando-se o capítulo seguinte à análise detalhada dos casos concretos especificamente relacionados com o tema deste trabalho.

2.1

Recusa religiosamente motivada a celebrar ou contribuir para um casamento entre pessoas do mesmo sexo

No debate em torno do reconhecimento do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo nos Estados Unidos, observou-se grande esforço dos setores mais conservadores da sociedade no sentido de preservar a definição tradicional de casamento. No âmbito acadêmico, foi notável a ampla utilização de argumentos morais (que se aproximavam de argumentos religiosos) na defesa do conceito da instituição do matrimônio como a união entre um homem e uma mulher com o propósito de procriação.⁴

⁴ANDERSON, Raydan T.; GEORGE, Robert P.; GIRGIS, Sherif. *What is marriage?* In: Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 34, No. 1. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1722155>. Pág. 225. Dissertando sobre a forte influência que a Igreja Católica tem exercido no debate sobre

Em face de uma infinidade de argumentos filosóficos sobre a suposta “superioridade” da estrutura familiar tradicional (que envolve a criação de filhos pelos pais biológicos) e sobre a complementaridade biológica que só poderia existir entre um homem e uma mulher, um argumento utilizado pelos defensores do casamento homoafetivo era: ainda que esses argumentos estejam certos, por que o Estado deveria se importar com princípios morais abstratos? De que maneira o reconhecimento do direito ao casamento homoafetivo afetaria aos demais?⁵

Esse ponto é crucial. De fato, não cabe ao Estado impor aos cidadãos determinada concepção moral. A essa pergunta, respondia Robert George que, além de “enfraquecer” a instituição do casamento e “obscurer” o valor da união entre pessoas de sexos opostos como o “ideal”, o casamento gay ameaçaria a liberdade moral e religiosa: “se o casamento for legalmente redefinido, acreditar no que toda sociedade humana um dia acreditou sobre o casamento – que é uma união entre um homem e uma mulher – será cada vez mais considerado como evidência de insanidade moral, maldade, preconceito, injustiça e ódio”.⁶

Em *Obergefell v. Hodges*, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, com base na *Due Process Clause*.⁷ A decisão ocorreu em 2015, depois que vários estados daquela nação já haviam reconhecido esse direito, por meio de leis ou decisões judiciais. Apesar de todo o esforço dos conservadores em sentido contrário, argumentos morais ou religiosos não foram suficientes para a manutenção do conceito tradicional de casamento. Ainda restam, contudo, complexas questões: até que ponto subsiste a liberdade de acreditar naqueles valores tradicionais? Será que as previsões de Robert George estavam corretas? A partir da legalização do casamento homoafetivo, opiniões divergentes deverão ser toleradas? Quais devem ser os limites a essa tolerância?

casamento nos Estados Unidos, Oleske salienta que Robert George, um dos autores do citado artigo, é descrito como o pensador cristão conservador mais influente do país, que transformou a filosofia Católica do século XIII sobre casamento em real influência política sobre a questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo. OLESKE, Jr. James M. *The Evolution of Accommodation: Comparing the Unequal Treatment of Religious Objections to Interracial and Same-Sex Marriages*. In: Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, vol. 50, 2015. Pág. 114.

⁵ANDERSON, Ryan T.; GEORGE, Robert P.; GIRGIS, Sherif. Ibidem, pág. 260.

⁶Idem, ibidem, pág. 265 Tradução minha.

⁷HUNTINGTON, Clare. *Obergefell's Conservatism: Reifying Familial Fronts*. In: 84 Fordham L. Rev. 23 (2015). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2681189>. Pág. 2.

Este tópico se propõe a analisar os diferentes posicionamentos sobre a complexa questão acerca da legitimidade de uma “objeção de consciência” que possa ser alegada por indivíduos, no sentido de se recusar a celebrar ou contribuir para um casamento homoafetivo. Algumas religiões pregam que o casamento é uma instituição sagrada, criada por Deus, que consiste na união entre um homem e uma mulher com o fim de cumprir propósitos divinos. Tendo isso em mente, parte da doutrina defende a isenção para religiosos da obrigação de praticar atos que se relacionem com a celebração do casamento entre pessoas do mesmo sexo, considerando o caráter sagrado que essa instituição possui segundo a perspectiva religiosa, o que torna a questão mais complexa – sendo extremamente minoritária a posição que defende a possibilidade irrestrita de discriminar, como se verá a seguir. Em contrapartida, outra parte da doutrina entende que a religião nunca pode ser utilizada como fundamento para discriminar.

Nos próximos subtópicos, pretende-se analisar os argumentos que permeiam essa controvérsia: no primeiro subtópico, será analisada a situação daqueles que fornecem produtos ou prestam serviços relacionados a cerimônias de casamento, tais como fotógrafos, cerimonialistas, confeitores, donos de casas de festas, etc, e se recusam, com base em suas convicções religiosas, a contribuir com suas habilidades profissionais para a celebração de uma cerimônia de casamento entre pessoas do mesmo sexo; no segundo subtópico, será analisada a situação de representantes do Estado, tais como escrivães, tabeliães, juizes de paz, etc, que se negam, com base em tais convicções, a oficializar um casamento entre pessoas do mesmo sexo.

2.1.1

Indivíduos ou pequenos negócios que prestam serviços relacionados a cerimônias de casamento

Para Taylor Flynn, o principal fator que milita contra a concessão de uma objeção de consciência para religiosos que prestam serviços relacionados a cerimônias de casamento é o risco de que essa concessão venha a permitir uma variedade de discriminações: um florista muçulmano poderia se recusar a vender flores para um casamento de judeus, e um confeitiro poderia se recusar a fornecer um bolo de casamento porque a celebrante do matrimônio é uma mulher,

por exemplo. Isso porque os modelos legislativos propostos pela doutrina favorável a essa concessão não especificam a objeção em relação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas permitem que um indivíduo se recuse a contribuir para qualquer casamento que viole suas crenças religiosas. Ademais, uma isenção das legislações de antidiscriminação para religiosos pode propiciar também uma ampla discriminação contra os LGBT, de forma geral.⁸

A autora lembra que, por séculos, tem se entendido que a igualdade tipicamente prevalece em face da liberdade religiosa na esfera pública, especialmente na esfera comercial. Existe um motivo pelo qual as pessoas que atuam na esfera comercial geralmente não podem escolher a quem servir, mesmo quando o serviço pode conflitar com suas crenças religiosas: trata-se do ambiente em que impera a igualdade na sociedade civil. Essa imposição deriva da determinação geral da *common law* de que, em um conflito entre os direitos ou crenças do fornecedor e a provisão de serviços a um comprador, o fardo deve recair sobre o fornecedor que se colocou no mercado para a obtenção de lucro. Caso fosse concedida uma isenção da obrigação de não discriminar para religiosos, outros indivíduos teriam que se conformar às crenças destes, como condição de obter uma igual participação no mercado.

Para a autora, aqueles que propõem as isenções religiosas superestimam significativamente a marginalização que os indivíduos religiosos supostamente sofrem, quando a questão é o casamento homoafetivo, e subestimam o prejuízo que elas causariam à proteção contra a discriminação com base em orientação sexual (entre outros critérios). As isenções teriam o efeito de trazer à tona uma visão religiosa do mercado que remonta aos séculos XI a XIII, quando a religião

⁸FLYNN, Taylor. *Clarion Call or False Alarm: Why Proposed Exemptions to Equal Marriage Statutes Return Us to a Religious Understanding of the Public Marketplace*, In: *Northwestern Journal of Law and Social Policy*, vol. 5, 2010. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1053&context=njlsp>. Acesso em 17/02/2018. Págs. 3 e 4. A autora se baseia em um modelo proposto pela doutrina que evita selecionar os LGBT como único grupo que pode ser discriminado, o que poderia evidenciar uma hostilidade específica em relação a esse grupo de pessoas. Tal modelo legislativo afirma que nenhum indivíduo será responsabilizado ou penalizado por se recusar a prover serviços relacionados à solenização de qualquer casamento, ou por se recusar a tratar como válido qualquer casamento, quando tal provisão ou tratamento viole suas sinceras crenças religiosas (“*No individual (...) shall be liable, penalized, or denied benefits under the laws of this state or any subdivision (...) including but not limited to laws regarding employment discrimination, housing, public accommodations, licensing, government contracts or grants, or tax exempt status, for refusing to provide services (...) related to the solemnization of any marriage (...) or for refusing to treat as valid any marriage, where such providing (...) or treating as valid would cause such individuals (...) to violate their sincerely held religious beliefs*”). Tradução minha.

católica era a força que prevalecia por trás da legislação comercial – visão que foi há muito rejeitada.⁹

Os proponentes da isenção normalmente incluem a ressalva de que, caso haja um transtorno indevido na obtenção do serviço por outro fornecedor, o indivíduo religioso é obrigado a prestar o serviço a quem o solicitou. Flynn afirma que essa ressalva falha em levar em conta o dano à dignidade e à igualdade deste, um dano inerente à discriminação contra uma minoria que é historicamente vulnerável.¹⁰ A motivação religiosa ou presumivelmente benevolente da recusa não diminui a intensidade desse dano, sendo insuficiente para justificar a discriminação.

A autora também rejeita o argumento de que uma discriminação em face de LGBT não os essencializa como pessoas inferiores, quando é baseada na crença religiosa de que a *conduta* homossexual é pecaminosa, sendo esta, sim, rejeitada, e não a *pessoa* que a pratica. A asserção de que a objeção religiosa em relação à homossexualidade reflete uma objeção à atividade sexual entre pessoas do mesmo sexo, e não aos indivíduos homossexuais, não passa de uma tentativa de invocar uma distinção entre status e conduta, que geralmente não é aceita como defesa a uma acusação de discriminação.

Nesse sentido, a Suprema Corte já exemplificou que um imposto sobre quem usa um quipá é um imposto sobre judeus: considerando que a conduta religiosa é intimamente associada à identidade do sujeito, a alegação de que o alvo da discriminação é uma conduta (tomar a Santa Ceia, vestir o *hijab*), e não uma religião, normalmente será ineficaz. Semelhantemente, rejeita-se a distinção entre status e conduta referente à orientação sexual: em *Lawrence v. Texas* – precedente em que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei estadual que criminalizava a sodomia – rejeitou-se o argumento de que a lei apenas visava punir uma particular conduta sexual, e reconheceu-se que esse tipo de lei encorajava a discriminação com base em um status (a homossexualidade), aparentemente aprovada pelo governo.¹¹

Ademais, nota que a alegação de que os indivíduos religiosos “amam o pecador mas odeiam o pecado” intenta definir a natureza do dano decorrente da

⁹Idem, ibidem, pág. 6.

¹⁰Idem, ibidem, pág. 12.

¹¹Idem, ibidem, págs. 18 e 19.

discriminação de acordo com a perspectiva de quem discrimina, e não do discriminado. A maioria dos LGBT consideraria a recusa a prover serviços para seu casamento como uma lesão à sua personalidade, sendo este o ponto de vista mais relevante a ser considerado quando se avalia o dano de uma discriminação, o qual não é atenuado porque a recusa é bem-intencionada ou religiosamente informada.¹²

No mesmo sentido, Laura Underkuffler afirma que a proibição à discriminação com base em orientação sexual se baseia na assertiva de que a orientação sexual não é uma escolha, portanto qualquer discriminação com base nesse critério é odiosa – não ocorre por causa do que o discriminado *faz*, mas por causa de quem ele *é* – assim como a discriminação com base em raça, cor, religião, sexo ou origem nacional.¹³ Historicamente, as discriminações denominadas odiosas, que se baseiam em características imutáveis do indivíduo, têm sido proibidas mesmo quando baseadas em crenças religiosas. As leis que proíbem a discriminação com base em orientação sexual têm o objetivo de proteger a dignidade humana e criar um ambiente em que cada indivíduo possa utilizar seu potencial na sociedade, garantindo igual proteção por parte da lei. Não há razões convincentes que militam em favor da tolerância a qualquer discriminação odiosa religiosamente motivada.¹⁴

Por seu turno, Mark Strasser teme que uma isenção religiosa destinada a liberar profissionais envolvidos no ramo de cerimônias de casamento da obrigação de prover serviços para casais homoafetivos poderia acabar por alcançar quase todas as áreas da existência social de um indivíduo. Cita Wilson, que defende tal isenção e também propõe uma escusa para aqueles que se opõem à adoção por casais homoafetivos. Presumivelmente, a partir de isenções como essas, indivíduos que moralmente desaprovam famílias LGBT poderiam recusar-se a servi-las em lojas, bancos e restaurantes. A permissão da discriminação a indivíduos LGBT de forma tão abrangente seria uma política pública desastrosa, que ensejaria proteção constitucional. Ademais, permitir uma discriminação em

¹²Idem, *ibidem*, pág. 20. Tradução minha.

¹³UNDERKUFFLER, Laura S. *Odious Discrimination and the Religious Exemption Question*. In: Cardozo Law Review, vol. 32, 2011. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/649>. Acesso em 18/01/2018. Pág. 15.

¹⁴Idem, *ibidem*, pág. 21.

face dos LGBT e não contra outros grupos denotaria uma hostilidade em relação àqueles, especificamente.¹⁵

Assevera que visões religiosas devem ser levadas a sério, mas o entendimento de que pessoas com profundas convicções religiosas devem ter a permissão de se recusar a servir a comunidade LGBT deve ser repensado. Tal política, se implementada, criará ou reforçará um status de cidadãos de segunda classe para os membros da comunidade LGBT ou, se generalizada, aumentará a divisão e a intolerância já existentes na sociedade. A concessão das isenções religiosas propostas levará a menos tolerância e respeito a todos – um resultado que não é do interesse dos religiosos, nem dos não-religiosos. Ainda que sinceras visões religiosas não devam ser ignoradas, não se deve permitir que elas acarretem tamanho dano a minorias, ou à sociedade como um todo.¹⁶

Ira Lupu e Robert Tuttle apontam que, para defender as isenções religiosas, alguns doutrinadores as têm comparado ao direito à objeção de consciência em auxiliar na prática do aborto, que tem sido assegurado pelos Estados que permitem o aborto, ou às acomodações que o empregador é obrigado a fazer para acomodar as crenças religiosas de seus empregados no ambiente de trabalho¹⁷. As analogias, contudo, são profundamente artificiosas quando aplicadas a profissionais que se recusam a servir casais homoafetivos.

Em primeiro lugar, afirmam que clientes não podem razoavelmente ser comparados a empregadores, tendo em vista que aqueles não estão em uma posição de autoridade para encontrar medidas alternativas, dentro do ambiente de trabalho, que acomodem as crenças religiosas de um confeitiro que se recusa a fazer um bolo para um casamento homoafetivo, por exemplo; eles simplesmente terão que se dirigir a outra confeitaria, esperando encontrar alguém disposto a servi-los. Além disso, quando o empregador acomoda crenças religiosas dentro do ambiente de trabalho, ele assume o ônus de implementar arranjos internos que permitam a acomodação, mas qualquer custo econômico pode ser repartido entre os consumidores. Já as isenções da legislação de antidiscriminação para religiosos

¹⁵STRASSER, Mark. *On Same-Sex Marriage and Matters of Conscience*. In: Wm. & Mary J. Women & L. 1, vol. 17, 2010. Disponível em: <http://scholarship.law.wm.edu/wmjowl/vol17/iss1/2>. Acesso em 17/01/2018. Pág. 32. O autor não menciona um modelo legislativo específico proposto pela doutrina que ele critica, mas é possível deduzir que ele se refere a um modelo que admita a objeção de consciência religiosa somente em relação ao casamento homoafetivo ou à entidade familiar homoafetiva, diferentemente do transcrito na nota 8, supra.

¹⁶Idem, ibidem, pág. 37.

¹⁷Ver nota 35, infra.

colocam todos os custos da acomodação das crenças destes sobre casais homoafetivos. Quando estes recebem a recusa de um serviço, são obrigados a absorver todo o ônus de tal recusa, que inclui o tempo e custo de encontrar outro fornecedor, além do dano à dignidade que decorre de não ter acesso a um serviço que está disponível ao público em geral. Ademais, esse ônus seria exclusivamente atribuído aos LGBT, uma vez que objetores religiosos não têm o direito genérico de recusar serviços a outros grupos de pessoas.¹⁸

Quanto ao direito à objeção de consciência em auxiliar a prática do aborto, explicam que ele se destina especificamente a proteger aqueles que podem ser forçados a dar fim a uma vida humana, refletindo o específico caráter moral deste ato, e não uma defesa genérica às demandas da consciência. Já as isenções religiosas propostas por alguns doutrinadores não estão focadas em ato específico, mas protegem fornecedores de produtos ou prestadores de serviço que têm “uma sincera objeção religiosa em praticar atos que auxiliem relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo”¹⁹. Esses termos não apresentam restrições significativas às isenções religiosas. Essa preocupação poderia ser atenuada se os proponentes restringissem a isenção a atos diretamente relacionados à solenização de um casamento homoafetivo, como a celebração ou outra participação direta na cerimônia. Após essa restrição, a analogia com a objeção de consciência em relação ao aborto fica muito mais forte.²⁰

Por sua vez, Oleske afirma que criar exceções às leis que proíbem a discriminação para religiosos que se opõem ao casamento entre pessoas do mesmo sexo representaria uma diferenciação incomum, considerando que isenções semelhantes nunca foram adotadas para acomodar objeções religiosas ao casamento entre pessoas de raças diferentes, entre pessoas com religiões diferentes ou entre divorciados.²¹ Buscando explicar o fenômeno por trás da

¹⁸LUPU, Ira C.; TUTTLE, Robert W. *Same-Sex Family Equality and Religious Freedom*. In: NW. J. L. & SOC. POL'Y, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1492168>. Acesso em 17/01/2018. Págs. 29 a 32. Os autores criticam aqui o posicionamento de Wilson e Laycock, que defendem que profissionais envolvidos na indústria do casamento devem ter o direito de “se recusar a auxiliar casamentos entre pessoas do mesmo sexo”, exceto quando tal recusa cause um transtorno significativo ao casal homoafetivo (ver págs. 22 e 23). Tradução minha.

¹⁹“*A sincere religious objection to performing acts that facilitate same-sex relationships*”. Idem, ibidem, pag. 34. Tradução minha.

²⁰Idem, ibidem, pag. 35.

²¹OLESKE, Jr. James M. *The Evolution of Accommodation: Comparing the Unequal Treatment of Religious Objections to Interracial and Same-Sex Marriages*. In: Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, vol. 50, 2015. Pág. 104.

defesa que boa parte da doutrina tem feito à objeção religiosa ao casamento homoafetivo, que não ocorreu em relação à objeção religiosa ao casamento inter-racial, aponta a ascensão do movimento legal conservador nas últimas décadas, que estabeleceu forte presença na academia, de forma a influenciar o discurso doutrinário, além de criar universidades, periódicos jurídicos e instituições especializadas no treinamento de professores e juízes, fazendo crescer o conservadorismo no âmbito acadêmico.²² Além disso, a Igreja Católica apoiou o casamento inter-racial, mas repudia o casamento homoafetivo, e exerce influência através de universidades a ela filiadas.

Também se pode dizer que alguns estudiosos têm considerado a orientação sexual como um elemento mais relevante para o casamento do que a raça, enxergando as objeções religiosas ao casamento homoafetivo como mais compreensivas que as objeções ao casamento inter-racial. Entretanto, o autor ressalta que, assim como argumentos de direito natural estão no núcleo dos argumentos contra o casamento homoafetivo, eles um dia estiveram no núcleo dos argumentos contra o casamento entre pessoas de raças diferentes. Além disso, a Suprema Corte já estabeleceu, repetidamente e em diferentes contextos, que não cabe ao Judiciário examinar a plausibilidade de uma crença religiosa, não podendo a lei julgar sua compreensibilidade. Aqueles que argumentam que a objeção religiosa ao casamento homoafetivo diferencia-se da objeção ao casamento inter-racial por uma questão moral ou racional não consideram que essa concepção exige que o Estado deixe sua posição de neutralidade entre as religiões, assumindo para si o papel de avaliar quais objeções de consciência são corretas.²³

Para Oleske, o modelo de objeção de consciência proposto pela doutrina, que geralmente contém a exigência de que o serviço seja prestado pelo indivíduo religioso se o casal homossexual não conseguir obter o serviço de outra forma, não enfrenta a questão do atentado à dignidade e o profundo, intenso e tangível sofrimento impingido ao indivíduo a que é recusado um serviço disponível a outros – um sofrimento que não é mitigado pelo fato de que talvez outras pessoas não o tratem da mesma forma. Levando em conta que nunca houve espaço para objeções de consciência a religiosos que se opõem ao casamento inter-racial ou

²²Idem, *ibidem*, pág. 111.

²³Idem, *ibidem*, pág. 119.

entre divorciados, a concessão da possibilidade de discriminar homossexuais que desejam celebrar sua cerimônia de casamento seria uma tentativa inconstitucional de impor uma desvantagem, um status separado e um estigma a todos os indivíduos homossexuais que decidem se casar.²⁴

Em contrapartida, Coolidge entende que a analogia entre a oposição ao casamento gay e a oposição ao casamento inter-racial é inexata e tem sido utilizada com finalidades políticas. Escrevendo antes de *Obergefell v. Hodges* e referindo-se especificamente ao caso *Loving v. Virginia*²⁵, afirma que, enquanto a lei de antimiscigenação da Virginia era baseada em discriminação racial, as leis sobre casamento no Havaí²⁶ não eram baseadas em discriminação sexual, mas na natureza da instituição do casamento. Na Virginia, casais de raças diferentes eram proibidos de coabitar, enquanto no Havaí casais homossexuais são livres para coabitar, fazer promessas contratuais privadas e receber reconhecimento de instituições sociais. Além disso, o direito civil básico identificado em *Loving* – o direito de se casar e “perpetuar nossa existência e sobrevivência” – era baseado em uma definição heterossexual de casamento. Já o direito ao casamento com alguém do mesmo sexo não poderia ser considerado como fundamental à nossa existência e sobrevivência.²⁷

Para este autor, o discurso segundo o qual acreditar na definição tradicional de casamento é o mesmo que oprimir e atacar minorias étnicas não é um argumento jurídico, mas é o que ele chama de “jogar a carta *Loving*”. No Havaí, essa mensagem era transmitida a cidadãos que conviviam respeitosamente em qualquer ambiente com pessoas que se autointitulavam “gays”, mas que não apoiavam o reconhecimento do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, com o propósito de intimidar e envergonhar aqueles, obstruindo o processo

²⁴Idem, ibidem, pág. 144.

²⁵Ao final desse caso paradigmático, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que as leis que proibiam o casamento entre pessoas de raças diferentes eram inconstitucionais.

²⁶Coolidge se refere ao Havaí porque foi o estado onde ocorreu o caso *Baehr v. Lewin*, primeiro precedente em que se reconheceu judicialmente que negar o direito ao casamento a indivíduos homossexuais era uma forma de discriminação. Dentre os argumentos utilizados em defesa do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, destacou-se a analogia com o caso *Loving v. Virginia*. COOLIDGE, David Orgon. *Playing the Loving Card: Same-Sex Marriage and the Politics of Analogy*. 12 BYU J. Pub. L. 201 (1998). Disponível em: <http://digitalcommons.law.byu.edu/jpl/vol12/iss2/2>. Acesso em 22/01/2018. Pág. 205.

²⁷Idem, ibidem, págs. 208 e 209. Tradução minha.

democrático a fim de alcançar o resultado almejado por meio de cortes contramajoritárias.²⁸

Acrescenta que a lei de antimiscigenação na Virginia era um resquício da escravidão e o produto de uma campanha de cientistas sociais eugenistas que queriam “melhorar a sociedade”, criminalizando o fato de uma pessoa branca e uma pessoa negra se casarem. A lei do Havaí, ao contrário, era positiva, e não proibitiva: não criminalizava, apenas não permitia que duas pessoas do mesmo sexo se casassem. Enquanto as leis de antimiscigenação *contrariavam* a tradição ocidental que define a instituição do casamento como uma união entre um homem e uma mulher, essa instituição teve que ser *redefinida* para que o casamento homoafetivo fosse legalizado. O que estava em questão em *Loving* era se o interesse do Estado em restringir o casamento com base em questões raciais poderia superar o livre exercício da religião e o direito à procriação – motivo pelo qual a Igreja Católica se opunha às leis de antimiscigenação e de esterilização compulsória, intimamente relacionadas.²⁹

Em sua conclusão, Coolidge apresenta outro ponto de vista sobre esse assunto: as Cortes da Virginia tentavam redefinir a instituição do casamento para seus propósitos, distorcendo assim seu genuíno significado, e as Cortes havaianas estavam tentando fazer a mesma coisa. “O conteúdo é diferente, mas a estratégia é a mesma: o Estado está tentando redefinir o casamento para atingir seu ideal de uma sociedade melhorada, em vez de reconhecer e edificar sobre a mais crucial e pré-política sociedade de todas, a original comunidade do casamento, baseada na união de dois sexos”.³⁰ Em *Loving v. Virginia*, as Cortes da Virginia estavam usando a retórica divina para transformar um caso sobre casamento em um caso sobre raça; em *Baehr v. Lewin*, a Suprema Corte do Havaí estava usando a retórica do poder estatal para transformar um caso sobre casamento em um caso sobre indivíduos, implementando sua visão de transformação social.

Finaliza seu argumento afirmando que aqueles que acreditam que casamento é, simplesmente, a intimidade reconhecida e endossada pelo Estado, enxergam uma analogia entre *Loving* e *Baehr* porque primeiro redefiniram o conceito de casamento, para então fazer a analogia. Aqueles que acreditam que o

²⁸Idem, ibidem, pág. 217.

²⁹Idem, ibidem, pág. 233.

³⁰Idem, ibidem, pág. 236. Tradução minha.

casamento é a união entre um homem e uma mulher também veem uma analogia entre esses precedentes: o primeiro distorce a verdade sobre o casamento em nome do racismo, e o último, em nome do “casamento gay”. Há, portanto, mais de uma analogia *Loving* – se é que há, de fato, alguma analogia. O autor propõe que se veja situação pelo que ela realmente é e que se pare de “jogar a carta *Loving*”:

“Em vez disso, foquemos nas reais e difíceis questões que nos confrontam: quem decide o que é casamento: o povo, diretamente ou através de seus representantes, ou as cortes? O que é casamento: um contrato entre indivíduos autônomos? Uma íntima, compromissada relação? Uma ímpar comunidade sexual entre um homem e uma mulher? E, talvez o mais importante, como vamos coexistir pacificamente em uma sociedade onde as pessoas discordam sobre as respostas a essas perguntas?”³¹

Para Thomas Berg, os defensores do casamento homoafetivo e os religiosos tradicionalistas apresentam importantes argumentos em comum. Em primeiro lugar, ambos alegam que determinada conduta é *fundamental à sua identidade*, e que é justo que eles pratiquem tal conduta livremente, sem desencorajamento ou interferência do Estado. Para os casais homossexuais, essa conduta é a liberdade de assumir oficialmente um compromisso matrimonial que esteja de acordo com sua orientação sexual. Para os religiosos, é a liberdade de viver e agir de acordo com os mandamentos de Deus.³² Tanto os defensores dos direitos dos homossexuais quanto os defensores da liberdade religiosa enfrentam o argumento de que seus interesses dizem respeito a uma conduta que pode ser regulada pelo Estado, a fim de refletir os valores que predominam na sociedade. Ambos contra-argumentam que, quando uma conduta é fundamental à sua identidade, o Estado não deve desencorajá-la ou dificultá-la, a não ser que tenha uma forte razão para tal.

Assim como o ato de assumir um compromisso matrimonial com alguém do mesmo sexo pode ser considerado como central à identidade dos indivíduos homossexuais, as crenças religiosas podem ser consideradas como fundamentais à identidade dos que verdadeiramente seguem uma religião, já que elas influenciam muitas escolhas que eles fazem ao longo da vida e a maneira como interagem em sociedade. Elas são de importância extraordinária para o indivíduo, fazendo com que ele esteja disposto a sofrer ou morrer por elas. A violação de um preceito religioso pode acarretar, para o crente, um sofrimento muito mais profundo que a

³¹Idem, *ibidem*, pág. 238. Tradução minha.

³²BERG, Thomas. *What Same-Sex-Marriage and Religious-Liberty Claims Have in Common*. In: *Northwestern Journal of Law & Social Policy*, Vol. 5, Fall 2010. Pág. 212.

violação de um preceito secular, pois ele sinceramente acredita que, ao agir em desconformidade com um mandamento ou princípio de sua religião, está decepcionando a Deus, o que pode produzir, para ele, consequências eternas. Evelyn Smith, uma senhora que foi processada por se recusar a alugar um apartamento a um casal que não era casado, sinceramente acreditava que Deus iria julgá-la se ela permitisse que pessoas praticassem relações sexuais fora do casamento dentro de sua propriedade, impedindo-a de encontrar seu falecido marido na eternidade.³³

Assim sendo, duas razões militam em favor da proteção à liberdade religiosa: a redução do conflito social e da imposição de sofrimento às pessoas. Nesse sentido, tanto os argumentos a favor do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo como os argumentos a favor da liberdade religiosa têm como base o argumento moral de que o Estado deve evitar desfavorecer uma conduta que é central à identidade do indivíduo, a menos que tenha fortes motivos para tal.

Outro argumento que Berg identifica como comum aos defensores do casamento homoafetivo e aos defensores da liberdade religiosa é o de que ambos buscam viver aspectos essenciais a suas identidades *publicamente* na sociedade.³⁴ Homossexuais que querem se casar desejam celebrar sua união diante de outras pessoas, não bastando vivê-la secretamente, assumindo um compromisso que representa um valor especial para a sociedade, de forma que eles sejam reconhecidos como casados pelos seus familiares, vizinhos, amigos, colegas de trabalho, etc – e também pelo Estado, que dá um tratamento diferenciado à relação jurídica matrimonial. Por outro lado, religiosos mais convictos não poderiam exercer sua fé apenas no âmbito da adoração privada, pois têm a necessidade de vivê-la publicamente, pregando o que acreditam, fazendo caridade através de instituições que criam para este fim, matriculando seus filhos em escolas religiosas, etc.

Logo, religiosos comprometidos com sua fé não conseguiriam ignorá-la em seu ambiente de trabalho, pois não estão dispostos a fazer uma distinção clara entre sua vida religiosa e secular. Berg esclarece que a importância de se poder manter fiel à própria fé no local de trabalho é reconhecida pelo ordenamento

³³Idem, *ibidem*, pág. 216.

³⁴Idem, *ibidem*, pág. 217.

jurídico norte-americano.³⁵ O autor conclui que, assim como não é razoável que se diga aos homossexuais que eles receberão apenas “tolerância” em relação ao seu “comportamento” privado por parte da sociedade, negando-lhes o direito de assumir compromisso matrimonial com alguém do mesmo sexo, não é razoável pedir que religiosos guardem suas crenças para si mesmos, dizendo-lhes que não é apropriado que eles as sigam em seus respectivos ambientes de trabalho. Para ele, qualquer um que leve a sério os argumentos dos casais homossexuais também deve dar um peso especial aos argumentos dos religiosos. Existe o risco de que o mesmo tipo de preconceito contra os homossexuais seja exercido em relação a religiosos tradicionais, no sentido de que apenas sejam toleradas as condutas que eles não praticam ostensivamente perante a sociedade, obrigando-os a viver aspectos essenciais à sua identidade apenas no âmbito privado.

Prossegue seu argumento, afirmando que os direitos LGBT são geralmente aplicáveis, mas seus efeitos recaem desproporcionalmente sobre indivíduos religiosos, cujas práticas entram em conflito com aqueles. Cristãos tradicionalistas podem ser uma minoria sujeita a estereótipos culturais e imposições da maioria em alguns estados norte-americanos. Para que ambos os lados possam viver suas identidades livre e publicamente, é necessário que se compare os fardos que cada um pode ser obrigado a assumir.

Como forma de solucionar o conflito, Berg entende que o Estado deve proporcionar uma escusa de consciência aos indivíduos que sentem que não devem, por causa de suas crenças religiosas, contribuir pessoalmente para a celebração de uma cerimônia de casamento entre pessoas do mesmo sexo, a não ser que essa isenção cause ao casal homoafetivo a impossibilidade de obtenção do serviço, ou uma dificuldade muito grande de obtê-lo. O autor entende que a exceção deveria abranger indivíduos que possuem *pequenos negócios*, onde prestam serviços de forma pessoal, que tendem a ser encarados como uma das

³⁵Em primeiro lugar, o *Civil Rights Act* de 1964 protege os indivíduos contra a discriminação no emprego por motivos religiosos, e essa proteção se estende às regras gerais impostas pelo empregador, as quais, quando em conflito com uma prática religiosa do empregado, devem proporcionar uma exceção razoável (*reasonable accomodation*) ao empregado religioso, a não ser que essa acomodação cause ao empregador um transtorno indevido (*undue hardship*). Além disso, existe um conjunto de leis federais e estaduais que estabelecem escusas de consciência para médicos e outros profissionais da área da saúde, a fim de que eles não sejam forçados a praticar abortos ou outros procedimentos contra sua consciência. Por fim, há várias decisões da Suprema Corte proibindo o Estado de negar o benefício social que ampara o desempregado ao indivíduo que se nega a trabalhar em atividade que viole suas crenças religiosas. Idem, ibidem, pág. 218.

formas de expressão de sua identidade.³⁶ É o caso de um fotógrafo que pode se sentir diretamente responsável por usar suas habilidades artísticas para apresentar de forma positiva um casamento a que suas crenças religiosas são contrárias.

Partindo da premissa de que a religião é algo central à identidade do sujeito, e que é impossível, para religiosos mais comprometidos, ignorar suas crenças no momento em que exercem sua profissão, à qual dedicam, normalmente, grande parte do seu tempo e esforço, Berg rejeita a fala de que a religião não pode influenciar nos negócios. Colocar um indivíduo entre a escolha de prestar um serviço contra sua consciência ou mudar de ramo ou emprego é impor um fardo muito pesado sobre o livre exercício de sua religião, pois trabalhar em determinada profissão normalmente envolve investimento prévio de tempo, dinheiro e esforço pessoal, além de habilidades pessoais e treinamento, bem como um sentimento de realização pessoal e felicidade que pode advir daquela atividade, que contribui para a própria formação da identidade do indivíduo. Abrir mão de tudo isso é muito custoso.

Berg não nega que o ato de recusar a prestação do serviço aos homossexuais é uma ofensa que causa sofrimento a estes. Todavia, acredita que o sofrimento causado aos religiosos é ainda maior e mais concreto. Na maior parte dos casos, aquele que se sente ofendido pode simplesmente ligar para o próximo telefone que encontrar no *Google*. Já o religioso se vê obrigado a agir contrariamente a um dogma de sua fé ou abandonar uma profissão na qual investiu seu tempo, esforço e dinheiro.

Para o autor, alguém que entende que a perturbação sentida pelo homossexual é suficiente para superar a liberdade de negar a prestação do serviço em questão simplesmente não deu a devida importância ao sofrimento que pode ser causado a quem se vê forçado a colaborar para uma cerimônia que, em sua concepção, viola princípios de sua religião. Ademais, observa que as pessoas não podem ser protegidas do conhecimento do fato de que outros indivíduos desaprovam seu comportamento. Esse conhecimento pode ser perturbador, mas não pode ser comparado a um medo razoável de violência ou assédio, caso se queira deixar algum espaço para os religiosos que discordam do casamento homoafetivo.³⁷

³⁶Idem, *ibidem*, pág. 227.

³⁷Idem, *ibidem*, págs. 229 e 230.

Existe a preocupação, por parte da doutrina, de que essa escusa de consciência venha a cancelar discriminação contra homossexuais de forma geral. A esse argumento, Berg responde que, se a proteção à liberdade religiosa vier por meio de lei, será fácil proteger especificamente o prestador de serviços que se envolve pessoalmente em alguma atividade que contribui para uma cerimônia de casamento, como o fotógrafo, o decorador, o cerimonialista, etc. Ademais, contribuir para a realização de uma cerimônia de casamento entre pessoas do mesmo sexo representa um fardo significativo para religiosos tradicionais, diferentemente da prestação de outros serviços, tais como servir comida em um restaurante ou dirigir táxis. Alguém que se recusasse a prestar estes serviços não estaria protegido pela escusa de consciência.

No mesmo sentido, Erin East defende que, para se determinar se um conflito exige algum tipo de isenção para religiosos, três fatores devem ser considerados: a natureza da atividade de que o religioso busca a isenção; a centralidade da atividade e/ou da objeção às suas crenças religiosas; a disponibilidade de outros prestadores de serviços.³⁸ Assim, atividades como a celebração da cerimônia estariam diretamente relacionadas ao estabelecimento da união homoafetiva, sendo, portanto, uma objeção central à sua religião, enquanto servir jantar em um restaurante, não.

East lembra que a proteção ao livre exercício da religião e a promoção do pluralismo religioso são ideais que têm sido valorizados desde a fundação dos Estados Unidos, e que a sociedade como um todo se beneficia da garantia de que indivíduos (e organizações religiosas) não sejam forçados a deixar de prestar seus serviços à comunidade porque se recusam a agir contrariamente a suas profundas e sinceras crenças religiosas. Salienta também que isenções religiosas em relação a leis e políticas governamentais implementadas pelos Estados Unidos têm sido legítimas e efetivas, e servem como um lembrete do valor que esse país tem dado à liberdade de consciência como um componente da liberdade religiosa desde a sua independência.

Como exemplos, cita que a objeção de consciência ao serviço militar precede a Constituição, e que o Congresso tem estabelecido isenções religiosas em outros contextos, como aborto, discriminação no emprego e impostos.

³⁸EAST, Erin N. *I object: The RLUIPA as a model for protecting the conscience rights of religious objectors to same-sex relationships*. In: Emory Law Journal, vol. 59, 2009. Pág. 272.

Ademais, existem precedentes da Suprema Corte que ilustram a importância da proteção de indivíduos em relação a leis ou políticas que os obrigam a agir contrariamente a suas crenças religiosas, como *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, em que se entendeu que a política de obrigar os alunos a prestar continência à bandeira do país, sob pena de expulsão, violava o livre exercício de religião, protegido pela Primeira Emenda, de alunos que acreditavam que esse ato violava o mandamento bíblico de não adorar imagens, de acordo com sua interpretação como Testemunhas de Jeová; e *Sherbert v. Berner*, em que se enfatizou a gravidade de forçar um indivíduo a ter que escolher entre obedecer os preceitos de sua religião ou aceitar um emprego que viola tais preceitos (no caso, a Corte entendeu que o Estado não podia negar o benefício social que amparava o desempregado àquele que não aceitou um emprego cujo exercício violaria suas crenças religiosas).³⁹

East sugere que seja elaborada legislação que proteja “consciência” em vez de “exercício de religião”, definindo-se a exigência de que um indivíduo contribua *diretamente* para atos contrários a suas crenças religiosas como uma forma de opressão (*burden*) à sua consciência, devendo essa lei elencar uma lista das esferas de conflitos ou dos indivíduos que são especificamente por ela protegidos, acompanhada de um rol exemplificativo.⁴⁰

Robin Fretwell Wilson também defende a possibilidade de recusa com base em motivos religiosos por parte de indivíduos ou pequenos negócios (até cinco empregados), desde que não cause uma dificuldade excessiva ao casal homossexual na obtenção do produto ou serviço relacionado a cerimônias de casamento. Considera que essa isenção para religiosos apazigua os ânimos no debate sobre casamento gay e direitos LGBT, em que a opinião pública ainda se encontra dividida; em uma sociedade liberal, preserva ao máximo possível a liberdade religiosa sem prejudicar os outros de forma significativa – algo que se deve almejar, principalmente quando os custos para o público são baixos; deixa espaço para que cidadãos com visões muito divergentes convivam juntos em uma sociedade pluralista.⁴¹

³⁹Idem, ibidem, pág. 278.

⁴⁰Idem, ibidem, págs. 306 e 307.

⁴¹WILSON, Robin Fretwell. *The politics of accommodation: the American experience with same-sex marriage and religious freedom*. In: Religious Freedom and Gay Rights: Emerging Conflicts in North America and Europe. Oxford University Press, 2016. E-book, pág. 50 de 62.

Considera inaceitável que homossexuais sejam discriminados por motivos religiosos, ou sem motivo algum, em lojas comuns ou na prestação de serviços que não têm significado religioso – o que ainda pode ocorrer em muitos estados dos Estados Unidos, que não punem a discriminação por motivo de orientação sexual. Contudo, enxerga como sem sentido a possibilidade de que, nos estados em que é proibida tal discriminação, casais homossexuais possam exigir o atendimento de pequenos empreendedores que prestam serviços ou fornecem produtos relacionados a casamento, forçando-os a uma escolha dolorosa: violar suas crenças religiosas, ser multado ou retirado do mercado. Acrescenta que, na maior parte do país, é improvável que haja dificuldade em encontrar outro profissional disposto a prover o produto ou serviço desejado. Na verdade, os casais homossexuais geralmente ficarão muito mais felizes trabalhando com um profissional que está contente em atendê-los, em vez de alguém que acredita que eles estão cometendo um pecado mortal. Em última análise, o objetivo daqueles é apenas retirar este profissional do mercado, e não forçá-lo a prestar um serviço contra sua vontade.⁴²

Por sua vez, Chapman afirma que, para alguns indivíduos, suas crenças religiosas são muito profundas e constituem partes integrantes de seu ser, assim como a orientação sexual. A autora propõe que se estabeleça uma isenção genérica para pequenos negócios, sem a necessidade de se adentrar no mérito sobre a natureza da atividade ou centralidade da objeção à religião do indivíduo. Inspirando-se em leis federais nos Estados Unidos que eximem pequenos negócios de suas exigências, como o *Civil Rights Act* de 1964, que não se aplica a empresas com catorze empregados ou menos, a autora defende que sejam elaboradas leis que isentem pequenos negócios de servir indivíduos homossexuais (ficando a critério do legislador o número que caracterizaria os negócios como pequenos), sob o argumento de que a garantia de isenções “caso a caso” custa a todos – tanto ao Estado como aos litigantes – tempo e dinheiro investidos em um processo judicial ou administrativo, gerando incerteza a negócios que dependem de previsibilidade.⁴³ Esse tipo de isenção daria um critério fácil e pré-determinado

⁴²Idem, ibidem, pág. 51 e 52 de 62.

⁴³CHAPMAN, Catherine Kelly. *Gay Rights, the Bible, and Public Accommodations: An Empirical Approach to Religious Exemptions for Holdout States*. In: The Georgetown Law Journal, vol. 100, 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2086954>. Acesso em 22/01/2018. Págs. 1807 e 1808.

ao Estado na identificação de condutas discriminatórias ilegais, e permitiria que indivíduos que quisessem tocar seus negócios de acordo com suas crenças religiosas os mantivessem em tamanho menor que o estipulado pela lei, delimitando seu crescimento. Vale destacar que a defesa de isenções genéricas em relação às legislações de antidiscriminação parece ser uma posição isolada, diante da pesquisa bibliográfica realizada.

Como se verá no capítulo seguinte, em todos os casos pesquisados a respeito desse tópico, os profissionais foram obrigados a pagar uma indenização aos homossexuais que se sentiram discriminados em função de sua orientação sexual, quando lhes foi negado um produto ou serviço relacionado a cerimônias de casamento. Assim, o Judiciário norte-americano tem se posicionado de forma contrária a uma possível escusa de consciência aos indivíduos religiosos em tais circunstâncias, todavia a Suprema Corte ainda não se manifestou sobre a questão.

Em suma, os casos têm sido decididos com base nas *leis estaduais* que proíbem a discriminação por motivo de orientação sexual em locais de acomodação pública (*public accommodations laws*), que são aplicáveis aos estabelecimentos abertos ao público em geral, tendo em vista que a atual interpretação da Suprema Corte é que a Constituição dos Estados Unidos não proíbe a discriminação contra indivíduos em razão de sua orientação sexual, e que a legislação federal que coíbe a discriminação em locais de acomodações públicas, o *Civil Rights Act* de 1964, não protege os LGBT – motivo pelo qual vários estados têm incluído a vedação à discriminação em virtude de orientação sexual em suas leis de acomodação pública.⁴⁴

Não obstante, as consequências da atuação dos setores mais conservadores da sociedade já podem ser vistas no âmbito Legislativo. O “*Protecting Freedom of Conscience from Government Discrimination Act*” (*House Bill* nº 1.523), de Mississippi, foi aprovado pelo Legislativo e sancionado pelo governador em 2016, mas teve sua constitucionalidade declarada pelo juiz Carlton Reeves através de uma *injunction*. O governador Phil Bryant apelou desta decisão junto à *Fifth United States Circuit Court of Appeals* – com um advogado particular, pois o

⁴⁴CHAPMAN, Catherine Kelly. Ibidem, pág. 1787. Em 2015, mais de vinte estados já proibiam a discriminação com base em discriminação sexual no emprego, obtenção de moradia ou acomodações públicas. WILSON, Robin Fretwell. Ibidem, pág. 13 de 64.

General Attorney Jim Hood recusou-se a fazer a apelação.⁴⁵ Esta Corte indeferiu a *injunction*, sob o fundamento de que aqueles que se insurgiram contra a lei não haviam sido pessoalmente lesados por ela, em um caso concreto. A Suprema Corte se recusou a admitir a apelação desta decisão, de forma que a lei está atualmente em vigor.⁴⁶

A lei se propõe a proteger as sinceras crenças religiosas ou convicções morais, tanto de indivíduos como de instituições religiosas, de que o casamento é ou deve ser reconhecido como a união entre um homem e uma mulher; relações sexuais são reservadas para o casamento; o masculino e o feminino referem-se ao sexo biológico imutável do indivíduo, determinado no momento do nascimento. Para assegurar tal proteção, a lei prevê, entre outras medidas, diversas escusas de consciência a instituições religiosas, psicólogos e médicos que se recusem a participar de procedimentos de mudança de sexo ou cura de infertilidade com base nas crenças acima descritas. Determina também que o Estado não tomará nenhuma atitude discriminatória contra uma pessoa que se recuse a prestar serviços, acomodações ou bens relacionados à celebração de cerimônias de casamento que contrariem tais crenças, como fotógrafos, cerimonialistas, floristas, confeitários, donos de casas de festas ou quaisquer outros prestadores de serviços relacionados a casamento. Prevê a mesma escusa para funcionários de cartórios, juízes de paz ou outros funcionários públicos responsáveis por celebrar o casamento civil, desde que tal escusa não impeça ou atrase o casamento que viola as crenças religiosas protegidas pela lei.

Até o presente momento, o Mississippi foi o único estado a promulgar legislação específica acerca do tema analisado no presente subtópico, entre outros assuntos polêmicos a ele relacionados, desencadeando interminável controvérsia entre seus cidadãos. Todavia, leis consideradas “anti-LGBT”, estabelecendo outros tipos de objeção de consciência para religiosos, têm sido propostas ou aprovadas em outros estados norte-americanos.

Diferentemente dos Estados Unidos, tanto os países do Reino Unido como o Canadá possuem legislação nacional que coíbe a discriminação em razão de

⁴⁵ Ver <http://www.hattiesburgamerican.com/story/news/politics/2017/04/02/religious-liberty-anti-gay-appeals-court-will-decide/99955426/>. Acesso em 13/06/2017.

⁴⁶ Ver <https://rewire.news/article/2017/06/23/fifth-circuit-lifts-injunction-blocking-anti-lgbtq-law-mississippi-procedural-grounds/> e <https://rewire.news/legislative-tracker/law/mississippi-protecting-freedom-conscience-government-discrimination-act-hb-1523/>. Acessos em 18/01/2018.

orientação sexual em locais de acomodação pública. No Canadá, o *Human Rights Act* considera como discriminatória a prática de negar o oferecimento de bens, serviços, instalações ou acomodações disponíveis ao público em geral por motivo de orientação sexual (motivo incluído no rol dos motivos proibidos em 1996). Quando o *Civil Marriage Act* legalizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo em 2005, estabeleceu que nenhuma pessoa ou organização seria sujeita a alguma sanção pelo exercício de liberdade de consciência e religião ou pela expressão da crença de que o casamento consiste na união entre um homem e uma mulher.⁴⁷ Contudo, não se tem notícia da invocação desse dispositivo como fundamento para discriminar por parte de indivíduos que trabalham com a prestação de serviços relacionados a cerimônias de casamento nesse país.⁴⁸ Talvez em função da inexistência de tais casos, a doutrina canadense não tenha se debruçado sobre o tema, como nos Estados Unidos.

Na Inglaterra e no País de Gales, o *Civil Partnership Act* de 2004 criou um novo estado civil a que somente os casais homossexuais poderiam ter acesso, que praticamente concedia os mesmos direitos e impunha os mesmos deveres que o casamento. Em 2007, sobrevieram as *Equality Act (Sexual Orientation) Regulations*, uma legislação secundária que regulamentou o *Equality Act* de 2006. Este criou a *Commission for Equality and Human Rights* e proibiu a discriminação por motivo de orientação com base em motivos religiosos, genericamente; as *Regulations*, por sua vez, proibiram especificamente a discriminação por motivo de orientação sexual no fornecimento de bens, serviços,

⁴⁷CANADÁ. S.C. 2005, c. 33 (*Civil Marriage Act*). 3.1: “For greater certainty, no person or organization shall be deprived of any benefit, or be subject to any obligation or sanction, under any law of the Parliament of Canada solely by reason of their exercise, in respect of marriage between persons of the same sex, of the freedom of conscience and religion guaranteed under the Canadian Charter of Rights and Freedoms or the expression of their beliefs in respect of marriage as the union of a man and woman to the exclusion of all others based on that guaranteed freedom”. Disponível em <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-31.5/page-1.html>. Acesso em 13/06/2017.

