

MIGUEL GALVÃO TELES

LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA
E LIBERDADE *CONTRA LEGEM*

Separata

PROF. DOUTOR INOCÊNCIO GALVÃO TELLES:
90 ANOS

HOMENAGEM DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA

ALMEDINA – 2007

LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E LIBERDADE *CONTRA LEGEM*

MIGUEL GALVÃO TELES^{*-**}

Constitui um raro privilégio poder colaborar numa homenagem colectiva a um grande homem e grande professor, que é meu pai, pelos seus noventa anos. O presente artigo, do mesmo modo que todo o livro, é-lhe dedicado. Mas, neste momento, não posso esquecer minha mãe, sua companheira de sempre e que toda a vida tem sido o nosso conforto.

1. A liberdade de consciência, a que alude o artigo 41.º da Constituição da República, apresenta singularidade. Esta consiste em, pelo menos quando a liberdade é referida ao agir segundo a consciência, ser susceptível de pôr em causa a autoridade do Direito estabelecido, por virtude precisamente de a consciência (individual) poder requerer comporta-

* Advogado.

** O presente artigo tem por base um apontamento, agora profundamente remodelado, elaborado para uma intervenção, efectuada precisamente há dez anos, na Universidade Católica, em mesa-redonda sobre “Liberdade de religião e liberdade de consciência”. A mesa-redonda integrava-se num colóquio sobre liberdade religiosa, que teve por oportunidade a publicação da primeira versão do anteprojecto de lei referente ao tema. Foi moderada pelo Prof. Mário Júlio de Almeida Costa e participaram, além de mim e se bem me recordo, José de Sousa Brito, Maria da Glória Dias Garcia e José Luís Pereira Coutinho. Maria da Glória Dias Garcia publicou em *Direito e Justiça*, XI-2 (1997), pp. 73 ss., artigo baseado na sua intervenção (“Liberdade de consciência e liberdade religiosa”). Agradeço a ajuda dada, na preparação da actual versão, pelo Dr. Nuno Andrade Pissarra, pela Dr.^a Liliana Tomás, pela Dr.^a Mariana David e pela Dr.^a Inês Amaral Rodrigues.

mento contrário ao exigido pelo Direito. Tal possibilidade manifesta-se claramente na figura da objecção de consciência. É óbvio que, se esta for admitida pelo Direito estabelecido, e na medida em que o for, há uma limitação, por este próprio (neste sentido, uma autolimitação), da amplitude da autoridade das suas normas ou do âmbito destas. Todavia, as próprias razões de ser e estrutura da objecção de consciência mostram que a mesma, enquanto acto de consciência, é independente de se encontrar legalmente reconhecida.

2. O artigo 41.º, n.º 1, da Constituição, ao dizer que “*a liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável*”, atribui alguma autonomia ao “aspecto” da liberdade de consciência relativamente ao “aspecto” da liberdade de religião. E aquela de alguma sorte precede esta. É isso que justifica que se encontre referida em primeiro lugar¹.

Assinale-se que, literalmente, o texto constitucional concebe a liberdade que abrange consciência, religião e culto como liberdade única. Tal decorre da utilização do singular no n.º 1 do artigo 41.º – “*é inviolável*”². Isto significa que a liberdade de religião representa uma especificação da liberdade de consciência, da mesma forma que a liberdade de culto constitui, de modo imediato, uma especificação da liberdade de religião e, de modo mediato, da liberdade de consciência. Em última análise, unidade ou pluralidade dependem da perspectiva³. O ponto de referência da unidade é, todavia, a liberdade de consciência. Esta contém a liberdade religiosa, mas inclui mais do que ela. Por um lado, abrange, além da faculdade de adoptar esta ou aquela religião, a de não ter religião alguma. Pressupõe e implica assim a liberdade radical de adopção de uma mundividência fun-

¹ JÓNATAS MACHADO refere-se à liberdade de consciência como “*background constitutional right*” – *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva*, Co. Ed., Coimbra, 1996, pp. 193-194.