⁴⁸O único caso que se aproxima do tema é o *Smiths v. Knights of Columbus*, em que a Knights of Columbus recusou-se a alugar seu espaço a um casal homoafetivo para a realização de sua cerimônia de casamento. Contudo, encontra-se fora do presente objeto de estudo, uma vez que aquela se trata de uma instituição católica. No caso, reconheceu-se o direito da instituição religiosa de restringir o uso de sua propriedade a atividades consistentes com suas crenças religiosas; todavia, ela foi condenada a indenizar o casal homoafetivo pela forma como lidou com o processo de alugar e, posteriormente, cancelar o contrato de aluguel. BENSON, Ian T. *The freedom of conscience and religion in Canada: challenges and opportunities*. In: Emory International Law Review, vol. 21, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1654424. Acesso em 22/01/2018. Pag. 36.

instalações e educação.⁴⁹ Em março de 2014, entraram em vigor o *Marriage (Same Sex Couples) Act*, na Inglaterra e no País de Gales, e o *Marriage and Civil Partnership (Scotland) Act*, na Escócia, que legalizaram o casamento entre pessoas do mesmo sexo nesses países. A Irlanda do Norte é o único país do Reino Unido que ainda não legalizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Não obstante, vigora o *Equality Act (Sexual Orientation) Regulations (Northern Ireland) 2006*, que proíbe a discriminação com base em orientação sexual por qualquer pessoa que forneça bens ou preste serviços ao público em geral.

Stychin explica que, antes mesmo do advento das *Regulations*, os setores conservadores da sociedade deram início à construção de um novo conceito: o direito de “minorias” religiosas de existirem em uma sociedade secular. Debates legislativos focaram na questão da objeção de consciência baseada em crença religiosa, que seria necessária para proteger o fotógrafo de casamentos ou o confeitiro que poderiam se sentir moralmente compelidos a recusar o atendimento a clientes homossexuais. Criou-se a figura de uma nova minoria oprimida, que seria forçada a agir contrariamente a suas profundas crenças religiosas, em prol de outro grupo intolerante e com um *lobby* bem organizado. Enquanto os proponentes das *Regulations* entendiam que elas conciliavam direitos em conflito, seus opositores a criticavam porque ela desequilibrava a relação entre igualdade e liberdade religiosa, ignorando os interesses de uma minoria cada vez mais perseguida, que não seria mais vista como destinatária de proteção à liberdade religiosa por parte do Estado, mas como uma potencial fonte de violação de direitos humanos.⁵⁰

Não obstante a concessão de isenções a organizações religiosas nas *Regulations*, tais isenções não seriam suficientes, pois só protegeriam a estreita esfera do culto (identidade religiosa), e não o exercício da religião no âmbito público (a prática religiosa). Essa divisão entre crença e manifestação de crença baseia-se no artigo 9 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.⁵¹ O *Joint*

⁴⁹STYCHIN, Carl F. *Closet Cases: ‘Conscientious Objection’ to Lesbian and Gay Legal Equality*. Griffith Law Review, vol. 18, No 1, 2009. Págs. 18 e 25.

⁵⁰Idem, ibidem, pág. 20 a 22.

⁵¹Artigo 9º: “Liberdade de pensamento, de consciência e de religião. 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou colectivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções,

Committee on Human Rights já assentou que, ao passo que a liberdade de religião e de consciência é absoluta, sua prática pode ser limitada para proteger o direito de terceiros à não discriminação. Critica-se essa posição porque ela enxergaria a religião como algo que deve ser meramente tolerado na esfera privada, mas que, idealmente, deveria ser erradicado.⁵² Os proponentes das *Regulations*, por outro lado, entendem que as isenções para organizações religiosas são suficientes, e que a partir do momento em que entram na seara comercial, religiosos devem agir de maneira não discriminatória.

Para Stychin, ainda que as cortes devam, em alguns casos, limitar ações baseadas em crenças religiosas a fim de resguardar os direitos de outrem, também é verdade que a acomodação e a tolerância têm muito a oferecer como uma estratégia política e objetivo normativo. O acordo e o diálogo são recomendáveis em uma cultura comunitária, ao contrário da abordagem “vencedor leva tudo”. Todavia, considera que as alegações de que um secularismo intolerante tem prevalecido na Inglaterra devem ser contestadas, tendo em vista a presença de uma igreja oficial, que contribui para a perpetuação da hegemonia do Cristianismo.⁵³

2.1.2

Juízes de paz ou outros representantes do Estado que se recusam a celebrar casamento civil entre pessoas do mesmo sexo

O principal aspecto que diferencia a situação dos servidores públicos responsáveis pela oficialização de casamentos dos indivíduos que trabalham com produtos ou serviços relacionados a cerimônias de casamento é que, enquanto estes atuam na esfera privada, aqueles exercem função pública, atuando em nome do Estado. Alguns argumentam que não haveria, portanto, espaço para acomodação religiosa, uma vez que servidores são apenas representantes do

individual ou colectivamente, não pode ser objecto (sic) de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à protecção (sic) da ordem, da saúde e moral públicas, ou à protecção (sic) dos direitos e liberdades de outrem”. UNIÃO EUROPEIA. *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Roma, 4 de novembro de 1950. Disponível em: www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em 13/06/2017.

⁵²STYCHIN, Carl F. Ibidem, pág. 24.

⁵³Idem, ibidem, págs. 35 e 36.

Estado – cujo Poder Legislativo ou Judiciário decidiu legalizar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo – não cabendo àqueles a escolha de cumprir ou não tal decisão.

Para Shannon Gilreath, aqueles que propõem a isenção em questão não levaram em consideração a *luta pela igualdade* travada por gays e lésbicas. A autora lembra que julgamentos morais baseados em argumentos religiosos eram frequentemente utilizados para justificar a escravidão dos negros por séculos nos Estados Unidos, bem como um sistema de segregação racial que durou cem anos e a proibição do casamento entre pessoas de raças diferentes.⁵⁴ Argumentos bíblicos foram utilizados por um senador para fazer oposição ao *Civil Rights Act* de 1964, assim como foram utilizados no caso *Loving v. Virginia*, em que se considerou constitucional, em primeira instância, a *Virginia's antimiscegenation law* (lei que proibia o casamento inter-racial).

Não obstante, a autora nota que, se a discussão fosse sobre a possibilidade de um serventúrio de um cartório se recusar a celebrar um casamento entre um homem negro e uma mulher branca, por exemplo, os leitores se chocariam e rapidamente se oporiam a esta ideia; todavia, defende-se a liberdade de que aquele se recuse a celebrar o casamento de um casal homoafetivo, e chama-se essa discriminação de “religião”.

Partindo da premissa de que o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo decorre do direito fundamental dos homossexuais à igualdade, Gilreath sustenta que subordinar aquele direito aos direitos individuais de religiosos discordantes é subvertê-lo, cometendo-se o mesmo erro que considerar o direito ao aborto como um direito à privacidade da mulher – e não o fundamental direito à igualdade – podendo aquele direito ser superado por médicos que se recusem a fazer o procedimento por motivos religiosos. O argumento em favor da liberdade religiosa, nesses casos, combina valores conservadores sociais e políticos com a retórica de direitos individuais, uma retórica à qual liberais não conseguem resistir. Consequentemente, aqueles que defendem a influência da religião sobre a política são favorecidos – é o caso do cristianismo nos Estados Unidos, uma religião que foi feita por homens, para

⁵⁴ GILREATH, Shannon. *Not A Moral Issue: Same-Sex Marriage and Religious Liberty*. In: University of Illinois Law Review, vol. 2010, No. 1, 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1504170>. Acesso em 22/01/2018. Pág. 6.

homens, e que contribui para a perpetuação do patriarcado e supremacia masculina heterossexual.⁵⁵

Em contrapartida, segundo Robin Fretwell Wilson, o direito que um cidadão tem de obter uma licença para o casamento é em face do Estado, e não em face de um funcionário estatal em particular. Ademais, é apropriado, e em alguns casos legalmente exigido, que se permita que funcionários se abstenham de parte do trabalho quando isso pode ser razoavelmente acomodado e nenhuma dificuldade excessiva é gerada. Ela entende que casais homossexuais não devem esperar mais tempo que casais heterossexuais para obter sua licença para casar, tampouco devem ser obrigados a esperar em uma fila separada. Ao contrário, qualquer acomodação para o objetor de consciência deve acontecer internamente, antes que a licença seja solicitada ao cartório; aquele deve alegar a objeção anteriormente, por escrito, para que os trabalhos no cartório sejam organizados de forma que o objetor não tenha contato com aqueles que solicitam o serviço que viola a sua consciência. Assim, o indivíduo religioso que se opõe ao casamento entre pessoas do mesmo sexo ficaria incumbido de outras tarefas do cartório, e os casais homossexuais sequer tomariam conhecimento de sua objeção de consciência.⁵⁶

Wilson chama atenção para o fato de que, não obstante a decisão da Suprema Corte que reconheceu um direito constitucional ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, os LGBT ainda precisam conquistar a aprovação de leis de antidiscriminação em muitos estados dos Estados Unidos, que não possuem tal legislação; e que uma forma eficaz de conseguir que essa legislação seja aprovada é a realização de um acordo com os setores conservadores da sociedade, no sentido de isentar igrejas, instituições e indivíduos religiosos de tais normas.⁵⁷ Observando o contínuo aumento da popularidade do movimento LGBT ao longo das últimas décadas, também aponta a alta probabilidade de que as próximas gerações estarão menos suscetíveis a acomodar as reivindicações das comunidades religiosas, o que cria uma “urgência” para que estas cheguem a acordos razoáveis com os defensores dos direitos LGBT agora.⁵⁸

⁵⁵Idem, *ibidem*, pág. 19.

⁵⁶WILSON, Robin Fretwell. Cf. nota 41, págs. 47 e 48 de 62.

⁵⁷Idem, *ibidem*, pág. 6 de 62.

⁵⁸Idem, *ibidem*, pág. 32 de 62.

Para a autora, a legislação do Estado de Utah, chamada “*Utah Compromise*”, é um exemplo a ser seguido, pois é de interesse de ambas as partes – tanto dos tradicionalistas religiosos quanto da comunidade LGBT – que sejam editadas leis que representem um acordo entre esses polos. A lei SB 296 protege indivíduos LGBT contra a discriminação no emprego e moradia, mas isenta organizações religiosas e suas afiliadas de suas disposições. Já a lei SB 297 exige que os cartórios criem um novo processo para solenizar todos os casamentos, possibilitando que a oficialização de casamentos entre pessoas do mesmo sexo seja realizada apenas por funcionários do cartório que estejam dispostos, evitando a necessidade de demitir funcionários que se opõem ao casamento homoafetivo ou de forçá-los a pedirem demissão. O *Utah Compromise* protege a consciência daqueles que desaprovam o casamento homoafetivo, ao mesmo tempo em que preserva a dignidade dos casais do mesmo sexo que requerem licença para o casamento, uma vez que estes passam pelo mesmo procedimento que os casais heterossexuais, e jamais saberão que alguém no cartório tinha uma objeção de consciência contra a união daqueles.⁵⁹

O estado de Delaware, por sua vez, permite que juízes de paz e juízes solenizem apenas os casamentos que eles escolham; considerando que essa proteção genérica permite que objetores impossibilitem determinados casamentos, deve ser observada a exigência de que não seja criada nenhuma dificuldade aos casais.⁶⁰ O estado de North Carolina também concede uma isenção genérica, permitindo que juízes se recusem a celebrar casamentos com base em sinceras objeções religiosas, sem falar especificamente em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Contudo, os cartórios devem assegurar que licenças para o casamento estejam disponíveis para todos os casais (*Senate Bill 2*). Os estados de Maine e New Hampshire simplesmente permitem que um celebrante se recuse a

⁵⁹O *Utah Compromise* também permite que igrejas (“*faith groups*”) sediarem e solenizem apenas casamentos e recepções que sejam consistentes com sua fé, e que limitem o aconselhamento religioso apenas àqueles em casamentos tradicionais, sem riscos de processos civis ou penais contra elas. Além disso, prevê que ninguém pode perder sua licença profissional por falar sobre casamento, família ou sexualidade em um contexto não profissional; nenhum empregado pode ser demitido por expressão religiosa ou política fora do ambiente de trabalho; discursos religiosos e políticos deverão receber o mesmo tratamento no local de trabalho, embora os empregadores tenham a prerrogativa de proibir esse tipo de conversa. Idem, ibidem, págs.12 a 14 de 62.

⁶⁰Idem, ibidem, pág. 18 de 62.

celebrar qualquer casamento com base em suas crenças religiosas, sem mencionar nenhuma condição semelhante às de Delaware ou North Carolina.⁶¹

No Reino Unido, não existe legislação nesse sentido; ao contrário, as *Equality Act (Sexual Orientation) Regulations (2007)* proíbem a discriminação em razão de orientação sexual por parte de autoridades públicas (*regulation 8*).

Para Stephen Law, é necessário que se estabeleçam critérios precisos na criação de uma objeção de consciência, pois qualquer apelo à consciência não pode ser suficiente para que se conceda a isenção de uma obrigação legal. Se assim fosse, a lei se tornaria inócua, já que poderia ser desobedecida sempre que alguém alegasse que ela viola sua consciência. Estabelecer esses critérios é uma tarefa difícil e complexa, em que muitos fatores devem ser levados em conta, dentre os quais: a objeção é profundamente arraigada no indivíduo, e pode ele dar uma coerente explicação sobre ela? Se a objeção for permitida, infringirá os direitos de terceiros, e/ou causará um impacto negativo na qualidade de vida de terceiros?⁶²

Entre os fatores que devem ser considerados, Stephen Law não entende que a objeção de consciência por motivos religiosos deve ser atribuído maior peso que às demais. Ele acredita que é justo, por exemplo, que um médico católico que se opõe ao aborto seja isento da obrigação de fazê-lo, assim como um médico que tenha a convicção moral de que o aborto é errado também não pode ser obrigado a realizar tal procedimento. O autor indaga: por que as objeções de consciência dos indivíduos religiosos devem ter maior peso que as objeções do resto de nós?⁶³ Os proponentes da escusa de consciência para religiosos, a fim de que estes sejam isentos da obrigação de atender homossexuais em determinados contextos, devem responder por quê a religião seria um fator determinante para a concessão da isenção, e por quê tal isenção não se estenderia a indivíduos que se opõem ao casamento inter-racial, por exemplo.

Em contrapartida, John Finnis considera que os direitos de consciência e liberdade religiosa foram expressamente elencados no núcleo da Convenção Europeia de Direitos Humanos por seus fundadores, diferentemente dos “direitos

⁶¹LUPU, Ira C.; TUTTLE, Robert W. Ibidem, pág. 39.

⁶²LAW, Stephen. *Gay Rights versus Religious Rights*. In: *Religious Freedom and Gay Rights: Emerging Conflicts in North America and Europe*. Oxford University Press, 2016. E-book, pag.5 de 23

⁶³Idem, ibidem, pág. 6 de 23

LGBT” (“*gay [equality] rights*”), ausentes do texto da Convenção ou das intenções que a fundaram.⁶⁴ Portanto, nos casos de conflito entre esses direitos, é essencial que haja esforço dos julgadores no sentido de adotar o critério da proporcionalidade, acomodando os interesses em questão: o meio utilizado para a proteção de um direito deve ser legítimo, efetivo, e deve impactar o mínimo possível outros direitos ou interesses legítimos, em um equilíbrio justo. Critica a Corte Europeia de Direitos Humanos por não aplicar (em casos que serão analisados no capítulo seguinte) a doutrina da proporcionalidade que ela própria criou, falhando em sua responsabilidade de acomodar o direito à liberdade religiosa com outros direitos que estão “na moda” atualmente, como os direitos daqueles que se autoproclamam transgressores da “heteronormatividade”.⁶⁵ Em seu posfácio, Finnis esclarece que seu posicionamento sobre essa questão é o mesmo, tanto para a consciência religiosa quanto para a consciência não religiosa.⁶⁶

No Canadá, o governo federal é responsável por definir o que é casamento, ao passo que às províncias cabe regulamentar sua solenização, definindo quem tem autoridade para oficializá-lo.⁶⁷ A partir da legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo, que se deu por meio de uma lei federal – o *Civil Marriage Act*, em 2005 – as províncias adotaram diferentes soluções para a questão da recusa de servidores públicos a oficializar casamentos homoafetivos. Algumas delas decidiram que seus servidores deveriam manifestar que estavam dispostos a celebrar tais casamentos, ou então abdicar de seus cargos. Outras permitiram a recusa com base em religião ou consciência. Outras, ainda, adotaram soluções intermediárias, estabelecendo que aqueles que se recusassem a celebrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo deveriam indicar outros funcionários

⁶⁴FINNIS, John. *Equality and Religious Liberty: Oppressing Conscientious Diversity in England*. In: *Religious Freedom and Gay Rights: Emerging Conflicts in North America and Europe*. Oxford University Press, 2016. E-book, pag.5 de 25

⁶⁵Idem, ibidem, pag.19 de 25. Aspas do autor, tradução minha.

⁶⁶Em crítica a Finnis, Stephen Law afirma que aquele não consegue responder seu questionamento sobre por que se deve dar maior peso à consciência religiosa, argumentando que ateus e agnósticos também se ocupam com importantes questões sobre a origem da vida, seu significado e o destino do universo, não havendo motivo para que suas objeções de consciência tenham menor valor que as objeções por motivos religiosos. LAW, Stephen. Ibidem, págs.17 a 19 de 23. Finnis esclarece que, do início ao fim, seu trabalho se propôs a defender tanto a consciência religiosa quanto a não religiosa ou as crenças morais, de comparável importância, que levam alguém a acreditar que é errado que façam (ou deixem de fazer) algo. FINNIS, John. Ibidem, pag. 24 de 25.

⁶⁷MacDOUGALL, Bruce, et al. *Conscientious objection to creating same-sex unions: an international analysis*. Can. J. Hum. Rts. 1 (2012). Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2134325. Acesso em 22/01/2018. Pág. 6.

dispostos a celebrar tais casamentos em seu lugar. Uma solução encontrada foi permitir que funcionários públicos que já se encontravam no exercício daquela função poderiam se negar a celebrar casamentos homoafetivos; todavia, a partir de então, só seriam nomeados funcionários dispostos a celebrar tais casamentos. Por fim, outro meio utilizado para resolver a questão foi a criação de um sistema em que aqueles que querem se casar não se dirigem diretamente aos funcionários públicos, mas a um órgão central, de forma que eventuais objeções de consciência são acomodadas através de um processo interno, que não chega ao conhecimento do casal que solicita o serviço. Vale ressaltar que apenas Prince Edward Island promulgou uma lei para regular a matéria, a RSPEI 1988 (estabelecendo que uma pessoa autorizada por aquela lei a solenizar casamentos pode se recusar a solenizar um casamento que não está de acordo com suas crenças religiosas), e que nas outras províncias a questão foi resolvida caso a caso, administrativamente.⁶⁸

De um lado, os casais homoafetivos alegam que dar a um servidor público o direito de não celebrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo é permitir uma discriminação com base em orientação sexual; de outro lado, servidores públicos responsáveis pela celebração de casamentos argumentam que negar-lhes esse direito é discriminá-los com base na sua religião e infringir seu direito fundamental de praticar sua religião livremente, violando a *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, que proíbe expressamente a discriminação com base em religião. Este argumento, por sua vez, é contestado com base no fato de que tanto os servidores públicos religiosos como os não religiosos têm a obrigação de praticar os mesmos atos, inclusive casamentos homoafetivos, não havendo, portanto, discriminação alguma em relação aos religiosos.

Segundo Trotter, é antiliberal a noção de que indivíduos que exercem funções públicas devem deixar suas crenças religiosas em casa ou na igreja, e pessoalmente aderir a toda política estatal quando estão no trabalho.⁶⁹ No mesmo sentido, Iain T. Benson salienta que no serviço público, como nos outros empregos, deve-se respeitar o direito de qualquer cidadão de plenamente praticar suas convicções e crenças religiosas, desde que isso seja feito de uma maneira

⁶⁸MacDOUGALL, Bruce, et al. Ibidem, pág. 14, nota 59.

⁶⁹TROTTER, Geoffrey. *The right to decline performance of same-sex civil marriages: the duty to accomodate public servants; a response to Professor Bruce MacDougall*. APUD MacDOUGALL, Bruce, et al. Ibidem, pág. 30.

aceitável, já que a própria natureza dos direitos de consciência e religião apresenta um aspecto público.⁷⁰

Este autor ressalta que a jurisprudência de direitos humanos defende o direito do empregado, seja do setor público ou privado, de se opor à realização de determinadas tarefas por motivos religiosos, e os empregadores têm a obrigação de acomodá-los se puderem fazê-lo sem um transtorno indevido. Destaca como exemplo, na sociedade canadense, a possibilidade de que um médico se negue a praticar um aborto, se este ato contrariar seus valores morais ou religiosos. Quanto à questão em tela, afirma que um casal homoafetivo tem o direito de *ser casado*, e não de ser casado *por um cidadão específico* que tem a função de oficializar casamentos.⁷¹ O direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo não existe em face de determinado cidadão que ocupa um cargo público, mas em face do Estado, que pode razoavelmente acomodar os direitos em conflito.

Pode-se contra-argumentar que não se exige que os servidores públicos participem de uma cerimônia que tem conotação religiosa, mas que apenas pratiquem um ato administrativo. Este ato apenas concede ao casal um estado civil diferente, porém não significa que o servidor que o praticou faz parte daquela união, tampouco manifesta que este a aprova.⁷² Ademais, ainda que se entenda que forçar servidores públicos religiosos a oficializar casamentos entre pessoas do mesmo sexo é uma discriminação indireta – uma vez que os efeitos dessa obrigação imposta a todos os servidores recaem desproporcionalmente sobre aqueles que são religiosos, pois acreditam que sua religião os proíbe de realizar essa função – deve-se analisar se tal discriminação é justificada, tendo em vista o legítimo interesse do Estado em proteger os direitos fundamentais de outros cidadãos e acabar com a discriminação em função da orientação sexual, bem como assegurar um ambiente livre de qualquer discriminação nas repartições públicas.

Outro aspecto que deve ser considerado é o dever do Estado de não beneficiar determinadas religiões mais que outras, e não favorecer os religiosos em detrimento daqueles que não possuem crenças religiosas. Quando o Estado

⁷⁰ BENSON, Ian T. *The freedom of conscience and religion in Canada: challenges and opportunities*. Emory International Law Review, vol. 21, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1654424. Pág. 46.

⁷¹ Idem, ibidem, págs. 47 e 48.

⁷² MacDOUGALL, Bruce, et al. Ibidem, pág. 31.

acomoda algumas religiões, podem surgir reivindicações de outras religiões que não foram contempladas, ou objeções de consciência com base em motivos diversos da orientação sexual. A supracitada legislação de Prince Edward Island, por exemplo, evitando esse problema, concede uma isenção genérica para religiosos, que podem se recusar a oficializar qualquer casamento que viole suas crenças.

Ainda que a acomodação seja realizada sem nenhum constrangimento para os casais homoafetivos, através de um procedimento interno que não chegue ao conhecimento destes, MacDougall, Bonhuys, Norrie e Brink salientam que se, por um lado, cria-se uma solução prática para o conflito de direitos em questão, por outro lado, tal solução favorece o grupo social e numericamente dominante. Os LGBT têm sido historicamente marginalizados, principalmente por instituições religiosas com elevado poder social e econômico. Nesse contexto, não é recomendável que objeções de consciência sejam acomodadas, já que tal acomodação inevitavelmente fortalecerá o preconceito que existe contra os homossexuais. Acrescentam que “recusar a acomodação de crenças ilegítimas, como o antissemitismo, e tentar acomodar outras crenças, como a homofobia, sugere que estas crenças são dignas de legitimidade e respeito”.⁷³

Em contrapartida, Benson salienta que a sociedade canadense permite que existam diversos pontos de vista sobre o casamento, e que não é ilegal dizer que o casamento deveria ser reconhecido apenas entre um homem e uma mulher. Não obstante, observa-se um movimento que tem por objetivo substituir ou modificar valores que um dia prevaleceram na sociedade. Alguns defensores do casamento entre pessoas do mesmo sexo o enxergam não apenas como uma inclusão dos homossexuais na categoria do casamento, mas como uma forma de reconfiguração desta instituição e da relação entre ordem pública e crenças religiosas – ou de transformação das próprias crenças religiosas. Como exemplo, cita Wintemute, cuja concepção considera agressiva e intolerante:⁷⁴

“Na medida em que a discriminação em função de sexo, orientação sexual e identidade de gênero desapareçam das instituições religiosas, a necessidade de isenção na esfera religiosa privada desaparecerá. Embora seja improvável que aconteça enquanto eu estiver vivo, eu espero pelo dia em que, por exemplo, a

⁷³Idem, *ibidem*, pág. 35. Tradução minha.

⁷⁴BENSON, Ian T. *Ibidem*, págs. 42 e 43.

primeira Papa lésbica peça perdão pelos pecados da Igreja Católica Romana contra indivíduos LGBT ao redor do mundo”.⁷⁵

Benson preconiza que conquistar o direito ao casamento homoafetivo não significa conquistar o direito de erradicar visões divergentes sobre o casamento, apesar do desejo de algumas pessoas nesse sentido. Crenças religiosas não devem ser minimizadas ou menosprezadas; observa-se, contudo, a expectativa de que elas, eventualmente, se conformarão a valores seculares, e a utilização do aparelho estatal para perseguir este fim. Abrir mão da ideia de que a sociedade deveria concordar (ou eventualmente concordará) sobre questões que atualmente geram divisão entre os indivíduos é um passo em direção à genuína liberdade. O foco não deve ser a concordância ou a criação de consenso, mas encontrar um meio de se conviver com aqueles de quem se discorda. O autor, por fim, proclama que o futuro do Canadá como uma sociedade livre e democrática depende do combate ao modelo da “convergência presumida” ou “eventual consenso”, que não é, na verdade, liberal, mas sectário e fundamentalista, buscando a todo tempo calar os opositores.⁷⁶

2.2.

Recusa de psicólogos a atender pacientes homossexuais

Neste tópico, serão analisados os argumentos que permeiam a situação de psicólogos que se recusam a atender pacientes homossexuais, individualmente ou com seu respectivo cônjuge ou companheiro, em terapia para casais. É importante esclarecer que o termo “psicólogo”, neste trabalho, será utilizado de forma genérica, abrangendo os profissionais que oferecem auxílio relacionado à saúde mental – o que inclui também a figura do “*counselor*” nos países ora estudados, que não existe no Brasil.⁷⁷

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que, em sua profissão, os psicólogos têm o dever de apoiar e reafirmar a orientação sexual de seus pacientes, promovendo a

⁷⁵WINTERMUTE, Robert. *Religion v. sexual orientation: a clash of Human Rights?* In: Journal of Law & Equality, Vol. 1, n. 2, 2002. Pág. 31.

⁷⁶BENSON, Ian T. Ibidem, pág. 52. Traduções minhas.

⁷⁷A principal diferença entre as duas profissões é que o *counseling* normalmente se trata de um tratamento breve, que busca a mudança de determinados padrões comportamentais, enquanto a psicoterapia consiste em um trabalho de longo prazo com os pacientes, buscando analisar questões emocionais de forma mais profunda, a fim de solucionar problemas psicológicos que se desenvolveram ao longo de muito tempo. Ver <http://www.thecounsellorsguide.co.uk/difference-between-counselling-psychotherapy.html>. Acesso em 26/06/2017.

diversidade e o bem-estar de minorias. Este dever é imposto pelas autoridades responsáveis por estabelecer as normas éticas que psicólogos devem seguir nos três países ora estudados.⁷⁸ Assim sendo, neste estudo, será adotada a premissa de que, em obediência a suas respectivas autoridades éticas, os psicólogos têm a obrigação de auxiliar seus pacientes na autoafirmação de sua homossexualidade, deixando-se de lado a complexa questão sobre a possibilidade de oferecer tratamento que auxilie na transição da homossexualidade para a heterossexualidade – tratamento solicitado por alguns homossexuais, porém não aceito pelas entidades reguladoras da profissão.⁷⁹

Na resolução *Appropriate Therapeutic Responses to Sexual Orientation*, de 1997, a *American Psychological Association*⁸⁰ (APA) estabeleceu que se opõe à caracterização de adultos e jovens lésbicas, gays ou bissexuais como mentalmente doentes devido a sua orientação sexual, e que encoraja a disseminação de informações corretas sobre orientação sexual, saúde mental e

⁷⁸O mesmo ocorria no Brasil: ver Resolução CFP N° 001/99, em que o Conselho Federal de Psicologia estabelece que: “Art. 3° - os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados. Parágrafo único – Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades. Art. 4° - Os psicólogos não se pronunciarão, nem participarão de pronunciamentos públicos, nos meios de comunicação de massa, de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica”. Porém o juízo da 14ª Vara do Distrito Federal determinou, em decisão liminar, que essa resolução deve ser interpretada de modo a facultar aos profissionais interessados a possibilidade de pesquisar e promover estudos sobre reorientação sexual, bem como atender os pacientes que a busquem voluntariamente. Ver decisão em <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2017/09/Decis%C3%A3o-Liminar-RES.-011.99-CFP.pdf>. Acesso em 26/10/2017.

⁷⁹DeBoer chama atenção para o risco de que a política adotada pela *American Psychological Association*, descrita em seguida, viole a liberdade religiosa de psicólogos e de pacientes que queiram buscar um tratamento que seja consistente com sua fé, auxiliando-os na adequação de seu estilo de vida a suas crenças religiosas. Ver DeBOER, Erin K. *Sex, psychology and the religious “gerrymander”: why the APA’s forthcoming policy could hurt religious freedom*. In: Regent University Law Review, vol. 21, 2009. Pág. 8. Contudo, a posição majoritária entre os psicólogos é a de que não existe base científica que corrobore tratamentos que têm por objetivo a mudança na orientação sexual, e que tais tratamentos comumente produzem efeitos danosos. Ver ANASTAS, Jeane W. *Policy, Practice and People: Current Issues Affecting Clinical Practice*. In: Clin. Soc. Work J, vol. 41, 2013. Pág. 303.

⁸⁰A *American Psychological Association* é uma organização científica e profissional que representa a psicologia nos Estados Unidos, e é a maior associação de psicólogos do mundo. Muitos estados norte-americanos incorporam o Código de Ética (*Ethical Principles and Code of Conduct*) desta associação a seus respectivos códigos de licenciamento de psicólogos, que são aplicados pelos conselhos estaduais de psicologia em processos disciplinares. DeBOER, Erin K. Ibidem, pág. 2.

tratamentos adequados, a fim de se combater preconceito baseado em ignorância ou crenças infundadas sobre orientação sexual.⁸¹

É interessante notar que, nessa mesma resolução, a APA reafirma princípios éticos constantes no *Ethical Principles and Code of Conduct* da associação em relação a tratamentos para alterar a orientação sexual, dentre os quais: nas atividades relacionadas ao seu trabalho, psicólogos não praticam injusta discriminação baseada em orientação sexual; em tais atividades, respeitam os direitos dos outros de possuir valores, atitudes e opiniões que se diferenciam das suas próprias; quando as diferenças de orientação sexual afetam significativamente o trabalho dos psicólogos em relação a alguns indivíduos ou grupos, aqueles obtêm o treinamento, experiência, orientação ou supervisão necessária para assegurar a competência de seus serviços, ou fazer os devidos encaminhamentos a outros psicólogos.⁸²

Já na *Appropriate Affirmative Responses to Sexual Orientation Distress and Change Efforts*, de 2009, a APA estabeleceu que há evidência científica insuficiente para corroborar o uso de intervenções psicológicas que visam mudar a orientação sexual; que encoraja profissionais da saúde mental a evitar distorcer a eficácia de tratamentos que têm por objetivo a mudança da orientação sexual, promovendo ou prometendo tal mudança ao atender alguém que esteja incomodado com sua orientação sexual; que se opõe à distorção e ao uso seletivo de dados científicos sobre homossexualidade por indivíduos e organizações com o objetivo de influenciar políticas públicas e a opinião pública, e que vai assumir um papel de liderança em reagir a tais distorções.⁸³

No mesmo sentido, o *UK Council for Psychotherapy*⁸⁴ estabelece que praticar ou oferecer psicoterapia que tem por fundamento a concepção de que a homossexualidade é uma psicopatologia, ou que tem por objetivo alterar a orientação sexual, é incompatível com o *UKCP's Ethical Principles and Code of Professional Conduct*. Também determina que a resposta ética de um psicoterapeuta cujas crenças pessoais, teóricas ou religiosas o impedem de

⁸¹Ver APA (2011). *Booklet of All Current APA Policy Statements on Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Concerns*, pág. 10. Disponível em <http://www.apa.org/about/policy/booklet.pdf>. Acesso em 26/06/2017.

⁸²Idem, pág. 9.

⁸³Idem, pág. 30.

⁸⁴Organização responsável pelo treinamento, credenciamento e regulação da profissão dos psicoterapeutas e *psychotherapeutic counsellors* no Reino Unido. Ver <https://www.psychotherapy.org.uk/about-ukcp/>. Acesso em 16/06/2017.

trabalhar com clientes LGBT de modo livre de julgamento seria agir no melhor interesse do cliente, encaminhando-o a outro psicoterapeuta, quando possível.⁸⁵

Semelhantemente, a *Canadian Psychological Association*⁸⁶ se opõe a qualquer terapia que tenha o objetivo de mudar a orientação sexual de um indivíduo (terapia “reparativa” ou de “conversão”), uma vez que não existem dados científicos que corroborem sua eficácia. Reconhece que alguns podem experimentar angústia sobre sua orientação não-heterossexual, devido a crenças negativas internalizadas ou fatores externos como família, religião, valores sociais ou discriminação. Portanto, preconiza que a busca pelo tratamento por uma terapia afirmativa “LGB” ou centrada na pessoa é um passo em direção à saúde mental.⁸⁷

Percebe-se que há um consenso entre os órgãos reguladores da profissão no sentido de que a única abordagem ética em relação à homossexualidade é a sua afirmação – devendo o psicólogo auxiliar o cliente a ter uma visão positiva de si próprio, aceitando sua orientação sexual – ainda que este tenha buscado auxílio para alterá-la. Os princípios éticos da profissão, de acordo com as entidades responsáveis por elencá-los, exigem que os psicólogos considerem a atração sexual e romântica por pessoas do mesmo sexo como uma variação normal e positiva da sexualidade humana, quando vierem a atender homossexuais que queiram tratar de questões relativas à sua orientação sexual.

Assim sendo, na hipótese de um indivíduo homossexual buscar auxílio psicológico que o ajude a lidar especificamente com dificuldades relacionadas à sua orientação sexual, é exigido que o psicólogo o auxilie a reestruturar crenças negativas que esse indivíduo tenha sobre a homossexualidade, a fim de que ele possa enxergar sua orientação sexual de forma positiva. Para psicólogos que seguem uma religião que prega que a conduta homossexual é pecaminosa, auxiliar um paciente na autoafirmação de sua homossexualidade equivaleria a violar sua consciência religiosa, uma vez que ele teria que auxiliar seu cliente a ver de forma positiva algo que ele próprio considera pecaminoso. O mesmo vale para a

⁸⁵Ver UKCP (2011). *UKCP's Ethical Principles and Codes of Professional Conduct: Guidance on the Practice of Psychological Therapies that Pathologise and/or Seek to Eliminate or Reduce Same Sex Attraction*, item 3.1. e *guidance* q. Disponível em <https://www.psychotherapy.org.uk/wp-content/uploads/2016/08/Conversion-Therapy-Paper.rtf>. Acesso em 26/06/2017.

⁸⁶Trata-se da maior organização de psicólogos do Canadá, responsável por elaborar o *Canadian Code of Ethics for Psychologists*. Ver <http://www.cpa.ca/aboutcpa/>. Acesso em 26/06/2017.

⁸⁷Ver CPA (2015). *CPA Policy Statement on Conversion/Reparative Therapy for Sexual Orientation*. Disponível em <http://www.cpa.ca/aboutcpa/policystatements/#ConversionTherapy>. Acesso em 17/07/2017.

prestação de auxílio a uniões homoafetivas em terapia de casais, uma vez que seria exigido que o psicólogo auxiliasse na manutenção de uma relação que ele próprio considera como contrária às leis divinas.

Por este motivo, há um debate sobre a possibilidade de uma objeção de consciência para psicólogos, nesses casos. A discussão envolve também a forma como os educadores da profissão podem abordar essa questão. Em *Ward v. Polite*, caso que será analisado detalhadamente no capítulo seguinte, entendeu-se que a expulsão de Julea Ward do curso de *Counseling* na *Eastern Michigan University* violou sua liberdade religiosa e liberdade de expressão. A expulsão se deu como punição pelo fato de que ela solicitou a seu supervisor, nas aulas práticas ao final da graduação, que um paciente homossexual que lhe foi designado fosse encaminhado a outro estudante, ou que ela pudesse começar a atendê-lo e então solicitar o encaminhamento, caso o assunto da sessão se direcionasse a questões relativas a relacionamento homoafetivo.

Menciona-se esse caso brevemente neste momento porque ele tem especial relevância, uma vez que deu origem a uma lei em Michigan: a “*Julea Ward freedom of conscience act*” (*House Bill* nº 5.040), que prevê que nenhuma universidade pode disciplinar ou discriminar um estudante de psicologia, *counseling* ou trabalho social em virtude de sua recusa a aconselhar ou servir um cliente em razão dos objetivos ou comportamentos deste, quando tais objetivos ou comportamentos entram em conflito com sinceras crenças religiosas do estudante, desde que este encaminhe o cliente a outro profissional que preste o serviço.

O estado de Arizona também possui uma lei nesse sentido (*House Bill* nº 2.565), proibindo universidades de discriminar ou adotar políticas que penalizem estudantes com base em suas perspectivas, crenças ou expressões religiosas; proibindo-as também de disciplinar ou discriminar um estudante de *counseling*, serviço social ou psicologia porque ele se recusa a aconselhar um cliente sobre objetivos que entram em conflito com suas sinceras crenças religiosas, desde que o estudante consulte seu supervisor a fim de determinar que atitudes tomar para evitar dano ao cliente.

O Tennessee foi mais longe, prevendo em sua legislação que nenhum *counselor* ou terapeuta pode ser obrigado a prestar serviços a pacientes cujos objetivos ou comportamentos sejam conflitantes com suas sinceras crenças religiosas, devendo encaminhar o paciente a outro profissional que preste o

serviço (*House Bill* nº 1.840). É interessante notar que esta lei foi promulgada antes mesmo de haver um caso judicial envolvendo esse conflito, ou qualquer queixa relacionada ao assunto diante das entidades reguladoras competentes naquele estado. Segundo o *Family Action Council of Tennessee*, ela tem o propósito de defender terapeutas e *counselors* cristãos que podem ser forçados a atender, e portanto afirmar a orientação sexual de pacientes LGBT.⁸⁸ A legislação contraria um dispositivo do *American Counseling Association's 2014 revised Code of Ethics*, na parte que determina que *counselors* não podem se recusar a atender clientes com base em sua identidade de gênero e orientação sexual.⁸⁹

Segundo Hancock, quando as crenças pessoais de um estudante atrapalham na prestação de um serviço adequado, cabe aos educadores enfrentar esse problema. Conflitos entre o exercício da profissão e valores pessoais são uma parte normal do processo de aprendizagem, e os educadores desempenham o papel essencial de conduzir os estudantes nesse processo e ajudá-los a entender as demandas da profissão. Quando estudantes entram em uma profissão cujo exercício é regulado pelo Estado, devem entender que suas crenças pessoais não podem suplantam as exigências dos agentes reguladores; ao contrário, os profissionais devem servir aos interesses do cliente. As crenças dos estudantes devem necessariamente ser exploradas em seu treinamento para prestar serviços relacionados a saúde mental. A APA já declarou que atitudes negativas por parte do psicólogo, implícitas ou explícitas, podem prejudicar o tratamento dos pacientes. Quanto à possibilidade de encaminhá-los a outros profissionais, a autora afirma que isso pode e deve ser feito quando servir aos interesses do cliente, mas não por causa da orientação sexual deste – o que seria discriminatório, preconceituoso e antiético.⁹⁰

Hancock conclui que profissões e instituições responsáveis por educar e treinar profissionais não podem suportar o ônus de adequar sua ética e seu currículo às crenças pessoais dos profissionais ou estudantes da profissão.

⁸⁸WANG, Timothy; GEFFEN, Sophia; CAHILL, Sean. *The current wave of anti-LGBT legislation*. The Fenway Institute, junho de 2016. Disponível em <http://fenwayhealth.org/wp-content/uploads/The-Fenway-Institute-Religious-Exemption-Brief-June-2016.pdf>. Pág. 6. Acesso em 28/06/2017.

⁸⁹Ver ACA (2014). *American Counseling Association's 2014 revised Code of Ethics*, pág. 9, item C5. Disponível em <https://www.counseling.org/resources/aca-code-of-ethics.pdf>. Acesso em 28/06/2017.

⁹⁰HANCOK, Kristin A. *Student Beliefs, Multiculturalism, and Client Welfare*. In: *Psychology of Sexual Orientation and Gender Diversity*, Vol. 1, No. 1, 2014. Pág. 4.

Estudantes não podem ter a opção de não participar de algo que a psicologia considera como essencial ao treinamento, assim como os profissionais não podem selecionar quais princípios éticos seguir, quando atuam como um profissional licenciado. Termina seu raciocínio afirmando que nem todos são capazes de responder às demandas de uma prática multicultural, ética e informada, fazendo uma analogia com um vegetariano que trabalha em uma loja que vende sanduíches: se ele não pode fazer sanduíche de rosbife para os clientes da loja, provavelmente deveria procurar outro emprego. As crenças pessoais dos psicólogos certamente influenciam suas vidas; contudo, não podem sobrepujar os princípios éticos da profissão. Instituições educacionais não podem ser penalizadas por promover tais princípios, ou por auxiliar os estudantes a adquirir o conhecimento e a capacidade necessários para prover um serviço de qualidade em uma sociedade multicultural.⁹¹

Segundo Anastas, até recentemente, objeções de consciência eram criadas para proteger profissionais da saúde e instituições religiosas que atuam na área da saúde da obrigação de praticar aborto, contracepção de emergência e outros serviços que resultam no fim de uma gravidez. É uma novidade a aplicação de objeções de consciência no sentido de se recusar a servir pessoas LGBTQ, uma evolução que deve ser cuidadosamente monitorada. Por um lado, clientes LGBTQ sofreriam dano com o atendimento de um profissional que não consegue afirmar e apoiar sua identidade e sua vida familiar; por outro lado, existe uma grande quantidade de pessoas que são LGBTQ, ou têm familiares LGBTQ, ou têm pessoas LGBTQ que são importantes em suas vidas, sendo difícil imaginar como um profissional da saúde mental poderia se assegurar de nunca ter que trabalhar em tais situações.⁹²

Referindo-se às leis supracitadas, a *American Psychological Association* declarou que considera preocupante a intromissão de legislações estaduais na educação e treinamento de profissionais da saúde mental, que não vê justificativa para tal ação e manifestou receio sobre suas possíveis consequências. Para a associação, as leis em questão atrapalham o ensinamento aos estudantes sobre o cumprimento do que serão, ao final, suas obrigações éticas em relação à não

⁹¹Idem, ibidem, pág. 5.

⁹²ANASTAS, Jeane W. *Policy, Practice and People: Current Issues Affecting Clinical Practice*. In: Clin. Soc. Work J, vol. 41, 2013. Pág. 304 e 305. Sigla “LGBTQ” utilizada pelo autor.

discriminação. É necessário que eles sejam treinados em todos os aspectos da diversidade antes de receberem seus diplomas, pois eles podem, no futuro, mudar suas crenças, objetivos profissionais ou localização geográfica; sendo necessário, portanto, que recebam ampla exposição a grupos e questões em seu treinamento. Não obstante o encaminhamento a outros profissionais seja desejável, apropriado e/ou necessário em algumas circunstâncias, há sérias limitações quanto à praticidade do encaminhamento quando os profissionais trabalham em determinados ambientes, como escolas e áreas rurais.⁹³

Em resposta a leis e decisões judiciais que colocam em risco a aptidão de educadores a garantir que os estudantes tenham competência para atender um público diversificado, a *APA Board of Educational Affairs* criou o *Virtual Working Group on Restrictions Affecting Diversity Training in Graduate Education*: um grupo composto de onze membros, designados para enfrentar a recente questão da objeção de consciência para estudantes de psicologia em treinamento. Esse grupo estabeleceu alguns pilares que devem guiar a educação de estudantes de psicologia, sendo válido que aqui sejam destacados três.

Em primeiro lugar, o de que a Psicologia tem um forte interesse em atender às necessidades de uma clientela diversificada: existe um relevante interesse público em garantir que programas de treinamento não sejam comprometidos em sua capacidade de formar profissionais da saúde mental capazes de lidar com uma ampla variedade de pacientes, mesmo quando esse treinamento cause tensão com crenças pessoais. O segundo pilar indica que instrutores respondem de forma consistente a todas as crenças dos estudantes que conflituem com uma prática competente: educadores não podem focar em estudantes cristãos que se opõem a servir minorias sexuais, mas devem lidar também com outros conflitos que podem surgir, como um estudante que, baseado em um comprometimento a um trabalho antirracista, se recusa a atender um cliente que possui crenças racistas; uma mulher muçulmana cujas crenças religiosas não permitem que ela fique sozinha com outro homem em uma sala fechada; uma estudante cuja história pessoal a leva a evitar clientes que cometeram ou sofreram abuso sexual; um estudante cujas crenças o

⁹³Ver <http://www.apa.org/ed/graduate/conscience-clause-brief.aspx>. Acesso em 28/06/2017.

impossibilitem de trabalhar com um casal considerando o divórcio ou com uma mulher considerando praticar aborto.⁹⁴

Por fim, destaca-se o pilar segundo o qual adquirir competência para trabalhar com um público diversificado não é uma opção. O *Virtual Working Group* entende que os cursos de psicologia devem ser transparentes e consistentes ao lidar com essa questão, aconselhando que estes exijam o consentimento informado dos alunos sobre a necessidade de ter experiência com um público diversificado. É recomendado que se solicite aos estudantes que manifestem explicitamente que estão de acordo com essa política da universidade no momento da admissão, a fim de se reduzir a probabilidade de conflitos no futuro.⁹⁵

A *American Counseling Association* (ACA) posicionou-se de forma semelhante, estabelecendo que não é permitido recusar o serviço de *counseling* a um indivíduo homossexual com base nos valores do *counselor*, pois recusar-se a atender alguém por causa de sua orientação sexual é uma clara e grave violação ao *ACA Code of Ethics* de 2005. Os encaminhamentos a outros profissionais devem ser feitos somente quando *counselors* não têm a competência ou habilidade necessária para tratar o cliente, e não quando aqueles se incomodam com uma característica deste; ou seja, o encaminhamento deve ser feito com base nas necessidades do cliente, e não nos valores do *counselor*.⁹⁶ Encaminhamentos devem ser utilizados como último recurso, pois podem caracterizar abandono do cliente, o que é proibido pelo *Code*. Esclareceu também que um indivíduo passa a ser cliente desde o momento em que solicita o serviço de *counseling*, de forma que as responsabilidades éticas da profissão aplicam-se à relação com aqueles que entram em contato como potenciais clientes, antes mesmo de ocorrer uma sessão.⁹⁷

Percebe-se que não existe esforço no sentido de acomodar profissionais ou estudantes que se sentem impedidos, por motivos religiosos, de tratar pacientes

⁹⁴WISE, Erica H. et al. *Psychology's proactive approach to conscience clause court cases and legislation*. In: Training and Education in Professional Psychology, v. 9, n. 4, 2015. Disponível em https://www.researchgate.net/profile/Erica_Wise2/publication/283708938_Psychologyas_proactive_approach_to_conscience_clause_court_cases_and_legislation/links/566ecbe908ae1a797e4076d9.pdf. Pág. 5.

⁹⁵Idem, ibidem, pág. 6.

⁹⁶KAPLAN, David M. *Ethical Implications of a Critical Legal Case for the Counseling Profession: Ward v. Wilbanks*. In: Journal of Counseling & Development, vol. 92, abril de 2014. Pág. 144.

⁹⁷Idem, ibidem, pág. 145.

homossexuais de modo a auxiliá-los na afirmação de sua homossexualidade, pois há um grande interesse das associações em erradicar a discriminação em suas áreas de atuação e em garantir a formação de profissionais capazes de atender às demandas de uma sociedade diversificada e multicultural.

Referindo-se ao aludido caso *Ward v. Polite*, por exemplo, Pearson afirma que, ainda que se considere o encaminhamento a outro profissional como favorável à estudante de *counseling* e ao cliente (consideração contestável, uma vez que este poderia se sentir discriminado se descobrisse que não recebeu o mesmo tratamento que outra pessoa receberia em razão de sua orientação sexual), outros importantes interesses devem ser considerados: o da universidade em treinar seus alunos de acordo com um método adequado e o dos futuros clientes da estudante. Estes teriam a legítima expectativa de que profissionais licenciados se pautariam pelo Código de Ética da *American Counseling Association*, inclusive sua política de não discriminação, e que seriam devidamente treinados para tal. Assim, para a autora, dada a importância da não discriminação para essa profissão, a objeção de consciência religiosa não pode ser acomodada.⁹⁸

Douglas Laycock, por sua vez, afirma que é possível observar uma crescente hostilidade em relação à liberdade religiosa nos Estados Unidos, inclusive no meio acadêmico. Essa hostilidade não é inteiramente injustificada, mas é motivada, em grande parte, pelo esforço que os grupos religiosos fazem no sentido de impor sua visão de mundo aos outros sempre que podem, tentando restringir o aborto e o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Segundo o autor, os argumentos acadêmicos contrários à liberdade religiosa tendem a adotar a premissa de que os interesses por eles defendidos são “imperativos” (“*compelling interests*”⁹⁹): alegam que há um interesse imperativo na não discriminação, por

⁹⁸PEARSON, Megan. *Religious Claims vs. Non-discrimination Rights: another plea for difficulty*. In: Rutgers Journal of Law & Religion, vol. 15, 2013. Pág. 63.

⁹⁹Laycock utiliza aqui a linguagem das *Religious Freedom Restoration Acts* (RFRA's). No ano de 1993, o Congresso norte-americano editou a *Religious Freedom Restoration Act* em resposta ao precedente *Employment Division v. Smith*, em que a Suprema Corte estabeleceu que, se uma norma é neutra e genericamente aplicável, a Constituição Federal não obriga os Estados a aceitarem que o direito ao livre exercício da religião seja utilizado como fundamento para se eximir de tal norma. No caso, entendeu que o Estado poderia negar o benefício de auxílio ao desemprego a alguém que foi demitido por violar a proibição à utilização do peiote, mesmo que a droga tenha sido utilizada como parte de um ritual religioso – ficando a critério de cada Estado acomodar ou não tal prática. A *Religious Freedom Restoration Act* federal determinava que o governo não poderia impor um fardo substancial ao livre exercício da religião, mesmo que esse fardo resultasse de uma norma de aplicabilidade genérica (“*Government shall not substantially burden a person's exercise of religion even if the burden results from a rule of general applicability*”). A lei também previa uma exceção

exemplo. Laycock aponta que tal alegação ignora a verdadeira investigação que deve ser feita – se a imposição do interesse imperativo do governo em determinado caso específico, e em outros casos que a ele se assemelhem, é realmente necessária para servir a tal interesse – e prossegue em seu raciocínio:

“Não que esta questão tenha importância, porque os oponentes da liberdade religiosa também insistem que toda aplicação individual dos interesses deles é imperativa. Eles dizem que há um interesse imperativo em evitar qualquer inconveniência ou afronta; um potencial cliente nunca deveria ser encaminhado a outro lugar. Eles dizem que têm o direito de que serviços personalíssimos estejam disponíveis para eles, mesmo quando tais serviços são completamente indesejados. Nenhum casal do mesmo sexo em sã consciência desejaria ser atendido por um psicólogo que acredita que o relacionamento daquele casal é fundamentalmente errado. Mas os defensores dos direitos LGBT insistem que todos os psicólogos estejam disponíveis para atender casais do mesmo sexo. O propósito de tais argumentos não é conseguir o atendimento, mas tirar fiéis conservadores dessa profissão.

A mesma lógica é aplicada a toda outra ocupação ou profissão que seja de alguma forma conectada com essas disputas. Se você não quer abortos, não trabalhe em obstetria e ginecologia. Você não deve ser autorizado a auxiliar a *dar à luz* a bebês se você não estiver também disposto a *matar* bebês quando solicitado. Se você não quer casamento entre pessoas do mesmo sexo, não seja um cerimonialista ou um confeitiro ou um dono de uma loja de noivas, não importa quão pequena. E até mesmo: se organizações religiosas sem fins lucrativos não querem prover contracepção, elas não têm que administrar ‘um hospital, uma escola ou instituição de caridade’. Não leve em conta o fato de que igrejas por séculos têm considerado a educação, e a assistência ao doente e ao necessitado, como parte de sua missão”.¹⁰⁰

Para provar seu ponto, o autor cita como exemplo o esforço que a *Planned Parenthood* e o gabinete do governador fizeram no estado de Washington no sentido de encontrar um único caso em que uma mulher não conseguiu obter contracepção de emergência instantaneamente, quando dela necessitou. Nenhum caso sequer foi encontrado, mas eles ainda estão lutando intensamente para que

a essa regra: o fardo poderia ser imposto pelo governo, desde que fosse necessário para servir a um *interesse imperativo* deste (“*compelling government interest*”), e que a norma que causasse tal fardo à religião adotasse o meio menos restritivo necessário para alcançar tal interesse (“*least restrictive means*”). Contudo, em *City of Boerne v. Flores*, a Suprema Corte entendeu que a RFRA era inconstitucional quando aplicada aos Estados, porque o Congresso não tinha autoridade para editar tal norma tendo em vista a sessão 5 da Décima Quarta Emenda. Após essa decisão, alguns Estados aprovaram suas próprias RFRA’s, similares à versão federal. Como essas legislações são recentes, sua efetividade permanece incerta. East aponta que as RFRA não são suficientes para proteger os objetores de consciência nos Estados que possuem tal legislação, uma vez que as cortes têm interpretado o termo “*substantial burden*” (fardo substancial) de forma muito restrita; e mesmo quando se entende que existe um fardo substancial, este é superado por um interesse imperativo do governo (“*compelling interest*”), alcançado pelo meio menos restritivo à religião (“*least restrictive means*”). Ver EAST, Erin N. *I object: The RLUIPA as a model for protecting the conscience rights of religious objectors to same-sex relationships*. In: *Emory Law Journal*, vol. 59, 2009. Págs. 36 a 40.

¹⁰⁰LAYCOCK, Douglas. *Religious liberty and the culture wars*. In: *University of Illinois Law Review*, vol. 2014, n. 3. Págs. 34 e 35. Tradução minha, grifos do autor. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2304427>. Acesso em 17/08/2017.

um reduzido grupo de pequenas farmácias e farmacêuticos individuais sejam obrigados a estocar e prover contracepção de emergência. Essa luta não é para resolver um problema; é para retirar esses farmacêuticos do mercado ou forçá-los a se conformar com uma visão secular sobre o assunto. Se, por um lado, esses interesses são vistos como imperativos, o fardo imposto à religião não é visto como substancial. Retirar minorias religiosas da ocupação ou profissão escolhida não é considerado como um fardo à religião, pois se alega que suas religiões não exigem que seus fiéis sejam farmacêuticos, cerimonialistas, psicólogos ou obstetras.¹⁰¹

Deixar de prestar um serviço é visto como causar um dano de forma comissiva, mesmo que o serviço esteja facilmente disponível em outro lugar. Se um indivíduo provê um produto ou serviço, não importa quão personalíssimo ou em quão pequena escala, considera-se que ele já ingressou em um território dominado pelos defensores dos direitos LGBT e abriu mão do direito de exercer sua religião. Por exemplo, se um indivíduo se forma em psicologia, ele tem a obrigação de prover serviços de acordo com as necessidades e crenças de todos os clientes em potencial. Para Laycock, uma vez que esses argumentos sejam aceitos por alguns juízes, poderão ser utilizados em qualquer outra disputa sobre liberdade religiosa que venha a surgir, podendo alcançar o extremo de abolir a liberdade religiosa de uma vez por todas, colocando em risco a tradição norte-americana de proteção a essa liberdade.¹⁰²

Outro ponto que merece análise é a possibilidade de acomodação de psicólogos com objeção de consciência dentro de uma empresa que provê auxílio psicológico ao público ou a seus próprios funcionários. Assim como no caso dos cartórios analisado no tópico anterior, uma organização que oferece serviço de terapia de casais, por exemplo, pode adotar uma política de não discriminação e, ainda assim, respeitar eventuais objeções de consciência de alguns psicólogos que se sintam impedidos de auxiliar uma união homoafetiva. O mesmo vale para uma empresa que contrata psicólogos para dar suporte a seus empregados, desde que essa acomodação não cause um transtorno indevido ao empregador.

Referindo-se a um dos casos que será analisado no próximo capítulo, envolvendo um psicólogo que foi demitido da organização em que trabalhava

¹⁰¹Idem, *ibidem* pág. 35.

¹⁰²Idem, *ibidem*, págs. 38 e 39.

porque manifestou relutância em oferecer terapia psicosssexual a casais do mesmo sexo (*McFarlane v. Relate*), Parkinson aponta que exigir que todos os psicólogos estivessem dispostos a oferecer aquele serviço a uniões homoafetivas não era um meio necessário para se alcançar o objetivo de prestar ao público um serviço de forma não discriminatória. Com efeito, com base em dados estatísticos, afirma que a demanda por terapia de casais para uniões homoafetivas é muito baixa, em comparação com a demanda para casais heterossexuais, de forma que exigir que todos os funcionários se dispusessem a atender a uma minoria tão pequena era um meio desproporcional ao fim de garantir a não discriminação dos clientes. Não haveria dificuldades significativas em acomodar objetores de consciência, atribuindo-lhes apenas o atendimento de casais heterossexuais.¹⁰³

Para a organização *Relate*, entretanto, a objeção não poderia ser acomodada por uma questão de princípio, mesmo porque outros funcionários poderiam se sentir incomodados com a decisão de respeitar a objeção de consciência religiosa. Não obstante, Parkinson considera que existem direitos humanos em conflito, e a organização falhou em equilibrá-los, não dando a devida consideração às crenças sinceras e profundamente arraigadas de McFarlane, e que as Cortes que julgaram o caso também falharam em reconhecer que os direitos humanos de ambos os lados desse conflito são dignos de respeito.

O autor afirma que, frequentemente, nos conflitos entre liberdade religiosa e direitos LGBT, a disputa é tratada como um jogo de soma zero, onde não há espaço para concordar em divergir. Uma das razões para isso é a emergente política do “monoculturalismo moral”: a posição do empregador chegou muito próximo de negar a seu empregado o direito de ter uma posição moral diferente da maioria sobre relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo. O argumento de que este poderia ainda possuir suas crenças religiosas em seu íntimo e exercer sua liberdade de culto como quisesse – distinção entre crer em algo e manifestar tais crenças – assemelha-se às diferenciações entre identidade e conduta, público e privado, que já foram utilizadas para confinar os homossexuais “no armário”. Reduzir a liberdade de religião a pouco mais que a liberdade de acreditar em certas coisas e de cultuar, sem reconhecer que a fé necessariamente influencia na

¹⁰³ PARKINSON, Patrick. *Accommodating Religious Beliefs in a Secular Age: The Issue of Conscientious Objection in the Workplace*. In: UNSW Law Journal, vol. 34, 2011. Pág. 13. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1904135>. Acesso em 17/08/2017.

vida e na conduta do religioso, é uma visão muito estreita do que essa liberdade envolve.¹⁰⁴

Por fim, indaga: se McFarlane não pode trabalhar em uma instituição como a *Relate*, onde poderá trabalhar? Se as leis de antidiscriminação não providenciarem um espaço para a objeção de consciência, um psicólogo com as mesmas objeções também poderá violar tais leis se trabalhar como autônomo. Se os psicólogos que, por motivos religiosos, querem atender apenas casais heterossexuais, tiverem uma área de atuação muito limitada (como apenas instituições religiosas, por exemplo), isso poderá dificultar casais cristãos, judeus ortodoxos ou muçulmanos que buscam auxílio de um psicólogo que professa a mesma fé que eles, e compartilha das mesmas crenças religiosas. Assim, tal legislação pode acarretar na consequência indesejada de reduzir a disponibilidade de serviços culturalmente apropriados para algumas minorias.¹⁰⁵

Parkinson conclui que o emprego é uma parte importante do cotidiano da maioria das pessoas, não podendo ser considerado como uma zona inteiramente livre da religião. Tratar essa questão como um jogo em que o vencedor ganha tudo seria uma perda para os direitos humanos em geral. Não existe ponderação de direitos em conflito quando é permitido que um direito anule o outro. Existem caminhos para a paz no conflito entre religião e secularismo, mas para encontrá-los é necessário que haja pacificadores que realmente acreditam na dignidade para todos.¹⁰⁶

2.3

Recusa a fornecer produtos que promovem o casamento entre pessoas do mesmo sexo ou outras causas LGBT

Diferentemente dos casos em que um indivíduo religioso se recusa a contribuir para um casamento entre pessoas do mesmo sexo, neste tópico será analisada a situação de indivíduos que se negam a auxiliar na promoção ou propagação de ideias contrárias à sua consciência religiosa. Três casos ocorridos nos países estudados neste trabalho levantam as interessantes questões: uma

¹⁰⁴Idem, ibidem, pág. 17.

¹⁰⁵Idem, ibidem, pág. 19.

¹⁰⁶Idem, ibidem, pág. 20.

empresa que fornece produtos que propagam mensagens, administrada “de perto” por um proprietário religioso, é obrigada a fornecer camisetas que promovem uma parada do Orgulho LGBT? Um confeitiro religioso é obrigado a fazer um bolo para uma organização pró-LGBT, em que está escrita a frase “Apoie o casamento gay”? Analogamente, uma gráfica é obrigada a imprimir materiais para uma organização que luta pelos direitos LGBT, se fornecer tais materiais viola a consciência religiosa do dono da gráfica?

No primeiro caso, que será analisado detalhadamente no capítulo seguinte, a gráfica publicitária *Hands On Originals* recusou-se a produzir camisetas que promoviam um festival do Orgulho Gay para uma organização pró-LGBT, nos Estados Unidos. A sentença entendeu que não houve discriminação com base em orientação sexual, e que obrigar a empresa a propagar uma mensagem de que ela discordava violaria sua liberdade de expressão.

Para J. Caleb Dalton, defender a liberdade de expressão significa estar preparado para defender discursos que gostamos e desgostamos da discriminação pelo governo. O direito à liberdade de expressão (ou, no caso em questão, o direito de não ser compelido a falar) só é efetivo quando protege aquilo que a sociedade rejeita. Isso vale para os dois lados: assim como a Constituição proíbe que o governo obrigue um casal de pessoas do mesmo sexo a promover a visão da Igreja Católica sobre casamento (cita como exemplo um casal homossexual que, hipoteticamente, trabalha gravando e editando vídeos para promover eventos, e é solicitado por uma conferência católica a produzir um vídeo documentando um evento sobre a família, segundo a perspectiva religiosa), também proíbe que o governo obrigue um fotógrafo a fotografar um casamento entre pessoas do mesmo sexo, se fazê-lo violaria sua consciência religiosa. A tolerância é uma via de mão dupla. Existe espaço para todos os pontos de vista, sem que o governo obrigue cidadãos a expressar ou promover mensagens que violam sua consciência.¹⁰⁷

O autor ressalta que, no caso da *Hands on Originals*, a Corte entendeu que o dono da empresa tratava todos os clientes da mesma forma, apenas não tratava todas as mensagens da mesma forma – tendo em vista que ele sempre adotou a política de se recusar a fornecer produtos que propagassem mensagens que

¹⁰⁷DALTON, Caleb J. *Constitutional Constellation at the crossroads: the future of compelled speech and the First Amendment's “fixed star”*. In: Regent University Law Review, 2017, vol. 29. Pág. 7. Disponível em: http://www.regent.edu/acad/schlaw/student_life/studentorgs/lawreview/docs/issues/v29n2/11_Dalton_vol_29_2.pdf. Acesso em 13/11/2017.

violassem sua consciência.¹⁰⁸ Aponta que, em um caso análogo ocorrido nos Estados Unidos, uma gráfica que se recusou a imprimir panfletos pró-vida que continham uma oração não se recusou a servir a *pessoa* que os solicitou, mas se recusou a imprimir a *mensagem* pró-vida.

O governo não poderia obrigar essa gráfica a imprimir os panfletos, sob o fundamento de que deixar de imprimi-los consistiria em discriminação com base em religião e crença política (classes protegidas em muitas jurisdições dos Estados Unidos). Semelhantemente, no caso hipotético acima descrito, se o casal homoafetivo se recusasse a produzir o vídeo documentando a conferência da Igreja Católica sobre a família, mas prontamente aceitasse documentar uma conferência católica sobre a redução da pobreza, por exemplo, restaria claro que eles não recusaram *as pessoas*, mas se recusaram a promover a mensagem por elas solicitada.¹⁰⁹

No segundo caso, ocorrido na Irlanda do Norte, a confeitaria *Asher's Bakery* recusou-se a fazer um bolo com a frase “*Support gay marriage*” (“apoie o casamento gay”) para Gareth Lee, um voluntário de uma organização pró-LGBT daquela nação. A mais alta instância do país decidiu em favor de Lee, entendendo que houve discriminação por motivo de orientação sexual, porém o caso será ouvido pela Suprema Corte do Reino Unido. Deixando-se os detalhes fáticos para análise mais aprofundada no capítulo seguinte, é válido destacar neste momento a fala de Karen McArthur, proprietária da confeitaria junto com seu marido, Colin McArthur:

“Eu sabia que usar nossas habilidades e criatividade para produzir um bolo apoiando o casamento gay – que nós consideramos como contrário à palavra de Deus – seria algo que pesaria na minha consciência. Se nós fornecêssemos o bolo nesses termos, eu sentiria que teria traído minha fé e falhado em viver de acordo com o que Deus espera de mim (...). Eu quero enfatizar que isso não está, de forma alguma, relacionado à orientação de sexual do Sr. Lee. Nós temos muitos fregueses homossexuais que servimos regularmente e sem nenhuma dificuldade. Também temos pelo menos um funcionário homossexual em nossa equipe (...).”¹¹⁰

Os McArthur alegam que fornecer esse pedido teria violado sua consciência, ao endossarem um fenômeno cultural (casamento entre pessoas do mesmo sexo) com o qual eles não concordam, baseando-se em suas sinceras

¹⁰⁸Idem, ibidem, pág. 4.

¹⁰⁹Idem, ibidem, pág. 2.

¹¹⁰AHDAR, Rex. *Companies as religious liberty claimants*. In: Oxford Journal of Law and Religion, 2016, 0, 1-27. Pág. 21.

crenças religiosas. Em relatório publicado pela *Human Rights Commission*, Peter Edge e Lucy Vickers afirmam que, nos casos em que se espera que o profissional não apenas preste o serviço, mas também manifeste apoio a uma causa de que ele discorda, pode ser argumentado que o direito à liberdade de expressão deve ser ponderado com outros interesses, indicando que alguma forma de escusa é justificada. Ao abordarem esse tema, referem-se ao caso em questão, cuja decisão final certamente impactará o ordenamento jurídico britânico de forma significativa.¹¹¹

Outro ponto relevante é que, no contexto europeu, uma empresa de responsabilidade limitada não pode invocar o direito à liberdade religiosa, segundo jurisprudência consolidada da Corte Europeia de Direitos Humanos.¹¹² As *Equality Act (Sexual Orientation) Regulations (Northern Ireland) 2006*, que regulam a proibição à discriminação por motivo de orientação sexual, apenas isentam instituições que têm o propósito de praticar, expandir ou ensinar a religião, mas negam tal acomodação a uma organização cujo único ou principal propósito é comercial.

Segundo James Orr, o caso em tela ilustra a maneira como uma minoria tem sido pressionada a se conformar à ideologia de outra minoria: para o autor, ficou claro que a orientação sexual de Lee não influenciou na decisão de se recusar a fazer o bolo, o que demonstra como a orientação sexual não é apenas uma característica protegida, mas também uma ideologia protegida, que se sobrepõe à liberdade de manifestar qualquer discordância.¹¹³ Em vez de defender a diversidade e a pluralidade, os direitos humanos têm sido utilizados com o objetivo de erradicar a diferença e impor a uniformidade: o liberalismo deixa de ser uma abordagem *modus vivendi*, que busca uma razoável acomodação entre partes conflitantes para que elas possam viver em paz, e passa a insistir que todos compartilhem da mesma visão de mundo ou sofram as consequências.

¹¹¹EDGE, Peter; VICKERS, Lucy. *Review of equality and human rights law relating to religion or belief*. Londres: Equality and Human Rights Commission, 2015. Pág. 46. Disponível em: [https://radar.brookes.ac.uk/radar/file/a0c410a4-253d-4ad2-9180-2c72678bbc61/1/97.%20Review%20of%20religion%20or%20belief%20law%20\(1\).pdf](https://radar.brookes.ac.uk/radar/file/a0c410a4-253d-4ad2-9180-2c72678bbc61/1/97.%20Review%20of%20religion%20or%20belief%20law%20(1).pdf). Acesso em 03/10/2017.

¹¹²AHDAR, Rex. Ibidem, pág. 22. Não obstante, a decisão analisou a alegação de ofensa à liberdade religiosa sob a perspectiva dos McArthur, donos da confeitaria. Ver também págs. 5 a 9, sobre a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Burwell v. Hobby Lobby Stores Inc.*, em que se reconheceu, por maioria apertada, que o fato de uma pessoa jurídica visar o lucro não impede, por si só, que ela exerça o direito à liberdade religiosa.

¹¹³ORR, James. *Beyond belief: defending religious liberty through the British Bill of Rights*. In: ResPublica, novembro de 2016. Pág. 10.

Prossegue em seu raciocínio, afirmando que a lei deveria garantir que ninguém fosse obrigado a escolher entre prover um bem ou serviço de forma a violar sua profunda e sincera crença religiosa, ou deixar de prestar o serviço e perder o seu sustento. Esse tipo de decisão impede o desenvolvimento da livre iniciativa, uma vez que efetivamente exclui de setores comerciais todos os cidadãos que não estejam dispostos a comprometer suas racionais e sinceras crenças sobre a natureza do casamento.¹¹⁴

No terceiro caso a ser examinado, ocorrido no Canadá, a Corte entendeu que Brockie, dono de uma gráfica, deveria indenizar Brillinger, presidente de uma organização pró-LGBT, por ter se recusado a imprimir os papéis timbrados, envelopes e cartões de visita solicitados para a organização; entretanto, entendeu que, futuramente, a gráfica não poderia ser obrigada a imprimir materiais que pudessem razoavelmente ser considerados como diretamente conflitantes com elementos centrais das crenças religiosas de Brockie; porém os materiais solicitados apenas indicavam o nome da associação e o fato de que ela representava os interesses de “gays” e “lésbicas”.¹¹⁵

Para Noa Mendelsohn Aviv, a ideia de se criar um padrão objetivo para se avaliar crenças religiosas é indefensável. No caso, o entendimento de que imprimir os materiais solicitados não conflitava diretamente com crenças fundamentais de Brockie, de acordo com o padrão objetivo que foi criado, baseou-se em uma ficção legal, aparentemente contrariando as provas produzidas no processo. É muito difícil que uma corte consiga adotar um padrão objetivo, entendendo que determinada prática não ofende as crenças religiosas fundamentais de um indivíduo, sem se basear em provas que corroborem esse entendimento – especialmente se o próprio fornecedor do produto testemunhar que deixar de promover alguns comportamentos ou ideias é essencial para sua integridade religiosa e espiritual.¹¹⁶

Por outro lado, o autor afirma que esse padrão objetivo poderia abrir espaço para inúmeras e inaceitáveis objeções de consciência em face de LGBT por motivos religiosos, como a qualquer indivíduo envolvido na indústria do

¹¹⁴Idem, ibidem, pág. 12.

¹¹⁵AVIV, Noa Mendelsohn. *(When) can religious freedom justify discrimination on the basis of sexual orientation? A canadian perspective*. In: Journal of Law and Policy, 2014. Disponível em: <http://brooklynworks.brooklaw.edu/jlp/vol22/iss2/5>. Acesso em 18/09/2017. Págs. 617 e 622. Tradução minha.

¹¹⁶Idem, ibidem, págs. 623 e 624.

casamento, da construção civil, e diversos outros serviços – todos justificados pela lógica adotada pela corte, segundo a qual um indivíduo não pode se recusar a imprimir um material LGBT “neutro”, mas pode negar-se a imprimir material que promova o “estilo de vida gay e lésbico”. Além disso, considera que essa distinção assemelha-se à dantes rejeitada distinção entre identidade e comportamento: Brockie havia argumentado que existiria uma diferença entre se recusar a fornecer o produto em função de uma característica humana (a orientação sexual) e recusar-se a atender alguém engajado em promover a causa de pessoas com tal característica – motivo pelo qual ele comprovadamente atendera homossexuais no passado, mas recusou-se a participar da promoção da causa LGBT – argumento que foi considerado como ilusório e irracional pela corte, não sendo possível distinguir aquela característica dos esforços realizados para que ela seja promovida, entendida e respeitada.¹¹⁷

Aviv conclui que, ao decidirem sobre o conflito entre liberdade religiosa e direitos LGBT, as cortes devem levar em conta não apenas o impacto nos indivíduos do caso concreto, mas também o contexto social, legal e histórico de discriminação em face daqueles. Considerando que a reconciliação entre esses dois direitos é improvável, pode acontecer que o direito fundamental de uma das partes seja violado, e uma solução coercitiva seja necessária. Para o autor, essa conclusão, ainda que desconfortável, se concretizaria independentemente de como as cortes decidissem. Além disso, deve-se evitar a criação de escusas de consciência permitindo a discriminação com base em orientação sexual de forma genérica e abstrata, especialmente na prestação de serviços, pois elas podem indicar que a discriminação deve ser esperada, tolerada e legitimada, causando a sua perpetuação e institucionalização.¹¹⁸

Já Ian T. Benson considera que o entendimento adotado pela corte nesse caso não levou em conta uma questão mais abrangente: que todo o projeto da organização pró-LGBT era ofensivo a Brockie, e a tentativa de atribuir algum ganho a ambos os lados da controvérsia simplesmente desconsiderou a objeção de consciência que estava no cerne do conflito. Afinal, se alguém tem uma objeção em relação ao propósito de uma organização, é lógico que qualquer cooperação com essa organização ofende sua consciência. O autor exemplifica: por que uma

¹¹⁷Idem, ibidem, págs. 620 e 625.

¹¹⁸Idem, ibidem, págs. 669 e 670.

gráfica feminista deveria ser forçada a imprimir papéis timbrados e cartões para uma organização pró-vida e antiaborto a que ela objeta, mas não os cartazes desta? Por que uma gráfica judia deveria ser forçada a imprimir papéis timbrados e cartões para o Hamas, podendo se recusar apenas a fornecer os materiais que incitam violência contra os judeus?¹¹⁹

No mesmo sentido, Thomas Bateman considera contestável um dos fundamentos utilizados pela decisão em Brockie, no sentido de que deixar de imprimir os materiais solicitados não era central à sua integridade religiosa, indagando: “podemos ter certeza que isso ou aquilo é periférico a uma fé ou um credo? Sobre esse assunto, a palavra de quem deve ser considerada?” Aponta que os conflitos acerca do tema surgem entre os próprios religiosos e em relação a pessoas de fora – nas decisões envolvendo liberdade religiosa, surgem em relação aos juízes, que tendem a considerar como periféricas condutas que os religiosos consideram como exigidas pela sua fé.¹²⁰

Analisando os fundamentos utilizados pelas cortes canadenses nesse caso e em outros envolvendo liberdade religiosa, identifica entre eles a distinção entre crença e conduta, segundo a qual a liberdade de crença é mais ampla que a liberdade de agir de acordo com tais crenças. Para Bateman, essa distinção é convincente porque é associada à afirmação mais genérica de que não se pode permitir que as pessoas façam tudo o que elas queiram. Porém, de fato, não existe real distinção entre crença e conduta porque ter uma crença é poder agir de acordo com ela. Um sistema que protege apenas a crença e não a conduta não protege a diversidade religiosa de forma alguma; a verdadeira questão é saber quais condutas baseadas na religião serão permitidas.

As cortes canadenses também têm adotado o fundamento de que as liberdades devem ser restringidas em nome da “moralidade”, partindo do pressuposto de que os direitos constitucionais integram uma moralidade pública básica, que limita o exercício de outras liberdades. Esses direitos são baseados na ideia da dignidade humana que, embora tenha sua origem no cristianismo, é considerada hoje como uma “norma cultural, em vez de religiosa”. A ênfase na moralidade é surpreendente, uma vez que sociedades liberais tendem a favorecer a

¹¹⁹BENSON, Ian T. Ibidem, pág. 149.

¹²⁰BATEMAN, Thomas M.J. *How much diversity can canadian courts tolerate?* In: Policy Opinions, 2002. Pág. 34. Tradução minha.

liberdade, não devendo se preocupar em estabelecer moralidades oficiais. O autor aponta que, no caso em tela, a corte descreveu a norma que proíbe a discriminação por motivo de orientação sexual em termos que são normalmente reservados para o direito penal, no sentido de que ela “pune” infratores.¹²¹

A partir da análise de decisões envolvendo a liberdade religiosa, o autor constata que o liberalismo que vem sendo desenvolvido no Canadá, paradoxalmente, está mais propenso a delinear uma moralidade pública do que proteger a diversidade ética. Baseando-se na teoria de William Galston¹²², explica que esse liberalismo é oriundo da tradição do Iluminismo e aproxima-se de uma ideologia: tem por objetivo difundir seu conceito de autonomia não somente entre as instituições e associações que compõem a sociedade, mas também dentro delas, de forma que seus ideais penetrem nas vidas dos cidadãos, transformando a vida civil. De acordo com essa linha de raciocínio, a visão “retrograda” do Catolicismo sobre a sexualidade, por exemplo, precisa de reforma, e as instituições estatais devem fomentá-la. De outra parte, o liberalismo da tradição da Reforma Protestante tem como ideal a diversidade, mais do que a autonomia: tem por objetivo tolerar e proteger a diversidade ética, e não transformar a ética dos cidadãos. De acordo com essa visão, deve haver a máxima acomodação possível dos diversos estilos de vida e da autonomia das associações civis.

¹²¹Idem, ibidem, pág. 35. Tradução minha.

¹²²Segundo Galston, existem duas perspectivas distintas para se compreender a vida moderna, com diferentes raízes históricas: a primeira, que privilegia a *autonomia*, pode ser chamada de projeto do Iluminismo (“*Enlightment project*”) – a experiência de libertação, por meio da razão, da autoridade imposta externamente. Nesse projeto, a vida pautada na razão é vista como superior à vida baseada na tradição ou na fé, e prefere-se a autodireção a qualquer determinação externa da vontade. A perspectiva alternativa, por sua vez, que privilegia a *diversidade*, encontra suas raízes no que o autor chama de projeto da Reforma (“*Reformation project*”) – referindo-se ao esforço necessário para lidar com as consequências políticas das diferenças religiosas que surgiram dentro do Cristianismo. Nesse projeto, a tarefa central é aceitar e administrar a diversidade através da tolerância mútua, em um regime de unidade cívica. Para o autor, filósofos sociais – especialmente os liberais – se perdem quando privilegiam um ideal de autonomia pessoal, entendida como a capacidade de reflexão crítica e escolha guiada por tal reflexão. A consequência inevitável disso é que o Estado tenha que assumir uma posição na constante tensão entre razão e fé, reflexão e tradição, desnecessariamente marginalizando e antagonizando grupos que não conseguem, em boa consciência, aderir ao projeto do Iluminismo. O autor defende que o liberalismo é sobre a proteção da *diversidade*, não sobre a promoção da autonomia. Na prática, sociedades liberais são muito abertas a reflexões críticas de todos os tipos. Mas isso não significa que o fomento à reflexão crítica é um objetivo político de primeira ordem: sociedades liberais podem e devem dar espaço para indivíduos e grupos cujas vidas são guiadas pela tradição, autoridade ou fé. GALSTON, William A. *The legal and political implications of Moral Pluralism*. In: Maryland Law Review, vol. 57, 1998. Disponível em: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol57/iss1/7>. Acesso em 11/01/2018. Págs. 8 e 9.

Para o autor, essa breve descrição dos dois tipos de liberalismo ajuda na compreensão das razões por trás dos fundamentos utilizados pelas cortes canadenses nas decisões envolvendo liberdade religiosa. Ele conclui que, mesmo com toda a ênfase que é dada à diversidade atualmente, tais decisões revelam a preocupação em relação à diversidade ética e a busca por formas convincentes de limitá-la na sociedade canadense, especialmente se parte dessa diversidade é considerada iliberal e conservadora.¹²³

O objetivo deste capítulo foi apresentar os principais argumentos em torno do conflito entre liberdade religiosa e direito à não discriminação dos LGBT, especificamente relacionados às situações acima examinadas, em que o conflito de direitos é de grande complexidade. No próximo capítulo, serão expostos casos concretos ilustrativos de tais situações, a fim de que se possa então extrair a *ratio decidendi* das suas respectivas decisões e analisá-las à luz das reflexões aqui apresentadas.

¹²³BATEMAN, Thomas M.J. Ibidem, pág. 36.

3 Análise de Precedentes

3.1

Estados Unidos

Nos Estados Unidos, existem diversos exemplos de casos em que indivíduos se negaram a contribuir com suas habilidades profissionais para uma cerimônia de casamento entre pessoas do mesmo sexo por motivos religiosos, seja através da prestação de um serviço, como fotografia ou decoração, seja através do fornecimento de um produto, como um bolo ou um vestido de casamento. Em todos esses casos (alguns deles decididos apenas na esfera administrativa¹²⁴), os profissionais foram obrigados a pagar uma indenização aos homossexuais que se sentiram discriminados por causa de sua orientação sexual.

¹²⁴ Em Oregon, a confeitaria *Sweet Cakes by Melissa* foi condenada pelo *Bureau of Labor and Industries* (BOLI) a pagar \$135.000,00 a título de indenização pelo sofrimento emocional causado a um casal homoafetivo, em razão da recusa de Aaron e Melissa Klein, donos da confeitaria, em fazer um bolo de casamento para esse casal, sob a alegação de que fazê-lo violaria suas crenças religiosas. A Comissão do BOLI entendeu que os Klein se recusaram a fazer o bolo em razão da orientação sexual das clientes, violando, assim, a legislação estadual sobre locais de acomodações públicas, que proíbe esse tipo de discriminação. Os Klein recorreram à *Oregon Court of Appeals*, não havendo ainda manifestação dessa Corte. Ver <https://www.washingtontimes.com/news/2017/mar/6/sweet-cakes-melissa-christian-bakers-oregon-appeal/>. Acesso em 06/11/2017. No Estado de New York, A *New York State Division of Human Rights* impôs aos católicos Robert e Cynthia Gifford uma multa de \$13.000,00 em razão de sua recusa em permitir que Jennie McCarthy e Melissa Erwin celebrassem sua cerimônia de casamento em sua fazenda, local onde aqueles moram, trabalham (alugando o espaço para a realização de eventos) e criam seus filhos. Os Giffords alegaram que não se recusavam a atender homossexuais genericamente, e que recentemente haviam alugado o espaço para um casal homoafetivo, que ali comemorou a festa de aniversário de sua filha adotiva; porém, em razão de sua crença religiosa de que o casamento é uma união entre um homem e uma mulher, sentiam-se impedidos em sua consciência de permitir que uma cerimônia de casamento entre pessoas do mesmo sexo fosse celebrada em sua fazenda. Ver <https://www.lifesitenews.com/news/catholic-couple-fined-13000-for-refusing-to-host-same-sex-wedding-at-their>. Acesso em 06/11/2017. Em Iowa, os Odgaards, proprietários da casa de festas e bistrô *Gortz Haus*, informaram a um casal homoafetivo que, devido a seus princípios católicos, não poderiam alugar aquele espaço (que antes era uma igreja centenária e mantinha a aparência de uma igreja) para a celebração de sua cerimônia de casamento. O casal se sentiu discriminado em razão de sua orientação sexual e fez uma queixa junto à *Iowa Civil Rights Commission*, a qual entendeu que a recusa violou o *Iowa Civil Rights Act*, que proíbe a discriminação em razão de orientação sexual em locais de acomodações públicas. A *Commission* ignorou o fato de que esse casal depois admitiu que já havia se casado quando solicitou que os Odgaards recepcionassem sua cerimônia, contrariamente ao que afirmaram antes, sob juramento. Quando os Odgaards tentaram recorrer ao Judiciário, a *Iowa District Court for Polk County* entendeu que era necessário que antes se esgotasse a via administrativa. Em seguida eles recorreram à *Supreme Court of Iowa*, mas esta não chegou a se manifestar, porque eles desistiram de prosseguir com a lide e decidiram pagar uma indenização de \$5.000,00 ao casal para dar fim ao caso. Também se comprometeram a não discriminar mais – motivo pelo qual deixaram de trabalhar com cerimônias religiosas no local, o qual, por fim, teve que ser fechado. Ver <http://www.becketlaw.org/case/odgaard-v-iowa/#tab3>. Acesso em 06/11/2017.

Assim, o Executivo e o Judiciário norte-americanos têm se posicionado de forma contrária a uma possível escusa de consciência aos indivíduos religiosos em tais circunstâncias, todavia a Suprema Corte ainda não se manifestou sobre a questão. Diante da variedade de casos relacionados a essa controvérsia que poderiam ser examinados, optou-se por selecionar, para uma análise mais profunda, dois que alcançaram grande notoriedade, sendo que um deles foi decidido por uma Suprema Corte estadual e o outro será decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em breve.¹²⁵

3.1.1

Willock x Elane Photography

Em *Willock x Elane Photography*, a empresa *Elane Photography* (que tinha como únicos sócios a fotógrafa Elaine Huguenin e seu marido, Jonathan Huguenin) foi condenada pela *New Mexico Supreme Court* a pagar uma indenização de \$6.637,94 por se recusar a fotografar o casamento de Vanessa Willock e sua noiva, com base na crença religiosa de que o casamento consiste em uma união entre um homem e uma mulher. A Corte entendeu que a negativa violou o *New Mexico Human Rights Act* (NMHRA), que proíbe a discriminação em razão de orientação sexual em locais de acomodação pública, e que o estúdio de fotografia se enquadrava nesta categoria porque oferecia o serviço de

¹²⁵ Não será analisado aqui o conhecido caso da escritã Kim Davis, que atraiu para si atenção internacional quando se recusou a emitir licenças para casamento a casais homoafetivos após a decisão *Obergefell v. Hodges*, tendo em vista que ela própria solicitou a extinção do processo por perda de objeto, no que obteve êxito. Ela recorreu à *United States Court of Appeals for the Sixth Circuit* da decisão que a havia ordenado a emitir tais licenças, alegando que essa ordem violava seu direito ao livre exercício de religião. Porém, antes que a Corte se manifestasse sobre seus argumentos, sobreveio a lei SB216, que extinguiu a exigência de que escrivães autorizassem pessoalmente quaisquer licenças para casamento. A partir de então, deixaram de ser necessárias a identificação do nome do escrivão e a aposição de sua assinatura nessas licenças, motivo pelo qual a Sra. Davis entendeu que deixou de haver necessidade de acomodação para suas crenças religiosas. Ver <https://www.aclu.org/legal-document/miller-v-davis-appellant-motion-dismiss>, págs. 7 e 8. Acesso em 12/11/2017. Durante a pesquisa realizada neste trabalho, não foi encontrada nenhuma decisão nos Estados Unidos que enfrentasse profundamente as questões aqui estudadas, em casos de recusa à oficialização de casamentos entre pessoas do mesmo sexo por parte de servidores públicos. O caso de Katie Lang, que se recusou a emitir a licença para o casamento de Jim Cato e Joe Stapleton, por exemplo, foi resolvido em um acordo; e a escritã Molly Criner, que apoiou Kim Davis em 2015, dizendo que esta não estava sozinha e que ela também não celebraria casamentos entre pessoas do mesmo sexo no Texas, ainda não teve a oportunidade de se recusar a fazê-lo, pois até o momento não houve solicitação de um casal homoafetivo. Ver, respectivamente, http://www.thenewcivilrightsmovement.com/uncucumbered/texas_clerk_gets_the_bill_for_her_religious_freedom_claim e http://www.palestineherald.com/news/lawmakers-revisit-same-sex-marriage-licenses/article_6d5049ce-1a6d-11e7-aa6c-2b25addb5838.html, acessos em 12/11/2017.

fotografar casamentos ao público em geral, através de anúncios na internet. Logo, deveria atender casais do mesmo sexo da mesma forma que atendia casais de sexos opostos. Afirmou que quando a *Elane Photography* se recusou a fotografar uma cerimônia de casamento entre pessoas do mesmo sexo, violou o NMHRA da mesma forma que o violaria se tivesse se negado a fotografar um casamento entre pessoas de raças diferentes.¹²⁶

Willock enviou um e-mail a *Elane Photography* perguntando sobre a disponibilidade para fotografar sua cerimônia de casamento com outra mulher. Elaine Huguenin respondeu afirmando que a empresa só fotografava “casamentos tradicionais”, e que não fotografava casamentos homoafetivos. Willock prestou queixa junto à *New Mexico Human Rights Commission*, que concluiu que *Elane Photography* havia discriminado com base em orientação sexual, violando o NMHRA. Em seguida, a empresa buscou o Judiciário para reverter essa decisão.

Elane Photography afirmou que não discriminou a Sra. Willock em razão de sua orientação sexual, mas apenas se negou a retratar, através de suas fotos, a história de um evento que celebra um entendimento sobre casamento que conflitua com suas crenças religiosas; que ela não se negaria a prestar seus serviços a clientes homossexuais, desde que estes não solicitassem fotos em cerimônias de casamento homoafetivo, ou em outros contextos em que demonstrassem afeição por pessoas do mesmo sexo; que ela também teria recusado o serviço a heterossexuais, se estes solicitassem fotos em um contexto que endossasse o casamento homoafetivo (por exemplo, pessoas heterossexuais fazendo uma encenação de uma cerimônia de casamento entre pessoas do mesmo sexo).¹²⁷

A esses argumentos, a Corte respondeu que, quando a lei proíbe a discriminação por motivo de orientação sexual, ela protege também a conduta que é indissociável de tal orientação. Caso contrário, casais homossexuais estariam protegidos contra a discriminação apenas quando não demonstrassem abertamente sua orientação sexual. Permitir a discriminação baseada na “conduta” homossexual, como se esta pudesse ser dissociada da própria orientação sexual, comprometeria o propósito do NMHRA. Tal diferenciação já foi, inclusive,

¹²⁶ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the State of Mexico. *Docket No. 33,687*. Vanessa Willock v. Elane Photography. CHÁVEZ, Justice. 22 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.adfmedia.org/files/ElanePhotoNMSCopinion.pdf>. Acesso em 08/11/2017. Parágrafo 2.

¹²⁷Idem, parágrafos 7 e 14. Tradução minha.

rejeitada pela Suprema Corte no precedente *Christian Legal Society Chapter of the University of California, Hastings College of the Law v. Martinez*.¹²⁸

Para a Corte de New Mexico, não haveria distinção entre a discriminação baseada na orientação sexual e a discriminação baseada na conduta de assumir um compromisso publicamente com alguém do mesmo sexo. Rejeitando o argumento de que *Elane* tiraria foto de pessoas homossexuais desde que estas não estivessem manifestando sua atração por pessoas do mesmo sexo, a Corte afirmou que o *New Mexico Human Rights Act* proíbe que locais de acomodações públicas façam distinção entre os serviços oferecidos aos clientes, com base em classificações protegidas pela lei. Por exemplo, não permite que restaurantes ofereçam menus limitados a mulheres, enquanto oferecem um menu completo a homens.¹²⁹

Elane Photography também alegou que o *New Mexico Human Rights Act* violava sua liberdade de expressão, ao obrigá-la a reproduzir um discurso forçado (“*compelled speech*”) – fotografar uma cerimônia de casamento entre pessoas do mesmo sexo contrariamente a suas crenças religiosas – considerando que a fotografia é uma forma de expressão artística sobre a qual recai a proteção constitucional à liberdade de expressão e citando entendimento da Suprema Corte no sentido de que esta liberdade inclui o direito de se abster de falar. Esclareceu que, em seu trabalho, ela cria e edita fotos para seus clientes de forma a contar, de maneira positiva, a história de seus casamentos, e que ela não desejava passar uma mensagem positiva sobre casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Alegou que uma cerimônia de casamento entre pessoas do mesmo sexo é um evento que expressa duas mensagens a ele inerentes: que essas cerimônias existem, e que são dignas de celebração e aprovação. Ao obrigar a empresa a fotografar um casamento entre pessoas do mesmo sexo da mesma forma que ela fotografaria um casamento entre pessoas de sexos opostos, o NMHRA inconstitucionalmente a

¹²⁸ No caso, estudantes da *Hastings College of Law* buscavam reconhecimento formal da organização *Christian Legal Society* por aquela universidade. Para se tornarem membros desta organização, estudantes deveriam acreditar na divindade de Jesus Cristo e se abster de conduta homossexual sem arrependimento (“*unrepentant homosexual conduct*”). A universidade se recusou a reconhecer formalmente a organização, pois ela violava sua política de não discriminação com base em religião e orientação sexual. A *Christian Legal Society* argumentou que ela não excluía indivíduos com base em sua orientação sexual, mas com base em um conjunto de condutas e na crença de que a conduta homossexual não é errada. Tais argumentos foram rejeitados pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que não aceitou a distinção entre status e conduta homossexual. Ver parágrafo 17 da decisão ora analisada.

¹²⁹ Cf. nota 126, parágrafos 16 e 19.

obriga a expressar uma mensagem positiva sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo, a qual não é compartilhada por seus donos.¹³⁰

Sobre esses argumentos, a Corte afirmou que os precedentes que se referem à doutrina do discurso forçado protegem o indivíduo de ser obrigado a expressar um discurso determinado pelo Governo ou uma mensagem de terceiros, sendo, portanto inaplicáveis ao caso. O NMHRA não compele *Elane Photography* a expressar uma mensagem ou afirmar uma crença, nem a compele a tirar fotografias; apenas determina que, se o negócio for operado como uma acomodação pública, não pode discriminar potenciais clientes com base em sua orientação sexual. A empresa só é obrigada a fotografar casamentos entre pessoas do mesmo sexo na medida em que presta os mesmos serviços a um casal heterossexual. O fato de que tais serviços podem envolver um discurso ou outra forma de expressão não torna o NMHRA inconstitucional.¹³¹

Com efeito, como se trata de um serviço que se insere na categoria de acomodação pública, sua provisão pode ser regulada pelo Estado, mesmo que tal serviço inclua trabalho artístico e criativo. O NMHRA exige que *Elane Photography* preste os mesmos serviços que prestaria a um casal de sexos opostos a um casal de pessoas do mesmo sexo; o fato de que tais serviços consistem em fotografia deriva da natureza do negócio escolhido pelos donos da empresa. Se a empresa escolhe oferecer serviços ao público, aumentando sua visibilidade a potenciais clientes, está sujeita à legislação de antidiscriminação. Se ela acredita que o NMHRA inibe sua criatividade, pode deixar de oferecer serviços ao público em geral.¹³²

A Corte também não concordou com o argumento de que se a *Elane Photography* for obrigada a fotografar cerimônias de casamentos entre pessoas do mesmo sexo, terceiros poderão acreditar que a empresa e seus donos aprovam esse tipo de união, pois é de conhecimento geral que fotógrafos são profissionais pagos pelos noivos, que podem não concordar com as escolhas destes, desde as cores da festa até o culto religioso. Ademais, assegurou que a empresa e seus donos mantêm o direito de expressar suas crenças religiosas e políticas, podendo propagar em seu

¹³⁰Idem, parágrafo 23.

¹³¹Idem, parágrafo 31.

¹³²Idem, parágrafo 39.

website ou estúdio um anúncio no sentido de que eles se opõem ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas se sujeitam à legislação de antidiscriminação aplicável.¹³³

A Corte ressaltou ainda que a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos não exime atividades criativas ou artísticas da observância das leis antidiscriminação. Mesmo que em tais atividades os profissionais expressem um discurso, ou criem um discurso para aqueles que contratam seus serviços, não existe nenhum precedente que sugere que esses profissionais podem violar a legislação que proíbe a discriminação. O entendimento de que a Primeira Emenda confere a fotógrafos que oferecem seus serviços ao público uma isenção em face das leis antidiscriminação, porque aqueles não seriam obrigados a expressar um ponto de vista de que discordam, comprometeria todas as proteções garantidas por estas leis.¹³⁴

Pressupondo que *Elane Photography*, como pessoa jurídica, tem o direito ao livre exercício da religião, a Corte entendeu que esse direito não foi violado, referindo-se ao precedente *Employment Division v. Smith*, em que a Suprema Corte estabeleceu que o direito de livre exercício de religião não exime o indivíduo da obrigação de obedecer a uma lei válida, neutra e de aplicação geral. A Suprema Corte de New Mexico considerou que o NMHRA se tratava de uma lei neutra e de genericamente aplicável, portanto não ofendia a cláusula de livre exercício da Primeira Emenda. Entendeu também que o *New Mexico Religious Freedom Restoration Act* não era aplicável ao caso porque este não pode ser suscitado em um conflito entre litigantes privados, já que apenas protege o indivíduo contra a restrição do livre exercício de religião por parte de agências governamentais.¹³⁵

¹³³Idem, parágrafo 47.

¹³⁴Idem, parágrafo 57.

¹³⁵O *New Mexico Religious Freedom Restoration Act* apresenta redação um tanto quanto diferente do RFRA federal, proporcionando uma proteção restrita à religião, que não se diferencia muito do padrão adotado em *Employment Division v. Smith* pela Suprema Corte (cf. nota 99, supra). Estabelece que uma agência governamental não restringirá o livre exercício da religião de uma pessoa, exceto: a) quando a restrição for na forma de uma regra de aplicabilidade genérica e não discriminar uma religião ou entre religiões; b) a aplicação da restrição à pessoa for essencial para cumprir um interesse imperativo do Governo e utilizar o meio menos restritivo para alcançar tal interesse (“a government agency shall not restrict a person’s free exercise of religion unless: a) the restriction is in the form of a rule of general applicability and does not directly discriminate against religion or among religions; and b) the application of the restriction to the person is essential to further a compelling governmental interest and is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest”). Ademais, determina que uma pessoa cujo livre

Em voto concorrente, o Justice Richard Bosson reconhece que, como cristãos praticantes, os Huguenins acreditam, como uma questão de fé, que alguns mandamentos bíblicos não estão abertos à interpretação secular; devem apenas ser obedecidos. Ninguém questionou sua devoção ou sinceridade; suas convicções religiosas merecem respeito. Eles acreditam que tirar fotografias contando a história de determinado evento (um casamento entre pessoas do mesmo sexo) expressa uma mensagem contrária a suas sinceras crenças religiosas, e que, se o fizessem, desobedeceriam a Deus. Se fazer isso comprometeria seus dogmas religiosos fundamentais, como o Estado de New Mexico pode obrigá-los a “desobedecer a Deus”, nesse caso?¹³⁶

Prossegue em seu raciocínio afirmando que existe uma lição aqui: em um governo constitucional, quando se age com base em crenças pessoais, religiosas e morais em detrimento dos direitos de terceiros, essas crenças sofrem limitações constitucionais. Todos são livres para acreditar, pensar e falar de acordo com sua própria consciência ou os mandamentos de Deus. Mas quando ações, ainda que religiosamente motivadas, conflituam com direitos de outros, deve haver uma acomodação. A recusa em atender ao casal do mesmo sexo, no caso, violou seu direito de contratar livre de discriminação.¹³⁷ Admite, ao final da decisão, que os Huguenins estavam sendo “compelidos pela lei a comprometer as crenças religiosas que inspiram suas vidas”; e conclui que esse é o “preço da cidadania”.¹³⁸

exercício da religião foi restringido por uma violação daquele ato pode se defender judicialmente, a fim de obter uma medida *contra uma agência governamental* (“[a] person whose free exercise of religion has been restricted by a violation of the New Mexico Religious Freedom Restoration Act may assert that violation as a claim or defense in a judicial proceeding and obtain appropriate relief against a government agency”). O conceito de agência governamental não inclui as cortes e os órgãos legislativos; além disso, a *New Mexico Human Rights Commission*, que se enquadraria neste conceito, não era parte no processo, e sua decisão já não produzia efeitos. Ver parágrafos 72, 74 e 77 da decisão ora examinada.