² Note-se, contudo, que a “força” literal no sentido da unidade se atenuou do texto inicial para o da revisão de 1982, de que resultou a versão ainda hoje em vigor. Enquanto em 1976 se referia, tanto na epígrafe como no n.º 1, “*Liberdade de consciência, religião e culto*”, em 1982 passou a dizer-se “*Liberdade de consciência, de religião e de culto*”.

³ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA afirmam que o artigo 41.º “*reconhece não um mas três direitos distintos, embora conexos, já que o segundo é uma especificação do primeiro, sendo o terceiro uma especificação do segundo*” (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4ª ed., Co. Ed., Coimbra, 2007, p. 609). Vistos segundo as especificações são (pelo menos) três direitos, tomados sob a perspectiva de que o que vai sendo desdobrado é um direito. Cfr. ainda JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Co. Ed., Coimbra, 2005, p. 447.

damental, independentemente de ser religiosa. Acresce que a liberdade de consciência envolve, nalguma medida pelo menos, liberdade de tomar decisões de consciência e de, para além do que é mera prática religiosa, agir segundo a consciência, determinada ou não por um quadro religioso.

O n.º 3 do artigo 41.º (aditado em 1982) reporta-se à reserva de intimidade – ela própria uma forma de protecção – em conexão com a consciência e a religião, proibindo que as autoridades perguntem sobre as convicções ou a prática religiosa de cada um.

O n.º 4 respeita à separação entre as igrejas e o Estado e às liberdades colectivas das igrejas e comunidades religiosas. O n.º 5 tem por objecto a liberdade do ensino religioso no âmbito da respectiva religião e o uso de meios de comunicação social.

No n.º 6 regressa-se à liberdade de consciência, garantindo-se, na versão em vigor, “*o direito à objecção de consciência, nos termos da lei*”.

3. A liberdade de consciência, exerça-se através de opção religiosa ou não, encontra-se protegida pela proibição de perseguição ou de privação de direitos em razão de “*convicções ou prática religiosa*” (artigo 41.º, n.º 2). Note-se o uso do singular no adjectivo “religiosa”, que mostra que este se refere apenas à prática, podendo as convicções tanto ser religiosas como não.

A protecção pessoal é igual, quaisquer que sejam as convicções tidas ou qualquer que seja a religião praticada. Há um outro aspecto respeitante ao igual tratamento das pessoas: também ninguém pode ser isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa – sem embargo do que se estabelece quanto à objecção de consciência. Nalguma medida, o n.º 2 do artigo 41.º representa uma aplicação do n.º 2 do artigo 13.º, segundo o qual ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, entre outros critérios, de “*religião, convicções políticas ou ideológicas ...*”. As convicções a que alude o artigo 41.º são aqui especificadas como “*políticas ou ideológicas*”. Mas nem a especificação é exaustiva, nem a enumeração constante do n.º 2 do artigo 13.º é taxativa.

Quanto à objecção de consciência ao serviço militar, o n.º 4 do artigo 276.º diz que “*os objectores de consciência ao serviço militar a que legalmente estejam sujeitos prestarão serviço cívico de duração e penosidade equivalentes à do serviço militar armado*”.

4. Não fiz indagação histórica, mas admito que se mostre possível dizer que a ideia de liberdade de consciência como um *plus* relativamente à liberdade religiosa surge na afirmação da liberdade de pensamento e, em particular, do pensamento científico contra as pretensões dogmáticas das confissões religiosas. Neste sentido, a filiação da liberdade de consciência será renascentista e esta virá a ligar-se à secularização.