¹³⁶Aspas do autor, tradução minha. Cf. nota 126, parágrafo 83.

¹³⁷Idem, parágrafo 86.

¹³⁸Tradução minha: “All of which, I assume, is little comfort to the Huguenins, who now are compelled by law to compromise the very religious beliefs that inspire their lives. Though the rule of law requires it, the result is sobering. It will no doubt leave a tangible mark on the Huguenins and others of similar views” (Idem, parágrafo 90, grifei). “In short, I would say to the Huguenins, with the utmost respect: it is the price of citizenship” (Idem, parágrafo 92, grifei).

3.1.2

Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission

Em *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, a *Colorado Court of Appeals* entendeu que a confeitaria *Masterpiece Cakeshop* e seu proprietário, Jack Philips, violaram o *Colorado Anti-Discrimination Act* (CADA), que proíbe a discriminação por motivo de orientação sexual em locais de acomodação pública. Charlie Craig e David Mullins dirigiram-se à confeitaria a fim de solicitar um bolo para sua festa de casamento, quando receberam a negativa de Philips, que informou que ele não produzia bolos para casamentos entre pessoas do mesmo sexo por causa de suas crenças religiosas, mas que ficaria feliz em fornecer-lhes outro tipo de bolo ou quaisquer produtos da loja para outro evento.

Embora tenha facilmente conseguido um bolo para sua festa com a decoração de um arco-íris em outra confeitaria, gratuitamente, o casal fez uma reclamação à *Colorado Civil Rights Commission*, que ordenou que a *Masterpiece Cakeshop* passasse a produzir bolos para casamentos entre pessoas do mesmo sexo se ela produzisse bolos similares para casamentos entre pessoas de sexos opostos; que treinasse seus empregados para tal; que apresentasse relatórios sobre as medidas tomadas no sentido de se adequar ao CADA e sobre cada pedido que ela recusasse durante dois anos.¹³⁹ Desde então, a empresa deixou de fornecer bolos para casamentos em geral, perdendo em torno de quarenta por cento de sua renda e sendo levada a demitir alguns funcionários. A Suprema Corte de Colorado se negou a ouvir a apelação de Philips, que recorreu então à Suprema Corte dos Estados Unidos, que, por sua vez, já decidiu que analisará o caso.¹⁴⁰

Philips afirma que decorar bolos é uma forma de arte e expressão criativa, e que ele honra a Deus através de seus talentos artísticos, negando-se a empregá-los na confecção e produção de bolos que violem seus princípios cristãos, como bolos que celebram o *Halloween*, temas contra os Estados Unidos ou contra a família, ou que contenham mensagens ofensivas, odiosas, vulgares ou profanas.

¹³⁹ESTADOS UNIDOS. Colorado Court of Appeals. *N. 14CA1351*. Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission. LOEB, Chief Judge. 13 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.adfmedia.org/files/MasterpieceAppealsDecision.pdf>. Acesso em 09/11/2017. Parágrafo 8.

¹⁴⁰Ver <http://www.adfmedia.org/News/PRDetail/8700>. Acesso em 09/11/2017.

Além disso, ele não abre sua loja aos domingos e nem vende nenhum produto alcoólico, por causa de suas crenças religiosas. Consistente com essa forma de conduzir seu negócio é sua decisão de não produzir nenhum bolo que celebra qualquer casamento contrário aos ensinamentos bíblicos: como cristão, ele acredita que Deus instituiu o casamento como uma união sagrada entre um homem e uma mulher, que ilustra o relacionamento entre Jesus Cristo e Sua igreja. Para ele, na fé cristã existem poucos símbolos mais sagrados e santos do que o casamento. Por acreditar que produzir o bolo solicitado desonraria Jesus Cristo, ele se recusou a atender o pedido de Craig e Mullins.

Assim, alega que não recusou o pedido de Craig e Mullins por causa da orientação sexual destes, uma vez que não se recusa a atender nenhum cliente por causa de sua orientação sexual, e que assegurou àquele casal que produziria qualquer outro produto da confeitaria para eles, exceto um bolo de casamento. Afirma que sua recusa não se baseou em uma animosidade em relação a indivíduos homossexuais, mas na mensagem comemorativa sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo que criar um bolo de casamento transmitiria, pois ele se sente impedido em sua consciência de manifestar um discurso em apoio ao casamento homoafetivo, independentemente da orientação sexual das pessoas que solicitem esse discurso. Considerando que sua recusa não foi por causa da orientação sexual de Craig e Muller, argumenta que não violou o CADA.

A esses argumentos, a *Colorado Court of Appeals* respondeu que existem precedentes da Suprema Corte reconhecendo que é geralmente inapropriada a distinção entre discriminação com base em uma característica e discriminação com base em uma conduta intimamente relacionada a tal característica, citando o já mencionado *Christian Legal Society Chapter of the University of California, Hastings College of the Law v. Martinez*, entre outros. Ademais, acrescentou que em *Obergefell v. Hodges* a Suprema Corte igualou leis que proibiam o casamento entre pessoas do mesmo sexo à discriminação com base em orientação sexual. Nessas decisões, reconheceu que, em alguns casos, uma conduta não pode ser dissociada de uma característica. Isso ocorre quando uma conduta é tão intimamente relacionada a uma característica, que é adotada exclusiva ou predominantemente por pessoas que a possuem. A Corte de Colorado concluiu que o casamento entre pessoas do mesmo sexo se enquadra nesse tipo de conduta,

uma vez que é praticada exclusiva ou predominantemente por gays, lésbicas ou bissexuais.¹⁴¹

Quanto ao argumento de que *Masterpiece* forneceria ao casal outros produtos, como bolos de aniversário, *cookies* ou qualquer item que não fosse um bolo de casamento, a Corte respondeu que a obediência ao CADA não permitiria que fosse recusado a Craig e Mullins nenhum serviço disponível ao público em geral, citando, inclusive, o precedente *Willock x Elane Photography* acima examinado.¹⁴²

Masterpiece também alegou que bolos de casamento inevitavelmente transmitem uma mensagem comemorativa. Trata-se de um discurso simbólico, protegido pela Primeira Emenda, independentemente das frases ou figuras que seu modelo venha a conter. Assim sendo, a ordem da *Commission* no sentido de fornecer qualquer bolo de casamento, sem discriminação, inconstitucionalmente a compelia a transmitir uma mensagem comemorativa sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo que conflituava com suas crenças religiosas – e a transmitir literalmente qualquer mensagem, como, por exemplo, um bolo de casamento com a frase “Jack Philips apoia o casamento entre pessoas do mesmo sexo” ou “Jesus aprova casamentos entre pessoas do mesmo sexo”.¹⁴³

Alegou que a *Commission* fizera um juízo de valor sobre essa questão, pois reconheceu que um confeitiro judeu ou negro poderia se recusar a fazer um bolo para a *Aryan Nations Church*, e um confeitiro homossexual poderia se recusar a fazer um bolo para a *Westboro Baptist Church*, estando nesses casos protegidos pela liberdade de expressão, pois seriam bolos com mensagens “explícita e incontestavelmente ofensivas”. Contudo, a Constituição garante o direito de que Philips decida por ele mesmo que ideias e crenças merecem expressão; nem a *Commission* e nem o Estado de Colorado podem ignorar essa garantia com base no entendimento de que um bolo de casamento entre pessoas do mesmo sexo não é “incontestavelmente ofensivo”, ou porque Philips tem uma visão minoritária sobre casamento homoafetivo. Ao contrário, a cláusula da

¹⁴¹Cf. nota 139, parágrafo 34.

¹⁴²Idem, parágrafo 40.

¹⁴³ Aspas do autor, tradução minha. ESTADOS UNIDOS. Colorado Court of Appeals. *N. 14CA1351*. *Masterpiece Cakeshop opening brief*. MARTIN, Attorney. 9 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.adfmedia.org/files/MasterpieceOpeningAppellateBrief.pdf>. Acesso em 09/11/2017. Página 25.

liberdade de expressão proíbe o governo de transformar seus cidadãos em instrumentos de fomento a uma ideologia que eles achem inaceitável.¹⁴⁴

Alegou também que Philips é o autor do discurso quando cria seus bolos, em conjunto com seus clientes. Ele passa dias projetando cada bolo especificamente para cada casal com o objetivo de honrar, celebrar e apoiar cada união. Quando ele cria um bolo, ele é um *chef*, um pintor, e em alguns casos um escultor; mas em todas as vezes ele é um artista, cujo trabalho é claramente protegido pela Primeira Emenda. A ordem da *Commission* diretamente requer que Philips se dedique a uma expressão criativa contrariamente à sua vontade, uma violação da liberdade artística que vai além de qualquer caso com que a Suprema Corte já tenha se deparado e condenado.

Além de fazer com que Philips gaste seu tempo e energia para comunicar uma mensagem em que não acredita, essa ordem inibe seu discurso (“*chills his speech*”), pois o induz a adotar o caminho mais seguro e deixar de produzir todos os bolos de casamento – como, de fato, aconteceu. Tal ordem também tem o efeito de alterar a expressão de Philips de que o casamento é uma união entre um homem e uma mulher que ilustra a união entre Jesus Cristo e Sua Igreja, pois, em sua concepção, produzir bolos de casamento apenas para casais de sexos opostos comunica poderosamente o significado que essa instituição tem para ele. Forçá-lo a fazer bolos para qualquer outro tipo de união altera sua mensagem, pois o obriga a parecer concordar com a mensagem de um bolo de casamento homoafetivo ou então esclarecer publicamente sua visão contrária a tal união. A Primeira Emenda impede que o Estado imponha essa escolha: a Suprema Corte já reconheceu que a liberdade de expressão se aplica igualmente a declarações que o locutor preferiria evitar, e que o governo não pode obrigar alguém a alterar seu discurso – inclusive aquele que escolhe silenciar. Em vez de celebrar ou condenar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, Philips prefere se manter em silêncio sobre essa questão.¹⁴⁵

Sobre esses pontos, a Corte entendeu que, ainda que compelida pelo governo, a conduta exigida de não discriminar potenciais clientes não é suficientemente expressiva para justificar proteções da Primeira Emenda. Reafirmou o entendimento da Suprema Corte de que a liberdade de expressão

¹⁴⁴Aspas do autor, tradução minha. Idem, página 26.

¹⁴⁵Idem, págs. 32 e 33.

inclui o direito de se abster de falar e proíbe o governo de determinar o que as pessoas devem dizer, e de obrigá-las a disseminar uma mensagem de terceiros. Reafirmou também o entendimento de que uma conduta pode ser considerada um discurso quando uma pessoa a pratica com a intenção de expressar uma ideia. Neste caso, as proteções da Primeira Emenda só são aplicáveis quando a conduta é “intrinsecamente expressiva” (“*inherently expressive*”). Para se saber se uma conduta é intrinsecamente expressiva, deve-se perquirir se a intenção de transmitir uma mensagem específica estava presente, e se havia alta probabilidade de que a mensagem seria compreendida por aqueles que a visualizassem. Como exemplos em que a Suprema Corte reconheceu uma conduta expressiva, citou: marchar em uma parada LGBT; queimar a bandeira norte-americana como forma de protesto contra políticas governamentais; vestir uma suástica em uma parada; vestir uma braçadeira como forma de protesto contra guerra.¹⁴⁶

A Corte de Colorado considerou que a exigência do governo no sentido de que a *Masterpiece* elaborasse e produzisse bolos de casamento a todos os potenciais clientes, sem discriminação, não transmitia uma mensagem comemorativa sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo a observadores. Para um observador razoável, a mensagem comemorativa de um casamento entre pessoas do mesmo sexo que pode ser extraída de um bolo de casamento tem maior probabilidade de ser atribuída aos clientes do que à *Masterpiece*. Esta não propaga a mensagem de que apoia o casamento homoafetivo por simplesmente cumprir a lei e servir seus clientes de forma não discriminatória, sendo improvável que o público veja o fornecimento de um bolo para um casamento entre pessoas do mesmo sexo como uma aprovação de tal união. Concluiu, assim, que o CADA não compele uma conduta expressiva por parte da *Masterpiece*.¹⁴⁷ Ademais, aduziu que esta mantinha a liberdade de publicar em seu *website* ou na loja um anúncio indicando que a prestação de seus serviços não constituía apoio ou aprovação às condutas protegidas pelo CADA.

Admitiu que um bolo de casamento, em algumas circunstâncias, pode transmitir uma mensagem específica de celebração ao casamento entre pessoas do mesmo sexo e que, nesses casos, as proteções da Primeira Emenda à liberdade de expressão podem ser aplicáveis. Contudo, entendeu que não precisava entrar nesse

¹⁴⁶Cf. nota 139, *supra*, parágrafo 53.

¹⁴⁷Idem, parágrafos 62 a 64.

mérito, uma vez que Philips se recusou a atender ao pedido de Craig e Mullins antes de qualquer discussão sobre o modelo do bolo ou eventuais frases nele escritas.¹⁴⁸

Por fim, sobre as alegações de *Masterpiece* no sentido de que a ordem da *Commission* violava seu direito ao livre exercício de religião garantido pela Constituição dos Estados Unidos e do Estado de Colorado, a Corte ponderou que o CADA consiste em uma norma neutra e aplicabilidade genérica, portanto a cláusula de livre exercício de religião não exime um indivíduo de suas determinações, referindo-se ao supramencionado precedente *Smith*. Em nota, ressaltou que o Estado de Colorado não elaborou sua *Religious Freedom Restoration Act*, diferentemente de muitos outros Estados.¹⁴⁹ Concluiu também que a legislação atende ao interesse imperativo do governo de eliminar a discriminação em locais de acomodação pública, garantindo que bens e serviços estejam igualmente disponíveis a todos os cidadãos.

3.1.3

Ward v. Polite

A *United States Court of Appeals for the Sixth Circuit* reverteu a decisão que concedera julgamento sumário em favor da universidade *Eastern Michigan University*, que havia punido sua aluna Julea Ward com a expulsão do curso de *counseling*, por causa dos fatos descritos a seguir. Desde o início do curso, Ward expressava durante as aulas que suas convicções religiosas a impediriam de colocar em prática os ensinamentos dos seus professores no sentido de que os alunos deveriam demonstrar aprovação em relação aos valores dos clientes durante as sessões de *counseling*. Ela afirmava que sua fé cristã a impediria de apoiar relações homoafetivas de um cliente, bem como certas condutas heterossexuais, como o sexo extramarital ou o adultério. Nada disso impediu que ela prosseguisse com o curso.¹⁵⁰

¹⁴⁸Idem, parágrafo 71.

¹⁴⁹Idem, parágrafo 79 e nota 12.

¹⁵⁰ESTADOS UNIDOS. United States Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Appeal from the U.S. District Court for the Eastern District of Michigan and Detroit. No. 09-11237. Julea Ward v. Polite et al.* SUTTON, Circuit Judge. 27 de janeiro de 2012. Disponível em <http://www.adfmedia.org/files/WardAppellateDecision.pdf>. Acesso em 12/11/2017. Pág. 3.

Entretanto, ao final de sua graduação, quando foi necessário fazer aulas práticas que envolviam o atendimento de um paciente com o acompanhamento de um supervisor da universidade, Ward foi designada para atender um indivíduo homossexual. Ela pediu a seu supervisor que ela pudesse começar a atendê-lo e então solicitar o encaminhamento, caso o assunto da sessão se direcionasse a questões relativas a relacionamento homossexual, ou que o paciente fosse encaminhado a outro estudante desde o início.

Considerando os ensinamentos de seus professores no sentido de que, nesses casos, a única conduta que o *counselor* pode adotar é apoiar os relacionamentos homoafetivos dos pacientes – uma mensagem que suas crenças religiosas a impediam de transmitir – ela solicitou permissão para encaminhar a um colega pacientes homossexuais que buscavam aconselhamento sobre relacionamentos homoafetivos. O supervisor encaminhou o paciente a outro estudante, porém em seguida a universidade deu início a um processo disciplinar, ao final do qual se decidiu expulsar Ward do curso, porque ela teria violado o Código de Ética da *American Counseling Association*, ao impor valores que são inconsistentes com objetivos da profissão e discriminar em função de orientação sexual, desrespeitando a diversidade dos pacientes.¹⁵¹

A Corte concluiu que um júri razoável poderia entender que a universidade utilizou o Código de Ética como um pretexto para punir a opinião religiosa e o discurso de Ward. Reafirmou o entendimento da Suprema Corte no sentido de que escolas não precisam ser tolerantes com um discurso de um estudante que seja inconsistente com sua missão educacional básica: educadores podem limitar ou avaliar o discurso na sala de aula em prol do ensino, e têm o poder de controlar seu próprio discurso e o currículo escolar. Contudo, a Primeira Emenda não permite que educadores invoquem este currículo como pretexto para punir um estudante por causa de sua religião. Mesmo no contexto de uma universidade secular, o discurso religioso é um discurso protegido pela liberdade de expressão, e discriminar contra as crenças religiosas de um estudante não é um objetivo legítimo daquela instituição.¹⁵²

Acrescentou que Ward solicitou o encaminhamento do paciente a outro estudante justamente para evitar impor seus próprios valores a um paciente

¹⁵¹Idem, pág. 5.

¹⁵²Idem, pág. 10.

homossexual – atitude que é proibida pelo Código de Ética – respeitando, assim, a diversidade dos pacientes, e deixando claro que ela estava disposta a aconselhá-los a respeito de todas as questões, exceto as relativas a relacionamento homoafetivo. Afirmou que, certamente, a proibição à discriminação com base em religião, por exemplo, não obriga um *counselor* muçulmano a dizer a um cliente judeu que suas crenças estão corretas, ou um ateu a dizer a um teísta que existe um Deus se seu cliente está lidando com questões sobre sua fé. “A tolerância é uma via de mão dupla. Caso contrário, a regra impõe a ortodoxia, e não a antidiscriminação”¹⁵³.

Ressaltou também que o Código de Ética da ACA permite o encaminhamento a outros profissionais com base em valores, como solicitado por Ward, trazendo como exemplo explícito a permissão de que *counselors* escolhessem não trabalhar com pacientes terminais que quisessem explorar, nas sessões, opções sobre como dar fim à própria vida. Além disso, apontou que vários livros utilizados nas aulas de Ward discorriam sobre a possibilidade e inevitabilidade dos encaminhamentos em casos como esse.¹⁵⁴

Levando em conta a forma tendenciosa com que Ward fora questionada sobre sua fé durante o processo disciplinar que culminou em sua expulsão, a Corte constatou que um júri razoável poderia enxergar evidências de que esta ocorreu por causa do discurso religiosamente motivado da estudante, e não por algum objetivo pedagógico legítimo. Uma universidade não pode, com base em uma política fictícia, compelir um estudante a alterar ou violar suas crenças religiosas para obter seu diploma.¹⁵⁵

Na hipótese de se entender que o Código de ética permite o encaminhamento, a universidade alegou que adotava, como regra, a política de não permitir que os estudantes fizessem encaminhamentos. A Corte observou que aquela não conseguiu comprovar esta alegação, uma vez que essa política não estava escrita em nenhum documento pertinente – pelo contrário, o manual do estudante incluía um capítulo sobre esse tema; foi comprovado que a universidade havia aceitado encaminhamentos em situações anteriores, por motivos seculares (autorizou que um estudante em luto encaminhasse a um colega o atendimento de

¹⁵³Idem, pág. 11, tradução minha.

¹⁵⁴Idem, pág. 12.

¹⁵⁵Idem, pág. 15.

um paciente em luto, por exemplo); essa suposta política não foi informada a Ward no momento em que ela solicitou o encaminhamento e nem posteriormente, durante o processo disciplinar.

Assim, aplicando uma das exceções que a Suprema Corte listou em relação à regra adotada em *Smith*, concluiu que um júri razoável poderia depreender que se tratava de uma tentativa de utilizar uma norma aparentemente neutra e genericamente aplicável como instrumento para impor um fardo ao livre exercício da religião, aplicando a política de antidiscriminação de maneira injusta em relação a Ward.¹⁵⁶

A universidade também não logrou êxito em demonstrar um interesse imperativo na expulsão de Ward, uma vez que permitir o encaminhamento solicitado atenderia ao interesse desta e do cliente, que não ficaria ciente da solicitação e seria atendido por alguém mais capacitado a lhe prestar auxílio quanto a suas questões sobre relacionamentos homoafetivos. Ademais, considerando os variados tipos de encaminhamentos permitidos pela profissão, a universidade não conseguiu comprovar que seria prejudicada se atendesse à solicitação.¹⁵⁷

A *United States Court of Appeals for the Sixth Circuit* determinou que o processo retornasse à instância inferior para que esta executasse os procedimentos cabíveis. Posteriormente, em acordo, a universidade pagou uma indenização de \$75.000 a Julea e removeu a expulsão de seu histórico.¹⁵⁸

3.1.4

Lexington-Fayette Urban County Human Rights Commission v. Hands On Originals

A *Lexington-Fayette Urban County Human Rights Commission* recorreu à *Commonwealth of Kentucky Court of Appeals* da sentença que reverteu sua decisão no sentido de que *Hands on Originals* discriminou contra a organização *Gay and Lesbian Services Organization* (GLSO), violando o *Lexington-Fayette Urban County Government's public accommodation ordinance*, que proíbe a

¹⁵⁶Idem, pág. 16.

¹⁵⁷Idem, pág. 19.

¹⁵⁸Ver <https://www.adflegal.org/detailspages/case-details/ward-v.-polite>. Acesso em 13/11/2017.

discriminação com base em orientação sexual ou identidade de gênero em locais de acomodação pública, pelos fatos abaixo descritos. Aquela Corte reafirmou a decisão da Corte inferior no sentido de que a empresa não violou a *ordinance*; e que, se a violou, a sua aplicação no caso foi inconstitucional. A *Commission* recorreu, então, à *Commonwealth of Kentucky Supreme Court*, que ainda não se manifestou.¹⁵⁹

A GLSO é uma organização sem fins lucrativos que luta pelos direitos LGBT em Kentucky, cujos membros também incluem indivíduos heterossexuais – como Aaron Baker, Presidente da GLSO. Já a *Hands on Originals* atua no ramo de promover mensagens; especificamente, produz camisetas, canetas, canecas e outros acessórios. Blaine Adamson é um dos proprietários da *Hands on Originals*, e gerencia o negócio. De acordo com a política e a declaração de missão da empresa, escrita em seu *website*, os serviços que ela oferece são limitados pelos valores morais de seus donos: “A *Hands on Originals* emprega e contrata com pessoas de todos os gêneros, raças, religiões, preferências sexuais e origens nacionais. Entretanto, devido à natureza publicitária de nossos produtos, é prerrogativa da *Hands on Originals* recusar qualquer pedido que endosse opiniões que conflituam com as convicções de seus donos”.¹⁶⁰ De maneira consistente com essa política, empresa já se recusou a produzir camisetas que promoviam um *strip-club*, canetas que promoviam um filme em que havia cenas de sexo explícito, e itens com imagens que continham mensagens violentas, a palavra “*bitches*” e desenhos de Jesus vestido como um pirata ou vendendo frango frito, por exemplo.

Em março de 2012, Don Lowe, em nome da GLSO, ligou para a *Hands on Originals* a fim de solicitar camisetas com uma imagem que incluía as palavras “*Lexington Pride Festival 2012*”, o número “5” e círculos coloridos com as cores do arco-íris ao redor do “5”. A GLSO pretendia vender essas camisetas para promover o *2012 Lexington Pride Festival*, um evento que ela organizava. Adamson atendeu o telefone e respondeu: “Don, eu sei que isso vai lhe

¹⁵⁹Ver <http://www.adfmedia.org/News/PRDetail/9254>. Acesso em 13/11/2017.

¹⁶⁰ESTADOS UNIDOS. Commonwealth of Kentucky Court of Appeals. Appeal from Fayette Circuit Court. No. 14-CI-04474. Lexington-Fayette Urban County Human Rights Commission v. Hands On Originals. KRAMER, Chief Judge. 12 de maio de 2017. Disponível em <http://www.adfmedia.org/files/HandsOnOriginalsOpinion.pdf>. Acesso em 13/11/2017. Pág. 3. Tradução minha.

desagradar, mas por causa de minha crença cristã, não posso promover isso”.¹⁶¹ Em seguida, Aaron Baker prestou queixa junto à *Commission*, alegando que a *Hands on Originals* havia discriminado com base em orientação sexual e identidade de gênero, violando a *ordinance*.

Com base no que Adamson relatou à *Commission* em um depoimento, esta concordou com Baker. Adamson argumentou que sua objeção em produzir as camisetas não era por causa da orientação sexual dos membros da GLSO, mas por causa da defesa do orgulho em ser homossexual que o *Pride Festival* promovia. A *Commission* afirmou que a aceitação desse argumento permitiria que uma acomodação pública recusasse seu serviço a um indivíduo ou grupo de indivíduos que expressam orgulho em sua característica, levando ao absurdo de incluir pessoas com deficiências que abertamente as demonstram nas paraolimpíadas, pessoas que expressam seu orgulho em ser de uma determinada raça ou em professar determinada religião. Concluiu que a objeção à produção das camisetas estava intimamente associada à orientação sexual e à identidade dos membros da GLSO. A *Hands on Originals* havia discriminado com base em orientação sexual e identidade de gênero; ou havia discriminado com base em conduta que é exclusiva ou predominantemente adotada por LGBT.¹⁶²

A *Circuit Court* reverteu a decisão da *Commission*, o que foi confirmado pela *Court of Appeals*. Esta Corte entendeu que não ficou comprovado que a empresa negou a algum indivíduo o completo e equânime gozo de bens e serviços oferecidos ao público *porque* o indivíduo em questão tinha uma orientação sexual ou identidade de gênero específica. Adamson testemunhou que nunca soube nem perguntou sobre a orientação sexual de Lowe, único representante da GLSO com quem ele falou sobre as camisetas; este confirmou que nunca falou com Adamson sobre sua orientação sexual. Já a GLSO não possui orientação sexual ou identidade de gênero: trata-se de uma organização sem gênero que funciona como uma rede de suporte para indivíduos que se identificam como LGBT, e que luta pelos direitos destes.¹⁶³

Também afirmou que não ficou comprovado que a *Hands on Originals* recusou-se a fornecer bens ou serviços a um indivíduo porque este estava

¹⁶¹Idem, pág. 5. Tradução minha.

¹⁶²Idem, pág. 7.

¹⁶³Idem, págs. 15 e 16.

praticando uma conduta que é exclusiva ou predominantemente adotada por uma classe protegida de pessoas. A *Commission* entendera que essa conduta seria a de expressar orgulho em ser LGBT por parte da GLSO. Todavia, como dito, a GLSO não possui orientação sexual, e pessoas de todas as orientações sexuais podem ser membros da organização, apoiar suas causas ou participar do *Prive Festival*. A GLSO presta suporte e defesa a terceiros (indivíduos LGBT), e as camisetas solicitadas são um exemplo disso, pois o objetivo era que fossem vendidas a todos, transmitindo a mensagem de que: algumas pessoas são LGBT; pessoas que possuem tais orientações sexuais têm tanto direito à irrestrita aceitação social quanto os heterossexuais.¹⁶⁴

Prosseguiu em seu raciocínio, asseverando que o ato de vestir um quipá é exclusiva ou predominantemente praticado por pessoas que professam o Judaísmo; a relação sexual ou o casamento com alguém do mesmo são condutas exclusiva ou predominantemente praticadas por pessoas que são homossexuais. Mas qualquer um, independentemente de orientação sexual, religião, raça ou gênero, pode abraçar a crença de que pessoas de diversas orientações sexuais têm o mesmo direito à irrestrita aceitação social que heterossexuais. Ressaltou que o caso em análise foi, inclusive, iniciado por Baker, um homem casado com alguém do sexo oposto, Presidente da GLSO. Sendo assim, transmitir uma mensagem em apoio a uma causa ou crença (como produzir ou vestir uma camiseta exibindo uma mensagem de apoio à igualdade) não pode ser considerado como uma conduta intimamente associada à característica protegida pela legislação de antidiscriminação, exclusiva ou predominantemente adotada por pessoas que possuem tal característica. Trata-se de um ponto de vista e um discurso que pode ser perpetrado por qualquer pessoa.

O “serviço” que a *Hands on Originals* oferece é a propagação de *mensagens*. A “conduta” que ela escolheu não promover foi puro discurso. Nenhuma das partes sustenta que a empresa é um *fórum* público, além de ser uma *acomodação* pública. Nada na *ordinance* proíbe a *Hands on Originals*, um negócio privado, de exercer a censura sobre pontos de vista ou mensagens. Embora os serviços que ela fornece sejam limitados e censurem alguns pontos de vista, a limitação dos serviços oferecidos é a mesma para todos os clientes e não é,

¹⁶⁴Idem, págs. 16 e 17.

portanto, proibida pela *ordinance*. Uma conclusão contrária resultaria em uma absurdidade, pois obrigaria a *Hands on Originals* a promover mensagens de que ela discorda, para qualquer indivíduo que solicitasse camisetas com mensagens manifestando apoio a quaisquer classes protegidas pela lei. Claramente, esse não é o propósito da *ordinance*.¹⁶⁵

Em voto concorrente, o juiz Lambert declarou que concorda com o resultado alcançado pela maioria por outro fundamento: o precedente *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, em que a Suprema Corte estabeleceu que o *Religious Freedom Restoration Act* permite que empresas com fins lucrativos que são administradas “de perto” por seus donos (“*closely held, for-profit entities*”) promovam livremente as sinceras crenças religiosas destes. Apontou que o *Kentucky’s Religious Freedom Restoration Statute* proporciona proteção similar contra leis de Kentucky que imponham um fardo substancial ao livre exercício de religião.¹⁶⁶

Esclareceu que a recusa a produzir as camisetas não ocorreu simplesmente porque o representante da GLSO fazia parte de uma classe protegida pela *ordinance*, mas porque os donos da *Hands on Originals* acreditavam que o estilo de vida promovido pela GLSO conflitava com seus valores cristãos. Ademais, ninguém questionou a sinceridade das crenças religiosas daqueles; na verdade, as partes concordaram que a *ordinance* impõe um fardo substancial às crenças religiosas dos donos da empresa. Também não há dúvida de que a *Commission* tem um interesse imperativo em impedir a discriminação com base em orientação sexual em locais de acomodação pública. Para Lambert, a questão central é se a *ordinance* é o meio menos restritivo para a *Commission* impedir a discriminação de membros da comunidade LGBT nesses locais, sem impor um fardo substancial ao livre exercício de religião.

Ele acredita que não: em vez de dar ao dono da empresa administrada “de perto” um meio alternativo para acomodar as necessidades de um cliente que quer promover uma causa contrária à fé daquele, a *ordinance* obriga o dono da *Hands on Originals* a violar suas sinceras crenças religiosas ou receber uma punição. Como exemplo, cita a própria atitude de Adamson, que se ofereceu para encontrar outra empresa que atendesse ao pedido pelo mesmo preço. Assim sendo, levando

¹⁶⁵Idem, págs. 17 e 18. Aspas e grifos do autor, tradução minha.

¹⁶⁶Idem, págs. 19 e 20.

em conta os *Religious Freedom Restoration Acts* e a decisão *Hobby Lobby*, considera que a *ordinance* é inválida quando aplicada a este caso.¹⁶⁷

Por fim, o juiz Taylor apresentou voto dissidente, pois entendeu que a conduta da *Hands on Originals* foi deliberadamente discriminatória. Para ele, *Hobby Lobby* não é aplicável nesse caso, pois esta decisão se limita à liberdade religiosa de não se submeter à obrigação legal de fornecer contraceptivos aos empregados, imposta pelo *Affordable Care Act*; e o *Kentucky's Religious Freedom Restoration Statute* não é aplicável porque ele não impede que o governo faça cumprir leis que proíbem a discriminação e protegem direitos fundamentais de outros cidadãos.¹⁶⁸

Entendeu também que a *Hands on Originals* e seus donos discriminaram contra a GLSO e seus membros com base em sua orientação sexual ou identidade de gênero. Segundo ele, o argumento de que a GLSO não possui orientação sexual não prospera, uma vez que ela defende os direitos dos LGBT e promove um estilo de vida alternativo, que é contrário a algumas crenças religiosas. Aponta que Adamson se recusou a produzir as camisetas por causa de suas crenças religiosas contrárias a relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo. Em seguida, aduz que a Suprema Corte assegurou o direito fundamental ao relacionamento e casamento entre pessoas do mesmo sexo com base na Constituição em *Obergefell v. Hodges* e que, independentemente de crenças pessoais ou religiosas, essa é a lei que as Cortes têm o dever de cumprir.¹⁶⁹

Afirmou que o entendimento de que censurar a publicação desejada pela GLSO não violou a *ordinance* significaria que esta protege homossexuais apenas quando eles não demonstram publicamente sua orientação sexual, contrariando o propósito da legislação. Além disso, considerou que o discurso que a *Hands on Originals* pretendeu censurar não era obsceno ou difamatório, de forma a justificar a proteção da Primeira Emenda, e que não havia nada na mensagem que indicasse que a própria *Hands on Originals* promovia ou endossava o Festival.

¹⁶⁷Idem, pág. 21.

¹⁶⁸Idem, pág. 22.

¹⁶⁹Em suas palavras, “the circuit court sets forth several times in its Opinion and Order that HOO and Adamson refused to print GLSO’s t-shirts because of their religious beliefs against same sex relationships. However, gay marriage and same sex relationships are now recognized under the United States Constitution as a fundamental right. Id. Regardless of personal or religious beliefs, this is the law that courts are duty bound to follow”. Idem, pág. 24.

Por fim, discorreu sobre o direito à liberdade de expressão que a GLSO tinha na promoção do Festival.¹⁷⁰

3.2

Reino Unido

3.2.1

Ladele v. Islington Council's Registry of Marriages

Em *Eweida and others v. UK*, a Corte Europeia de Direitos Humanos examinou quatro casos concretos ocorridos na Inglaterra em que os recorrentes alegavam violação do livre exercício de liberdade religiosa em seus respectivos ambientes de trabalho. A este estudo interessam apenas dois deles, que passam a ser examinados.

Lilian Ladele trabalhava como escritvã no *Islington Council's Registry of Marriages* desde 1992. Em 2005, quando entrou em vigor no Reino Unido o *Civil Partnership Act*¹⁷¹, o *Council* decidiu designar todos os escritvães responsáveis por registrar nascimentos, óbitos e casamentos para a oficialização de *civil partnerships*. A legislação não exigia que ele adotasse esta política; outras autoridades locais optaram por permitir que escritvães com sinceras objeções religiosas escolhessem não ser designados para oficializar as *civil partnerships*. O *Islington Council*, por sua vez, aderiu à política de Dignidade para Todos (*"Dignity for All"*), segundo a qual ele promoveria igualdade para todos, mas especialmente combateria a discriminação com base em idade, deficiência, gênero, raça, religião e sexualidade.¹⁷²

Não obstante, inicialmente se permitiu que Ladele se abstivesse de oficializar as *civil partnerships*, através de acordos informais com seus colegas, pois ela sinceramente acreditava que o casamento era uma união entre um homem e uma mulher, e que aquelas eram contrárias às leis de Deus, pois consistiam em uma errônea imitação da instituição do casamento. Contudo, passados alguns

¹⁷⁰Idem, págs. 25 e 26.

¹⁷¹Ver pág. 38, *supra*.

¹⁷²ESTRASBURGO. European Court of Human Rights. *Applications Nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10*. *Eweida and Others v. the United Kingdom*. BJORGVINSSON, President. 15 de janeiro de 2013. Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng>. Págs. 9 e 10.

meses, dois colegas se queixaram de que a recusa de Ladele em exercer tal função era discriminatória. A autoridade local exigiu que Ladele assinasse um termo, comprometendo-se a oficializar as *civil partnerships* a partir de então. Ela negou-se a fazê-lo, e solicitou que aquela elaborasse um arranjo interno que pudesse acomodar suas crenças religiosas.

Essa situação prejudicou o clima no local de trabalho, uma vez que colegas homossexuais afirmaram que se sentiam vitimizados com a atitude de Ladele. A autoridade local instaurou um processo disciplinar, em que solicitou que ela assinasse uma nova descrição de seu cargo, exigindo que ela conduzisse as assinaturas e outras tarefas administrativas relacionadas às *civil partnerships*. Ladele fez uma reclamação ao *Employment Tribunal*, alegando discriminação direta e indireta com base em religião e assédio, no que obteve êxito. Todavia, em apelação, o *Employment Appeal Tribunal* reverteu esta decisão, considerando que a atitude da autoridade local havia sido um meio proporcional para atingir um fim legítimo¹⁷³, qual seja, prover o serviço cartorário de forma não discriminatória.

Em subseqüente apelação, *Court of Appeal* manteve esta decisão, entendendo que: o fato de que a recusa de Ladele em oficializar as *civil partnerships* era baseada em sua visão religiosa sobre o casamento não justifica a conclusão de que o *Islington Council* não poderia implementar sua política de Dignidade para Todos; Ladele era uma servidora pública e estava trabalhando para uma autoridade pública; ela estava sendo solicitada a desempenhar uma tarefa puramente secular, como parte de seu trabalho; sua recusa em executar tal tarefa envolvia discriminar indivíduos homossexuais durante o trabalho; ela estava sendo solicitada a executar tal tarefa por causa da política de Dignidade para Todos adotada por *Islington*, cujo louvável objetivo era evitar ou minimizar a discriminação entre os empregados, e entre *Islington* (e seus empregados) e a

¹⁷³A *Regulation 3* do *Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003* estabelece que, para os propósitos das *Regulations*, uma pessoa (A) discrimina contra outra pessoa (B) se: (...) b) A aplica a B uma medida, critério ou prática que ele aplica ou aplicaria a todas as pessoas que não são da mesma religião ou crença de B, mas: i) que coloca ou colocaria pessoas da mesma religião ou crença de B em particular desvantagem, quando comparado com outras pessoas; ii) que coloca B em desvantagem; iii) A não consegue demonstrar que os meios utilizados são proporcionais para se atingir um objetivo legítimo. (“For the purposes of these Regulations, a person (‘A’) discriminates against another person (‘B’) if – (...) (b) A applies to B a provision, criterion or practice which he applies or would apply equally to persons not of the same religion or belief as B, but – (i) which puts or would put persons of the same religion or belief as B at a particular disadvantage when compared with other persons, (ii) which puts B at that disadvantage, and (iii) which A cannot show to be a proportionate means of achieving a legitimate aim”). Ver pág. 16 da decisão ora analisada.

comunidade; sua recusa estava causando ofensa a pelo menos dois colegas de trabalho homossexuais; sua objeção era baseada em sua visão sobre casamento, que não é uma parte fundamental de sua religião; a exigência de *Islington* não impedia que ela praticasse seu culto como desejasse. Concluiu, assim, que o desejo de Ladele de que suas crenças religiosas fossem respeitadas não poderia suplantar o interesse de *Islington* de garantir que todos os escrivães manifestassem tanto respeito pela comunidade homossexual quanto pela comunidade heterossexual. Por fim, a Suprema Corte do Reino Unido recusou-se a ouvir o caso em 2010.¹⁷⁴

Diante da Corte Europeia de Direitos Humanos, Ladele alegou que houve violação ao artigo 9º, combinado com o artigo 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos¹⁷⁵, pois ela considerou que foi discriminada com base em sua religião. Argumentou que os atos por que foi disciplinada eram uma manifestação de sua religião, sendo aplicáveis, portanto, os aludidos artigos, e que ao falhar em tratá-la diferentemente dos seus colegas que não possuíam objeção de consciência, a autoridade local a havia discriminado indiretamente. Esta poderia ter razoavelmente acomodado suas crenças religiosas, e sua recusa em adotar o meio menos restritivo foi desproporcional, com base nos artigos 9º e 14 da Convenção, uma vez que o serviço poderia ser prestado de forma eficiente sem que Ladele fosse obrigada a oficializar *civil partnerships*. Ao contrário, a autoridade local não levou em conta o papel de neutralidade que deveria assumir, falhando em encontrar um equilíbrio entre prestar seus serviços de forma que não houvesse discriminação com base em orientação sexual e, ao mesmo tempo, evitar a discriminação contra seus próprios empregados com base em religião.¹⁷⁶

A Corte Europeia de Direitos Humanos concordou que a exigência de que todos os escrivães responsáveis por oficializar nascimentos, óbitos e casamentos também oficializassem *civil partnerships* tinha um impacto particularmente prejudicial sobre Ladele, por causa de suas crenças religiosas. Para determinar se a decisão da autoridade local de não abrir uma exceção para esta e outras pessoas

¹⁷⁴Cf. nota 172, págs. 11 e 12.

¹⁷⁵Ver art. 9º em nota 51, supra. ARTIGO 14º: “Proibição de discriminação – O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*, op. cit. nota 51, supra.

¹⁷⁶Cf. nota 172, págs. 28 e 29.

na mesma situação consistia ou não em uma discriminação indireta, em violação ao art. 14, necessário perquirir se a política adotada visava um fim legítimo, e se era proporcional. A Corte entendeu que o fim era legítimo: garantir a todos iguais oportunidades e exigir que seus empregados agissem de forma não discriminatória.¹⁷⁷

Sobre a proporcionalidade, a Corte reconheceu que as consequências para Ladele foram muito sérias: diante do peso de sua convicção religiosa, ela considerou que não tinha escolha senão sofrer uma sanção disciplinar, em vez de oficializar *civil partnerships* e, ao final, perdeu seu emprego. Além disso, não se pode dizer que ela deveria ter sinalizado seu direito de manifestar sua crença religiosa quando assumiu o cargo, desde então comunicando que não oficializaria uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que essa exigência foi introduzida pelo empregador posteriormente. Por outro lado, a política da autoridade local tinha o objetivo de assegurar os direitos de outras pessoas, que também são garantidos pela Convenção.

A Corte assentou que geralmente confere às autoridades nacionais uma margem ampla de apreciação, quando se trata de decidir sobre um conflito de direitos protegidos pela Convenção. No caso em tela, não considera que as autoridades nacionais – tanto o empregador quanto as cortes inglesas – excederam essa margem de apreciação disponível. Concluiu que não houve, portanto, violação aos artigos 9 e 14 da CEDH.

Em voto dissidente, os juízes Nebojša Vučinić e Vincent A. De Gaetano afirmaram que o caso em questão é sobre liberdade de consciência, mais do que liberdade religiosa. Embora ambas sejam mencionadas no art. 9 da CEDH, existe uma diferença fundamental: a palavra “consciência” só é citada no item 1, enquanto é omitida no item 2, que menciona as limitações à liberdade religiosa.¹⁷⁸ A consciência – o julgamento racional pelo qual uma pessoa reconhece a qualidade moral de um ato concreto que vai praticar, está praticando ou já praticou – embora possa ser guiada por crenças religiosas, não necessariamente o é; pessoas que não possuem crenças religiosas também fazem esse julgamento diariamente em suas vidas. Assim como existe diferença entre consciência e religião, existe diferença entre os mandamentos da consciência e os mandamentos

¹⁷⁷Idem, pág. 40.

¹⁷⁸Ver nota 51 supra.

religiosos. Estes podem se sujeitar às limitações na forma do item 2 do art. 9. Quanto aos mandamentos da consciência, aqueles juízes entendem que, uma vez que ocorre um caso *sério e genuíno* de objeção de consciência, o Estado é obrigado a respeitar a liberdade individual de consciência tanto positivamente (tomando medidas apropriadas e razoáveis para proteger os direitos do objetor de consciência) quanto negativamente (abstendo-se de ações que punam ou discriminem este). No caso, reconheceram que a objeção de consciência era séria e genuína, e que era *também* a manifestação de uma profunda crença religiosa.¹⁷⁹

Vučinić e De Gaetano consideram pertinente observar que tanto a lei quanto a prática de outras autoridades locais permitiam acordos que não forçavam escrivães a agir contrariamente a suas consciências. Porém, no caso em tela, “uma combinação de traição de seus colegas de trabalho e o politicamente correto cego do *Borough of Islington* (que claramente favoreceu os ‘direitos LGBT’ sobre direitos humanos fundamentais) finalmente a levaram [Ladele] à demissão”¹⁸⁰. Para aqueles, a margem de apreciação do Estado, seja ampla ou estreita, não abrange a séria e genuína consciência moral do indivíduo.

Ressaltaram que, no caso, a questão não era sobre a discriminação perpetrada por um empregador, uma autoridade ou um servidor público *vis-à-vis* um usuário do serviço público oferecido por *Islington*, por causa da orientação sexual deste. Nenhum usuário ou potencial usuário do serviço fez qualquer reclamação sobre Ladele. O objetivo de *Islington* é prover iguais oportunidades e serviços a todos sem discriminação, e a legitimidade deste objetivo nunca esteve em questão. Não pode haver, portanto, um exercício de ponderação entre o direito concreto à objeção de consciência de Ladele, que é um dos mais fundamentais direitos inerentes à pessoa humana – um direito que não é concedido pela Convenção, mas é reconhecido e protegido por esta – e uma legítima política do Estado ou de uma autoridade pública que visa proteger direitos em abstrato. Consequentemente, não cabia à Corte decidir se os meios utilizados para atingir este objetivo foram proporcionais.

Para os juízes que dissentiram, na verdade, o que está em questão é o tratamento discriminatório que Ladele recebeu de *Islington*. Considerando a coerência, seriedade, coesão e importância de sua objeção de consciência (que

¹⁷⁹Cf. nota 172, págs. 51 e 52. Grifos do autor.

¹⁸⁰Idem, pág. 52, parágrafo 5. Tradução minha.

também era uma manifestação de suas crenças religiosas), era dever da autoridade local *tratá-la de forma diferente* de outros escrivães que não tinham objeção de consciência em oficializar uniões civis entre pessoas do mesmo sexo – o que claramente poderia ter sido feito sem prejuízo aos serviços oferecidos. “Em vez de praticar a tolerância e a ‘dignidade para todos’ que pregava, o *Borough of Islington* seguiu o caminho doutrinário, a estrada do politicamente correto obsessivo”¹⁸¹. Forçou Ladele a agir contra sua consciência ou receber a extrema penalidade da demissão – algo que não pode ser considerado necessário em uma sociedade democrática, ainda que se considere que as limitações do item 2 do art. 9 sejam aplicáveis aos mandamentos da consciência. Assim, mesmo que se entenda cabível o teste da proporcionalidade, os meios utilizados por *Islington* para atingir quaisquer legítimos objetivos que este visava foram totalmente desproporcionais. Diante desses motivos, concluíram que houve violação do art. 9 combinado com o art. 14 da Convenção.

3.2.2

McFarlane v. Relate Charities

Gary McFarlane é cristão e possui a sincera e genuína crença de que a Bíblia declara que a atividade homossexual é pecaminosa e que ele não deve fazer nada que diretamente endosse tal atividade. Ele trabalhou entre 2003 e 2008 como *counsellor* de casais para a *Relate Avon Limited*, uma organização privada nacional que provê terapia sexual confidencial e serviços de *counselling* sobre relacionamentos. Esta organização adota uma política de iguais oportunidades (“*Equal Opportunities Policy*”), que enfatiza um dever positivo de implementar a igualdade, segundo a qual aquela se compromete a garantir que ninguém receba tratamento menos favorável por causa de uma característica pessoal como raça, cor, idade, cultura, condição médica, orientação sexual, estado civil, deficiência ou grupo socioeconômico, incluindo funcionários, voluntários, *counsellors* e clientes.¹⁸²

Inicialmente, McFarlane apresentou suas preocupações sobre prestar serviços de *counselling* a casais homoafetivos, mas após algumas discussões com

¹⁸¹Idem, pág. 54. Grifos do autor, tradução minha.

¹⁸²Idem, pág. 12.

sua supervisora, aceitou que apenas aconselhar um casal homoafetivo não necessariamente implicava na aprovação desse relacionamento. Posteriormente, ele atendeu dois casais homoafetivos sem nenhum problema, embora em nenhum desses casos tenha surgido uma questão puramente sexual.

Em 2007, ele concluiu o programa de treinamento da *Relate* em terapia psicosssexual. Alguns meses depois, houve a percepção dentro da *Relate* de que ele não estava disposto a trabalhar questões sexuais com casais homoafetivos. Diante disso, o Sr. B, gerente-geral da organização, fez uma reunião com McFarlane, em que este confirmou que tinha dificuldades em conciliar o trabalho com casais em práticas sexuais com pessoas do mesmo sexo e seu dever de seguir os ensinamentos da Bíblia. Sr. B expressou sua preocupação no sentido de que não seria possível que McFarlane selecionasse clientes, evitando prestar serviços de terapia psicosssexual a casais homoafetivos ou biafetivos.

Posteriormente, Sr. B solicitou que McFarlane fizesse uma confirmação escrita, afirmando que ele continuaria a atender casais do mesmo sexo em *counselling* sobre relacionamento e em terapia psicosssexual, sob pena de sofrer ação disciplinar. Este respondeu que não tinha problemas em prestar *counselling* a casais homoafetivos, porém sua visão sobre terapia psicosssexual para estes casais ainda estava evoluindo, uma vez que ele ainda não havia sido solicitado a prestar esse tipo de serviço. O Sr. B interpretou essa resposta como uma recusa de que ele ofereceria terapia psicosssexual a casais homoafetivos, decidindo então suspendê-lo de suas funções enquanto fazia uma investigação disciplinar. Em uma reunião investigativa subsequente, McFarlane admitiu que havia um conflito entre suas crenças religiosas e a terapia psicosssexual para casais do mesmo sexo, mas disse que se ele fosse solicitado a prestar esse serviço, ele o faria, e se surgisse alguma questão, ele falaria com sua supervisora.

A princípio, o Sr. B entendeu que McFarlane se comprometera a agir de acordo com a política da *Relate*, dando fim ao processo disciplinar. Contudo, sua supervisora entrou em contato com o Sr. B em seguida, manifestando sua preocupação de que McFarlane estava confuso sobre a questão de terapia psicosssexual para casais homoafetivos, ou estava sendo desonesto. Quando confrontado novamente, McFarlane disse que sua perspectiva sobre o assunto não havia mudado desde a reunião anterior, e que qualquer questão seria tratada conforme surgisse. Ele repetiu essa resposta em outra reunião disciplinar realizada

dois meses depois. Após esta última reunião, o Sr. B demitiu McFarlane por grave má conduta, concluindo que ele havia dito que cumpriria a política da *Relate* e ofereceria terapia psicosssexual a casais homoafetivos, sem a intenção de fazê-lo, de forma que a relação de confiança com o profissional se perdeu.

McFarlane alegou que houve discriminação direta e indireta e injusta demissão perante o *Employment Tribunal*. Este concluiu que aquele não fora demitido por causa de sua fé, mas porque se acreditou que ele não agiria de acordo com a política da *Relate*. Ademais, reconheceu que a exigência de que *counsellors* cumprissem a *Equal Opportunities Policy* colocaria um indivíduo que compartilha das crenças de McFarlane em desvantagem; contudo, o objetivo dessa exigência era legítimo, qual seja, a prestação de um amplo leque de serviços a toda a comunidade, independentemente da orientação sexual.¹⁸³ Por fim, considerou que a demissão não foi injusta, uma vez que a *Relate* razoavelmente perdeu a confiança em McFarlane, não podendo ter a certeza de que ele prestaria o serviço de terapia psicosssexual a um casal homoafetivo sem constrangimento ou restrições, caso esta se mostrasse necessária no curso de um atendimento de *counselling*, levando em conta as limitações que ele possuía por causa de suas genuínas crenças religiosas.

Em apelação, o *Employment Appeal Tribunal* manteve essa decisão, afirmando que é compatível com a CEDH o entendimento de que McFarlane era livre para possuir determinadas crenças religiosas, mas não era livre para agir com base nelas. Acrescentou que a *Relate* tinha o direito de não acomodar visões que contradissem seus princípios fundamentais e expressos, e que seria absolutamente contrário à ética da organização aceitar uma situação em que um *counsellor* pudesse se negar a lidar com determinados clientes porque ele desaprova a conduta destes. Por fim, tanto a *Court of Appeal* como a Suprema Corte se recusaram a ouvir o caso.¹⁸⁴

Diante da Corte Europeia de Direitos Humanos, McFarlane alegou que sua adesão à moralidade sexual judaico-cristã consistia em manifestação de religião, e que qualquer interferência nas liberdades de pensamento, consciência ou religião deve ser proporcional ao fim legítimo visado, em uma sociedade democrática. Ao determinar a margem de apreciação do Estado sobre essa questão, a Corte deveria

¹⁸³Idem, pág. 14. Ver nota 173, supra.

¹⁸⁴Idem, pág. 15.

considerar o que realmente está em risco: o verdadeiro pluralismo religioso, inerente ao conceito de uma sociedade democrática. A proteção do art. 9 da Convenção seria vazia se não abrangesse mais do que a mera manifestação privada da fé ou crença. Acrescentou que casais homoafetivos poderiam facilmente ser encaminhados a outros profissionais da empresa, e enfatizou que a demissão do emprego e o dano à reputação profissional são algumas das maiores sanções que se pode impor a um indivíduo, sendo exagerada a exigência de que ele troque de emprego ou carreira por causa de sua oposição moral ao comportamento homossexual.¹⁸⁵

A Corte acolheu a alegação de que a objeção de McFarlane era diretamente motivada por suas crenças cristãs ortodoxas sobre casamento e relações sexuais, e considerou que sua recusa em atender casais homoafetivos consistia em uma manifestação de suas crenças religiosas, protegida pelo art. 9 da Convenção. Necessário perquirir se o Estado cumpriu a obrigação de assegurar o direito de manifestação de tais crenças, e se houve uma justa ponderação entre os interesses em conflito. Por um lado, a Corte considerou que a perda do emprego foi uma severa sanção, com graves consequências para McFarlane; por outro lado, este voluntariamente aderiu ao programa de treinamento em terapia psicosssexual, ciente da política de iguais oportunidades adotada pela *Relate* e de que selecionar clientes com base em sua orientação sexual não seria possível.

Entretanto, o fator de maior relevância para a Corte foi que a atitude do empregador tinha o objetivo de assegurar a implementação de sua política de prover serviços sem discriminação. Nessas circunstâncias, as autoridades nacionais dispunham de uma ampla margem de apreciação sobre a ponderação entre o direito de McFarlane de expressar suas crenças religiosas e o interesse do empregador em assegurar os direitos de terceiros. A corte entendeu, por unanimidade, que essa margem de apreciação não foi excedida, não havendo, portanto, violação ao art. 9, considerado isoladamente ou combinado com o art. 14 da Convenção.¹⁸⁶

¹⁸⁵Idem, pág. 29.

¹⁸⁶Idem, pág. 41.

3.2.3

Ashers Bakery v. Gareth Lee

Em maio de 2014, Gareth Lee dirigiu-se à confeitaria *Ashers Bakery*, a fim de solicitar um bolo para um evento da organização *QueerSpace*, de que fazia parte. Neste primeiro contato com a confeitaria, não houve nenhuma discussão sobre os detalhes do bolo que ele desejava; ele apenas informou que fazia parte de um pequeno grupo voluntário e que queria um bolo com um logo em cima, sem entrar no mérito sobre a natureza do logo ou do grupo de que fazia parte. Foi informado por Karen McArthur, dona da confeitaria junto com seu marido, Colin McArthur, que se ele trouxesse o logo, este poderia ser escaneado e colocado no bolo.

Alguns dias depois, Lee retornou à confeitaria e fez seu pedido: um bolo com uma foto colorida dos personagens “Bert” e “Ernie” (logo da *QueerSpace*, uma organização que milita em favor da comunidade LGBT na Irlanda do Norte) e a frase “*Support Gay Marriage*” (apoie o casamento gay). Inicialmente, Karen aceitou o pedido, mas depois de conversar com Colin e o restante da família, telefonou para Lee informando que o pedido não poderia ser atendido porque aquela confeitaria era um “negócio cristão” (“*christian business*”), e que ela não deveria ter aceito o pedido. Colin e Karen McArthur se opõem à legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo na Irlanda do Norte, pois são cristãos e acreditam que tal união é contrária às leis de Deus. Lee recebeu um reembolso e conseguiu providenciar um bolo similar em outra confeitaria a tempo para o evento.¹⁸⁷

Em primeira instância, decidiu-se que a *Ashers Bakery* havia discriminado Gareth Lee diretamente, com base em sua orientação sexual, violando o *Equality Act (Sexual Orientation) Regulations (NI) 2006* (que proíbe a discriminação com base em orientação sexual por qualquer pessoa que forneça bens ou preste serviços ao público em geral); e com base em crença política e religiosa, violando a *Fair Employment and Treatment (NI) Order 1998* (que proíbe qualquer pessoa

¹⁸⁷IRLANDA DO NORTE. Court of Appeal in Northern Ireland. Appeal from a decision of the Presiding District Judge. *No [2016] NICA 39*. Gareth Lee v. Colin McArthur, Karen McArthur e Ashers Baking Company Limited. LCJ, Judge. 24 de outubro de 2016. Disponível em [http://www.courtsni.gov.uk/en-GB/Judicial%20Decisions/PublishedByYear/Documents/2016/\[2016\]%20NICA%2039/j_j_MOR10086Final.htm](http://www.courtsni.gov.uk/en-GB/Judicial%20Decisions/PublishedByYear/Documents/2016/[2016]%20NICA%2039/j_j_MOR10086Final.htm). Acesso em 22/11/2017. Págs. 2 e 3.

que forneça produtos ou preste serviços ao público em geral de discriminar com base em crença religiosa ou opinião política). Decidiu-se também que a aplicação dessas legislações ao caso não violou o direito de manifestar crença religiosa, protegido pelo art. 9 da CEDH, e o direito negativo à liberdade de expressão, protegido pelo art. 10 da CEDH.¹⁸⁸

Em apelação, os McArthur argumentaram que não discriminaram Lee por causa de sua orientação sexual, uma vez que teriam se recusado a fazer o mesmo bolo para um indivíduo heterossexual, e que teriam fornecido a Lee qualquer outro bolo que não endossasse o casamento entre pessoas do mesmo sexo; que sua objeção estava na mensagem, cuja propagação não poderiam auxiliar porque era contrária a suas crenças religiosas; que o apoio à causa do casamento entre pessoas do mesmo sexo não pode ser considerado como indissociável à orientação sexual homossexual, tendo em vista que muitas pessoas heterossexuais apoiam esta causa, enquanto algumas pessoas homossexuais se opõem a ela. Logo, o fato de que a mensagem de apoio ao “casamento gay” estava de alguma forma relacionada à orientação sexual não é suficiente para caracterizar discriminação direta, pois esta requer que o tratamento diferenciado ao indivíduo ocorra por causa da orientação sexual deste, a qual foi irrelevante para a motivação da recusa em questão.¹⁸⁹

Sobre esses argumentos, a *Court of Appeal* da Irlanda do Norte considerou que o benefício da mensagem escrita no bolo favoreceria apenas as pessoas homossexuais ou bissexuais. Os McArthur não se recusariam a fazer um bolo com as mensagens “apoie o casamento heterossexual” ou, apenas, “apoie o casamento”. Foi o uso da palavra “gay” no contexto da mensagem que impediu que o pedido fosse atendido. Este foi cancelado porque os McArthur não fariam um bolo com uma mensagem que apoiasse o direito de se casar de pessoas com determinada orientação sexual, havendo uma exata correspondência entre as pessoas que a mensagem beneficiava e a orientação sexual delas. O caso está associado à “comunidade gay e bissexual” e a característica protegida é a orientação sexual desta comunidade; logo, houve uma discriminação direta.¹⁹⁰

¹⁸⁸Idem, págs. 3 a 8.

¹⁸⁹Idem, págs. 9 e 10.

¹⁹⁰Idem, pág. 19. Traduções minhas.

Os McArthur também alegaram que, caso se entendesse que houve discriminação com base em orientação sexual, as *Equality Act (Sexual Orientation) Regulations* deveriam ser interpretadas (ou não aplicadas) de forma a acomodar seus direitos à liberdade religiosa e liberdade de expressão protegidos pelos arts. 9 e 10 da CEDH.¹⁹¹ Em primeiro lugar, aduziram que as liberdades de pensamento, consciência e religião não se limitam a atos privados de culto religioso ou atos coletivos de organizações religiosas, mas abrangem também a esfera comercial. Se indivíduos fossem forçados a fornecer produtos de que eles profundamente discordam, seria a antítese da democracia. A recusa em fazer o bolo foi uma manifestação de crença religiosa. Além disso, argumentaram que tinham o direito negativo de não serem compelidos a expressar uma mensagem contrária à sua consciência, fazendo referência ao caso norte-americano *Hands on Originals*, acima examinado. Se, para Lee, aquela era uma simples transação comercial, para eles, seria a traição de sua fé. Objetivamente, o bolo promovia o “casamento gay”, e se os McArthur fossem compelidos a produzir algo contra suas crenças religiosas, haveria um desrespeito a tais crenças e um discurso forçado (“*compelled speech*”).¹⁹²

Fazendo referência ao precedente, *Bull v. Hall*¹⁹³, a Corte considerou que a limitação aos direitos protegidos pelo art. 9 da CEDH se deu conforme a lei, e visava um objetivo legítimo – o direito de Lee assegurado pelas *Regulations*. Permitir que as pessoas discriminassem com base em orientação sexual por causa de suas crenças religiosas seria o mesmo que dar a elas uma licença para

¹⁹¹Ver art. 9 em nota 51, supra. ARTIGO 10º: “Liberdade de expressão 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdades (sic), porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial”. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*, op. cit. nota 51, supra.

¹⁹²Cf. nota 187, pág. 12 e 13.

¹⁹³Em *Bull v. Hall*, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou como discriminatória a conduta dos Bulls, proprietários de uma pousada, que se negaram a oferecer um quarto com cama de casal para um casal homoafetivo, alocando-os em um quarto com duas camas de solteiro, em cumprimento à política que eles praticavam de apenas oferecer quartos com cama de casal a casais casados – a qual eles mantinham em razão de suas crenças religiosas. Ver FINNIS, John. *Ibidem*, pag. 16 de 20.

discriminar porque elas discordam da lei. Se os estabelecimentos comerciais fossem livres para escolher quais serviços eles vão prestar à comunidade LGBT com base em suas crenças religiosas, o potencial para abuso arbitrário seria muito grande. Acrescentou que os McArthur são livres para limitar sua oferta de forma a garantir que passem a fornecer apenas bolos de aniversário, ou outros tipos de bolos que não deem origem a potenciais conflitos.¹⁹⁴

Quanto ao art. 10 da CEDH, a Corte entendeu que nada indicava que os McArthur aprovavam a mensagem escrita no bolo, e que o pedido de Lee não exigia que eles apoiassem ou promovessem o casamento entre pessoas do mesmo sexo. O fato de que uma confeitaria provê um bolo para um time esportivo ou com desenhos de bruxas para o *Halloween* não significa que ela os apoia. Considerou que não surge nenhuma questão relacionada ao art. 10 da CEDH que não tenha sido resolvida na análise do art. 9: a exigência de que uma mensagem contrária às crenças religiosas dos McArthurs seja transmitida é o que a ausência de discriminação da esfera comercial pode requerer, dependendo da oferta que é feita pelo estabelecimento.¹⁹⁵

Por fim, o *Attorney General* interveio no processo, alegando que houve discriminação contra os McArthur com base em suas convicções políticas e religiosas, uma vez que eles foram obrigados, sob pena de responsabilidade civil, a produzir uma mensagem política com conteúdo teológico a que eles objetavam em razão de suas convicções políticas e religiosas, violando disposições legais e constitucionais da Irlanda do Norte, bem como o art. 14 da CEDH¹⁹⁶. A Corte rejeitou esses argumentos, afirmando que estas disposições proíbem apenas a discriminação direta com base em religião e convicção política, que não ocorreu no caso: outras pessoas que não compartilham das mesmas crenças e que adotassem a mesma conduta discriminatória teriam sido igualmente penalizadas pela lei. Asseverou que qualquer um que aplique um critério religioso ou político à provisão de um serviço pode ser punido pela legislação que coíbe a discriminação, não porque a legislação trata suas convicções religiosas ou

¹⁹⁴Cf. nota 187, pág. 21.

¹⁹⁵Idem, págs. 22 e 23.

¹⁹⁶Ver nota 175, supra.

políticas desfavoravelmente, mas porque aquele tentou distinguir, com base em critérios proibidos, entre os que receberão e os que não receberão o serviço.¹⁹⁷

A *Court of Appeal* concluiu, desta forma, que houve discriminação com base em orientação sexual, e que a legislação aplicável ao caso não é incompatível com os arts. 9, 10 e 14 da CEDH. A Suprema Corte do Reino Unido decidiu ouvir os argumentos para a apelação.¹⁹⁸

3.3

Canadá

3.3.1

Nichols v. M.J., Saskatchewan Human Rights Commission

Orville Nichols apelou ao *Queen's Bench for Saskatchewan* da decisão do tribunal *a quo*, que entendeu que sua atitude de se recusar a celebrar o casamento de M.J. e B.R. (dois homens) foi discriminatória com base em orientação sexual, uma vez que ele atuava como um representante do governo ao exercer a função de *marriage commissioner*. Trata-se de uma função pública, que requer uma prestação de serviços sem discriminação com base nos critérios proibidos pela *Canadian Charter of Rights and Freedoms* e pelo *Saskatchewan Human Rights Code*, que incluem a orientação sexual. Por ser caracterizado como governo quando exerce tal função, o tribunal *a quo* considerou que não havia espaço para a acomodação de suas crenças religiosas. Nichols foi condenado a pagar \$2.500,00 a M.J. pelos danos morais a ele causados.¹⁹⁹

Nichols assumiu a função de *marriage commissioner* após se aposentar do *Regina Police Service*, depois de vinte e cinco anos de serviço, recebendo em torno de \$4.000,00 e \$5.000,00 ao ano pela solenização de casamentos. Ele afirmou que já havia recusado algumas solicitações anteriormente: se ele achasse que o casamento estava ocorrendo para se esquivar das leis de imigração, ele não

¹⁹⁷Cf. nota 187, pág. 32.

¹⁹⁸Ver <http://www.christian.org.uk/case/ashers-baking-company/>. Acesso em 23/11/2017.

¹⁹⁹CANADÁ. *Queen's Bench for Saskatchewan. 2009 SKQB 299. Nichols v. M.J. and Saskatchewan Human Rights Commission. McMurtry, Judge. 17 de julho de 2009. Disponível em <https://www.canlii.org/en/sk/skqb/doc/2009/2009skqb299/2009skqb299.html>. Acesso em 28/11/2017. Pág. 2.*

concordava em solenizá-lo, por exemplo; em uma ocasião, ele deixou de celebrar o casamento porque soube que o noivo havia agredido sua noiva; entre outros.

Ele era membro da *Faith Baptist Church*, e afirmou que sua fé é o “primeiro lugar” em sua vida. Também testemunhou que a Bíblia o leva a acreditar que Deus odeia a homossexualidade e que Ele ordenou que um homem não se deite com outro homem, e que uma mulher não se deite com outra mulher. Logo, celebrar um casamento para um casal homoafetivo seria contrário a suas crenças religiosas. Nichols reconheceu que poderia ser designado como celebrante religioso, a fim de solenizar apenas casamentos consistentes com sua fé, porém não desejava restringir sua função a esse ponto.²⁰⁰

Depois que B.R. e M.J. obtiveram sua licença para o casamento, este obteve uma lista dos *marriage commissioners* disponíveis através do *Marriage Commission Office*, e entrou em contato com Nichols. Este disse inicialmente que a data desejada estava disponível, porém quando soube que se tratava de um casamento entre pessoas do mesmo sexo, afirmou que não poderia solenizá-lo por causa de suas crenças religiosas. M.J. conseguiu que outro celebrante solenizasse seu casamento na data desejada, mas a recusa de Nichols causou-lhe profundo sofrimento e ansiedade, atrapalhando o seu árduo processo de autoaceitação como homossexual.²⁰¹

Nichols reconheceu que, a essa época, já havia recebido uma notificação da *Marriage Unit of the Department of Justice* no sentido de que, se a lei em Saskatchewan fosse alterada, reconhecendo o casamento entre pessoas do mesmo sexo, todos os *marriage commissioners* seriam obrigados a celebrar casamentos homoafetivos. Em resposta a essa notificação, Nichols prestou queixa junto à *Human Rights Commission*, alegando que essa política do governo o discriminava com base em sua religião, e violava sua liberdade religiosa. A *Commission* indeferiu sua queixa em 2006, muito tempo depois do contato com M.J.

Queen's Bench for Saskatchewan acolheu as alegações da *Commission* no sentido de que um *marriage commissioner* é designado para exercer a importante função pública de prover um serviço que o governo é obrigado a oferecer, e que pode não estar disponível em outro lugar; qual seja, a solenização de uma cerimônia civil de casamento para aqueles que não desejam, ou não conseguem,

²⁰⁰Idem, pág. 5.

²⁰¹Idem, pág. 6.

casar-se em uma cerimônia religiosa. Assim sendo, ele age como o governo quando atua como um *marriage commissioner*, não podendo discriminar aqueles que buscam o serviço para acomodar suas crenças religiosas.²⁰²

Nichols argumentou que a responsabilidade de garantir que o serviço de solenização de casamentos estivesse disponível a todos os cidadãos era obrigação do governo, e não das pessoas que atuam como *marriage commissioners*. Estes são indivíduos que têm direito à acomodação de suas crenças religiosas, não obstante a função pública que exercem. Referiu-se ao precedente *Reference re Same-Sex Marriage*, em que a Suprema Corte do Canadá afirmou que, se o Estado obrigasse celebrantes religiosos (“*religious officials*”) a solenizar casamentos entre pessoas do mesmo sexo, violaria a *Charter of Rights*.²⁰³ Contudo, sobre essa questão, a *Queen’s Bench* entendeu que a Suprema Corte se referia a ministros que solenizavam cerimônias religiosas com efeitos civis, de forma que suas considerações não eram aplicáveis ao caso.²⁰⁴

Sobre esse ponto, a *Commission* ressaltou que, no aludido precedente, a Suprema Corte distinguiu entre *marriage commissioners* e celebrantes religiosos, quando afirmou que cada província era obrigada a prover a solenização de casamentos civis para casais que não satisfizessem as condições para o casamento religioso, estabelecendo que o governo deveria garantir que esse serviço estivesse disponível a casais homoafetivos.

Nichols também alegou que o serviço de solenização de casamentos estava prontamente disponível com outro *marriage commissioner*, e que o Estado tinha o dever de acomodar suas crenças religiosas, fazendo alusão aos precedentes *Moore v. British Columbia* e *Smith v. Knights of Columbus*. No primeiro caso, a Sra. Moore, que trabalhava na *Social Services Ministry*, sofreu punição disciplinar porque negou assistência financeira a uma cliente que buscava auxílio para fazer

²⁰²Idem, págs. 11 e 26.

²⁰³Nesse precedente, antes de legalizar o casamento homoafetivo através do *Civil Marriage Act* de 2005, o governo canadense submeteu à Suprema Corte do Canadá, entre outras, a seguinte questão: a *section 2* da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, que garante a liberdade de religião, protege oficiais religiosos que não acreditam no casamento homoafetivo da obrigação de solenizá-lo? A Corte respondeu que se oficiais religiosos ou “locais sagrados” (“*sacred places*”) fossem obrigados a solenizar ou sediar casamentos homoafetivos, haveria uma violação da *Charter*. Estabeleceu que a garantia da liberdade religiosa é ampla o suficiente para proteger oficiais religiosos de serem compelidos pelo Estado a celebrar casamentos homoafetivos civis ou religiosos que são contrários a suas crenças religiosas. Ver BENSON, Ian T, *ibidem*, pág. 46. Decisão disponível em: <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2004/2004scc79/2004scc79.html>. Acesso em 11/12/2017.

²⁰⁴Cf. nota 199, pág. 14.

um aborto, a que ela se opunha por causa de suas convicções religiosas. O tribunal entendeu que ela fora disciplinada por ter obedecido aos mandamentos de sua religião, e que seu empregador tinha a obrigação de acomodar suas crenças religiosas. Analogamente, no segundo caso, entendeu-se que a *Knights of Columbus*, uma instituição católica, não era obrigada a alugar seu espaço para sediar uma cerimônia de casamentos entre pessoas do mesmo sexo, pois isso comprometeria seus princípios religiosos fundamentais. Contudo, *Queen's Bench* acolheu as alegações da *Commission* no sentido de que, em nenhum destes casos, havia um agente público atuando em nome do governo. A exigência da *Charter* de que o governo trate cada indivíduo de maneira igualitária, independentemente da orientação sexual, não permite que se confira a Nichols a prerrogativa de se negar a prestar um serviço público, baseando-se em suas opiniões pessoais como justificativa para tal.

A Corte acrescentou que M.J. e outros membros do público não têm que depender de encontrar um *marriage commissioner* que não tenha objeções religiosas ou morais à solenização de casamentos entre pessoas do mesmo sexo, para que possam obter acesso ao direito de se casar sem sofrer discriminação. Independentemente do fundamento religioso da objeção de Nichols, sua atitude em relação a M.J. consistiu em uma discriminação na provisão de um serviço público por motivo de orientação sexual. A acomodação das crenças religiosas de Nichols, se o dever de acomodar existe, não é responsabilidade daqueles que buscam o serviço que ele tem o dever público de prover. Se qualquer acomodação é devida a Nichols por causa de suas crenças religiosas, ela deve ser feita sem que haja o risco de ocorrer a situação em questão, em que M.J. buscou um serviço público que lhe foi expressamente negado por causa de sua orientação sexual.²⁰⁵

Nichols argumentou, por fim, que seu direito à liberdade religiosa assegurado pela *Canadian Charter of Rights and Freedoms* seria violado se suas crenças religiosas não fossem acomodadas. *Queen's Bench for Saskatchewan* concordou com a aplicação do teste de proporcionalidade *Oakes*²⁰⁶ pela

²⁰⁵Idem, pág. 27.

²⁰⁶No precedente *R. v. Oakes*, a Suprema Corte do Canadá estabeleceu o “*Oakes test*”, um teste de proporcionalidade que permite saber se eventuais limitações aos direitos e liberdades elencadas na *Charter* podem ser fundamentadamente justificadas em uma sociedade livre e democrática. Esse teste requer as seguintes perguntas: a limitação aos direitos e liberdades tem um objetivo premente e substancial? Os meios empregados para alcançar esse objetivo são proporcionais, ou seja: eles são racionalmente conectados ao objetivo? Eles restringem direitos constitucionais o mínimo

Commission, que entendeu que a limitação à liberdade religiosa de Nichols é justificável, em face do objetivo premente e substancial do governo em evitar a discriminação com base em orientação sexual. Além disso, o objetivo de prover casamentos civis sem discriminação está racionalmente conectado à não acomodação da discriminação religiosa, pois a única maneira de garantir a solenização de casamentos a todos aqueles que estejam legalmente aptos a se casar, de forma igualitária e não-discriminatória, é garantir que o procedimento do casamento civil seja livre de pré-condições religiosas. Acomodar as crenças de Nichols seria autorizar que agentes públicos definissem a lei de acordo com o que seus princípios religiosos permitissem, em violação ao princípio da legalidade. A proibição da discriminação por parte de agentes públicos é necessária para garantir que o governo trate todos os cidadãos de maneira igualitária, de forma que existe proporcionalidade entre os efeitos negativos e os objetivos da decisão da *Commission*.²⁰⁷

Queen's Bench for Saskatchewan concluiu que um *marriage commissioner* é, para o público, um representante do Estado, de forma que os cidadãos esperam que ele aplique, observe e honre as leis que vinculam suas ações. Essas leis incluem a proibição à discriminação. Se um *marriage commissioner* não pode fazer isso, ele não pode exercer tal função. Ressaltou que a legislação de Saskatchewan prevê a possibilidade de que a autoridade de um *marriage commissioner* seja limitada à solenização de casamentos para pessoas que pertencem a determinado credo ou nacionalidade; e que tal limitação pode ser a resposta para celebrantes cujas crenças religiosas os impedem de solenizar alguns tipos de casamentos.²⁰⁸

3.3.2

Kisilowsky v. Her Majesty the Queen in right of the Province of Manitoba

Kevin Kisilowsky dirigiu-se ao Judiciário canadense a fim de obter uma declaração de que a decisão administrativa da *Vital Statistics Agency* da Província

possível? Os efeitos negativos são superados pelos seus objetivos e benefícios? Ver págs. 29 e 30 da decisão ora analisada.

²⁰⁷Cf. nota 199, pág. 33.

²⁰⁸Idem, pág. 36.

de Manitoba, que cancelou seu registro como *marriage commissioner* porque ele se recusou a celebrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo, violou seu direito à liberdade religiosa, resguardado pela *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; buscou também uma ordem judicial que obrigasse a agência a acomodar seus direitos.

A decisão ocorreu com base na exigência da *Vital Statistics Agency* de que todos os celebrantes civis solenizassem casamentos de todos os casais elegíveis, inclusive casais do mesmo sexo – exigência que passou a vigorar após a decisão *Vogel v. Canada (Attorney General)*, que legalizou em 2004 o casamento entre pessoas do mesmo sexo em Manitoba. Em resposta a essa exigência, Kevin advertiu a agência de que ele não celebraria o casamento de casais do mesmo sexo, pois isso violaria suas crenças religiosas. Consequentemente, aquela cancelou o seu registro.

A *Vital Statistics Agency* alegou que sua decisão não violou o direito à liberdade religiosa de Kevin, e que permitir que celebrantes civis se recusassem a solenizar casamentos entre pessoas do mesmo sexo seria discriminatório, violando a *Charter of Rights*. Além disso, ainda que se entenda que seu direito foi comprometido, sua ação foi uma limitação razoável a este.²⁰⁹

Primeiramente, é importante ressaltar que o *Marriage Act*, que regula o casamento civil em Manitoba, estabelece dois tipos de celebrantes de casamentos: os celebrantes religiosos e os celebrantes civis. Enquanto aqueles têm o direito de se abster de celebrar qualquer casamento que não esteja de acordo com seus dogmas religiosos, estes não possuem essa prerrogativa. Ademais, a legislação prevê a possibilidade de que um indivíduo seja designado para celebrar um casamento específico, sendo necessária, nesse caso, uma licença para cada cerimônia.²¹⁰

Kevin é cristão e atua como um ministro não oficial nas organizações *House of the Risen Son Ministeries* e na *Bondslave Motorcycle Club*, uma vez que nunca foi ordenado pastor e não concluiu nenhum seminário teológico. Em seu ministério, ele comumente encontra pessoas que desejam uma cerimônia de casamento com conteúdo cristão, mas que não estão envolvidas e não querem se

²⁰⁹CANADÁ. Court of Queen's Bench of Manitoba. 2016 MBQB 224. *Kisilowsky v. Her Majesty the Queen in right of the Province of Manitoba*. Simonsen, Judge. 21 de novembro de 2017. Disponível em <https://www.jccf.ca/wp-content/uploads/2013/02/Kisilowsky-v.-Her-Majesty-the-Queen-2016MBQB224.pdf>. Acesso em 27/11/2017. Págs. 1 e 2.

²¹⁰Idem, pág. 3.

envolver em uma igreja institucionalizada. Devido a suas crenças religiosas, ele também se recusaria a celebrar o casamento de pessoas divorciadas (exceto nos casos em que o motivo do divórcio foi abuso), e é indispensável, para ele, a referência a Deus e Jesus nos casamentos que ele soleniza.

Em primeiro lugar, Kevin alegou que não se tornara um servidor público quando foi designado *marriage commissioner*, portanto tinha o direito de decidir quando e como ele exerceria essa função. Sobre esse argumento, a Corte fez referência ao precedente *Nichols v. M.J.*, acima analisado, afirmando que um *marriage commissioner* é caracterizado como um agente do governo. Desta forma, está sujeito às disposições da *Charter of Rights and Freedoms*, devendo exercer sua função de forma a não infringir os direitos fundamentais de terceiros, garantidos pela *Charter*.²¹¹

De acordo com o teste reafirmado no precedente *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, para saber se a decisão administrativa em questão violou o direito à liberdade religiosa de Kevin, necessário perquirir se as crenças religiosas deste são sinceras, e se aquela decisão interfere em sua capacidade de agir de acordo com suas crenças religiosas de uma maneira que é mais que trivial ou insubstancial. A Corte referiu-se, em primeiro lugar, ao precedente *In the matter of Marriage Commissioners appointed under the Marriage Act* (“the *Marriage Reference*”), em que se solicitou que a *Saskatchewan Court of Appeal* respondesse se as emendas propostas ao *Marriage Act* de 1995, em abstrato, eram constitucionais. Tais emendas davam aos *marriage commissioners* o direito de se recusar a celebrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo. No caso, a Corte de Saskatchewan concluiu que a liberdade religiosa dos *marriage commissioners* seria infringida de uma maneira mais que trivial ou insubstancial, se eles fossem obrigados a celebrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo, contrariamente a suas crenças religiosas.²¹²

²¹¹ Idem, pág. 9.

²¹² Após a legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo, muitos *marriage commissioners* de Saskatchewan recusaram-se a celebrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo, com base em motivos religiosos. Essas recusas deram causa a vários procedimentos administrativos e um processo judicial (analisado no subtópico anterior). Em resposta a esses acontecimentos, o governo de Saskatchewan propôs duas emendas ao *Marriage Act*, as quais eximiam *marriage commissioners* de celebrar casamentos que violassem suas crenças religiosas, e buscou a opinião da *Court of Appeal* sobre sua constitucionalidade. Não obstante o entendimento de que a obrigação de celebrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo interferiria na liberdade de religião dos celebrantes objetores de forma substancial, a Corte entendeu que essa interferência é proporcional e razoável, levando em conta o direito à igualdade dos casais do mesmo sexo. Considerou,

Não obstante, a Corte de Manitoba entendeu que, no caso concreto diante dela, não havia um impacto mais que trivial ou insubstancial sobre Kevin, considerando que ele informara que apenas havia celebrado cerimônias de casamento de pessoas de seu ministério, e aproximadamente cinco casais que não faziam parte deste, mas que eram conhecidos por ele; que, se ele fosse um *marriage commissioner* atualmente, celebraria apenas um número limitado de casamentos, por causa de suas crenças religiosas; logo, ele não pretende solenizar casamentos para o público em geral. Assim sendo, ele tem a alternativa solicitar uma licença para cada cerimônia que ele desejar celebrar. Porém, Kevin alegou que essa alternativa não era razoável por causa do tempo e documentação que seriam necessários para emitir cada licença. A Corte acrescentou que, ainda que se entenda que existe uma interferência considerável à sua liberdade religiosa, a decisão da *Vital Statistics Agency* foi razoável, pois refletiu uma adequada ponderação entre o direito à liberdade religiosa de Kevin e o direito à igualdade daqueles que desejam se casar, de acordo com o teste de proporcionalidade criado pela Suprema Corte do Canadá em *Doré v. Barreau du Québec*.²¹³

Outra opção disponível a Kevin seria qualificar-se como um celebrante religioso, após obter o reconhecimento de sua organização como uma denominação religiosa. Desta forma, ele poderia se recusar a celebrar casamentos por motivos religiosos. Contudo, ele não considerou essa uma opção razoável, porque o fato de ele não integrar uma igreja institucionalizada seria uma parte essencial de seu ministério, que atende pessoas que desejam conteúdo cristão em suas cerimônias de casamento mas não querem fazer parte de uma igreja. Suas reuniões semanais consistiam em um grupo de vinte a trinta pessoas que se reunia para andar de moto, e depois orar. Ainda assim, de acordo com o diretor da *Vital Statistics Agency*, esse grupo poderia aplicar para o reconhecimento como denominação.

portanto, que as emendas propostas violariam a *Charter of Rights*, pois permitiriam um tratamento discriminatório a casais do mesmo sexo, e poderiam dificultar a solenização de seus casamentos, já que muitos *commissioners* poderiam se recusar a celebrá-los. Decisão disponível em: <http://saskatchewanhumanrights.ca/pub/documents/news/2011/2011SKCA003.pdf>. Acesso em 27/11/2017.

²¹³Cf. nota 209, supra, pág. 13. É importante ressaltar que, nesse caso, aplicou-se o teste afirmado em *Doré* e não o *Oakes test*, uma vez que aquele se destina à aplicação da *Charter* a decisões administrativas, como é o caso da decisão da *Vital Statistics Agency* em questão. Segundo o teste em *Doré*, deve-se perquirir se a decisão administrativa é razoável, refletindo uma adequada ponderação entre os direitos e valores em conflito, levando-se em conta a natureza da decisão e o contexto fático e legal em que ela foi tomada. Ver pág. 8 da decisão ora analisada.

Kevin propôs que fosse criado um sistema único a que todos os casais que desejassem se casar pudessem se dirigir, e então fossem direcionados a celebrantes dispostos a solenizar seus casamentos – possibilidade aventada no supracitado precedente *the “Marriage Reference”*. Todavia, a Corte considerou que esse sistema questionaria os casais sobre sua raça, crença religiosa e orientação sexual, a fim de que fossem encaminhados a celebrantes adequados, o que seria discriminatório.²¹⁴

De qualquer forma, a Corte entendeu que não haveria necessidade de implantar esse sistema, uma vez que já existiam alternativas adequadas para objetores ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Concluiu, assim, que a decisão da *Vital Statistics Agency* refletiu um adequado equilíbrio entre os direitos em conflito, e que teve como efeito positivo a rejeição da discriminação em Manitoba, acarretando, ao mesmo tempo, efeitos limitados e razoáveis sobre Kevin.²¹⁵

3.3.3

Ontario Human Rights Commission v. Brockie

Em abril de 1996, Ray Brillinger, diretor da organização *Archives*, dirigiu-se à gráfica *Imaging Excellence* a fim de solicitar papéis timbrados, envelopes e cartões de visita para a referida organização, que tem o propósito de buscar, preservar, organizar e publicizar informações, publicações e registros sobre LGBT no Canadá. Assim, o texto nos materiais solicitados indicava que a organização representava os interesses de “gays” e “lésbicas”. O Sr. Brockie, dono da gráfica, recusou-se a fornecer os produtos, sob o fundamento de que fornecer serviços gráficos para uma organização pró-LGBT violaria sua consciência religiosa, uma vez que ele não deveria auxiliar na propagação de informações que tenham o propósito de disseminar a aceitação do “estilo de vida homossexual”. Ele era cristão e detinha a sincera convicção religiosa de que a homossexualidade era contrária aos ensinamentos bíblicos.²¹⁶

²¹⁴Idem, pág. 20.

²¹⁵Idem, pág. 21.

²¹⁶CANADA. Ontario Superior Court of Justice Divisional Court. *No 179/2000*. Ontario Human Rights Commission v. Brockie. Then, Judge. 17 de junho de 2001. Disponível em:

Brillinger prestou queixa junto à *Ontario Human Rights Commission*, alegando que Brockie havia lhe negado um serviço comercial com base em sua orientação sexual homossexual, violando assim o *Ontario Human Rights Code*, que proíbe a discriminação com base neste critério no fornecimento de bens e serviços. Brockie alegou que não havia discriminado por causa da orientação sexual de Brillinger, mas recusara o serviço porque se sentia impedido em sua consciência de auxiliar na propagação de ideias que promovessem o “estilo de vida” LGBT; demonstrou também que havia prestado diversos serviços a LGBT no passado, inclusive para a empresa *Body Body Wear*, que produzia roupa íntima voltada para o público LGBT.

A *Commission* constatou que: Brockie e *Imaging* negaram o serviço “porque o material claramente se referia a gays e lésbicas”; a própria *Archives* era identificada por uma orientação sexual, e a recusa foi diretamente discriminatória, contrariando o *Code*; Brillinger, como diretor da *Archives*, fora direta e indiretamente discriminado; qualquer violação à liberdade de religião e consciência de Brockie seria justificada, em face do objetivo de evitar dano aos membros da comunidade LGBT, pela recusa de serviços por causa de sua orientação sexual. Consequentemente, ordenou que Brockie passasse a prover serviços gráficos a organizações pró-LGBT e que indenizasse a *Archives* e Brillinger em \$5.000,00.²¹⁷

Por sua vez, a *Ontario Divisional Court* manteve o entendimento de que a proteção contra a discriminação com base em orientação sexual também se estendia à *Archives*, uma pessoa jurídica, considerando que o próprio *Code* determinava, em seu artigo s. 46, que o termo “pessoa” (“*person*”) abrangia pessoas jurídicas. Além disso, entendeu que a recusa a prestar serviços a Brillinger não ocorreu por causa de sua orientação sexual, especificamente, mas por causa de sua associação com a *Archives* e os LGBT, como um grupo que aquela representa. Consequentemente, seria contrário ao propósito da legislação de direitos humanos se, nesse caso, não se pudesse “desconsiderar a personalidade jurídica” da *Archives* para encontrar os verdadeiros lesados pela discriminação: os

https://static1.squarespace.com/static/57503f9022482e2aa29ab3af/t/5787a089f7e0ab31aff982b0/1468506252748/decisionbrockie_onsc.pdf. Acesso em 09/12/2017. Pág. 2.

²¹⁷Idem, págs. 3 e 5. Aspas do autor, tradução minha.

indivíduos que se associaram para alcançar o valor e a dignidade a que têm direito.²¹⁸

Em seus argumentos, Brockie tentou fazer uma distinção entre a discriminação por causa de uma característica (a orientação sexual) e a discriminação porque uma pessoa se engaja no ato político de promover a causa daqueles que possuem tal característica. A Corte considerou que essa distinção é ilusória e irracional, pois o intuito do *Code* é resguardar a dignidade e o valor de indivíduos e o seu direito a um tratamento igualitário na comunidade, sem discriminação por causa de determinadas características. Seu preâmbulo refere-se à necessidade de se criar um ambiente de mútua compreensão e respeito. A orientação sexual, assim como as outras características protegidas pelo *Code*, têm sido historicamente utilizadas como base para discriminação, exclusão, marginalização e humilhação das pessoas que possuem tais características. Uma interpretação liberal e teleológica deve ser utilizada na aplicação da legislação de direitos humanos, a fim de promover os objetivos políticos a ela subjacentes. Desta forma, os esforços para promover o entendimento e o respeito àqueles que possuem determinada característica não devem ser distinguidos da própria característica.

Brockie também alegou que a ordem da *Commission* de que ele prestasse serviços gráficos a organizações pró-LGBT violava sua liberdade de consciência e religião, reconhecida pela *Canadian Charter of Human Rights and Freedoms*.

A Corte entendeu que a *Imaging* não podia alegar direitos com base na *Charter*, pois se trata de uma entidade empresarial. Contudo, os direitos de Brockie devem ser considerados, já que a *Imaging* é o instrumento através do qual ele conduz seus negócios. Todas as partes no processo reconheceram que a ordem da *Commission* infringia a liberdade religiosa de Brockie, e que o forçava a agir de forma contrária à sua crença religiosa. Todavia, o direito à liberdade religiosa não é ilimitado; é sujeito a limitações necessárias para garantir a segurança, ordem, moral e saúde públicas, ou os direitos e liberdades fundamentais de terceiros. A liberdade de possuir crenças religiosas é mais ampla que a liberdade de agir com base nelas. A liberdade de exercer sinceras crenças religiosas não inclui o direito de interferir nos direitos de terceiros.²¹⁹

²¹⁸Idem, págs. 9 e 10.

²¹⁹Idem, pág. 12.

Para saber se a limitação ao direito à liberdade religiosa de Brockie foi indevida, necessário perquirir se a ordem da *Commission* foi além dos limites do que é razoável e pode ser justificado em uma sociedade livre e democrática, de acordo com a *Charter*, s1.²²⁰ Aplicando o teste de proporcionalidade definido pela Suprema Corte do Canadá em *Oakes*²²¹, a *Ontario Divisional Court* considerou, em primeiro lugar, o contexto social do conflito entre a liberdade religiosa e o histórico e contínuo preconceito contra homossexuais, e o consequente efeito psicológico negativo, preconceito social e desvantagem econômica que só podem ser evitados quando aqueles escondem sua orientação sexual da sociedade. Entendeu, portanto, que a ordem da *Commission* tinha o objetivo de punir a discriminação e prevenir sua repetição por Brockie e outros – um objetivo premente e substancial.

Além disso, no caso, a ordem estava racionalmente relacionada ao objetivo almejado. Contudo, a Corte ressaltou que aquela também abrangeria outros materiais como pôsteres ou folhetos com conteúdo promovendo causas ou atividades claramente condenáveis em face das sinceras crenças religiosas do dono da gráfica. O *Code* proíbe a discriminação na prestação de serviços com base em determinadas características daquele que solicita o serviço, estimulando a igualdade de tratamento no mercado; mas não estimula nada além disso. Se a ordem for além desse ponto, ela deixa de estar racionalmente conectada ao objetivo em questão.

A Corte também considerou que a esfera comercial deve ser considerada como periférica às atividades protegidas pela liberdade de religião. Não obstante, a ordem poderia ter sido menos invasiva e, ainda assim, alcançar os objetivos visados. Os limites à liberdade de religião de Brockie na esfera comercial são justificados quando o exercício dessa liberdade causa dano a terceiros – no caso, o dano ocorreu a partir da violação do *Code*, que concede o direito de ser livre de

²²⁰ A *Charter* estabelece que os direitos e liberdades nela elencadas estão sujeitos aos limites razoáveis prescritos pela lei que podem ser fundamentadamente justificados em uma sociedade livre e democrática: “*The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*”. CANADÁ. *Constitution Act*, 1982, s.1. Disponível em <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html>. Acesso em 11/12/2017.

²²¹ Cf. nota 216206, supra.

discriminação com base em orientação sexual na obtenção de produtos e serviços.²²²

Afirmou que o objetivo da legislação de antidiscriminação deve ser balanceado com o direito à liberdade de religião e de consciência de Brockie, utilizando algumas situações hipotéticas para ilustrar a tensão entre esses direitos: se fossem solicitados a Brockie materiais que contivessem uma mensagem que promovesse o “estilo de vida gay e lésbico” ou ridicularizasse as crenças religiosas de Brockie, esses materiais poderiam ser razoavelmente considerados como em direto conflito com os elementos fundamentais das suas crenças religiosas. Por outro lado, se fossem solicitados materiais que divulgassem bens e serviços que podem ser de interesse de LGBT, poder-se-ia considerar que esse material não estaria em direto conflito com os elementos fundamentais de sua fé, por exemplo. Acrescentou que não pode haver uma ponderação adequada de direitos se a proteção de um direito significa o total desrespeito ao outro.

Concluiu que a ordem da *Commission* foi adequada no caso concreto (impressão de papéis timbrados, envelopes e cartões de visita para a *Archives*), mas poderia requerer, no futuro, que Brockie fornecesse produtos cujo conteúdo ofendesse elementos essenciais de sua fé e consciência. Assim, para equilibrar os direitos em conflito, acrescentou à ordem a condição de que ela não exigisse que Brockie ou *Imaging Excellence* imprimissem materiais cujo conteúdo pudesse ser razoavelmente considerado como em conflito direto com os elementos essenciais das crenças religiosas daquele; porém reafirmou a aludida ordem em todos os seus outros aspectos.²²³

²²²Cf. nota 216, pág. 14.

²²³Idem, pág. 15.

Em busca da acomodação de visões de mundo divergentes

Neste capítulo, será realizada uma reflexão sobre as decisões expostas no capítulo anterior, consideradas em conjunto, à luz dos argumentos apresentados no primeiro capítulo. O objetivo é extrair de cada uma delas a sua respectiva *ratio decidendi* e compará-las entre si, a fim de que se possa verificar se existe um raciocínio jurídico adotado nas sentenças que é apropriado para a resolução do complexo conflito que é objeto deste trabalho, tendo em vista o extenso debate analisado anteriormente.

Em primeiro lugar, é fácil concluir que a grande maioria das decisões julgou em favor dos LGBT que se sentiram discriminados ou dos empregadores que adotavam a política de coibir a discriminação em seus respectivos ambientes de trabalho. Logo, é indispensável averiguar quais são as semelhanças e diferenças entre essas decisões, analisando-se que fatores elas consideraram como relevantes para sua conclusão e identificando-se os principais fundamentos adotados.

Por outro lado, as decisões que privilegiaram a liberdade religiosa são a minoria: apenas duas decisões norte-americanas (*Ward v. Polite* e *Lexington-Fayette Urban County Human Rights Commission v. Hands On Originals*), entre as dez selecionadas, julgaram em favor dos indivíduos religiosos que haviam sido acusados de discriminar por motivo de orientação sexual. Necessário, portanto, verificar se essas decisões apresentam linhas de raciocínio em comum, e por quê elas foram decididas em sentido contrário ao da maioria.

Essas análises serão realizadas no próximo tópico, separadamente. Ao final, serão identificados *modelos decisórios* que podem ser formulados a partir das decisões examinadas.

Em seguida, esses modelos decisórios serão examinados dentro do contexto em que se inserem as legislações que proíbem a discriminação, levando-se em conta o propósito que elas se destinam a cumprir, a fim de se verificar qual modelo apresenta a resposta mais adequada para o conflito em questão.

Por fim, serão tecidas breves considerações sobre as normas e os princípios que poderiam ser invocados, no contexto do ordenamento jurídico pátrio, se situações análogas às analisadas neste trabalho ocorressem no Brasil.

4.1

Análise crítica das decisões

4.1.1

Decisões em favor do direito à não discriminação LGBT

Primeiramente, passa-se à análise das duas sentenças norte-americanas que decidiram que *Masterpiece Cakeshop* e *Elane Photography* discriminaram em razão de orientação sexual, violando as aplicáveis legislações estaduais que proíbem a discriminação com base neste critério, em locais de acomodação pública. As razões de decidir dessas sentenças se aproximam bastante, e elas apresentam poucas diferenças relevantes entre si. Há, inclusive, algumas referências ao caso *Willock x Elane Photography* em *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, que ocorreu posteriormente. Basicamente, essas decisões adotaram três fundamentos, ora destacados.

Em primeiro lugar, rejeitaram o argumento de que não ocorreu discriminação por motivo de orientação sexual, logo não houve violação às leis de acomodação pública, porque a orientação sexual teria sido irrelevante para a recusa da prestação do serviço de fotografia ou fornecimento do bolo de casamento. Elaine Huguenin teria se recusado a fotografar quaisquer atos que endossassem o casamento homoafetivo, ainda que praticados por indivíduos heterossexuais, e teria prestado seus serviços de fotografia a Willock ou qualquer indivíduo homossexual, desde que o evento não fosse um casamento homoafetivo ou outra situação em que ela tivesse que retratar, através de suas fotos, um relacionamento homoafetivo de forma positiva, porque fazer isso violaria sua consciência religiosa. Analogamente, Jack Philips teria se recusado a criar qualquer bolo de casamento que transmitisse uma mensagem positiva sobre casamento homoafetivo, ainda que solicitado por um indivíduo heterossexual, e teria prontamente fornecido a Craig e Mullins quaisquer outros produtos não relacionados ao seu casamento, que era contrário a suas crenças religiosas.

Sobre esses argumentos, ambas as cortes entenderam que a discriminação se deu por causa da conduta que aqueles que solicitaram o serviço iam praticar – adentrar em um casamento homoafetivo – e que essa conduta não poderia ser razoavelmente dissociada da sua orientação sexual, uma vez que é exclusiva ou predominantemente praticada por indivíduos homossexuais. Também consideraram que os profissionais não poderiam deixar de prestar a alguns indivíduos determinados serviços que estavam disponíveis ao público em geral, fazendo tal diferenciação com base em critérios proibidos pelas legislações que coíbem a discriminação.

Masterpiece e *Elane Photography* também alegaram que, se tais legislações fossem interpretadas de forma a obrigá-los a prestar os serviços solicitados, violariam sua liberdade de expressão, pois eles seriam compelidos a expressar um discurso forçado (*compelled speech*) – uma mensagem comemorativa sobre casamento homoafetivo que conflituava com suas crenças religiosas. Além disso, tirar fotografias e criar bolos de casamento seriam formas de expressões artísticas, sobre as quais recaem as proteções da Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos.

Sobre esses argumentos, as cortes adotaram fundamentos ligeiramente divergentes: ambas afirmaram que a mera exigência legal de que os serviços oferecidos ao público em geral fossem prestados de forma não discriminatória não violava a Primeira Emenda; que a mensagem comemorativa sobre casamento homoafetivo seria razoavelmente atribuída por observadores àqueles que solicitaram o serviço, e não ao fotógrafo ou confeitiro; que os profissionais poderiam esclarecer em seus respectivos *websites*, por exemplo, que se opunham ao casamento homoafetivo mas se sujeitavam às legislações de acomodação pública. Entretanto, a Suprema Corte de New Mexico acrescentou que o fato de que o serviço de fotografia envolve um discurso ou uma forma de expressão não torna o *New Mexico Human Rights Act* inconstitucional; inserindo-se na categoria de acomodação pública, sua provisão pode ser regulada pelo Estado, mesmo que tal serviço inclua trabalho artístico e criativo; a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos não exime atividades criativas ou artísticas da observância das leis antidiscriminação. Já a Corte de Apelação de Colorado considerou que existem condutas que são “intrinsecamente expressivas” sobre as quais recaem as proteções da Primeira Emenda e que criar bolos pode ser caracterizado desta

forma, caso o bolo transmita uma mensagem específica de celebração de casamento homoafetivo; contudo, esse entendimento não seria aplicável ao caso, uma vez que Philips se negou a criar o bolo antes de saber como seria o modelo solicitado.²²⁴

Por fim, sobre as alegações de violação ao livre exercício de religião, ambas as cortes basearam-se no precedente *Employment Division v. Smith*, considerando que as legislações aplicáveis eram válidas, neutras e genericamente aplicáveis, de forma que o direito ao livre exercício de religião não eximia nenhum indivíduo da obrigação de obedecê-las.

Em primeiro lugar, percebe-se que a afirmação de que Jack Philips e Elaine Huguenin discriminaram com base na conduta de se casar com alguém do mesmo sexo não foi um argumento aduzido por aqueles, mas uma inferência das cortes, que parece uma imprópria interpretação dos argumentos suscitados. Tal inferência significa dizer que aqueles estavam buscando judicialmente o direito de não prestar *qualquer* serviço a pessoas casadas com alguém do mesmo sexo, ou a pessoas que tinham a intenção de se casar com alguém do mesmo sexo – o que seria absurdo. Contudo, os indivíduos religiosos estavam dispostos a atender os indivíduos que solicitaram os serviços, bem como outras pessoas casadas com alguém mesmo sexo ou pessoas com a intenção de se casar com alguém do mesmo sexo, desde que não tivessem que contribuir para uma cerimônia de casamento homoafetivo, ou prestar algum serviço o que endossasse; fica claro que o motivo da discriminação não foi a prática da *conduta* de adentrar em um casamento homoafetivo, como inferiram as cortes. Parece mais acertado afirmar que eles discriminaram porque se sentiam impedidos, em sua consciência, de contribuir para uma cerimônia de casamento entre pessoas do mesmo sexo. A motivação da recusa não estava relacionada aos *indivíduos* que solicitaram os serviços, nem à sua orientação sexual ou à conduta que eles iam praticar de se casar com alguém do mesmo sexo; estava relacionada a um *evento*, estritamente – uma cerimônia de casamento que conflitava com suas sinceras convicções religiosas.

Ainda que não se entenda dessa forma, o próprio argumento de que o casamento homoafetivo é uma conduta praticada exclusiva ou predominantemente

²²⁴Ver págs. 76 e 82, *supra*.

por indivíduos homossexuais, logo discriminar com base nessa conduta equivale a discriminar com base em orientação sexual, simplesmente desconsidera que aquele casamento é contrário às crenças religiosas de alguns indivíduos, e acaba por impor um conceito secular de casamento a indivíduos que detêm a crença de que o matrimônio é uma união sagrada entre um homem e uma mulher.

De fato, basicamente, apenas indivíduos homossexuais ou bissexuais adentram em um casamento homoafetivo; contudo, não é razoável que essa ilação seja suficiente para impor uma visão secularista sobre o casamento a indivíduos que possuem uma visão religiosa sobre tal instituição. Na verdade, esse conflito ilustra a tendência das cortes em direção a estabelecer uma moralidade pública oficial – questão que foi apontada por alguns dos autores estudados no primeiro capítulo.²²⁵

Com efeito, segundo a visão judaico-cristã sobre casamento, esta instituição consiste em uma união física, emocional e espiritual entre um homem e uma mulher, com o propósito de gerar, criar e educar filhos, marcada pela exclusividade e permanência, e consumada por atos que são do tipo reprodutivo, ainda que não sejam reprodutivos de fato. De outra parte, segundo a visão secularista, o casamento é uma convenção legal cujo objetivo é apoiar uma união emocional – que pode, ou não, ser marcada pelo comprometimento de exclusividade e permanência; que pode, ou não, estar aberta a ter filhos; em que quaisquer atos sexuais, desde que consensuais, são aceitáveis. Consequentemente, essa visão rejeita a ideia de que o casamento é, essencialmente, uma instituição heterossexual.²²⁶

Por muito tempo, a visão judaico-cristã foi predominante na sociedade. Mesmo quando ela passou a ser contestada, viu-se muitos esforços dos setores conservadores no sentido de impor essa visão aos demais – esforços que foram frustrados em quase todos países aqui estudados, exceto a Irlanda do Norte, único país do Reino Unido que ainda não legalizou o casamento homoafetivo. Indaga-se: será que, a partir de agora, prevalecendo a visão secularista, não deverá ser tolerada a visão judaico-cristã?

²²⁵Cf. BENSON, Ian T., pág. 49; PARKINSON, Patrick, pág. 61; BATEMAN, Thomas, pág. 69, *supra*.

²²⁶GEORGE, Robert P. *A clash of Orthodoxies*. In: First Things, 1999. Disponível em: <http://groups.apu.edu/theophil/Abare/496%20Readings/Clash%20of%20Orthodoxies.pdf>. Págs. 1 e 2.

A legalização do casamento homoafetivo deve ser compreendida como uma forma legítima de acomodar visões de mundo divergentes sobre a instituição do casamento em uma sociedade pluralista e multicultural, e não como a eliminação das demais visões sobre esta instituição. Em se tratando de uma sociedade que deseja proteger a diversidade de seus cidadãos, deve-se deixar espaço para a visão que já foi predominante e tende a ser, ao longo dos próximos anos, minoritária.

Nesse momento, é oportuno destacar o voto divergente da decisão norte-americana em *Hands on Originals*, já que as razões nele expostas se enquadram no conjunto de fundamentos que estão sob análise neste subtópico, justamente por divergir da maioria, cujos fundamentos serão analisados no subtópico seguinte. O objetivo de impor a visão secularista sobre casamento e relacionamento homoafetivo (que, aliás, não era a questão discutida naquele processo, e mesmo assim foi trazida pelo dissidente) àqueles que pensam de forma diferente fica muito claro nesse voto, quando o juiz Taylor afirma que a recusa em produzir as camisetas do *Pride Festival* se deu por causa de crenças religiosas contrárias a relacionamentos homoafetivos, e em seguida aduz que a Suprema Corte assegurou o direito fundamental ao relacionamento e casamento entre pessoas do mesmo sexo com base na Constituição e que, independentemente de crenças pessoais ou religiosas, essa é a lei que as Cortes têm o dever de cumprir.²²⁷

Em outras palavras, ele praticamente afirma que, a partir da legalização do casamento homoafetivo, opiniões divergentes sobre o assunto não devem ser toleradas, evidenciando a elevada carga ideológica de seu voto. Afinal, nem a opinião religiosa contrária ao casamento ou relacionamento homoafetivo, nem a recusa em fornecer camisetas para uma “parada gay”, têm o poder de prejudicar o direito ao casamento homoafetivo que foi assegurado pela Suprema Corte. Mencionar o precedente *Obergefell v. Hodges* nesse contexto só evidencia um objetivo maior por trás desse fundamento – impor a indivíduos religiosos a visão que a Suprema Corte adotou sobre casamento, como se ela tivesse o poder de determinar qual conceito de matrimônio deve vigorar não só em todos os estados norte-americanos, mas também nas consciências de todos os seus cidadãos.

²²⁷Cf. nota 169, supra.

Entretanto, prosseguindo com o raciocínio, esse “espaço para discordar” da visão secularista só deve existir no âmbito privado, não sendo razoável que um cidadão enfrente discriminação por parte de um representante do Estado quando ele busca se casar com alguém do mesmo sexo. Uma vez que o Estado decidiu reconhecer o direito ao casamento homoafetivo, nenhum cidadão pode sofrer negativa desse direito por parte de um servidor público. Se o Estado decidir acomodar objetores de consciência, essa acomodação só pode ocorrer internamente, sem que o indivíduo que pretende se casar passe por nenhum constrangimento ou atraso na prestação do serviço público, pois o Estado tem o dever constitucional de atribuir um tratamento igualitário aos cidadãos. As decisões do Canadá sobre esse assunto levaram em conta esses aspectos, acertadamente.

Em *Nichols v. M.J., Saskatchewan Human Rights Commission*, o fato de que Nichols era considerado um representante do governo quando oficializava casamentos civis foi essencial para que suas crenças religiosas não fossem acomodadas. Quando ele atua como *marriage commissioner*, age em nome do Estado, não podendo discriminar aqueles que buscam o serviço público com base em sua religião. Esse fato foi apontado, inclusive, para diferenciar seu caso de outros casos em que ocorreu a acomodação de crenças religiosas.²²⁸ A decisão também ressaltou que, se qualquer acomodação é devida a Nichols, ela deve ser feita sem que haja o risco de acontecer aquela situação, em que um cidadão buscou um serviço que lhe foi expressamente negado por causa de sua orientação sexual. Considerou, portanto, que a limitação à liberdade religiosa de Nichols era proporcional em face do objetivo de assegurar a prestação do serviço público de forma não discriminatória.

Outro ponto relevante é que se levou em conta que existiam meios alternativos para objetores de consciência – na província de Saskatchewan, a legislação pertinente previa a possibilidade de que a autoridade de um *marriage commissioner* fosse limitada à solenização de casamentos entre pessoas que pertencem a determinado credo ou nacionalidade. Celebrantes que se opunham ao casamento homoafetivo poderiam limitar sua autoridade a casamentos que

²²⁸Ver pág. 108, *supra*.

estivessem de acordo com sua religião, de forma que não seriam obrigados a celebrar aquele.²²⁹

Já em *Kisilowsky v. Her Majesty the Queen in right of the Province of Manitoba*, entendeu-se que a decisão administrativa de cancelar o registro de Kevin Kisilowsky como *marriage commissioner* não causou um impacto considerável sobre este, uma vez que ele não pretendia solenizar casamentos para o público em geral. Logo, ele poderia solicitar uma licença para cada casamento que desejasse celebrar, ou poderia qualificar-se como celebrante religioso, após obter o reconhecimento de sua organização como uma denominação religiosa. Essas duas alternativas foram consideradas suficientes para objetores ao casamento homoafetivo. Fez-se alusão ao supracitado caso de Nichols, afirmando-se que, quando atuava como um *marriage commissioner*, Kevin caracterizava-se como governo, devendo exercer sua função pública de modo a não infringir os direitos fundamentais de terceiros, assegurados pela *Charter*. Além disso, a Corte acrescentou que, ainda que se entenda que houve um impacto mais que trivial ou insubstancial sobre Kevin, a decisão administrativa foi razoável, satisfazendo o teste de proporcionalidade aplicável, pois refletiu uma adequada ponderação entre o direito à liberdade religiosa de Kevin e o direito à igualdade daqueles que desejam se casar.²³⁰

Nota-se que ambas as decisões acertadamente consideraram inaceitável a possibilidade de que um cidadão seja discriminado por um representante do governo, quando intentar concretizar seu direito ao casamento homoafetivo. No primeiro caso, efetivamente ocorreu uma discriminação por parte de um representante do governo em face de um cidadão; no segundo caso, Kevin havia deixado claro que se recusaria a solenizar um casamento homoafetivo, se fosse solicitado, e ocorreria uma discriminação semelhante. Nas duas decisões, levou-se em conta que, se aqueles *marriage commissioners* pudessem discriminar, outros poderiam decidir fazer o mesmo, o que poderia dificultar que casais homoafetivos encontrassem algum celebrante disposto a solenizar seu casamento, principalmente em cidades pequenas ou remotas, onde existem poucos *marriage commissioners*. Assim, limitações à liberdade religiosa foram consideradas proporcionais em face do objetivo de prover um serviço público de forma não

²²⁹Ver pág. 109, supra.

²³⁰Ver pág. 112, supra.

discriminatória. Além disso, ambas as decisões consideraram que existiam medidas alternativas viáveis para os objetores de consciência.

Diferente destes casos é o *Ladele v. Islington Council's Registry of Marriages*, ocorrido na Inglaterra, pois em momento algum houve uma discriminação por parte de Ladele em face de um cidadão que desejava adentrar em um casamento homoafetivo. Ela era uma das funcionárias do cartório, e apenas deixava de praticar, informalmente, as tarefas administrativas relacionadas às uniões civis homoafetivas que, à época, eram a única alternativa para casais homoafetivos, pois o casamento entre pessoas do mesmo sexo ainda não havia sido legalizado. Para Ladele, tais uniões eram contrárias às leis de Deus, pois eram uma errônea imitação da instituição do casamento.

O arranjo interno para acomodar as crenças de Ladele era perfeitamente possível (tanto é que outros cartórios optaram por acomodar objetores de consciência internamente, após o advento das *civil partnerships*), não causava um prejuízo indevido ao empregador, nem aumentava a carga de trabalho de seus colegas injustamente. Contudo, dois colegas de trabalho homossexuais se sentiam ofendidos com essa acomodação.

A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que a política de “Dignidade para Todos” adotada por *Islington Council* – segundo a qual ele promoveria igualdade para todos, mas especialmente combateria a discriminação com base em idade, deficiência, gênero, raça, religião e sexualidade – tinha um fim legítimo: garantir a todos iguais oportunidades e exigir que seus empregados agissem de forma não discriminatória. Sobre a proporcionalidade dos meios empregados para alcançar esse fim, a Corte afirmou que as autoridades nacionais não excederam a ampla margem de apreciação concedida aos Estados, quando estes têm que decidir sobre um conflito de direitos protegidos pela Convenção. Desta forma, concluiu que não houve violação ao art. 9 da Convenção, que protege a liberdade de consciência e a liberdade de religião, nem ao art. 14, que proíbe a discriminação com base em religião.

Contudo, a Corte não precisava ter se ocupado em averiguar a legitimidade da política adotada por *Islington Council*, já que esta jamais foi realmente violada ou sequer questionada por Ladele, que nunca discriminou em seu trabalho nem recebeu qualquer reclamação por parte de algum usuário do serviço. Tampouco era necessário um teste de proporcionalidade, já que não foi constatada nenhuma

real violação a um direito que conflitava com os direitos de Ladele à liberdade religiosa e liberdade de consciência. Ademais, ainda que fosse aplicável um teste de proporcionalidade, os meios utilizados (demissão de Ladele) para alcançar objetivos legítimos (prestação de um serviço de forma não discriminatória) foram claramente desproporcionais, excedendo qualquer margem de apreciação razoável, pois os serviços poderiam ser prestados de forma igualitária e eficiente sem que aquela tivesse que cumprir tarefas de forma a violar sua consciência religiosa ou ser demitida.

Quanto aos colegas de trabalho que se sentiam ofendidos com o arranjo interno que acomodava as crenças religiosas de Ladele, é importante afirmar que em momento algum eles foram discriminados. Sobre o desconforto que eles sentiam, deveras, não existe o direito fundamental a não ser ofendido pelo exercício da liberdade de consciência de terceiros, nem o direito à proteção contra o conhecimento de que terceiros acreditam que determinada orientação sexual, ou determinado tipo de casamento ou união civil são contrários às leis divinas. Assegurar esse direito seria impossível, pois também seria necessário encontrar uma forma de proteger Ladele do sentimento de ofensa causado pelo desrespeito a suas convicções religiosas.

Como assegurar *a todos* o direito a não ser ofendido em uma sociedade livre, democrática, pluralista e multicultural? É verdade que colegas homossexuais poderiam se sentir insultados por saber que existe alguém no mesmo ambiente de trabalho cuja consciência a impede de contribuir para uniões civis, as quais somente podiam ser constituídas por casais do mesmo sexo. Porém esse sentimento de ofensa não poderia ser razoavelmente considerado como suficiente para forçar Ladele a violar um mandamento de sua consciência religiosa ou enfrentar a extrema penalidade da demissão, sem conferir-lhe alguma alternativa razoável.

Considerando que a acomodação de Ladele poderia ocorrer sem causar um transtorno indevido ao empregador, pode-se dizer que ela foi indiretamente discriminada, uma vez que era um dever da autoridade local tratá-la de forma diferente dos seus colegas que não tinham objeção de consciência em relação às *civil partnerships*.²³¹ Mais uma vez, nota-se a imposição de uma visão secular

²³¹Cf. WILSON, Robin Fretwell, pág. 42 e BENSON, Ian T., pág. 46, *supra*.

sobre aspectos que são tidos como fundamentais a algumas religiões. É importante ressaltar que, quando ela adentrou no serviço público, não poderia saber que, futuramente, seria obrigada a oficializar uniões civis entre pessoas do mesmo sexo. Aliás, esse aspecto foi considerado como relevante pelos juízes que dissentiram do julgamento da maioria no caso de *Ladele*, para diferenciá-lo do caso do *counselor* McFarlane, abaixo analisado.

Neste caso, a Corte também entendeu que o Estado não excedeu a ampla margem de apreciação que ela concede quando este tem que decidir um conflito entre direitos protegidos pela Convenção – desta vez, por unanimidade. Atribuiu relevância ao fato de que McFarlane voluntariamente aderiu ao programa de treinamento em terapia psicosssexual, ciente da política de “Iguais Oportunidades” adotada pela *Relate* e de que selecionar clientes com base em sua orientação sexual não seria possível; porém afirmou que esse fato, isoladamente, não seria suficiente para determinar que não houve violação à sua liberdade religiosa. Declarou que o fator mais importante a ser levado em conta era que a ação do empregador teve o objetivo de assegurar a implementação de sua política de prover um serviço de forma não discriminatória (“*Equal Opportunities Policy*”). Consequentemente, as autoridades nacionais gozavam de uma ampla margem de apreciação na ponderação entre o direito de McFarlane de manifestar suas crenças religiosas e o interesse do empregador em assegurar os direitos de terceiros.

Entretanto, novamente, em momento algum McFarlane discriminou um cliente da *Relate* por causa de sua orientação sexual, violando sua política de Iguais Oportunidades. Além disso, se a empresa perdeu a confiança de que ele ofereceria a terapia psicosssexual a um casal homoafetivo caso esta fosse necessária, podia facilmente ter acomodado suas crenças religiosas, atribuindo o atendimento de casais homoafetivos a outros profissionais e permitindo que aquele atendesse apenas casais de sexos opostos, evitando qualquer risco de tratamento diferenciado a clientes por causa de sua orientação sexual.

Levando esses fatores em consideração, os juízes que dissentiram em *Ladele* destacaram que discordavam do fundamento da maioria segundo o qual os Estados dispunham de ampla margem de apreciação ao decidirem sobre um conflito de direitos protegidos pela Convenção, porém não redigiram um voto concorrente. Em seu voto sobre o caso *Ladele*, afirmaram que a margem de apreciação do Estado, seja ampla ou estreita, não adentra na consciência moral do

indivíduo; para eles, a razão por que não houve violação à liberdade religiosa no caso de McFarlane é que ele efetivamente abriu mão de seu direito a invocar uma objeção de consciência quando voluntariamente optou por aquele emprego. Basicamente, McFarlane escolheu se colocar naquela situação quando decidiu trabalhar na *Relate*, ciente de que poderia ser solicitado a atender casais homoafetivos – diferentemente de Ladele, cuja função era, inicialmente, registrar apenas nascimentos, óbitos e casamentos, não podendo imaginar que teria que oficializar uniões civis homoafetivas quando assumiu seu cargo.²³²

Nota-se que, em ambas as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, a legitimidade da política antidiscriminatória adotada pelo empregador foi considerada um fator determinante para que as cortes inglesas tivessem uma ampla margem de apreciação sobre os direitos supostamente em conflito. É verdade que o caso de Ladele é mais convincente, uma vez que, de fato, McFarlane sempre soube da política adotada pela empresa e que havia grandes chances de que se exigisse que ele atendesse casais homoafetivos. Contudo, em ambos os casos, não ocorreu uma discriminação efetiva por parte dos empregados – tampouco ocorreria no futuro, feitas as devidas acomodações – de forma que as ações dos empregadores praticamente negaram a seus funcionários o direito de manifestar uma posição moral sobre relacionamentos homoafetivos diferente dos demais.

Em ambos os casos, as cortes inglesas utilizaram o fundamento de que Ladele e McFarlane poderiam exercer sua liberdade de culto como quisessem e poderiam manter suas crenças em seu íntimo – uma distinção entre crença e manifestação de crença²³³. Reduzir a liberdade de religião à liberdade de crença e de culto, sem reconhecer que a fé requer uma expressão externa que se manifesta na conduta e no discurso do religioso, é uma visão muito restrita dessa liberdade.²³⁴

Na Inglaterra, um gerente de uma empresa foi rebaixado de seu cargo, perdendo cerca de 40% do seu salário por causa de uma postagem sobre casamento homoafetivo que ele fez em sua conta pessoal no *facebook*²³⁵, e uma

²³²Cf. nota 172, págs. 52 e 53.

²³³Ver págs. 93 e 99, *supra*.

²³⁴Cf. PARKINSON, Patrick, pág. 61, *supra*.

²³⁵Em *Adrian Smith v. Trafford Housing Trust*, Smith foi rebaixado do cargo de gerente que ocupava na *Trafford Housing*, perdendo cerca de 40% do seu salário, por causa de um comentário

enfermeira foi demitida porque, quando questionada, manifestou suas crenças religiosas sobre a homossexualidade para uma colega de trabalho, que se sentiu ofendida²³⁶. Faz-se breve referência a esses casos apenas para mostrar que, lamentavelmente, a manifestação do discurso religioso sobre a homossexualidade na Inglaterra tem sido coibida em diversas situações²³⁷, mesmo quando não se aproxima de um discurso de ódio.

Como explica Santos Júnior, “a mera manifestação no ambiente de trabalho, por razões religiosas, de uma opinião contrária à homossexualidade ou ao estilo de vida homossexual não deve ser vista, por si só, como um exercício abusivo da liberdade de expressão”²³⁸. A mera expressão da perspectiva religiosa sobre a homossexualidade é digna de respeito e deveria ser tolerada em uma

que havia feito em sua página pessoal do Facebook, onde compartilhou um link sobre casamentos homoafetivos em igrejas com a seguinte legenda: uma igualdade que foi longe demais (“*an equality too far*”). Um de seus colegas de trabalho perguntou o que ele quis dizer com a postagem, e ele respondeu que não entendia por que as pessoas que não têm fé e não acreditam em Jesus gostariam de se casar na igreja; que a Bíblia era específica sobre casamento ser entre um homem e uma mulher; que se o Estado quisesse permitir casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, isso é uma decisão do Estado; mas que este não deveria impor suas regras em lugares de fé e consciência. Sua página não era aberta ao público em geral, e o link foi compartilhado fora de seu horário de trabalho, mas a empresa alegou que ele havia violado seu código de conduta quando expressou suas opiniões políticas ou religiosas que poderiam entristecer seus colegas de trabalho. O juiz entendeu que Smith foi injustamente submetido a um processo disciplinar que, erroneamente, levou à diminuição drástica de seu salário, uma vez que não fez nada de errado. Disponível em: <http://www.employmentcasesupdate.co.uk/site.aspx?i=ed13900>. Acesso em 27/12/2017.

²³⁶ Em *Mbuyi v. Newpark Childcare*, o *Employment Tribunal* entendeu que Sarah Mbuyi, enfermeira, foi injustamente demitida do hospital onde trabalhava, o que ocorreu sob o fundamento de que Sarah havia discriminado uma colega de trabalho em virtude da orientação sexual desta. Sua colega comentou que estava chateada porque havia sido impedida de casar na igreja com sua parceira e fez perguntas a Sarah sobre sua religião, perguntando também se ela seria bem-vinda em sua igreja e se Deus aceitava o que ela estava fazendo. Sarah expressou sua visão de que homossexualidade é um pecado e é contrária à Bíblia, e foi demitida por assediar sua colega de trabalho. O tribunal assentou que a crença de Sarah é digna de respeito em uma sociedade democrática, não é incompatível com a dignidade da pessoa humana e não conflitua com direitos fundamentais de terceiros. Disponível em: <https://www.secularism.org.uk/uploads/mbuyi-et-judgment.pdf>. Acesso em 27/12/2017.

²³⁷ Isso tem ocorrido não apenas em ambientes de trabalho. Em *Core Issues Trust Ltd v. Transport for London & Anor*, a *Administrative High Court of Justice* chancelou a atitude do prefeito de Londres, que fortemente influenciou na decisão da *Transport for London* de não publicar em seus ônibus o seguinte anúncio: “*Not gay! Ex-gay, post-gay an proud. Get over it!*”, da *Core Issues Trust*, uma instituição de caridade cristã que oferece suporte terapêutico a homens e mulheres que lidam com atração indesejada por pessoas do mesmo sexo. Esse anúncio tinha o objetivo de responder a outro anúncio propagado nos mesmos ônibus pela *Stonewall*, uma organização pró-LGBT, que dizia: “*Some people are gay. Get over it!*”. A Corte entendeu que não ficou comprovado que o prefeito tomou esta atitude com a motivação de se reeleger, como acusou a *Core Issues Trust*, mas visou simplesmente evitar que propagandas ofensivas aparecessem nos ônibus londrinos, causando sofrimento a uma parte da população. Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2014/2628.html>. Acesso em 27/12/2017.

²³⁸ SANTOS JÚNIOR, Aloisio Cristovam dos. *Liberdade religiosa e contrato de trabalho: a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho*. Niterói: Impetus, 2013. Pág. 368.

sociedade que preza pela liberdade e diversidade. Se essa perspectiva tivesse sido respeitada nos casos aqui analisados, o empregador de McFarlane teria adotado medidas para garantir que as suas crenças religiosas não causassem discriminação a nenhum potencial usuário dos serviços, e o empregador de Ladele teria apenas mantido o arranjo interno que já havia sido feito informalmente, mesmo que essas acomodações causassem desconforto a alguns colegas de trabalho.

Os últimos casos a serem analisados envolvem mais profundamente o direito à liberdade de expressão. Ainda no Reino Unido, analisa-se primeiramente a decisão em *Ashers Bakery v. Gareth Lee*, ocorrido na Irlanda do Norte. A Corte de Apelação rejeitou o argumento de que a recusa em fazer o bolo com a frase “Apoie o casamento gay” não ocorreu por causa da orientação sexual de Lee, mas por causa da mensagem que endossava o casamento homoafetivo, contrário às crenças religiosas dos McArthurs. Estes aduziram argumentos similares aos de *Elane Photography* e *Masterpiece Cakeshop*, no sentido de que teriam se recusado a fazer o mesmo bolo caso ele tivesse sido solicitado por um indivíduo heterossexual, e teriam fornecido a Lee qualquer outro bolo que não apoiasse essa causa LGBT.

A Corte considerou que a mensagem do bolo beneficiava apenas homossexuais ou bissexuais, e que foi o uso da palavra “gay” naquele contexto que fez com que o pedido não fosse atendido. Este foi cancelado porque os McArthur não fariam um bolo com uma mensagem que apoiasse o direito de se casar de pessoas com determinada orientação sexual, havendo uma exata correspondência entre as pessoas que a mensagem beneficiava e a orientação sexual delas. Assim, constatou que o caso estava associado à comunidade gay e bissexual, e que a orientação sexual dessa comunidade é uma característica protegida. Logo, ocorreu uma discriminação direta, violando a legislação nacional que proíbe a discriminação com base em orientação sexual em locais que oferecem serviços ao público em geral.²³⁹

Sobre as alegações de violação aos arts. 9 e 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Corte considerou que as limitações à liberdade religiosa e à liberdade de expressão foram proporcionais, pois se deram conforme a lei, e visavam um objetivo legítimo – coibir a discriminação na esfera comercial –

²³⁹Ver pág. 102, *supra*.

afirmando que a exigência de que uma mensagem contrária às crenças religiosas dos McArthurs fosse transmitida ocorreria na medida necessária para garantir tal objetivo.

Em *Ontario Human Rights Commission v. Brockie*, no Canadá, não obstante a comprovação de que Brockie havia prestado serviços para LGBT no passado, inclusive para uma empresa de roupas íntimas voltada para o este público, a Corte rejeitou o argumento de que ele não havia discriminado por causa da orientação sexual de Brillinger. Afirmou que a proteção contra a discriminação com base em orientação sexual também se estendia à organização pró-LGBT *Archives*, uma pessoa jurídica, e que a recusa a prestar serviços a Brillinger se deu por causa de sua associação a esta e ao grupo que ela representa. Também considerou que era necessária a desconsideração da personalidade jurídica da organização, a fim de que fossem encontrados os verdadeiros ofendidos pela discriminação – os indivíduos que se associaram através daquela.

A decisão levou em conta que, historicamente, a orientação sexual tem sido utilizada como base para discriminar, excluir e humilhar indivíduos, sendo necessária uma interpretação liberal e teleológica da legislação de direitos humanos, a fim de promover seus objetivos políticos. Consequentemente, entendeu que os esforços para promover o entendimento e o respeito àqueles que possuem determinada característica não devem ser distinguidos da própria característica, refutando o argumento de Brockie no sentido de que a discriminação não ocorreria por causa da orientação sexual, mas por causa da conduta de se engajar em promover a causa daqueles que possuem determinada orientação sexual – conduta que ele não desejava auxiliar.

Considerou, portanto, que a limitação à liberdade religiosa de Brockie foi proporcional naquele caso concreto, obrigando-o a fornecer os papéis timbrados, envelopes e cartões de visita solicitados para a organização *Archives*, levando em conta que o objetivo de coibir a discriminação é premente e substancial. Todavia, afirmou que, futuramente, a ordem da *Commission* deveria ser interpretada de tal forma que sua aplicação não o obrigasse a fornecer materiais que poderiam ser razoavelmente considerados como em direto conflito com os elementos fundamentais de suas crenças religiosas, como itens que contivessem uma

mensagem que promovesse o “estilo de vida gay e lésbico” ou ridicularizasse suas crenças religiosas.²⁴⁰

Nota-se elevada carga ideológica nessas duas decisões sobre casos de recusa por motivos religiosos a fornecer produtos que manifestam apoio a causas LGBT, bem como no supracitado voto divergente em *Hands on Originals*. Neste caso, Adamson nunca sequer perguntou sobre a orientação sexual do indivíduo que solicitou as camisetas, restando evidente que ele apenas se sentia impedido, em sua consciência, de contribuir através de seus produtos para um Festival do Orgulho Gay; mesmo assim, em ilógica extrapolação, o voto dissidente atribui uma orientação sexual à organização pró-LGBT GLSO e afirma que ocorreu discriminação contra esta e seus membros, com base em sua orientação sexual.²⁴¹ No contexto desse voto, esta extrapolação foi necessária, uma vez que o presidente da GLSO, que participou do processo administrativo junto à *Commission* e depois do processo judicial, era heterossexual e casado com alguém do sexo oposto.

A decisão em *Ashers Bakery v. Gareth Lee* não chegou a considerar a organização pró-LGBT *QueerSpace* como destinatária da atitude considerada discriminatória. Porém fundamentos como: afirmar que o caso estava “relacionado a comunidade homossexual e bissexual”; que o uso da palavra “gay” naquele contexto causou a discriminação; que a mensagem “apoie o casamento gay” beneficiava apenas homossexuais e bissexuais, havendo uma correspondência entre as pessoas que a mensagem beneficiava e sua orientação sexual; também denotam uma extrapolação, evidenciando que se entendeu que ocorreu discriminação direta simplesmente porque a atitude considerada discriminatória estava relacionada a determinado grupo de pessoas, os LGBT.

Em momento algum ficou comprovado que o fato de Lee ser homossexual foi o motivo da recusa, o que é evidenciado diante da necessidade de se recorrer a esses argumentos. A decisão chega a afirmar claramente que a razão pela qual o pedido foi cancelado foi que os McArthurs não fariam um bolo com uma mensagem apoiando o direito de se casar de pessoas com determinada orientação

²⁴⁰ Ver pág. 117, supra.

²⁴¹ Ver pág. 91, supra.

sexual²⁴², claramente ampliando os destinatários da discriminação, que deixa de ser somente em face de Lee e passa a incluir toda a comunidade LGBT. Ao se recusarem a contribuir para a propagação de uma mensagem em apoio ao casamento homoafetivo, os McArthurs ofenderam todo um grupo de pessoas que têm uma característica protegida pela legislação que coíbe a discriminação – e esse raciocínio deturpado foi considerado suficiente para caracterizar uma discriminação direta.

A sentença em *Ontario Human Rights Commission v. Brockie* chega ao extremo de atribuir orientação sexual à organização pró-LGBT *Archives* e então desconsiderar sua personalidade jurídica, para encontrar os “verdadeiros discriminados”. Ademais, em nome de uma interpretação teleológica da legislação de direitos humanos, afirma que os esforços em promover o respeito a determinada característica não podem ser dissociados da característica em si. A necessidade de recorrer a esses argumentos demonstra, novamente, que a recusa não se deu exatamente por causa da orientação sexual de quem solicitou o serviço, mas por causa do que a prestação daquele serviço significaria para Brockie: a violação de um mandamento de sua consciência religiosa. Porém a urgência em utilizar a legislação de antidiscriminação como um fundamento para compelir terceiros a contribuir indiretamente para causas contrárias a suas crenças religiosas requer a utilização de ilações como essa, que permitam a aplicação daquela legislação, ainda que forçadamente.

Ao menos, a decisão deixou algum espaço para as crenças religiosas de Brockie, afirmando que ele poderia se recusar a fornecer produtos que propagassem mensagens que estivessem em conflito direto com aquelas. Ocorre que, para Brockie, qualquer produto que ele tenha que fornecer a organizações pró-LGBT entra em conflito direto com suas crenças religiosas, uma vez que sua consciência o impede de contribuir de qualquer maneira para tais organizações, ainda que minimamente. Por outro lado, ao que parece, Brockie estava disposto a fornecer produtos que a Corte poderia entender como diretamente conflitantes com suas crenças religiosas, como os materiais que ele forneceu à empresa *Body Body Wear*, que produzia roupa íntima voltada para o público LGBT (que

²⁴² “The reason that the order was cancelled was that the appellants would not provide a cake with a message supporting a right to marry for those of a particular sexual orientation”. Ver pág. 19 desta decisão, cf. nota 187, supra.

poderiam ser razoavelmente interpretados como promovendo o “estilo de vida gay e lésbico”).

Para alguém que sinceramente acredita que a homossexualidade é uma conduta pecaminosa, contrária às leis divinas, qualquer auxílio a uma organização que tem o objetivo de promover o orgulho em ser LGBT ou causas a estes relacionadas conflitua com suas crenças religiosas. Não cabe ao Estado julgar a qualidade moral desse raciocínio, nem determinar quais condutas são suficientemente ofensivas à consciência religiosa de um indivíduo, e quais não são. Em uma sociedade livre, essas avaliações são confiadas apenas ao indivíduo.²⁴³

Com efeito, a mesma tentativa de decidir pelos indivíduos religiosos o que é ofensivo à sua consciência pode ser vista em *Masterpiece* e no voto divergente em *Hands on Originals*. Este voto considerou que o discurso que a empresa se negou a propagar através de seus produtos não era obsceno ou difamatório, de modo a justificar proteção à liberdade de expressão; ignorando que qualquer forma de contribuição para um Festival do Orgulho Gay violaria a consciência de Adamson. Semelhantemente, em *Masterpiece*, a Corte admitiu que alguns bolos de casamento podem transmitir uma mensagem de celebração ao casamento homoafetivo e que, dependendo do modelo do bolo, a proteção à liberdade de expressão é aplicável; ignorando que, para Jack Philips, qualquer bolo de casamento homoafetivo transmite uma mensagem que viola sua consciência religiosa. Anteriormente, a *Commission* entendera que um confeitiro judeu ou negro poderia se recusar a fazer um bolo para um grupo neonazista, e que um confeitiro homossexual poderia se recusar a fazer um bolo para uma igreja que constantemente manifesta um discurso de ódio contra LGBT; mas um bolo de casamento entre pessoas do mesmo sexo não seria explícita e incontestavelmente ofensivo como estes bolos.

Percebe-se como é perigosa a possibilidade de que o Estado emita um juízo de valor sobre essas questões, decidindo o que é extremamente ofensivo à consciência do indivíduo e o que não é. Comumente, os próprios religiosos discordam entre si sobre quais questões são essenciais e quais são periféricas à sua fé. Como podem os órgãos judiciais assumir para si uma tarefa tão complexa,

²⁴³ Cf. BENSON, Ian T., pág. 67, *supra*.

que cabe somente ao foro íntimo de cada indivíduo? Privilegiar a liberdade parece ser, nesses casos, a melhor maneira de se evitar que o Estado adote dois pesos e duas medidas.

Por fim, as decisões em *Ashers Bakery* e *Brockie* entenderam que as limitações aos direitos fundamentais daqueles que se recusaram a prestar os serviços solicitados eram proporcionais em face do legítimo objetivo de assegurar um mercado livre de discriminação com base em orientação sexual. Em ambas as decisões, chamou-se atenção para todo o contexto histórico e social de discriminação em face dos LGBT. De fato, a legitimidade do propósito da legislação que proíbe a discriminação com base em orientação sexual, dentre outros critérios, é inquestionável.

Contudo, em primeiro lugar, é questionável a constatação de que ocorreu, nesses casos, uma discriminação por causa da orientação sexual dos indivíduos que solicitaram os serviços, pelas razões acima expostas. Parece que a motivação da recusa estava relacionada à objeção em contribuir para a propagação de uma mensagem de apoio ao casamento homoafetivo ou auxiliar uma organização pró-LGBT. Ademais, para se alcançar o objetivo de assegurar um mercado livre de discriminação em razão da orientação sexual, compelir um indivíduo a auxiliar na propagação de uma mensagem ou causa que viola sua consciência religiosa não parece proporcional. Os casos em tela merecem um tratamento diferenciado, pois envolvem um complexo conflito de direitos fundamentais. Caso se entenda que a legislação de antidiscriminação é aplicável, sua aplicação não pode se dar de forma simplista.

O propósito da legislação é proibir a nefasta situação em que um indivíduo recebe tratamento diferenciado *por causa de* uma característica imutável ou essencial à sua identidade; todos os casos em que alguém é discriminado simplesmente porque possui determinada orientação sexual (dentre outros critérios elencados nas legislações de antidiscriminação) devem ser fortemente rechaçados. Todavia, seu objetivo não é (ou melhor, não deveria ser) fazer com que toda e qualquer solicitação relacionada a LGBT tenha que ser atendida, mesmo que isso signifique a violação à liberdade de consciência, liberdade religiosa e liberdade de expressão de outro indivíduo. O objetivo é evitar que minorias sejam destratadas em situações cotidianas, e não livrá-las de toda e qualquer ofensa que pode advir do conhecimento de que algumas pessoas

discordam do que elas interpretam como suas “escolhas” ou seu “estilo de vida”. É garantir a igualdade, sem instaurar uma ortodoxia dominante que não pode, sob hipótese alguma, ser contrariada. É possível que esses objetivos sejam alcançados e, ao mesmo tempo, haja um espaço para aqueles que possuem uma visão de mundo divergente, como ocorreu nas decisões analisadas a seguir.

4.1.2

Decisões que favoreceram a liberdade de consciência, liberdade religiosa e liberdade de expressão

Neste subtópico, serão analisadas as duas únicas decisões que privilegiaram a liberdade de consciência, liberdade religiosa e liberdade de expressão, ambas norte-americanas. Outrossim, será analisado o voto divergente em *Ladele*.

Em *Lexington-Fayette Urban County Human Rights Commission v. Hands On Originals*, a Corte de apelação da *Commonwealth of Kentucky* considerou que Adamson não discriminou com base em orientação sexual, portanto não violou a legislação que proíbe a discriminação em locais de acomodações públicas, uma vez que sua recusa a produzir camisetas para o *Pride Festival* não ocorreu porque o indivíduo que solicitou o serviço tinha uma orientação sexual ou identidade de gênero específica. Levou em conta que aquele nunca questionou sobre a orientação sexual deste, tampouco este chegou a falar sobre isso com Adamson. Afirmou também que a organização GLSO não possui orientação sexual ou identidade de gênero.²⁴⁴

A decisão também observou que a conduta de ser membro da GLSO ou de apoiar causas LGBT não é exclusiva ou predominantemente praticada por homossexuais, podendo ser realizada por indivíduos de todas as orientações sexuais. Neste momento, diferenciou o caso em tela de *Masterpiece*, mencionando que, neste caso, entendeu-se que a recusa de um confeitiro a fornecer um bolo de casamento para um casal homoafetivo, porque aquele desaprovava o casamento entre pessoas do mesmo sexo, era equivalente à discriminação com base em orientação sexual. Todavia, afirmou que não é o propósito da lei de acomodação

²⁴⁴ Ver pág. 88, *supra*.

pública, nem da Primeira Emenda, tratar um *discurso* como esse tipo de conduta, por duas razões: em primeiro lugar, porque um discurso é uma atividade que *qualquer um* pode praticar, independentemente de religião, orientação sexual, raça, gênero, identidade ou personalidade jurídica; ademais, o direito à liberdade de expressão não garante a alguém o direito de usar a propriedade de terceiros, ou do governo, como uma plataforma para expressar suas ideias.²⁴⁵

Logo, transmitir uma mensagem em apoio a uma causa, como produzir ou vestir uma camiseta do *Pride Festival*, não pode ser considerado como uma conduta exclusiva ou predominantemente adotada por pessoas que possuem uma característica protegida pela legislação antidiscriminação. Trata-se de um discurso que pode ser manifestado por qualquer pessoa. Afirmou que a *Hands on Originals* é uma acomodação pública, e não um fórum público, não sendo, portanto, proibida de exercer a censura sobre pontos de vista ou mensagens. Tal limitação dos serviços oferecidos era a mesma para todos os clientes e não era, portanto, vedada pela legislação aplicável.

Em voto concorrente, um dos juízes entendeu que esta legislação obriga Adamson a violar suas sinceras crenças religiosas, fornecendo as camisetas solicitadas, ou receber uma punição. Contudo, com base no precedente da Suprema Corte *Hobby Lobby* e no *Kentucky's Religious Freedom Restoration Statute*, análogo ao *Religious Freedom Restoration Act* federal, afirmou que a aplicação da legislação de acomodação pública impunha um fardo substancial ao livre exercício da religião, e não era o meio menos restritivo para se alcançar o interesse imperativo em impedir a discriminação com base em orientação sexual em tais locais. Assim, determinou que esta legislação é inválida quando aplicada a este caso, devendo-se conferir ao dono da *Hands on Originals* um meio alternativo para acomodar as necessidades de um cliente que quer promover uma causa contrária à sua fé. Como exemplo, mencionou a iniciativa de Adamson, que se ofereceu para encontrar outra empresa que atendesse ao pedido pelo mesmo preço.²⁴⁶

Em *Ward v. Polite*, a Corte de Apelação do *Sixth Circuit* considerou que a expulsão de Ward do curso de *counseling* ocorreu como uma forma de punição do seu discurso religioso, discriminando-a com base em sua religião. Afirmou que,

²⁴⁵ Cf. nota 160, págs. 14 e 15.

²⁴⁶ Ver pág. 90, *supra*.

quando ela solicitou que o paciente homossexual fosse encaminhado a outro estudante, ela o fez justamente para evitar impor seus próprios valores àquele – o que é proibido pelo Código de Ética. Esta atitude foi uma maneira legítima que ela encontrou de respeitar a diversidade dos pacientes, em obediência ao Código. Quando este proíbe a discriminação com base em religião, não obriga um psicólogo muçulmano a afirmar as crenças religiosas de seu paciente judeu, por exemplo. Nesse sentido, declarou que a tolerância é uma “via de mão dupla”.²⁴⁷

A decisão também apontou alguns autores estudados naquele curso de *counseling* que dissertavam sobre a possibilidade e inevitabilidade de encaminhamentos em situações como a ocorrida, e outra hipótese em que o próprio Código admitia o encaminhamento a outro profissional com base em valores (pacientes terminais que gostariam de discutir a eutanásia com seus psicólogos). Além disso, verificou que a universidade adotava a política de permitir encaminhamentos em outras situações, e tentou demonstrar, sem êxito, que estava aplicando a Ward uma política genérica de não aceitar encaminhamentos, utilizando uma norma neutra e genericamente aplicável fictícia, como instrumento para impor um fardo ao livre exercício da religião – uma das exceções que a Suprema Corte listou no precedente *Smith*²⁴⁸. Diante de tudo isso, a Corte entendeu que a expulsão de Ward ocorrera por causa de seu discurso religiosamente motivado, e não por algum objetivo pedagógico legítimo.

Além disso, afirmou que a universidade não tinha um interesse imperativo em expulsar Ward, pois vários tipos de encaminhamentos são permitidos pela profissão; se tivesse autorizado o encaminhamento, teria acomodado as crenças daquela, por um lado; por outro lado, o paciente teria sido atendido por alguém mais indicado a tratar sobre questões relativas a relacionamentos homoafetivos, e não teria sabido que ela solicitara o encaminhamento.

²⁴⁷ Ver pág. 85, *supra*.

²⁴⁸ Em *Smith*, a Suprema Corte estabeleceu que uma lei não é neutra e genericamente aplicável quando, apesar de ser aparentemente genérica, destina-se a regular uma prática religiosa específica, impondo-lhe um fardo substancial. O único caso em que ela interpretou essa exceção, até o momento, foi *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, em que entendeu que a legislação local destinava-se a regular apenas a prática religiosa de sacrifícios de animais, pois proibia matar animais desnecessariamente em um ritual ou cerimônia, quando o propósito primário não fosse o consumo de comida. Ver LAYCOCK, Douglas. *Religious liberty and the culture wars*. In: *University of Illinois Law Review*, vol. 2014, n. 3. Pág. 5. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2304427>. Acesso em 17/08/2017.

Nota-se que as duas decisões consideraram que não ocorreu discriminação com base em orientação sexual, e expressaram a preocupação de que um entendimento contrário significaria impor aos indivíduos religiosos uma visão de mundo contrária a suas crenças, afirmando que esse não era o propósito das legislações que proibiam a discriminação. Em *Hands on Originals*, afirmou-se que o entendimento da *Commission*, que havia decidido que Adamson discriminou com base em orientação sexual, levaria ao absurdo de permitir que qualquer indivíduo alegasse discriminação com base na legislação de acomodação pública, quando solicitasse algum produto que apoiasse uma causa relativa aos grupos protegidos pela legislação, o que claramente não era o propósito daquela legislação.²⁴⁹ Em *Ward v. Polite*, afirmou-se que Ward solicitou encaminhamento a fim de respeitar a direção da universidade no sentido de que os estudantes deveriam afirmar os valores de seus pacientes, e indagou-se: o que mais poderia a regra poder exigir? Para a Corte, o entendimento de que a regra do Código de Ética exige que um psicólogo viole suas crenças religiosas, afirmando valores do paciente que são contrários à sua religião, impor uma ortodoxia, e não a proibição da discriminação.²⁵⁰

Pergunta-se: a proibição à discriminação significa que indivíduos religiosos são obrigados a apoiar as causas ou os valores dos LGBT, de modo a violar suas sinceras crenças religiosas? Claramente, forçar um discurso que viola a consciência do indivíduo não é (ou não deve ser) o objetivo da legislação antidiscriminação. No primeiro caso, muito semelhante a *Ashers Bakery e Brockie*, um entendimento diverso ao da Corte de Apelação teria forçado Adamson a auxiliar na propagação de uma mensagem em apoio ao Orgulho Gay. Ocorre que, segundo sua consciência, ele não poderia fazer isso, uma vez que ele detém a sincera convicção religiosa de que a homossexualidade é uma conduta pecaminosa, que deve causar genuíno arrependimento, em vez de orgulho. A decisão considerou que esse foi o verdadeiro motivo pelo qual ele se recusou a fornecer as camisetas solicitadas, e que a orientação sexual de quem as solicitou foi irrelevante para a motivação de tal recusa.

No segundo caso, que guarda algumas semelhanças em relação a *McFarlane v. Relate*, um entendimento diverso teria forçado uma estudante de

²⁴⁹ Cf. nota 160, supra, pág. 18.

²⁵⁰ Cf. nota 150, supra, pág. 11.

psicologia a afirmar a homossexualidade ou os relacionamentos homoafetivos do paciente, caso essas questões surgissem durante o atendimento. Basicamente, ela teria que manifestar apoio a valores e atitudes que entram em direto conflito com suas crenças religiosas, expressando em seu atendimento um discurso de aprovação em relação à homossexualidade, enquanto em sua consciência ela acredita que o paciente está violando as leis divinas. Ela não se negou a atendê-lo *porque* ele era homossexual; tanto é que se prontificou a dar início ao atendimento e então encaminhá-lo a outro estudante, caso surgissem questões relacionadas a relacionamento homoafetivo, pois estava disposta a lhe auxiliar sobre quaisquer outras questões. Para alguém que sinceramente acredita que a homossexualidade é uma conduta pecaminosa, manifestar aprovação de tal conduta significa violar um mandamento de sua religião. Não há dúvidas de que o paciente seria melhor atendido por um estudante que não tivesse nenhuma objeção em relação à homossexualidade. O mesmo se aplica à McFarlane, que já era um *counselor* atuando na profissão, diferentemente de Ward; ademais, em ambos os casos, não ocorreu uma discriminação direta em face de algum paciente.

Mais do que proteger a liberdade religiosa e liberdade de expressão, essas decisões respeitaram a liberdade de consciência dos indivíduos religiosos. Neste ponto, é oportuno destacar o voto divergente em *Ladele*. Para os juízes dissidentes na Corte Europeia de Direitos Humanos, este caso era sobre liberdade de consciência, mais do que liberdade religiosa. Embora ambas sejam citadas no mesmo artigo da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a palavra “consciência” é mencionada apenas no item 1 do art. 9 (“Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião”); enquanto é omitida no item 2, onde se leem as limitações à liberdade religiosa (“A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou colectivamente (sic), não pode ser objecto (sic) de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática [...]”); indicando que a proteção àquela é mais ampla que a esta.²⁵¹

Isto porque a consciência não necessariamente é guiada pelas crenças religiosas. Para aqueles juízes, existe uma distinção entre os mandamentos da consciência e os mandamentos religiosos. Estes podem se sujeitar às limitações na

²⁵¹ Cf. nota 51, *supra*.

forma do item 2 do art. 9. Por outro lado, quando ocorre um caso sério e genuíno de objeção de consciência, o Estado é obrigado a respeitar a liberdade individual de consciência tanto positivamente quanto negativamente. No caso de *Ladele*, a objeção de consciência era séria e genuína, e era também a manifestação de uma sincera crença religiosa. A margem de apreciação do Estado em conflitos de direitos protegidos pela Convenção, seja ampla ou estreita, não abrange a séria e genuína consciência moral do indivíduo.

O voto também levou em conta que ocorreu, no caso, a manifestação de um politicamente correto cego (“*blinkered political correctness*”)²⁵² e que, em vez de praticar a tolerância e a “dignidade para todos” que pregava, o *Islington Council* escolheu o caminho do politicamente correto obsessivo (“*pursued the doctrinaire line, the road of obsessive political correctness*”).²⁵³ Afirmou que não havia espaço para ponderação entre o direito fundamental e concreto à liberdade de consciência de *Ladele* e uma política pública legítima que visa proteger direitos em abstrato, já que não ocorreu nenhuma discriminação direta em face de algum usuário do serviço, como já ressaltado. Concluiu que houve um tratamento discriminatório em face daquela, que foi forçada a agir contrariamente à sua consciência religiosa sob pena de demissão – algo inaceitável em uma sociedade democrática, ainda que se considere que as limitações do item 2 do art. 9 da Convenção aplicam-se à liberdade de consciência.

O que essas razões de decidir têm em comum é o reconhecimento de que a proibição da discriminação com base em orientação sexual é um objetivo legítimo e crucial; porém a concretização desse objetivo não impede a tolerância a indivíduos que possuem visões de mundo minoritárias, que podem ser razoavelmente acomodadas na sociedade.

4.1.3

Os modelos decisórios

É possível identificar quatro modelos de decisão a partir das dez sentenças selecionadas neste trabalho. As decisões em *Hands on Originals*, *Ward v. Polite* e o voto divergente em *Ladele* podem ser classificados como o modelo de

²⁵² Cf. nota 172, supra, pág. 52.

²⁵³ Idem, pág. 54.

interpretação restrita do conceito de discriminação com base em orientação sexual, pois consideraram que a motivação das recusas dos indivíduos religiosos não estava propriamente relacionada à orientação sexual, mas a uma sincera objeção de consciência religiosa, portanto as normas que proibiam tal discriminação não eram aplicáveis.

As decisões em *Elane Photography*, *Masterpiece Cakeshop*, *Ashers Bakery*, *Brockie*, e o voto divergente em *Hands on Originals* podem ser classificadas como o modelo de *interpretação extensiva* do conceito de discriminação com base em orientação sexual, tendo em vista que, em todos esses casos, foram rejeitados os argumentos dos indivíduos religiosos no sentido de que a recusa na prestação do serviço não se deu por causa da orientação sexual daqueles que o solicitaram, mas por causa de sua objeção de consciência em contribuir para um casamento homoafetivo ou apoiar indiretamente causas LGBT.

Já as decisões em *Ladele* e *McFarlane* podem ser classificadas como o modelo da *interpretação abstrata* do conceito de discriminação com base em orientação sexual, visto que eles não chegaram a discriminar um usuário dos serviços, e mesmo assim foram demitidos por violarem as políticas antidiscriminatórias adotadas por seus empregadores. A legitimidade dessas políticas foi considerada um fator crucial pela Corte Europeia de Direitos Humanos, para conceder às cortes inglesas ampla margem de apreciação no conflito entre o direito concreto à liberdade de consciência religiosa, de um lado, e o direito à não discriminação, em termos abstratos, do outro.

Por fim, as decisões em *Nichols* e *Kisilowsky* podem ser classificadas como o modelo aplicável a *agentes públicos*, uma vez que o fato de que aqueles atuavam em nome do Estado quando exerciam a função pública de *marriage commissioner* foi tido como crucial para que suas crenças religiosas não fossem acomodadas, sendo vista como inadmissível a possibilidade de que um cidadão seja diretamente discriminado por um representante do governo por causa de sua orientação sexual, quando busca concretizar seu direito ao casamento homoafetivo. Ambas as decisões também levaram em conta que existiam alternativas razoáveis disponíveis aos objetores de consciência.

A partir da identificação desses modelos, passa-se, no tópico seguinte, a uma reflexão mais profunda sobre o contexto em que as legislações que proíbem a

discriminação se inserem e sobre o verdadeiro propósito que elas se destinam a cumprir.

4.2

A guerra entre secularismo e religião

O conflito de direitos analisado neste trabalho é apenas uma das frentes de batalha em uma guerra muito mais ampla, travada em todos os países aqui estudados: a guerra entre secularismo e religião, que pode ser chamada de guerra cultural (“*culture wars*”), entre as forças da “fé” e as forças da “razão”, entre ortodoxias divergentes, dentre outros tantos nomes que denotam, basicamente, o conflito entre visões de mundo antagônicas que coexistem em sociedades pluralistas e multiculturais. Nessa guerra, as frentes de batalha atualmente incluem temas como aborto, contracepção, contracepção de emergência, laqueadura, direitos LGBT e casamento homoafetivo – sendo que todos esses temas dão origem a discussões sobre objeções de consciência²⁵⁴, como as que são o presente objeto de estudo.

Segundo Robert George, o secularismo rejeita a concepção judaico-cristã sobre temas como a vida e a morte, o conceito de casamento e a moralidade do sexo marital, e tem como objetivo a completa privatização da religião, tornando irrelevante aos assuntos públicos e à vida pública o julgamento moral religiosamente informado, visando estabelecer a ideologia secularista como a filosofia pública nacional.²⁵⁵ No mesmo sentido, Ian T. Benson aponta que a posição “antirreligiosa” adotada pelo secularismo é sectarista, banindo a religião de qualquer lugar prático na cultura social. Entretanto, uma compreensão correta do que significa o termo “secular”²⁵⁶ buscará entender quais pretensões religiosas

²⁵⁴ LAYCOCK, Douglas. *Religious liberty and the culture wars*. In: University of Illinois Law Review, vol. 2014, n. 3. Págs. 8. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2304427>. Acesso em 17/08/2017.

²⁵⁵ GEORGE, Robert P. Ibidem, pág. 2. Cita-se esse artigo porque ele faz uma boa exposição dos “valores ortodoxos” em conflito, tanto religiosos quanto secularistas. É importante destacar, contudo, que George faz essa exposição com o objetivo de argumentar que a visão moral cristã é racionalmente defensável, e que pode ser demonstrado que ela é racionalmente superior a crenças morais seculares ortodoxas. Vale esclarecer que esta posição não é endossada por este trabalho, pois se choca com a ideia de pluralismo de valores (vide nota 284, infra).

²⁵⁶ Para o autor, o termo “secular” tem sido erroneamente interpretado como “livre de religião”. Ele afirma que, historicamente, o uso da palavra significa “não-sectário” ou “focado nesse mundo”, mas não “anti-fé”. BENSON, Ian T. *Notes towards a (re)definition of the “secular”*. In: U.B.C.

são pertinentes na esfera pública, e um governo secular adequado (não-sectário, e não antirreligioso) verá como necessárias as devidas acomodações de crenças religiosamente informadas oriundas de uma variedade de culturas. O problema é que o secularismo não reconhece que ele próprio se baseia em pressuposições metafísicas e morais que o aproximam de uma religião ou “fé implícita”, embora se anuncie como “neutro”. Ao descrever as demais religiões como “outras” e sua própria fé como “fatos” ou “neutra”, enxerga a diversidade religiosa como um problema que deve ser minimizado, em vez de acomodado ou encorajado.²⁵⁷

Por outro lado, segundo Laycock, a religião persiste em tentar regular a vida sexual e os relacionamentos dos outros, sempre que pensa que tem qualquer chance de sucesso. Isso motiva, em grande parte, a hostilidade de seus opositores, que insistem em demandar não apenas o direito de viver com base em seus próprios valores, mas também o direito de forçar objetores religiosos a prestar-lhes auxílio nessa empreitada. “Os dois lados são intolerantes ao outro; os dois lados querem uma vitória absoluta”.²⁵⁸ Sempre que podem, ambos os lados dessa guerra tentam impor sua visão de mundo ao outro, e as situações analisadas neste trabalho são apenas alguns exemplos disso. De fato, durante muito tempo, o lado religioso lutou fortemente para fazer com que sua visão sobre casamento valesse para todos. Em contrapartida, atualmente a batalha sobre casamento homoafetivo está praticamente ganha,²⁵⁹ e o lado secularista insiste em impor sua visão sobre casamento aos religiosos, sem se importar com o quanto isso fere princípios que estes consideram fundamentais.

Como salienta Andrew Koppelman, talvez a maior razão pela qual se resiste à acomodação de objetores de consciência religiosos nesses casos é que, quando se luta contra um tabu (preconceito contra homossexuais) utilizando um “contra-tabu”, a aplicação desta regra social será grosseira, inevitavelmente. Objetores religiosos são fatalidades necessárias nessa guerra política. A recusa em

Law Review 33:3, 2000. Pág. 2.

²⁵⁷ Idem, ibidem, pág. 3. Traduções minhas.

²⁵⁸ LAYCOCK, Douglas. Págs. 41 e 42. Tradução minha.

²⁵⁹ Na Irlanda do Norte, único país estudado que ainda não legalizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo, essa legalização é apenas uma questão de tempo. Ver <https://www.theguardian.com/world/2017/aug/05/same-sex-marriage-in-northern-ireland-only-a-matter-of-time-irish-pm>. Acesso em 22/11/2017.

acomodá-los não é racional, mas já que forças irracionais devem ser invocadas, as consequências disso precisam ser aceitas.²⁶⁰

O autor cita as controvérsias que ocorreram no Estado de Arizona e Indiana a respeito de dois projetos de lei, que ajudaram a consolidar esse contra-tabu no *ethos* norte-americano. Em Arizona, uma emenda ao *Religious Freedom Restoration Act* estadual, que apenas ampliava a aplicabilidade desta lei, que deixaria de valer apenas em litígios com o Estado e passaria a valer também em litígios privados, causou uma intensa comoção popular. Essa emenda não garantia que haveria a acomodação religiosa em um eventual conflito, já que a acomodação seria negada se houvesse um interesse imperativo do governo em jogo. Mesmo assim, o projeto de lei foi amplamente criticado; a Liga Nacional de *Football* ameaçou a tirar o *Super Bowl* do Estado e várias grandes empresas declararam que poderiam se mudar se a lei fosse aprovada, como a *Apple*, a *American Airlines* e a *Intel*. Um comerciante protestou contra a lei colocando cartazes em todos os seus estabelecimentos dizendo “Aberto para negócios a todos”. Ao final, a governadora vetou o projeto.²⁶¹ Em Indiana, em resposta à aprovação de uma legislação similar, milhares de estabelecimentos colaram adesivos em suas janelas dizendo “Esse estabelecimento serve a todos”, várias convenções nacionais ameaçaram se retirar do Estado, bem como a NCAA, e uma empresa cancelou planos de criar mil empregos em Indianapolis. Por fim, a legislação foi emendada para esclarecer que ela não protegia atos de discriminação.²⁶²

²⁶⁰ “Perhaps the strongest case for resisting religious accommodation is this: if you are going to fight a taboo with a countertaboo, the consequential social rule will inevitably be crude in its application. (...) Religious dissenters are necessary casualties in this political war. It makes no rational sense to refuse to accommodate them, but if irrational forces are to be invoked, then the consequences of doing so must be accepted”. KOPPELMAN, Andrew M. *Gay Rights, religious accommodations, and the purposes of antidiscrimination law*. In: Southern California Law Review, vol. 88 (619), 2015. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2571058>. Acesso em 17/02/2018. Pág. 35. Para o autor, a estigmatização de homossexuais está tão arraigada na cultura norte-americana (um tabu), que provavelmente é necessário contar com um “contra-tabu” como resposta, com o objetivo de induzir os cidadãos a enxergar o preconceito relevante como algo impuro. Mas essa “arma” é “indiscriminatória”: não consegue capturar a dimensão moral de casos como o de *Elane Photography*, e continuará executando seu trabalho nos próximos casos que surgirem: “the aim is to induce citizens to regard the relevant prejudice as itself ritually unclean. But this weapon is, if you’ll pardon the expression, undiscriminating. It can’t capture the moral dimensions of fine-grained cases like *Elane Photography*. It will also continue to do its work whatever happens in these cases”.

²⁶¹ Idem, *ibidem*, pag. 16.

²⁶² Idem, *ibidem*, págs. 19 e 20.

Durante esta controvérsia, o jornal *New York Times* publicou uma matéria com o título: “Em Indiana, usando a religião como um disfarce para a intolerância”, deixando implícito que a objeção a auxiliar um casamento homoafetivo não é, de fato, religião, mas um disfarce para outra coisa. O rótulo “intolerância” é uma arma poderosa. Porém existem antigas tradições religiosas que condenam relacionamentos homoafetivos, e aderir a essas tradições não pode ser razoavelmente considerado como ódio irracional. Para Koppelman, que milita em favor dos direitos LGBT há mais de vinte e cinco anos, a ideia de que tradicionalistas religiosos são consumidos por uma odiosa compulsão em ferir homossexuais tem sido retoricamente efetiva, mas injustamente estereotipa aqueles que pretende descrever.²⁶³ Pela primeira vez, o autor encontrou uma causa em comum com seus adversários de longa data. Em suas palavras, “trabalhei muito duro para criar um regime em que é seguro ser gay. Eu também quero que esse regime seja seguro para objetores religiosos”.²⁶⁴

O combate à discriminação LGBT através da imposição do aludido “contra-tabu” acaba por negar a indivíduos religiosos o direito de manifestar uma visão moral sobre relacionamento homoafetivo que diverge da maioria. A partir do momento em que a proibição da discriminação extrapola o objetivo legítimo de evitar que homossexuais sejam discriminados por causa de sua orientação sexual, e passa a ser utilizada como um instrumento para forçar terceiros a praticar condutas que manifestam, direta ou indiretamente, alguma forma de aprovação da homossexualidade, ela passa a impor uma visão de mundo que é contrária às crenças religiosas daqueles. É estabelecida, assim, uma moralidade pública oficial. Este claramente não é o propósito das legislações de antidiscriminação.

Retomando-se os modelos decisórios supracitados, no modelo da *interpretação extensiva* do conceito de discriminação com base em orientação sexual, o conteúdo das decisões foi além da mera proibição da discriminação de um indivíduo *porque* ele é homossexual, e exigiu que os indivíduos religiosos contribuíssem para um casamento homoafetivo ou auxiliassem indiretamente causas LGBT. Foi negada a liberdade de manifestar uma posição moral que é contrária às escolhas políticas feitas pelo Estado e que ofende as pessoas que

²⁶³ Idem, *ibidem*, pág. 36. Tradução minha.

²⁶⁴ Idem, *ibidem*, pág. 4. Tradução minha.

solicitaram os serviços, mas que não os discrimina por causa de sua orientação sexual, de fato.

Isso fica muito claro em *Masterpiece Cakeshop*. Jack Philips adotava uma política genérica de não fazer nenhum bolo que contrariasse as leis divinas, pois ele sinceramente acreditava que ele podia glorificar a Deus com seus talentos artísticos. Quando ele se recusou a fazer um bolo para um casamento homoafetivo, ele simplesmente colocou em prática uma política que ele sempre adotou, e que ofendeu Craig e Mullins. Ocorreu uma discriminação, sim; mas não por causa da orientação sexual destes, e sim porque o bolo que eles solicitaram estava dentro da categoria de bolos que Philips considerava como contrários a suas crenças religiosas. Tanto é que ele deixou claro que estava disposto a criar qualquer outro bolo para aqueles, ou fornecer-lhes qualquer outro produto da confeitaria, desde que não fosse para seu casamento.

Esses argumentos foram rejeitados com base em um raciocínio que amplia o conceito de discriminação com base em orientação sexual, idêntico ao aplicado em *Elane Photography*: considerando que o casamento homoafetivo é uma conduta praticada exclusiva ou predominantemente por homossexuais, discriminar com base nessa conduta é o mesmo que discriminar com base em orientação sexual. Essa ampliação simplesmente desconsidera a objeção de consciência religiosa envolvida na recusa a prestar os serviços, impondo a indivíduos religiosos o conceito secularista de casamento adotado pelo Estado.

Ampliações ainda maiores foram necessárias em *Ashers Bakery* e *Brockie*: nesses casos, a orientação sexual dos indivíduos que solicitaram os serviços não era sequer um dado conhecido pelos profissionais. Estes nunca indagaram sobre a orientação sexual daqueles, que poderiam ser indivíduos heterossexuais simpatizantes às causas LGBT – como era o caso do presidente da organização GLSO, em *Hands on Originals*. A recusa estava relacionada apenas à objeção religiosa em contribuir indiretamente para causas LGBT (Brockie comprovou, inclusive, que havia prestado serviços gráficos para uma marca de roupa íntima voltada para o público LGBT). Diante disso, as cortes precisaram se valer de fundamentos incongruentes, como o de que a recusa estava relacionada à comunidade LGBT *como um todo*; os LGBT eram os beneficiados pela mensagem que os McArthur se recusaram a auxiliar a propagar; Brockie discriminou os LGBT, pressupondo que a organização pró-LGBT tinha uma orientação sexual e

sua personalidade jurídica deveria ser desconsiderada, para então encontrar os *verdadeiros* discriminados.

Essas extrapolações revelam uma tendência das cortes à proteção de ideias que elas consideram corretas, em termos abstratos: em um caso, o casamento homoafetivo, e no outro, as causas promovidas por uma organização pró-LGBT. A decisão em *Ashers Bakery* condenou o fato de que os McArthurs se recusaram a fazer um bolo que apoiava o casamento entre pessoas de determinada orientação sexual; a decisão em *Brockie* equiparou os esforços para promover o entendimento e o respeito àqueles que possuem determinada orientação sexual à própria orientação sexual. Não se vislumbra uma preocupação em punir uma discriminação em face de Lee e Brilinger *porque* eles eram homossexuais nessas sentenças, pois a discriminação não teve, de fato, essa motivação. Ao contrário, nota-se a preocupação em proteger um *ethos*, um conjunto de valores que não era compartilhado pelos McArthurs ou Brockie.

A recusa a contribuir indiretamente para causas LGBT pode ser moralmente condenável para alguns, compreensível para outros; mas não pode, razoavelmente, ser equiparada à discriminação com base em orientação sexual. As legislações de antidiscriminação tidas como aplicáveis nesses casos são claras: no Canadá, o *Ontario Human Rights Code* estabelece que toda pessoa tem direito a igual tratamento na obtenção de bens, serviços e instalações, sem discriminação por causa de (...) orientação sexual;²⁶⁵ na Irlanda do Norte, as *2006 Regulations* têm disposições similares.²⁶⁶

A orientação sexual daqueles que solicitaram os serviços não foi o verdadeiro motivo das recusas. Em vez de observar a objeção de consciência que estava em questão, dando a devida importância às convicções religiosas que estavam por trás da motivação da negativa na prestação dos serviços, as cortes ampliaram o conceito de discriminação com base em orientação sexual. Esses casos demonstram nitidamente como a proibição da discriminação pode se tornar um tabu e ser utilizada como um instrumento de intolerância, impondo uma visão de mundo que vai de encontro às sinceras convicções religiosas de alguns indivíduos.

²⁶⁵ Cf. nota 216, *supra*, pág. 6.

²⁶⁶ Cf. nota 187, *supra*, págs. 3 e 4.

Essa realidade fica ainda mais notória no modelo da *interpretação abstrata* do conceito de discriminação com base em orientação sexual, em que a discriminação sequer chegou a ocorrer. Em *Ladele*, a postura do *Islington Council* chegou ao extremo de vetar o arranjo interno que acomodava suas crenças religiosas porque dois colegas homossexuais se sentiram ofendidos com esse arranjo e reclamaram com a autoridade local, que passou a exigir que Ladele fizesse as tarefas administrativas relacionadas às uniões civis homoafetivas. É patente o viés dessa postura, que atribuiu grande relevância ao sentimento de ofensa dos colegas de trabalho, mas não hesitou em impor à escritã uma tarefa cuja realização significaria, para ela, uma violação à sua consciência religiosa. A política de “Dignidade para Todos” adotada pelo empregador foi colocada em prática como se fosse uma máxima em favor dos direitos LGBT, abstratamente considerados, de maneira intransigente em relação às crenças religiosas de Ladele, cuja dignidade foi desrespeitada.

Mais uma vez, censura-se a possibilidade de que alguém manifeste a perspectiva religiosa sobre relacionamentos homoafetivos, ainda que dessa manifestação não resulte uma discriminação direta. Posteriormente, a *Court of Appeal* inglesa chancelou essa atitude, afirmando uma distinção entre crença e conduta: Ladele poderia continuar mantendo suas convicções e praticando culto como desejasse, mas suas crenças religiosas não poderiam impedir que seu empregador desse efeito à sua legítima política antidiscriminatória,²⁶⁷ evidenciando o objetivo de relegar crenças religiosas que podem ser ofensivas à comunidade LGBT ao foro íntimo. Ladele não discriminou nem violou, em momento algum, seu dever de descrição: ela não expressava publicamente suas crenças aos usuários dos serviços, nem tentava impor suas crenças a terceiros.²⁶⁸ Porém o mero conhecimento, por parte de dois colegas de trabalho, do fato de que alguém na repartição se abstinha de realizar as tarefas relacionadas às *civil partnerships* por causa de suas convicções religiosas, foi suficiente para desencadear o processo que culminou na demissão de Ladele, a qual foi, ao final, considerada um meio proporcional para se atingir um objetivo legítimo. Contudo, “o dano à dignidade que decorre de saber que alguns de seus concidadãos

²⁶⁷ Ver pág. 93, *supra*.

²⁶⁸ Cf. nota 172, *supra*, pág. 54.

condenam seu estilo de vida não é um dano de que a lei pode ou deve lhe proteger em um regime de liberdade de expressão”.²⁶⁹

Note-se que esse dano se referia apenas ao conhecimento da objeção de consciência pelos colegas de trabalho, e não pelos usuários dos serviços. Deveras, não é razoável que indivíduos que desejam se casar recebam um tratamento discriminatório ou ofensivo por parte de servidores públicos, uma vez que o Estado tomou a decisão política de legalizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, pois celebrantes oficiais atuam como representantes do Estado quando exercem suas funções. Nesse sentido, o modelo decisório aplicável aos *agentes públicos* adotado pelas cortes canadenses mostra-se adequado, sendo importante destacar que ele levou em conta a existência de alternativas viáveis para os objetores de consciência (emitir uma licença específica para cada casamento a ser celebrado ou atuar como um celebrante religioso).

Se o Estado optar por acomodar as crenças religiosas de servidores públicos, tal acomodação deve ocorrer internamente, sem que os usuários tomem conhecimento dela, como preconiza Wilson.²⁷⁰ Ainda que não se opte por admitir novos servidores que possuem objeções religiosas em relação ao casamento homoafetivo, essa acomodação deve ser feita em relação aos servidores que já ocupam seus cargos, evitando-se a violação de direitos ocorrida em *Ladele*. Esse foi o caminho adotado por algumas províncias do Canadá.²⁷¹ Argumenta-se, de outra parte, que essa acomodação transmitiria a errônea ideia de que a discriminação em face de homossexuais é tolerável.²⁷² Pode-se alegar, em contrapartida, que ela transmite acertadamente a ideia de que a perspectiva religiosa sobre o conceito de casamento é digna de respeito e deve ser tolerada. Conforme dito acima, a finalidade de proibir a discriminação não é instaurar uma moralidade pública oficial e incontestável.

Quanto às legislações que proíbem a discriminação em locais de acomodação pública, Andrew Koppelman destaca os seus três propósitos principais: a melhoria da desigualdade econômica, a prevenção do dano à dignidade e a estigmatização da discriminação. Ele acredita que a concessão de

²⁶⁹ KOPPELMAN, Andrew. Ibidem, pág. 11. Tradução minha.

²⁷⁰ Ver pág. 42, supra.

²⁷¹ Ver pág. 46, supra.

²⁷² Cf. MacDOUGALL, Bruce, et al, pág. 48, supra, afirmando que fazer uma acomodação nesses casos poderia transmitir a mensagem de que a “homofobia” é digna de respeito.

algumas isenções para religiosos em relação a essas legislações não frustraria os seus propósitos. Em primeiro lugar, os danos econômicos que a proibição da discriminação visa combater são causados pela discriminação generalizada, de modo que a discriminação que é incomum não afetaria esse objetivo. O dano à dignidade poderia ser reduzido, em sua opinião, se os estabelecimentos anunciassem prévia e publicamente suas objeções religiosas, a fim de se qualificar para as isenções. Essa exigência reduziria a acomodação aos religiosos com as convicções mais fortes, dispostos a pagar o preço da perda de oportunidades econômicas. Por fim, a marginalização da discriminação em face dos LGBT já foi alcançada, e não será interrompida por algumas poucas exceções.²⁷³

Para o autor, o principal argumento em favor da isenção religiosa que acomoda objetores de consciência é simples: o fardo imposto aos indivíduos religiosos supera o fardo imposto aos indivíduos LGBT, que geralmente não têm problemas em encontrar outro profissional que lhes atenda. Fazendo alusão ao

²⁷³ KOPPELMAN, Andrew. Ibidem, págs. 10 e 11. Koppelman cita Douglas Laycock para explicar por quê ele acredita que as objeções de consciência serão raramente invocadas, portanto não causarão um dano considerável: a religião que gera a maior parte dessas objeções prega a obrigação de odiar o pecado e amar o pecador. Por mais que esse raciocínio soe hipócrita ou incompreensível para os LGBT, ele é muito real para os crentes. Eles não têm o desejo de privar casais homoafetivos de comida, ou encanadores, ou da maior parte dos bens e serviços. Mas alguns deles se sentem impedidos de auxiliar o que eles enxergam como imoralidade sexual: “*The religion that generates most of these claims in the U.S. proclaims its obligation to hate the sin but love the sinner. The gay and lesbian community finds that absurdly hypocritical, or just incomprehensible, but it is very real to the believers. They have no desire to deprive same-sex couples of food, or plumbers, or most other goods and services in the economy. But some of them are scrupulous about their own conduct in facilitating what they believe to be the sexual immorality in that relationship*”. LAYCOCK, Douglas. *Civil Unions: Making Religious Exemptions Work*. In: The University of Chicago Law School Faculty Blog. Disponível em: <http://uchicagolaw.typepad.com/faculty/2009/05/civil-unions-making-religious-exemptions-work.html>. Acesso em 17/01/2018. Também é importante destacar que é contestada por outros autores posição de Koppelman, no sentido de que uma alternativa viável para a solução do conflito é a exigência de manifestação pública e prévia de eventuais objeções de consciência para que os religiosos possam se valer de isenções legais. Na verdade, as próprias decisões em *Elane Photography* e *Masterpiece* afirmaram que as empresas poderiam anunciar publicamente que se opunham ao casamento homoafetivo, mas se submetiam às legislações de antidiscriminação – o que provavelmente seria suficiente para que os LGBT deixassem de solicitar os serviços àquelas. Taylor Flynn teme que esses anúncios tratassem os LGBT como cidadãos de segunda classe, e poderiam encorajar outros atos de discriminação. FLYNN, Taylor, cf. nota 8, pág. 7. No mesmo sentido, LUPU, Ira C.; TUTTLE, Robert W., cf. nota 18, pág. 30. Koppelman nota que esse temor se choca com conhecidas questões relacionadas à liberdade de expressão, e deixa de levar em conta que atos discriminatórios tendem a diminuir a partir da mudança cultural que vem ocorrendo nos últimos tempos, o que é identificado pelo visível aumento no número de pessoas que apoiam o casamento homoafetivo, por exemplo. No mesmo sentido, Laycock faz um prognóstico (não muito confiante, segundo o próprio autor) de que os benefícios da medida superariam seus custos: ela evitaria, por um lado, uma surpresa negativa por parte dos LGBT, e que muitos profissionais recusassem os serviços, temendo a reação negativa de seus clientes à publicação de suas objeções; por outro lado, poderia incentivar outros profissionais a manifestarem suas objeções publicamente. Levando em conta os prós e os contras, afirma não se opor a essa medida. KOPPELMAN, Andrew. Ibidem, págs. 29 a 31.

exemplo de Elaine Huguenin, aduz que, partindo-se da premissa de que suas crenças religiosas realmente a proíbem de fotografar um casamento homoafetivo, a decisão judicial em *Elane Photography* pode significar que aquela tem que abrir mão de seu negócio. Um pequeno número de cristãos excepcionalmente devotos estão apenas tentando alimentar seus filhos. Não se vislumbra quem é realmente beneficiado por retirá-los do mercado. Trata-se de uma justiça abstrata *versus* um dano real, concreto e irracional.²⁷⁴

Como salienta Thomas Berg, aqueles que consideram que a ofensa sentida pelo indivíduo homossexual é suficiente para superar a liberdade de negar a prestação do serviço simplesmente não deram a devida importância ao sofrimento que pode ser causado a quem se vê forçado a colaborar para algo que, em sua concepção, viola princípios de sua religião. Na maior parte dos casos, aquele indivíduo consegue encontrar outro fornecedor sem dificuldades. Por outro lado, colocar alguém entre a escolha de prestar um serviço contra sua consciência ou mudar de profissão é impor um fardo muito pesado sobre o livre exercício de sua religião, pois trabalhar em determinado ofício envolve investimento prévio de tempo, dinheiro, esforço e habilidades pessoais, bem como um sentimento de realização pessoal que pode advir daquela atividade, que contribui para a construção da identidade do indivíduo.²⁷⁵

Não obstante a relevância de todas essas questões, talvez o fator mais importante a ser levado em conta seja o perigo representado por permitir que o Estado obrigue indivíduos a violar suas consciências em nome da proibição da discriminação, sem espaço para acomodar convicções religiosas divergentes. Suponhamos que um cristão queira celebrar o Natal com um bolo de aniversário para Jesus Cristo. A aplicação daquela lógica de maneira genérica forçaria um confeitiro muçulmano ou judeu a fornecer esse bolo, violando sua consciência religiosa – dentre tantas outras hipóteses que podem ser formuladas com base nos critérios protegidos pelas legislações de antidiscriminação, que também incluem a religião.

Aliás, não é necessário recorrer a situações hipotéticas. Jack Philips recebeu recentemente um pedido de bolo de aniversário para Satanás. O e-mail pelo qual foi feita a solicitação dizia que se tratava de um bolo com tema religioso

²⁷⁴ KOPPELMAN, Andrew. Ibidem, págs. 12 e 13.

²⁷⁵ Cf. BERG, Thomas, pág. 32, supra.

e, já que a religião é um critério protegido, esperava-se que Philips fizesse o bolo de bom grado. Afirmava também que o bolo se destinava a celebrar o aniversário de Lúcifer, que nasceu como Satanás quando foi expulso do paraíso por Deus. O modelo solicitado era uma cruz de ponta-cabeça, debaixo da cabeça de Lúcifer.²⁷⁶ O confeitiro já deixou de fornecer bolos de casamento em geral, a fim de se submeter à interpretação judicial dada à legislação de antidiscriminação de Colorado, perdendo cerca de 40% de sua renda. Se ele também não puder fazer bolos de aniversário, para evitar a discriminação com base em religião, quais bolos poderá fazer?

Essa questão também fica clara quando o conflito sobre o casamento homoafetivo é invertido. Um blogueiro cristão solicitou um bolo com a frase “Casamento gay é errado” (“*Gay marriage is wrong*”) a treze confeitarias cujos donos eram LGBT ou fortemente apoiavam o casamento homoafetivo, dizendo que ele seria o anfitrião de um evento pró-matrimônio tradicional. Todas elas se recusaram a fazer o bolo em favor do conceito tradicional de casamento. Uma pessoa chegou a xingar o blogueiro e acusá-lo de “discurso de ódio”, e afirmou que um bolo apoiando o casamento tradicional “ia contra suas crenças”. Ele indaga: “sou um homem que acredita que o casamento gay é errado. Não existe igualdade para mim?”²⁷⁷

No mesmo sentido, um evangelista ligou para uma confeitaria pró-LGBT e solicitou que ela fizesse um bolo com a frase “Nós não apoiamos o casamento gay” (“*We do not support gay marriage*”). A confeitaria, que anuncia seus serviços em publicações voltadas para o público LGBT, recusou-se a fornecer o bolo e desligou o telefone. Ele explicou que apenas queria saber se a confeitaria faria um bolo que contrariava as crenças de seus donos, mas afirmou que acreditava que ela tinha todo o direito de se recusar a fazê-lo, e que a recusa não consistia em uma discriminação, mas significava o exercício de uma liberdade.²⁷⁸

William Jack solicitou à confeitaria *Azucar Bakery*, em Denver, dois bolos no formato de uma Bíblia. O primeiro, decorado com uma imagem de dois noivos coberta por um “X” vermelho, e as frases “Deus odeia o pecado. Salmos 45:7” e

²⁷⁶ Ver <http://dailysignal.com/2017/10/13/exclusive-colorado-baker-asked-to-make-birthday-cake-for-satan/>. Acesso em 09/01/2018.

²⁷⁷ Ver <http://orthochristian.com/76006.html>. Acesso em 09/01/2018. Traduções minhas.

²⁷⁸ Ver <https://www.lifesitenews.com/news/this-evangelist-asked-a-gay-bakery-to-make-a-traditional-marriage-cake.-now>. Acesso em 09/01/2018.

“Homossexualidade é um pecado detestável. Levítico 18:22”. O segundo, decorado com a mesma imagem, porém com as frases “Deus ama os pecadores” e “Cristo morreu por nós, sendo nós ainda pecadores. Romanos 5:8”. A dona da confeitaria recusou-se a fornecer os bolos, porque eles contrariavam suas crenças morais. William prestou queixa junto à *Colorado Civil Rights Commission* (a mesma que considerou que Jack Philips discriminou com base em orientação sexual quando se recusou a fazer um bolo para um casamento homoafetivo), alegando discriminação com base em religião, argumentando que a confeitaria negou-lhe bens ou serviços com base em seu credo religioso, o Cristianismo. A *Commission* entendeu que a confeitaria não discriminou William com base em sua religião, e que a recusa baseou-se no conteúdo da mensagem dos bolos.²⁷⁹

Não se contesta aqui o conteúdo da decisão da *Commission*, que foi justa. O problema é que, quando esteve diante de uma alegação de discriminação com base em orientação sexual, ela rejeitou os argumentos de Philips, análogos aos argumentos que acolheu no caso da *Azucar Bakery*,²⁸⁰ evidenciando um viés em favor dos direitos LGBT. Assim como ela considerou que, neste caso, a objeção em fornecer o bolo estava relacionada à *mensagem* que ele propagava, e não à *pessoa* que o solicitou ou à sua religião, deveria ter levado em conta que Philips, semelhantemente, recusou-se a fornecer o bolo solicitado por causa da mensagem comemorativa sobre casamento homoafetivo que ele propagava, e não por causa da orientação sexual dos indivíduos que o solicitaram.

Almejar por uma sociedade em que indivíduos são obrigados a violar suas consciências morais ou religiosas no exercício de suas profissões em prol de um ideal de igualdade é, ao fim e ao cabo, almejar por uma sociedade totalitária. A aplicação do modelo da interpretação extensiva do conceito de discriminação com base em orientação sexual, de maneira genérica e abstrata, culminaria no absurdo de forçar as confeitarias pró-LGBT a fornecerem os bolos com as mensagens acima mencionadas. Obrigaria um confeiteiro cristão a fornecer um bolo para uma comemoração do aniversário de Satanás; obrigaria uma gráfica feminista a imprimir panfletos pró-vida; obrigaria um fotógrafo homossexual a fotografar um

²⁷⁹ Ver <https://www.thedenverchannel.com/news/local-news/denvers-azucar-bakery-wins-right-to-refuse-to-make-anti-gay-cake>. Acesso em 09/01/2018. Traduções minhas.

²⁸⁰ Inteiro teor da decisão disponível em https://mediaassets.thedenverchannel.com/document/2015/04/23/Jack_Williams_V_Azucar_Bakery_17228465_ver1.0.pdf?_ga=2.80763607.1195717344.1515512951-946268893.1515512951. Acesso em 09/01/2018.

evento católico sobre a perspectiva religiosa a respeito do conceito de família; entre tantas outras situações que se pode imaginar, que se apartam do intuito das legislações de antidiscriminação e que certamente não são desejadas por aqueles que defendem o aludido modelo.

É provável, contudo, que algumas dessas situações não teriam o mesmo desfecho que os casos analisados neste trabalho, tendo em vista um viés dominante em favor dos direitos LGBT, como demonstrou a decisão da *Commission* no caso da *Azucar Bakery*. Mesmo assim, é indispensável uma profunda reflexão sobre as consequências desse modelo, tanto por quem concorda como por quem discorda dos valores que atualmente prevalecem na sociedade. Valores dominantes hoje podem ser minoritários amanhã, assim como a concepção judaico-cristã sobre casamento foi soberana há algumas décadas, e hoje é rechaçada. Para preservar uma sociedade livre, é imprescindível a tolerância àqueles que discordam do *ethos* prevalecente – posição ocupada pelos defensores dos direitos LGBT há não muito tempo.

O propósito fundamental da proibição da discriminação em locais de acomodação pública é garantir o direito à igualdade dos LGBT (entre outros grupos protegidos pelas legislações), a fim de que o fato de que eles possuem determinada orientação sexual não seja o motivo da negativa do fornecimento de um bem ou da prestação de um serviço. Quando essa discriminação é comum, gera desvantagens econômicas, causa dano à dignidade humana e dissemina a ideia de que é aceitável atribuir-lhes um tratamento diferenciado por causa de sua orientação sexual – consequências que as legislações de antidiscriminação também visam combater.

Entretanto, o direito à igualdade não significa que os LGBT têm o direito à propagação de todas as mensagens que eles desejarem por meio da propriedade alheia, quando tais mensagens estiverem relacionadas à orientação sexual, ou o direito de ficar livre do conhecimento de que terceiros discordam de seu estilo de vida. O restante da população tampouco tem esse direito. Os LGBT têm direito a um tratamento igual aos demais: assim como William Jack recebeu uma negativa por causa da mensagem bíblica que ele desejava propagar através daqueles bolos, os LGBT estão sujeitos a alguma recusa quando solicitarem um produto que propague uma mensagem que viola a consciência de terceiros.

A interpretação do conceito de “ofensivo” é subjetiva. A dona da *Azucar Bakery* entendeu que as passagens bíblicas associadas à imagem dos noivos com um “X” em cima eram ofensivas a suas crenças morais; Jack Philips entendeu que criar qualquer tipo de bolo destinado a um casamento homoafetivo seria ofensivo a suas crenças religiosas; Adamson entendeu que fornecer camisetas para um festival do Orgulho Gay seria ofensivo a suas crenças religiosas; e assim por diante. Essa definição do que viola a própria consciência é extremamente pessoal, sendo possível encontrar indivíduos, com as mesmas crenças morais ou religiosas, que teriam interpretações diferentes sobre estes itens que foram considerados ofensivos pelas pessoas mencionadas. Em uma sociedade livre, essa análise deve competir somente ao indivíduo, porque é muito particular, não cabendo ao Estado decidir quais concepções morais ou religiosas são dignas de respeito²⁸¹, nem tentar interpretar, em vez dos cidadãos, como essas concepções devem ser aplicadas em suas vidas.²⁸²

Diante do exposto, o modelo da *interpretação restrita* do conceito de discriminação com base em orientação sexual mostra-se como o mais adequado para decidir os casos em que ocorre discriminação na esfera privada. A decisão em *Hands on Originals* entendeu que a recusa de Adamson não foi motivada pela

²⁸¹Esse é um dos argumentos utilizados em favor do discurso de ódio. Ver SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pág. 216, explicando que o entendimento jurisprudencial que se firmou nos Estados Unidos foi de considerar que as restrições ao discurso de ódio são, em regra, inconstitucionais, porque se entende que “o Estado deve adotar uma postura de absoluta neutralidade em relação às diferentes ideias presentes na sociedade, ainda que considere algumas delas abjetas, desprezíveis ou perigosas”. Todavia, não se defende aqui a liberdade de manifestar um discurso de ódio, uma vez que esse tema se encontra fora do escopo do presente trabalho. A perspectiva religiosa sobre o conceito de casamento ou sobre a homossexualidade não consiste, por si só, em um discurso de ódio, embora possa ser utilizada como base para esse tipo de discurso (ver o precedente norte-americano *Snyder v. Phelps*, KOPPELMAN, Andrew, cf. nota 260, supra, pág. 28, nota 129) – sendo importante destacar que, nas situações analisadas neste trabalho, isso não ocorreu. A perspectiva religiosa foi, no máximo, manifestada de forma “meramente ofensiva” aos LGBT. Ver LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana*. Tradução: Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011. Pág. 191. Como enfatiza Daniel Sarmento, é preciso evitar a todo custo que o direito fundamental à liberdade de expressão “torne-se refém das doutrinas morais majoritárias e das concepções sobre o ‘politicamente correto’, vigentes em cada momento histórico. A liberdade de expressão não existe só para proteger as opiniões que estão de acordo com os valores nutridos pela maioria, mas também aquelas que chocam e agriem”. SARMENTO, Daniel, *ibidem*, págs. 209 e 210.

²⁸²Ver pág. 93, supra, em que a *Court of Appeal* inglesa afirmou que a objeção de Ladele estava baseada em sua visão sobre casamento, que não é uma parte fundamental de sua religião; pág. 117, supra, em que a *Ontario Divisional Court* considerou que imprimir papéis timbrados, envelopes e cartões de visita para uma organização pró-LGBT não contrariava princípios fundamentais da religião de Brockie, mas isso ocorreria se ele fosse obrigado a imprimir materiais que contivessem uma mensagem que promovesse o “estilo de vida gay e lésbico” ou ridicularizasse suas crenças religiosas.

orientação sexual de quem solicitou as camisetas para o *Pride Festival*, mas por causa da *mensagem* que essas camisetas promoviam, a qual contrariava suas crenças religiosas; não sendo a empresa um fórum público, não era obrigada a transmitir todo tipo de mensagem, estando a recusa de acordo com a política adotada de não transmitir mensagens que contrariassem as convicções de seus donos. A decisão em *Ward v. Polite* também considerou que a recusa da estudante não ocorreu por causa da orientação sexual do paciente, mas porque sua consciência a impedia de manifestar aprovação em relação à homossexualidade ou relacionamentos homoafetivos durante o atendimento; desta forma, ela solicitou o encaminhamento a outro estudante justamente para evitar impor suas crenças religiosas aos pacientes, em obediência às normas aplicáveis. Essas decisões consideraram que o propósito das legislações de antidiscriminação não é impor a indivíduos religiosos uma visão de mundo contrária a suas crenças religiosas, forçando-os a expressar um discurso que viola suas consciências.

Em uma sociedade que agrega indivíduos que detém valores conflitantes entre si, “a aplicação de princípios públicos gerais de forma demasiadamente zelosa corre o risco de interferir com práticas individuais e associativas moralmente legítimas”. Como explica William Galston, tais princípios promovem propósitos públicos amplamente aceitos como moralmente imperativos – como a igualdade e a não-discriminação, acrescento. Porém a aplicação desses princípios de maneira excessiva pode dar origem ao que o autor chama de “paradoxo da diversidade”: se insistirmos que cada esfera da sociedade aplique os princípios fundamentais da comunidade política, então diferenças significativas que existem na sociedade desaparecerão; “a uniformidade constitucional reprime o pluralismo social”²⁸³. Uma política liberal comprometida com o pluralismo de valores²⁸⁴

²⁸³GALSTON, William A. *The legal and political implications of Moral Pluralism*. In: Maryland Law Review, vol. 57, 1998. Disponível em: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol57/iss1/7>. Acesso em 11/01/2018. Pág. 5.

²⁸⁴O “pluralismo de valores” ou “pluralismo moral” (“*value pluralism*”) refere-se à ideia de pluralismo desenvolvida por Isaiah Berlin, segundo a qual os valores humanos são irreduzivelmente plurais, frequentemente conflitantes e às vezes “incomensuráveis” entre si, ou seja, radicalmente distintos e insuscetíveis de uma medida comum ou hierarquização. O pluralismo de valores não é relativista, tampouco absolutista, podendo-se destacar quatro elementos a ele inerentes: a universalidade de alguns valores (um mínimo sem o qual as sociedades não poderiam sobreviver), a pluralidade dos valores, o conflito entre os valores e a incomensurabilidade. Essa ideia se contrapõe ao “fato do pluralismo razoável” (“*fact of reasonable pluralism*”) de John Rawls. Segundo este autor, “o liberalismo político pressupõe que, para propósitos políticos, uma pluralidade de doutrinas abrangentes e razoáveis, e, ainda assim, incompatíveis, seja o resultado normal do exercício da razão humana dentro da estrutura das instituições livres de um regime

buscará a *máxima acomodação possível* destes, limitada apenas pelas exigências mínimas da segurança individual e unidade cívica.

O modelo da interpretação restrita do conceito de discriminação com base em orientação sexual parece ser o que permite a máxima acomodação possível dos valores conflitantes na sociedade em torno do casamento homoafetivo e da moralidade do relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, através de uma abordagem *modus vivendi*. Esse é o modelo que privilegia a diversidade, porque permite que os indivíduos religiosos vivam de acordo com seus próprios valores. Essa conclusão pode parecer surpreendente para alguns: como uma interpretação que protege um entendimento “retrógrado” e que não favorece os direitos LGBT pode privilegiar a diversidade?

De acordo com Galston, a estrutura de um Estado que preza pela diversidade, entre outros fatores, não institui nem uma cultura e nem uma religião (“*it has cultural disestablishment, parallel to religious disestablishment*”) e

democrático constitucional. O liberalismo político pressupõe também que uma doutrina abrangente e razoável não rejeita os princípios fundamentais de um regime democrático”. RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. Pode-se dizer que Rawls e Berlin apresentam uma perspectiva fraca/epistemológica e uma perspectiva forte/ontológica da ideia de pluralismo, respectivamente: enquanto aquele apresenta um sentido meramente *descritivo* do pluralismo como um fenômeno social, e o enxerga como uma expressão da limitação da razão humana (“limites da capacidade de juízo”), este apresenta uma versão que encampa teses normativas e que considera o pluralismo como uma realidade acerca da *natureza* dos valores, a partir da qual se pode advogar normativamente em favor da liberdade de escolha. Na perspectiva forte, o liberalismo parece ser a melhor expressão política do pluralismo. A versão fraca/epistemológica é uma visão “otimista”, que acredita que a razão prática pode ser um instrumento utilizado para auxiliar o acordo político; já a versão forte/ontológica é uma visão “pessimista”, descrente num grande auxílio da razão, e espera, no máximo, um acordo conjuntural ou instrumental acerca dos valores liberais (abordagem *modus vivendi*). Ver TOZO, Lucas Suárez de Oliveira. *O pluralismo em John Rawls e Isaiah Berlin*. 2016. 97 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Estadual de Campinas, São Paulo. Págs. 34 a 37. William Galston, que pode ser denominado como um “neo-berliano”, sugere que a teoria de John Rawls não leva a diversidade religiosa a sério o suficiente: “*I want to suggest that Rawls new account doesn’t take religious diversity seriously enough*”. GALSTON, William. *Two concepts of Liberalism*. In: *Ethics*, Vol. 105, No. 3, 1995. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2382140>. Acesso em 14/12/2017. Pág. 4. Entre os seus argumentos, destacam-se os que são mais relevantes para o presente estudo: em primeiro lugar, o de que a distinção entre pluralismo simples e pluralismo razoável é imprecisa. Além disso, quando Rawls descreve a sociedade democrática como um “sistema de cooperação mais ou menos completo e auto-suficiente (sic), dispondo, em seu interior, de espaço para todas as necessidades e atividades da vida” (RAWLS, *ibidem*, pág. 61), ele deixa de levar em conta um dos principais elementos da Reforma, a que ele afirma dar tanta importância. Para muitos protestantes (dentre outros) existe uma esfera da existência humana que se aparta da vida política, e não necessariamente se subordina a ela. Existem objeções de consciência a que se deve atribuir grande peso, mesmo quando elas não são coerentes com valores políticos gerais. Quando Rawls afirma que “os valores políticos expressos pelos princípios e ideias desse regime [constitucional razoavelmente bem-ordenado] normalmente têm peso suficiente para superar todos os outros valores que podem entrar em conflito com eles” (RAWLS, *ibidem*, pág. 91), ele chega próximo de negar uma das questões mais profundas que decorrem da fé transcendental da religião revelada. GALSTON, William. *Ibidem*, pág. 7.

evidencia um forte sistema de tolerância, que significa a recusa em utilizar instrumentos coercitivos estatais para impor as ideias de um indivíduo a outros, e o comprometimento à concorrência de ideias somente através do recrutamento e persuasão (“*the principled refusal to use coercive state instruments to impose one’s own views on others, the commitment to competition through recruitment and persuasion alone*”). Além disso, sua política constitucional confere amplo espaço para acomodações religiosas e objeções de consciência (“*an accommodationist, pro-exemption understanding of free religious exercise*”).²⁸⁵

Para assegurar a diversidade, a liberdade que o Estado deve defender é a de não ser coagido a determinado estilo de vida, ou ficar sujeito a ele contra a própria vontade, assegurando também a mobilidade entre os diferentes estilos de vida.²⁸⁶ No modelo aplicável aos agentes públicos, as cortes canadenses acertadamente consideraram que, se fosse concedida aos *marriage commissioners* a liberdade de discriminar com base em suas crenças religiosas no exercício de suas funções públicas, poderia acontecer que um casal homoafetivo enfrentasse dificuldades para concretizar seu direito ao casamento em cidades pequenas e remotas, com um número reduzido de celebrantes oficiais. Esse é um exemplo em que cidadãos poderiam ficar sujeitos a um estilo de vida religioso, contrariamente à sua vontade, pois eles ficariam impedidos de se casar por causa das crenças alheias, ou ficariam sujeitos a maiores obstáculos que os demais.

Por outro lado, nos casos em que foram aplicados os modelos da aplicação extensiva e abstrata do conceito de discriminação com base em orientação sexual, os indivíduos religiosos não tentaram impor sua visão de mundo a terceiros, mas apenas buscaram viver de acordo com suas próprias crenças; longe disso, os instrumentos coercitivos estatais foram utilizados para impor aos religiosos os valores de outras pessoas, os quais violavam suas consciências religiosas.

Para favorecer a diversidade, o Estado deve se abster de promover um ideal ou uma específica concepção de bem que ele considera correta, em detrimento de outra que ele considera incorreta, na expectativa de reduzir esta, o máximo possível, ao foro íntimo ou, quem sabe, transformá-la.²⁸⁷ Deve, enfim,

²⁸⁵ GALSTON, William. *Two concepts of Liberalism*. In: *Ethics*, Vol. 105, No. 3, 1995. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2382140>. Acesso em 14/12/2017. Págs. 14 e 15.

²⁸⁶ Idem, *ibidem*, pág. 8.

²⁸⁷ Cf. WINTERMUTE, Robert, pág. 48, *supra*, em que este autor afirma que, gradualmente, a necessidade de acomodação na esfera religiosa privada desaparecerá, e que ele espera pelo dia em

desistir de promover a homogeneidade ou o consenso, e encontrar meios que possibilitem a convivência dos cidadãos em meio ao dissenso.

4.3

Breves reflexões sobre como casos semelhantes seriam abordados no Brasil

Não se poderia passar às considerações finais sem antes conjecturar como seriam abordados, no Brasil, eventuais casos semelhantes aos que foram selecionados neste trabalho, a partir das reflexões que foram desenvolvidas nos países estrangeiros. Sem a pretensão de prever como eles seriam decididos, o objetivo deste tópico é apenas expor as normas e os princípios que poderiam ser invocados, no contexto do ordenamento jurídico pátrio.²⁸⁸

Em primeiro lugar, é importante destacar que a legalização do casamento homoafetivo ocorreu, entre nós, por meio da Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça, em 2013. O CNJ considerou que o Supremo Tribunal Federal utilizou, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/DF, em 2011, a técnica da interpretação conforme a Constituição, para excluir do artigo 1.723 do Código Civil qualquer interpretação que impeça o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar; e o Superior Tribunal de Justiça, alguns meses depois, no julgamento do Recurso Especial 1.183.378/RS, decidiu

que a primeira “Papa lésbica” peça perdão pelos pecados da Igreja Católica contra os LGBT ao redor do mundo.

²⁸⁸Como dito no início deste trabalho, não se tem notícia de casos de discriminação em face de LGBT no Brasil por causa de uma objeção de consciência religiosa. O único caso envolvendo discriminação por causa de uma objeção de consciência de que se tem notícia é o de uma médica pediatra que se recusou a atender o filho de Ariane Leitão, suplente de vereador do Partido dos Trabalhadores em Porto Alegre, porque ela era petista. A objeção não teve, portanto, motivação religiosa, mas política. No caso, o Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul entendeu que “não cabe ao Conselho de Medicina julgar quais razões que contrariam os ditames de consciência de cada médico seriam pertinentes ou não. Estas razões são absolutamente pessoais e impossíveis de serem avaliadas, julgadas e, muito menos, penalizadas”. Afirmou ainda que a médica demonstrou zelo e preocupação com o atendimento do menino, tendo avisado os pais com antecedência a sua decisão, “em um momento que não houvesse caracterizado qualquer urgência”, dando tempo a eles de procurarem outros pediatras. Ver <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2016/10/cremers-arquiva-sindicancia-de-medica-que-negou-atendimento-a-filho-de-petista-7692644.html>. Acesso em 17/01/2018. Após a decisão do Conselho, Ariane ajuizou ação reparatória de danos morais, não havendo ainda decisão da 17ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de Porto Alegre: http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?tipo=1&id_comarca=porto_alegre&num_processo=11601622199. Acesso em 17/01/2018.

que inexistem óbices legais à celebração do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

A Resolução estabelece que “é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”, e que tal recusa “implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis”. Desta forma, caso algum cartório não cumpra a Resolução, essa questão será resolvida administrativamente: o casal interessado poderá levar o caso ao juiz corregedor daquela comarca para que ele determine o cumprimento da medida, e poderá ser aberto processo administrativo contra o oficial que se negou a celebrar o casamento ou a realizar a conversão da união estável em casamento.²⁸⁹ Todavia, não se tem notícia de um oficial que tenha se recusado a celebrar um casamento homoafetivo por motivos religiosos no Brasil.²⁹⁰

Quanto à discriminação nas relações privadas, não há no Direito brasileiro uma legislação que prevê, especificamente, a proibição à discriminação em locais abertos ao público em geral, como nos países estudados. Não obstante, a Constituição Federal reconhece o direito à igualdade no art. 5º, que enuncia no *caput*: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”, e no inciso XLI, “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”; e define como um dos objetivos fundamentais da República, no art. 3º, IV, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem,

²⁸⁹ Ver <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/59160-resolucaoque-disciplina-a-atuacao-dos-cartorios-no-casamento-gay-entra-em-vigor-amanha>. Acesso em 15/01/2018.

²⁹⁰ Não obstante, vale destacar que em Florianópolis têm ocorrido alguns casos de atraso nos procedimentos necessários para o casamento civil de casais homoafetivos, mas não por causa de uma objeção de consciência religiosa. O promotor estadual Henrique Limongi tem impugnado o requerimento de habilitação daqueles, sob o fundamento de que a Constituição prevê estritamente que a entidade familiar é composta entre o homem e a mulher, ignorando a Resolução do CNJ. Contudo, as negativas do promotor não têm impedido os casamentos, pois as habilitações têm sido homologadas judicialmente (ver art. 1.526 e parágrafo único do Código Civil). Desde o advento da resolução, o promotor tem negado os pedidos de habilitação (ver o caso de Priscila Zanuzzo e Carmem de Melo, que ganhou repercussão nacional em 2013: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/conselho-abre-procedimento-contr-promotor-que-negou-casamentos-gays,fb0842a650bc0410VgnVCM10000098cceb0aRCRD.html>, acesso em 15/01/2018). Até então, o Conselho Nacional do Ministério Público não fez nada a respeito (ver a notícia de junho de 2017: <http://catarinhas.info/homofobia-institucional-atrasa-casamentos-lgbts-em-florianopolis/>, acesso em 15/01/2018, afirmando que, segundo a assessoria de imprensa do CNMP, o processo administrativo que foi instaurado para apurar a conduta do promotor foi arquivado, porque os atos praticados pelo membro do MP foram considerados dentro do “limite da independência funcional” e, por se referirem à atividade-fim, “não podem ser revistos ou desconstituídos pelo CNMP”). Segundo informação desta notícia, Florianópolis é o único local do país em que esses atrasos têm ocorrido.

raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Não existe a proibição explícita à discriminação com base em orientação sexual, porém estes dispositivos podem ser vistos como cláusulas de abertura para a valoração e inclusão constitucionais de outros critérios socialmente relevantes de discriminação.²⁹¹

Partindo-se da premissa de que o princípio da igualdade informa todo o ordenamento jurídico, faz-se inadmissível, em regra, a discriminação nas relações entre os particulares. A observância deste princípio pode dar causa à obrigação de contratar, alteração de conteúdo contratual, invalidade total ou parcial dos negócios, nulidade ou rescisão.²⁹²

Cumprindo afirmar que, se tivessem ocorrido no Brasil as situações em que houve recusa a contribuir para uma cerimônia de casamento entre pessoas do mesmo sexo, ou a fornecer produtos que promovem o casamento homoafetivo ou outras causas LGBT, seria aplicável o Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, segundo Sergio Cavalieri Filho, o CDC é uma legislação especial que se destina a regular as relações de consumo, aplicável somente aos consumidores e fornecedores em suas relações,²⁹³ sendo que o Código define em seu art. 3º o conceito de fornecedor como “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. É evidente que um confeitiro, um fotógrafo ou o dono de uma gráfica, por exemplo, se enquadrariam no conceito de fornecedor, tal como definido pelo Código.

Reconhecendo-se a vulnerabilidade intrínseca do consumidor no mercado, sua defesa é considerada um direito fundamental (art. 5, XXXII e 170, V, CRFB), ensejando a tutela de interesses patrimoniais e existenciais nas relações de consumo. É importante ressaltar que as supramencionadas situações, mesmo sendo anteriores à celebração de um contrato, ensejariam a proteção do Código, uma vez que a proteção do consumidor se inicia na fase pré-contratual, em que as

²⁹¹ GOEDERT, Rubia Carla. *Contratos de consumo: a proteção constitucional do consumidor contra a discriminação*. Curitiba: Juruá, 2015. E-book, pág. 52 de 210.

²⁹² Idem, ibidem, pág. 135 de 210.

²⁹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2010. Pág. 17

partes iniciam os contatos, fazem propostas e contrapropostas, tratativas destinadas a reflexões e ponderações. Como ensina Cavalieri, “o rompimento leviano e desleal das tratativas pode ensejar obrigação de indenizar, não por inadimplemento, posto que ainda não há contrato, mas pela quebra da confiança, pelo descumprimento dos deveres de lealdade, de transparência, de informação, de cooperação, que regem todos os atos sociais”.²⁹⁴

Para Goedert, sob a ótica da constitucionalização do direito civil, “o Código de Defesa do Consumidor funciona como uma ferramenta valorada constitucionalmente na busca da igualdade e da não discriminação do consumidor na relação de consumo”.²⁹⁵ Nesse contexto, ele introduz no ordenamento jurídico brasileiro instrumentos de proteção do consumidor e de controle da manifestação da livre vontade; dentre eles, o dever de contratar. O art. 30 do Código determina que “toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”. Estipula ainda o art. 35 que, se o fornecedor recusar cumprimento à oferta ou publicidade, o consumidor poderá escolher entre exigir o cumprimento forçado da obrigação; aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; rescindir o contrato (caso este já tenha sido firmado), com restituição do valor já pago, mais perdas e danos. Em se tratando de relação de consumo, a publicidade e a oferta vinculam o fornecedor, agregando-se ao contrato a ser celebrado, e o dever de contratar surge no momento em que o consumidor declara sua aceitação.²⁹⁶

Esse mandamento lembra a ideia de acomodação pública que vigora nos países estudados. Em *Elane Photography*, por exemplo, considerou-se que a empresa de fotografia era uma acomodação pública porque ela fazia anúncios em um *website* para o público em geral. No direito brasileiro, poder-se-ia entender que esses anúncios, equivalentes a uma oferta, vinculam o fornecedor. Cavalieri explica que o princípio da vinculação contratual da publicidade encontra justificativa no potencial persuasivo das técnicas de *marketing*. Na raiz da força obrigatória da mensagem publicitária está o reconhecimento pelo Direito do poder

²⁹⁴CAVALIERI FILHO, Sergio. Ibidem, pág. 120.

²⁹⁵GOEDERT, Rubia Carla. Ibidem, pág. 147 de 210.

²⁹⁶Idem, ibidem, pág. 149 de 210.

de influência desse instrumento promocional nas decisões dos consumidores: a publicidade cria legítimas expectativas, que precisam ser protegidas.²⁹⁷

Tendo isso em mente, como vimos, alguns autores defendem que os fornecedores manifestem suas objeções de consciência prévia e publicamente.²⁹⁸ Vale ressaltar, contudo, que essas ressalvas na publicidade poderiam fazer com que ela fosse considerada abusiva, portanto vedada pelo Código de Defesa do Consumidor. O art. 37 proíbe toda publicidade enganosa ou abusiva, e define no § 2º: “é abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza (...)”. Goedert afirma que “o direito tutela o consumidor contra os desvios da publicidade e, assim sendo, é considerada discriminatória a publicidade que acolha opiniões preconceituosas relativas ao sexo, à raça, à opção sexual, à nacionalidade, à profissão e às convicções religiosas e políticas”.²⁹⁹

O art. 39 também elenca no rol das práticas abusivas “recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes” e “recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais” (incisos II e IX). Depreende-se que não cabe ao fornecedor a opção de escolher com quem contratar na relação de consumo, pois o legislador pretendeu evitar a discriminação, coibindo que o fornecedor deixe de efetivar a venda a determinado consumidor ou categoria de consumidores. O dever de contratar protege os indivíduos contra recusas discriminatórias, ensejando o direito à indenização por danos patrimoniais e morais, com fulcro nos arts. 6, VI e VII do CDC e 927 do Código Civil.³⁰⁰

Como exemplos de proibição à discriminação nas relações de consumo na jurisprudência brasileira, pode-se destacar: a inadmissibilidade de cláusula contratual que prevê o reajuste dos prêmios em razão da faixa etária nos contratos de seguro, entendida como abusiva e discriminatória; a concessão de indenização por dano moral a um indivíduo a que foi recusado, por causa de sua obesidade, um seguro de acidentes pessoais; semelhantemente, a concessão de indenização por

²⁹⁷CAVALIERI FILHO, Sergio. Ibidem, pág. 123.

²⁹⁸ Cf. nota 273, supra.

²⁹⁹GOEDERT, Rubia Carla. Ibidem, pág. 160 de 210.

³⁰⁰Idem, ibidem, pág. 151 de 210.

danos morais a um indivíduo a que foi recusado, por causa de sua paraplegia, um seguro de vida.³⁰¹

Diante do exposto, resta evidente que, não obstante a inexistência de uma legislação específica proibindo a discriminação em locais abertos ao público em geral no Direito pátrio, a recusa a fornecer um produto ou prestar um serviço a determinado indivíduo por causa de sua orientação sexual é vedada pelo nosso ordenamento jurídico. Trata-se de ato ilícito que certamente enseja indenização por dano moral. A exigência de igualdade de tratamento nas relações consumeristas encontra respaldo constitucional, tendo em vista o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana e, especificamente, o direito fundamental à defesa do consumidor.

Quanto às situações analisadas neste trabalho, em que a recusa não se deu exatamente por causa da orientação sexual das pessoas que solicitaram os produtos ou serviços, mas por causa de uma objeção de consciência religiosa em contribuir para uma cerimônia de casamento homoafetivo, ou em contribuir indiretamente para causas LGBT, teria que ser considerado o direito fundamental à liberdade religiosa e liberdade de consciência do fornecedor, que igualmente encontra amparo constitucional (art. 5, VI, CRFB) e cuja eficácia também deve ser entendida como vinculante às relações privadas. Sabe-se que as cortes brasileiras costumam adotar a técnica da ponderação no julgamento de conflitos entre direitos fundamentais. Cumpre destacar que, em nome da máxima efetividade e da unidade da Constituição, deve-se evitar uma hierarquização apriorística de valores constitucionais, sendo necessário um esforço hermenêutico para compatibilizar os valores em conflito de modo que cada um deles sofra o menor prejuízo possível³⁰² – ou, pode-se dizer, de maneira a permitir a máxima acomodação possível dos valores conflitantes.

Por fim, resta dissertar sobre a possibilidade de encaminhamentos pelos psicólogos a outros profissionais no Brasil. O Código de Ética Profissional do Psicólogo (Resolução CFP nº 010/05), aprovado pelo Conselho Federal de Psicologia, estabelece entre seus princípios fundamentais que: “o psicólogo baseará o seu trabalho no respeito e na promoção da liberdade, da dignidade, da igualdade e da integridade do ser humano, apoiado nos valores que embasam a

³⁰¹Idem, *ibidem*, págs. 174 a 178 de 210.

³⁰²SANTOS JÚNIOR, Aloisio Cristovam dos. Cf. nota 238, *supra*, pág. 159.

Declaração Universal dos Direitos Humanos” e que “o psicólogo trabalhará visando promover a saúde e a qualidade de vida das pessoas e das coletividades e contribuirá para a eliminação de quaisquer formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Em seu art. 1º, elenca entre as responsabilidades do psicólogo: “b) Assumir responsabilidades profissionais somente por atividades para as quais esteja capacitado pessoal, teórica e tecnicamente” e “k) Sugerir serviços de outros psicólogos, sempre que, por motivos justificáveis, não puderem ser continuados pelo profissional que os assumiu inicialmente, fornecendo ao seu substituto as informações necessárias à continuidade do trabalho”. Proíbe o psicólogo, no art. 2º, de “a) Praticar ou ser conivente com quaisquer atos que caracterizem negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade ou opressão; b) Induzir a convicções políticas, filosóficas, morais, ideológicas, religiosas, de orientação sexual ou a qualquer tipo de preconceito, quando do exercício de suas funções profissionais”. Finalmente, cabe salientar que as transgressões ao Código são puníveis com penalidades administrativas como advertência, multa, censura pública, suspensão ou cassação do exercício profissional (art. 21).

Nota-se que essas disposições assemelham-se às regras dos códigos de ética dos países estudados neste trabalho. Por um lado, proíbem a discriminação (não elencando, especificamente, os critérios proibidos de discriminação, como nos códigos mencionados no primeiro capítulo); por outro lado, afirmam que o psicólogo só deve assumir responsabilidades profissionais para as quais esteja capacitado *pessoal*, teórica e tecnicamente; e não só permite como impõe o encaminhamento a outros psicólogos quando, por motivos justificáveis, os serviços não puderem ser continuados pelo profissional que os assumiu inicialmente.

Diante da inexistência de outra resolução do CFP explícita em sentido contrário, pode-se concluir que não haveria óbice ao encaminhamento de pacientes homossexuais a outros profissionais, a fim de se evitar, justamente, induzir convicções morais, religiosas ou de orientação sexual durante o exercício de suas funções profissionais, o que é proibido pelo Código. Ademais, durante a pesquisa bibliográfica, não se encontrou artigos científicos sobre esse tema, ou

informações de casos nesse sentido.³⁰³ Desta forma, *parece* ser adequada ao Código de Ética a atitude de encaminhar o paciente homossexual a outro profissional, no caso de psicólogos que se sentem impedidos, em sua consciência, de manifestar aprovação em relação à homossexualidade durante o atendimento.³⁰⁴

³⁰³Não há, no Brasil, uma discussão ampla sobre objeção de consciência de psicólogos. Sobre o tema, existe uma inquietação de alguns autores em relação à recusa de psicólogos a tratar com mulheres que desejam praticar o aborto legal. Mesmo assim, essa inquietação se restringe aos profissionais que trabalham no serviço público de saúde. Ademais, não é mencionada nenhuma norma administrativa específica sobre o tema, indicando que, na prática, essas objeções ocorrem e não são proibidas. Para Diniz, “não basta declarar a liberdade de pensamento e expressão para que a objeção de consciência seja também um direito absoluto e universal. Ao menos para a assistência em saúde. Se assim fosse, os serviços públicos de saúde sofreriam uma grave ameaça com a crescente sobreposição entre religiões e direitos na política brasileira (...). O Hospital Pérola Byington, em São Paulo, um dos centros de referência no país para o aborto legal, foi ousado em uma medida preventiva – o edital do recente concurso público para psicólogo explicita o destino do futuro funcionário do Estado: o serviço de aborto legal”. DINIZ, Débora. *Estado laico, objeção de consciência e políticas de saúde*. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 29(9): 2013. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/0102-311XPE010913>. Pág. 3. Acesso em 16/01/2018.

³⁰⁴Atualmente, o embate entre direitos LGBT e liberdade religiosa tem se concentrado, no âmbito da Psicologia, na questão da possibilidade de oferecer terapia de reorientação sexual a homossexuais que desejam fazer uma transição da homossexualidade para a heterossexualidade (Cf. nota 78, supra, sobre a resolução 01/99 CFP) – tema que foge ao escopo do presente trabalho. Para uma reflexão sobre a influência da psicologia brasileira e o Conselho Federal de Psicologia no avanço dos movimentos LGBT, com ênfase às políticas e ações da autarquia, inclusive a aludida resolução, ver ARAGUSUKU, Henrique Araujo; DE OLIVEIRA LEE, Henrique. *A psicologia Brasileira e as Políticas LGBT no Conselho Federal de Psicologia*. In: Revista Gestão & Políticas Públicas, v. 5, n. 1, p. 131-154, 2017. Disponível em: <http://www.journals.usp.br/rgpp/article/view/125153>. Acesso em 16/01/2018.

Considerações Finais

A partir das decisões examinadas neste trabalho, foi possível extrair quatro modelos decisórios que lidam com o conflito que é o presente objeto de estudo. Com base nas reflexões aqui expostas, entendeu-se que apenas dois deles apresentam uma resposta adequada para a controvérsia em tela, quais sejam: o modelo da interpretação restrita do conceito da discriminação com base em orientação sexual e o modelo aplicável aos agentes públicos, pois são os que melhor acomodam os direitos conflitantes.

Nas decisões em que se identificou o modelo aplicável aos agentes públicos – ambas canadenses – o fato de que servidores responsáveis por celebrar o casamento civil atuam em nome do Estado quando exercem sua função pública foi determinante para que suas crenças religiosas não fossem acomodadas, sendo considerada inadmissível a possibilidade de que um cidadão seja diretamente discriminado por um representante do governo por causa de sua orientação sexual, quando busca concretizar seu direito ao casamento homoafetivo. Tais decisões se mostraram adequadas, tendo em vista que o Estado tem o dever constitucional de dar aos cidadãos um tratamento igualitário e que, em ambos os casos, existiam alternativas razoáveis disponíveis aos celebrantes cujas crenças religiosas os impediam de solenizar um casamento homoafetivo. A acomodação de tais crenças, nessas circunstâncias, deve ser feita sem que haja o risco de ocorrer a inaceitável situação em que um cidadão busca um serviço público que lhe é expressamente negado por causa de sua orientação sexual. É válido destacar que as três decisões canadenses selecionadas neste trabalho têm em comum a preocupação em deixar algum espaço para as crenças religiosas (ainda que insuficiente, no caso em que se aplicou o modelo da interpretação extensiva).

Já o modelo da interpretação restrita foi identificado em duas decisões norte-americanas, em que a violação à liberdade de expressão estava mais evidente, indicando que o desenvolvimento desse modelo decisório nos Estados Unidos pode ser atribuído à sua notória tradição de extensa garantia da liberdade de expressão. Em tais decisões, considerou-se que a motivação das recusas dos indivíduos religiosos não estava propriamente relacionada à orientação sexual,

mas a uma sincera objeção de consciência religiosa em promover uma mensagem de apoio a uma causa LGBT, em um caso, e a manifestar um discurso de aprovação em relação à homossexualidade e relacionamentos homoafetivos, no outro; logo, entendeu-se que as normas que proibiam a discriminação não eram aplicáveis.

Em contrapartida, nas decisões em que foi aplicado o modelo da interpretação abstrata do conceito de discriminação com base em orientação sexual, a violação à liberdade de consciência religiosa foi considerada um meio proporcional para se atingir o objetivo legítimo de implementar uma política antidiscriminatória, a qual, nos casos, destinou-se a proteger o direito à não discriminação em termos abstratos, uma vez que nenhuma discriminação chegou a ocorrer e tampouco ocorreria no futuro, feitas as devidas acomodações. Esse modelo decisório, que claramente evidencia a tendência das cortes de defender uma moralidade específica, foi desenvolvido na Inglaterra (e chancelado pela Corte Europeia de Direitos Humanos), indicando que o fato existir uma religião oficial no Reino Unido não influenciou nessa questão – o que é corroborado pelo conteúdo da decisão da Irlanda do Norte, que adotou o modelo abaixo mencionado.

Nas decisões que aplicaram o modelo da interpretação extensiva do conceito de discriminação com base em orientação sexual, foi necessário recorrer a fundamentos que expandiam o conceito de tal discriminação, a fim de possibilitar a aplicação das legislações de acomodação pública, uma vez que as recusas na prestação dos serviços não ocorreram propriamente por causa da orientação sexual daqueles que os solicitaram, mas por causa de uma sincera objeção de consciência em contribuir para uma cerimônia de casamento homoafetivo ou apoiar indiretamente causas LGBT. É interessante notar que o modelo da interpretação extensiva concentra decisões dos três países estudados neste trabalho, indicando que a constatada tendência de se adotar uma moralidade pública oficial por parte dos órgãos judiciais pode ser vista em todos esses países.

Com efeito, nas decisões em que se identificou os modelos da interpretação abstrata e extensiva, pode-se notar o objetivo precípua de proteger um *ethos*, um conjunto de valores que não é compartilhado por todos na sociedade – que vai além do legítimo objetivo de coibir a discriminação. Tais decisões

chegaram próximo de negar a indivíduos religiosos a possibilidade de manifestar uma visão moral sobre a homossexualidade ou sobre casamento homoafetivo que diverge da visão dominante, evidenciando como a proibição da discriminação com base em orientação sexual pode ser utilizada para impor a indivíduos religiosos uma visão de mundo que vai de encontro a suas profundas convicções.

É imprescindível que se tenha a cautela de não transformar o direito à igualdade em um instrumento de homogeneização da sociedade, impedindo a livre manifestação de crenças e convicções que indivíduos devem ter o direito de possuir. Uma sociedade pluralista deve rejeitar a ideia de que o direito à igualdade está a serviço de um projeto de uniformização dos indivíduos e seus valores; abraçando, ao contrário, a ideia de que esse direito visa proteger a diversidade, assegurando a certeza de que cada um pode viver de acordo com a visão que tem a respeito de si mesmo e do mundo ao seu redor, e de que não receberá um tratamento jurídico diferenciado por isso, nem será afetado em seu sentimento de igual dignidade como cidadão.

É distorcida a ideia de que assegurar a diversidade significa institucionalizar determinadas concepções de mundo – como a concepção de que uma união entre pessoas do mesmo sexo tem o mesmo valor moral que uma união entre pessoas de sexos opostos, por exemplo. Em uma sociedade que preza pela diversidade, buscar-se-á a máxima acomodação possível dos valores divergentes em torno de questões como essas, que tocam em dogmas religiosos que não podem ser relativizados por aqueles que sinceramente acreditam neles. As decisões que aderiram aos modelos criticados fizeram justamente o oposto disso, utilizando a proibição da discriminação como instrumento de intolerância a crenças que são dignas de respeito.

A tolerância e o respeito ao outro não significam, necessariamente, a avaliação positiva de seus valores ou estilo de vida; ao contrário, a ideia de tolerância pressupõe a diferença de crenças, opiniões e convicções. “A tolerância é uma via de mão dupla”, como proclamou uma das sentenças examinadas acima. Entender de outro modo significa dizer que indivíduos são obrigados a anular sua fé quando ela não se adequa a valores seculares dominantes, suprimindo a liberdade de consciência, liberdade religiosa e liberdade de expressão.

Não se quer dizer que deve ser aceita uma discriminação generalizada por motivos religiosos, como se a antidiscriminação pudesse ser considerada um valor

secular dominante a que religiosos têm uma licença para não se sujeitar; o que seria um contrassenso, tendo em vista que a própria noção de que cada indivíduo possui um valor intrínseco – a dignidade humana – origina-se do Cristianismo. E mesmo que assim não fosse, em uma sociedade que agrega indivíduos que aderem a valores irredutivelmente plurais, conflitantes e incomensuráveis entre si, o princípio da igualdade integra um conjunto de valores que os Estados democráticos selecionados neste estudo (e também o Brasil) elegeram como fundamentais – assim como a liberdade de consciência, liberdade religiosa e liberdade de expressão.

O problema surge quando aquele princípio é utilizado como pretexto para que se entenda como discriminatória a conduta daqueles que acreditam na verdade de suas crenças e desejam viver de acordo com elas. Isso ocorre, por exemplo, quando o conceito de discriminação com base em orientação sexual é ampliado ao ponto de impedir que indivíduos religiosos se recusem a manifestar aprovação em relação à homossexualidade ou a contribuir para uma cerimônia de casamento homoafetivo.

Assim sendo, concluo que, nas situações envolvendo recusa a contribuir para uma cerimônia de casamento homoafetivo por parte de profissionais que atuam pessoalmente na denominada indústria do casamento, o conceito de discriminação com base em orientação sexual deve ser interpretado de maneira restrita, de modo a proteger a perspectiva religiosa sobre o casamento, entendendo-se que a recusa está relacionada à objeção em contribuir para um *evento* que conflitua com as crenças religiosas daqueles, e não à orientação sexual de quem solicitou o serviço. Quanto aos servidores públicos responsáveis por solenizar casamentos civis, as acomodações de suas crenças religiosas devem acontecer internamente, sempre que possível, de modo a impedir que cidadãos sejam discriminados por representantes do Estado quando demandam um serviço público.

Ao psicólogo deve ser facultada a possibilidade de encaminhamento de pacientes homossexuais ou casais homoafetivos a outro profissional, nos casos em que aquele se sentir impedido, em sua consciência, de manifestar aprovação em relação à homossexualidade ou auxiliar relacionamentos homoafetivos durante o atendimento, de forma a melhor atender os interesses dos pacientes e, ao mesmo tempo, assegurar a liberdade de consciência religiosa dos psicólogos.

Por fim, ninguém deve ser obrigado a prestar auxílio a uma causa LGBT através do fornecimento de produtos, se tal auxílio violar sua consciência religiosa. Se tais produtos forem solicitados por um indivíduo homossexual, deve-se entender que a recusa está relacionada à mensagem que se quer promover, e não à orientação sexual de quem os solicitou – o que parece óbvio e suscita sérias questões relacionadas à liberdade de expressão. As decisões sobre esses conflitos são as mais preocupantes, pois as cortes demonstraram estar dispostas a recorrer a fundamentos esdrúxulos – ora insinuando, ora afirmando abertamente que a recusa em fornecer tais produtos era uma discriminação em face de toda a comunidade LGBT – com o objetivo de fazer valer as legislações de antidiscriminação em situações em que a recusa claramente não estava relacionada à orientação sexual de quem solicitou o serviço.

Uma interpretação restrita do conceito de discriminação com base em orientação sexual evita que indivíduos religiosos sejam excluídos de determinadas profissões, ou forçados a violar suas consciências religiosas durante seu ofício, e possibilita a máxima acomodação possível de valores divergentes a respeito da homossexualidade na sociedade. É verdade que ninguém pode ser privado de um serviço que está disponível ao público em geral por causa de sua orientação sexual. Não obstante, quando a prestação de um serviço suscitar uma séria e genuína objeção de consciência religiosa, não se pode perder de vista que, em um regime democrático que preza pela livre manifestação de ideias, ninguém pode ser protegido do conhecimento de que algumas pessoas discordam de seu estilo de vida.

Privilegiar a diversidade pode significar, em alguns casos, proteger a liberdade de ideias que, por si próprias, não promovem a diversidade. Esse é um paradoxo que o Estado não pode evitar, se ele deixar de assumir para si o papel de escolher quais valores morais são corretos ou dignos de respeito. Por outro lado, se ele se colocar como o justo juiz entre divergentes concepções de mundo e decidir implementar determinado ideal de diversidade a qualquer custo, ele acabará por reduzir a própria diversidade. Esse é o paradoxo que se deve evitar em toda sociedade que, verdadeiramente, almeja permanecer livre e diversificada.

Referências bibliográficas

AHDAR, Rex. *Companies as religious liberty claimants*. In: Oxford Journal of Law and Religion, 2016, 0, 1-27.

ANASTAS, Jeane W. *Policy, Practice and People: Current Issues Affecting Clinical Practice*. In: Clin. Soc. Work J, vol. 41, 2013.

AMERICAN COUNSELING ASSOCIATION (2014). *American Counseling Association's 2014 revised Code of Ethics*. Disponível em <https://www.counseling.org/resources/aca-code-of-ethics.pdf>. Acesso em 28/06/2017.

AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION (2011). *Booklet of All Current APA Policy Statements on Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Concerns*. Disponível em <http://www.apa.org/about/policy/booklet.pdf>.

ANDERSON, Raydan T.; GEORGE, Robert P.; GIRGIS, Sherif. *What is marriage?* In: Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 34, No. 1. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1722155>.

ARAGUSUKU, Henrique Araujo; DE OLIVEIRA LEE, Henrique. *A psicologia Brasileira e as Políticas LGBT no Conselho Federal de Psicologia*. In: Revista Gestão & Políticas Públicas, v. 5, n. 1, p. 131-154, 2017. Disponível em: <http://www.journals.usp.br/rgpp/article/view/125153>. Acesso em 16/01/2018.

ARIZONA (Estado). *House Bill N. 2565*. Arizona House of Representatives, 29 de abril de 2011. Disponível em: <https://openstates.org/az/bills/50th-1st-regular/HB%202565/documents/AZD00089875/>. Acesso em 27/06/2017.

AVIV, Noa Mendelsohn. *(When) can religious freedom justify discrimination on the basis of sexual orientation? A canadian perspective*. In: Journal of Law and Policy, 2014. Disponível em: <http://brooklynworks.brooklaw.edu/jlp/vol22/iss2/5>. Acesso em 18/09/2017

BATEMAN, Thomas M.J. *How much diversity can canadian courts tolerate?* In: Policy Opinions, 2002.

BENSON, Ian T. *Notes towards a (re)definition of the “secular”*. In: U.B.C. Law Review 33:3, 2000.

_____. *The freedom of conscience and religion in Canada: challenges and opportunities*. In: Emory International Law Review, vol. 21, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1654424. Acesso em 22/01/2018.

BERG, Thomas. *What Same-Sex-Marriage and Religious-Liberty Claims Have in Common*. In: Northwestern Journal of Law & Social Policy, Vol. 5, Fall 2010

BERLIN, Isaiah. Two concepts of Liberty (1958). Disponível em: <http://web.ics.purdue.edu/~mjacovid/Two%20Concepts.pdf>. Acesso em 15/02/2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Brasília, DF, set. de 1990.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF, jan. de 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.183.378/RS*. Relator: ministro Luiz Felipe Salomão. DJ: 25/10/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj/inteiro-teor-21285515>. Acesso em 15/01/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ*. Relator: ministro Ayres Britto. DJ: 14/10/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 15/01/2018.

CANADÁ. *Constitution Act*, 1982. Disponível em <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html>. Acesso em 11/12/2017.

_____. Court of Queen’s Bench of Manitoba. *2016 MBQB 224. Kisilowsky v. Her Majesty the Queen in right of the Province of Manitoba*. Simonsen, Judge. 21 de novembro de 2017. Disponível em

<https://www.jccf.ca/wp-content/uploads/2013/02/Kisilowsky-v.-Her-Majesty-the-Queen-2016MBQB224.pdf>. Acesso em 27/11/2017.

_____. Ontario Superior Court of Justice Divisional Court. *No 179/2000*. Ontario Human Rights Commission v. Brockie. Then, Judge. 17 de junho de 2001. Disponível em: https://static1.squarespace.com/static/57503f9022482e2aa29ab3af/t/5787a089f7e0ab31aff982b0/1468506252748/decisonbrockie_onsc.pdf. Acesso em 09/12/2017

_____. Queen's Bench for Saskatchewan. 2009 SKQB 299. Nichols v. M.J. and Saskatchewan Human Rights Commission. McMurtry, Judge. 17 de julho de 2009. Disponível em <https://www.canlii.org/en/sk/skqb/doc/2009/2009skqb299/2009skqb299.html>. Acesso em 28/11/2017

_____. R.S.C., 1985, c. H-6 (*Canadian Human Rights Act*). Disponível em <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/h-6/FullText.html>. Acesso em 13/06/2017

_____. S.C. 2005, c. 33 (*Civil Marriage Act*). Disponível em <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-31.5/page-1.html>. Acesso em 13/06/2017.

_____. Supreme Court. 2004 SCC 79. *Reference re Same-Sex Marriage*. 9 de dezembro de 2004. Disponível em: <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2004/2004scc79/2004scc79.pdf>. Acesso em 23/01/2018.

_____. The Court of Appeal for Saskatchewan. 2011 SKCA 3. In the Matter of Marriage Commissioners Appointed Under The Marriage Act. Richards, Judge. 10 de janeiro de 2011. Disponível em: <http://saskatchewanhumanrights.ca/pub/documents/news/2011/2011SKCA003.pdf>. Acesso em 23/01/2018.

CANADIAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION (2015). *CPA Policy Statement on Conversion/Reparative Therapy for Sexual Orientation*. Disponível em <http://www.cpa.ca/aboutcpa/policystatements/#ConversionTherapy>. Acesso em 17/07/2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2010.

CHAPMAN, Catherine Kelly. *Gay Rights, the Bible, and Public Accommodations: An Empirical Approach to Religious Exemptions for Holdout States*. In: The Georgetown Law Journal, vol. 100, 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2086954>. Acesso em 22/01/2018

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Resolução CFP nº 001/99*, de 22 de março de 1999. Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf.

Acesso em 23/01/2018.

_____. *Resolução CFP nº 010/05*, de 21 de julho de 2005. Aprova o Código de Ética Profissional do Psicólogo. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/07/codigo-de-etica-psicologia-1.pdf>. Acesso em 16/01/2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 175*, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. *CNJ.jus*, DF, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>. Acesso em 15/01/2018.

COOLIDGE, David Orgon. *Playing the Loving Card: Same-Sex Marriage and the Politics of Analogy*. 12 *BYU J. Pub. L.* 201 (1998). Disponível em: <http://digitalcommons.law.byu.edu/jpl/vol12/iss2/2>. Acesso em 22/01/2018.

DALTON, Caleb J. *Constitutional Constellation at the crossroads: the future of compelled speech and the First Amendment's "fixed star"*. In: *Regent University Law Review*, 2017, vol. 29. Disponível em: http://www.regent.edu/acad/schlaw/student_life/studentorgs/lawreview/docs/issues/v29n2/11_Dalton_vol_29_2.pdf. Acesso em 13/11/2017.

DeBOER, Erin K. *Sex, psychology and the religious "gerrymander": why the APA's forthcoming policy could hurt religious freedom*. In: *Regent University Law Review*, vol. 21, 2009.

DINIZ, Débora. *Estado laico, objeção de consciência e políticas de saúde*. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 29(9): 2013. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/0102-311XPE010913>. Pág. 3. Acesso em 16/01/2018.

EAST, Erin N. *I object: The RLUIPA as a model for protecting the conscience rights of religious objectors to same-sex relationships*. In: *Emory Law Journal*, vol. 59, 2009.

EDGE, Peter; VICKERS, Lucy. *Review of equality and human rights law relating to religion or belief*. Londres: Equality and Human Rights Commission, 2015. Disponível em: [https://radar.brookes.ac.uk/radar/file/a0c410a4-253d-4ad2-9180-2c72678bbc61/1/97.%20Review%20of%20religion%20or%20belief%20law%20\(1\).pdf](https://radar.brookes.ac.uk/radar/file/a0c410a4-253d-4ad2-9180-2c72678bbc61/1/97.%20Review%20of%20religion%20or%20belief%20law%20(1).pdf). Acesso em 03/10/2017.

ESCÓCIA. *Marriage and Civil Partnership (Scotland) Act 2014*. Disponível em: <http://www.parliament.scot/parliamentarybusiness/Bills/64983.aspx>. Acesso em 22/11/2017.

ESTADOS UNIDOS. Colorado Court of Appeals. *N. 14CA1351*. Masterpiece Cakeshop opening brief. MARTIN, Attorney. 9 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.adfmedia.org/files/MasterpieceOpeningAppellateBrief.pdf>. Acesso em 09/11/2017. Página 25.

_____. Colorado Court of Appeals. *N. 14CA1351*. Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission. LOEB, Chief Judge. 13 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.adfmedia.org/files/MasterpieceAppealsDecision.pdf>. Acesso em 09/11/2017.

_____. Commonwealth of Kentucky Court of Appeals. Appeal from Fayette Circuit Court. *No. 14-CI-04474*. Lexington-Fayette Urban County Human Rights Commission v. Hands On Originals. KRAMER, Chief Judge. 12 de maio de 2017. Disponível em <http://www.adfmedia.org/files/HandsOnOriginalsOpinion.pdf>. Acesso em 13/11/2017

_____. Supreme Court of the State of Mexico. *Docket No. 33,687*. Vanessa Willock x Elane Photography. CHÁVEZ, Justice. 22 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.adfmedia.org/files/ElanePhotoNMSCopinion.pdf>. Acesso em 08/11/2017

_____. United States Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Appeal from the U.S. District Court for the Eastern District of Michigan and Detroit. No. 09-11237*. Julea Ward v. Polite et al. SUTTON, Circuit Judge. 27 de janeiro de 2012. Disponível em

<http://www.adfmedia.org/files/WardAppellateDecision.pdf>. Acesso em 12/11/2017

ESTRASBURGO. European Court of Human Rights. *Applications Nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10*. Eweida and Others v. the United Kingdom. BJORGVINSSON, President. 15 de janeiro de 2013. Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng>.

FINNIS, John. *Equality and Religious Liberty: Opressing Conscientious Diversity in England*. In: Religious Freedom and Gay Rights: Emerging Conflicts in North America and Europe. Oxford University Press, 2016. E-book

FLYNN, Taylor. *Clarion Call or False Alarm: Why Proposed Exemptions to Equal Marriage Statutes Return Us to a Religious Understanding of the Public Marketplace*, In: Northwestern Journal of Law and Social Policy, vol. 5, 2010. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1053&context=njlsp>. Acesso em 17/02/2018.

GALSTON, William A. *The legal and political implications of Moral Pluralism*. In: Maryland Law Review, vol. 57, 1998. Disponível em: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol57/iss1/7>. Acesso em 11/01/2018.

_____. *Two concepts of Liberalism*. In: Ethics, Vol. 105, No. 3, 1995. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2382140>. Acesso em 14/12/2017.

GEORGE, Robert P. *A clash of Orthodoxies*. In: First Things, 1999. Disponível em: <http://groups.apu.edu/theophil/Abare/496%20Readings/Clash%20of%20Orthodoxies.pdf>.

GOEDERT, Rubia Carla. *Contratos de consumo: a proteção constitucional do consumidor contra a discriminação*. Curitiba: Juruá, 2015. E-book

HANCOK, Kristin A. *Student Beliefs, Multiculturalism, and Client Welfare*. In: Psychology of Sexual Orientation and Gender Diversity, Vol. 1, No. 1, 2014.

INGLATERRA. *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 (c. 30)*. Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/contents/enacted>. Acesso em 13/06/2017.

_____. *The Equality Act (Sexual Orientation) Regulations (2007)*. Regulation 8. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2007/1263/contents/made>. Acesso em 14/06/2017.

IRLANDA DO NORTE. Court of Appeal in Northern Ireland. Appeal from a decision of the Presiding District Judge. No [2016] NICA 39. Gareth Lee v. Colin McArthur, Karen McArthur e Ashers Baking Company Limited. LCJ, Judge. 24 de outubro de 2016. Disponível em [http://www.courtsni.gov.uk/en-GB/Judicial%20Decisions/PublishedByYear/Documents/2016/\[2016\]%20NICA%2039/j_j_MOR10086Final.htm](http://www.courtsni.gov.uk/en-GB/Judicial%20Decisions/PublishedByYear/Documents/2016/[2016]%20NICA%2039/j_j_MOR10086Final.htm). Acesso em 22/11/2017.

KAPLAN, David M. *Ethical Implications of a Critical Legal Case for the Counseling Profession: Ward v. Wilbanks*. In: Journal of Counseling & Development, vol. 92, abril de 2014.

KOPPELMAN, Andrew M. *Gay Rights, religious accommodations, and the purposes of antidiscrimination law*. In: Southern California Law Review, vol. 88 (619), 2015. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2571058>. Acesso em 17/02/2018.

LAW, Stephen. *Gay Rights versus Religious Rights*. In: Religious Freedom and Gay Rights: Emerging Conflicts in North America and Europe. Oxford University Press, 2016. E-book

LAYCOCK, Douglas. *Civil Unions: Making Religious Exemptions Work*. In: The University of Chicago Law School Faculty Blog. Disponível em: <http://uchicagolaw.typepad.com/faculty/2009/05/civil-unions-making-religious-exemptions-work.html>. Acesso em 17/01/2018.

_____. *Religious liberty and the culture wars*. In: University of Illinois Law Review, vol. 2014, n. 3. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2304427>

LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana*. Tradução: Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

LUPU, Ira C.; TUTTLE, Robert W. *Same-Sex Family Equality and Religious Freedom*. In: NW. J. L.&SOC. POL'Y, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1492168>. Acesso em 17/01/2018.

GILREATH, Shannon. *Not A Moral Issue: Same-Sex Marriage and Religious Liberty*. In: University of Illinois Law Review, vol. 2010, No. 1,

2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1504170>. Acesso em 22/01/2018.

HUNTINGTON, Clare. *Obergefell's Conservatism: Reifying Familial Fronts*. In: 84 Fordham L. Rev. 23 (2015). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2681189>

MacDOUGALL, Bruce, et al. *Conscientious objection to creating same-sex unions: an international analysis*. Can. J. Hum. Rts. 1 (2012). Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2134325. Acesso em 22/01/2018.

MICHIGAN (Estado). *House Bill N. 5040*. Julea Ward Freedom of Conscience Act. Michigan House of Representatives, 12 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.legislature.mi.gov/documents/2011-2012/billengrossed/House/htm/2011-HEBH-5040.htm>. Acesso em 07/12/2016.

MISSISSIPPI (Estado). *House Bill N. 1523*. Protecting Freedom of Conscience from Government Discrimination Act. Mississippi Legislature, 1 de julho de 2016. Disponível em: <http://billstatus.ls.state.ms.us/2016/pdf/history/HB/HB1523.xml>. Acesso em 07/12/2016.

NORTH CAROLINA (Estado). *Senate Bill 2*. An act to allow magistrates, assistant registers of deeds, and deputy registers of deeds to recuse themselves from performing duties *Related* do marriage ceremonies due to sincerely held religious objection. The General Assembly of North Carolina, 11 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.ncleg.net/Sessions/2015/Bills/Senate/PDF/S2v4.pdf>. Acesso em 14/06/2017.

OLESKE, Jr. James M. *The Evolution of Accommodation: Comparing the Unequal Treatment of Religious Objections to Interracial and Same-Sex Marriages*. In: Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, vol. 50, 2015

ORR, James. *Beyond belief: defending religious liberty through the British Bill of Rights*. In: ResPublica, novembro de 2016.

PARKINSON, Patrick. *Accommodating Religious Beliefs in a Secular Age: The Issue of Conscientious Objection in the Workplace*. In: UNSW Law

Journal, vol. 34, 2011. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1904135>. Acesso em 17/08/2017.

PEARSON, Megan. *Religious Claims vs. Non-discrimination Rights: another plea for difficulty*. In: Rutgers Journal of Law & Religion, vol. 15, 2013.

PRINCE EDWARD ISLAND (Província). *Prince Edward Island Marriage Act*. RSPEI 1988. Disponível em https://www.princeedwardisland.ca/sites/default/files/legislation/m-3_0.pdf. Acesso em 09/06/2017.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000

SANTOS JÚNIOR, Aloisio Cristovam dos. *Liberdade religiosa e contrato de trabalho: a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho*. Niterói: Impetus, 2013

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016

SCHAUER, Fredrick. Harm(s) and the First Amendment (2010). In: Social Science Research Network Electronic Paper Collection. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2030444>. Acesso em 07/12/2016.

SEVERINO, Roger. *Or for poorer? How same-sex marriage threatens religious liberty*. In: Harvard Journal of Law & Public Policy, vol. 30, No 3, Summer 2007

STRASSER, Mark. *On Same-Sex Marriage and Matters of Conscience*. In: Wm. & Mary J. Women & L. 1, vol. 17, 2010. Disponível em: <http://scholarship.law.wm.edu/wmjowl/vol17/iss1/2>. Acesso em 17/01/2018.

STYCHIN, Carl F. *Closet Cases: 'Conscientious Objection' to Lesbian and Gay Legal Equality*. Griffith Law Review, vol. 18, No 1, 2009.

TENNESSEE (Estado). *House Bill N. 1840*. General Assembly of the State of Tennessee, 27 de abril de 2016. Disponível em: <http://openstates.org/tn/bills/109/HB%201840/documents/TND00064848/>. Acesso em 07/12/2016.

TOZO, Lucas Suárez de Oliveira. *O pluralismo em John Rawls e Isaiah Berlin*. 2016. 97 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto

de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Estadual de Campinas, São Paulo.

UNDERKUFFLER, Laura S. *Odious Discrimination and the Religious Exemption Question*. In: Cardozo Law Review, vol. 32, 2011. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/649>. Acesso em 18/01/2018.

UNITED KINGDOM COUNCIL FOR PSYCHOTHERAPY (2011). *UKCP's Ethical Principles and Codes of Professional Conduct: Guidance on the Practice of Psychological Therapies that Pathologise and/or Seek to Eliminate or Reduce Same Sex Attraction*. Disponível em <https://www.psychotherapy.org.uk/wp-content/uploads/2016/08/Conversion-Therapy-Paper.rtf>. Acesso em 26/06/2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Roma, 4 de novembro de 1950. Disponível em www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em 13/06/2017

WANG, Timothy; GEFFEN, Sophia; CAHILL, Sean. *The current wave of anti-LGBT legislation*. In: The Fenway Institute, junho de 2016. Disponível em <http://fenwayhealth.org/wp-content/uploads/The-Fenway-Institute-Religious-Exemption-Brief-June-2016.pdf>. Acesso em 28/06/2017.

WILSON, Robin Fretwell. *The politics of accommodation: the American experience with same-sex marriage and religious freedom*. In: Religious Freedom and Gay Rights: Emerging Conflicts in North America and Europe. Oxford University Press, 2016. E-book.

WINTERMUTE, Robert. *Religion v. sexual orientation: a clash of Human Rights?* In: Journal of Law & Equality, Vol. 1, n. 2, 2002.

WISE, Erica H. et al. *Psychology's proactive approach to conscience clause court cases and legislation*. In: Training and Education in Professional Psychology, v. 9, n. 4, 2015.