No séc. XVIII, na América do Norte, a ideia de *consciência* aparece mencionada em textos constitucionais, com utilização daquela palavra. É sabido que foi em algumas constituições de colónias americanas que a figura da objecção de consciência, em particular da objecção de consciência ao serviço militar, apareceu consignada⁴. As formulações são muito curiosas – por exemplo: “*nem pode qualquer homem com escrúpulo de consciência em usar armas ser justamente compelido a fazê-lo, se pagar equivalente*” (Pensilvânia)⁵; ou “*ninguém que tenha escrúpulo de consciência quanto à legalidade de utilizar armas será compelido a fazê-lo, desde que pague um equivalente*” (New Hampshire)⁶. A primeira fórmula vem da Declaração de Direitos do *Delaware*, de 11 de Setembro de 1776 (Secção 10), e foi repetida no artigo IX da Declaração de Direitos do *Vermont*, de 1777.

As declarações de Direitos da Pensilvânia e do *Vermont* acrescentam que “*ninguém se encontra vinculado por leis em que não tenha assentido de maneira semelhante, para o comum bem de todos*”⁷. Há quem tenha visto aí o reconhecimento de uma objecção de consciência geral, mas parece tratar-se antes de afirmação de uma limitação de vinculatividade das leis pela sua origem democrática⁸.

⁴ Vide, p. ex., JOSÉ DE SOUSA BRITO, declaração de voto no Ac. do Tribunal Constitucional n.º 681/95, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 32.º vol., pp. 672 ss.; FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, “Sentido e Limites do Direito Fundamental à Objecção de Consciência”, *Themis*, VI-11 (2005), pp. 247 ss..

⁵ “... *Nor can any man who is conscientiously scrupulous of bearing arms, be justly compelled thereto, if he will pay such equivalent ...*” – Declaração de Direitos da Constituição da Pensilvânia de 28 de Setembro de 1776, artigo VIII.

⁶ “*No person, who is conscientiously scrupulous about the lawfulness of bearing arms, shall be compelled thereto, provided he will pay an equivalent*” – Declaração de Direitos da Constituição do *New Hampshire* de 2 de Junho de 1784, artigo 13.º. A última parte (pagamento do equivalente) foi eliminada em 1964.

⁷ “... *nor are the people bound by any laws, but such as they have in like manner assented to, for their common good*”.

⁸ O consentimento referido no passo transcrito inclui o consentimento dado pelos representantes. O “*consent in the like manner*” reporta-se ao consentimento para a priva-

Particularmente expressivo é o artigo 4.º da Declaração de Direitos do *New Hampshire*, de 2 de Junho de 1784: “Entre os direitos naturais, alguns são pela sua própria natureza inalienáveis, porque nenhum equivalente pode ser dado ou recebido por eles. Desta espécie são os Direitos da Consciência”⁹.

No que toca especificamente à religião, o modo como as constituições das colónias recém-independentes se lhe referem é variado. A Constituição da Carolina do Sul de 1778, por exemplo, afirmava que a religião cristã é a religião verdadeira, mas tolerava todas as religiões que reconhecessem um só Deus. Mesmo as declarações de direitos mais abertas, como a da Virgínia, falavam de deveres para com Deus, não prevendo expressamente o direito a não ter religião¹⁰.

O primeiro Aditamento à Constituição federal consignou a liberdade religiosa com amplitude que permite considerar incluída a liberdade de não ter religião¹¹. O Artigo VI, por seu turno, determina que “nenhuma prova religiosa (religious test) será jamais exigida para o exercício de qualquer cargo ou função no âmbito dos Estados Unidos (under the United States)”¹².

5. Diferentemente correram as coisas na Europa. Nos sécs. XVIII e XIX havia religiões oficiais e nalguns casos subsistem até o presente. A preocupação liberal era a de assegurar um mínimo de tolerância, enquanto não se pudesse chegar à separação entre Igrejas e Estado e à igualdade de tratamento das confissões. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, limitava-se a afirmar que “ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões, mesmo religiosas, desde que a sua mani-

ção de propriedade: “... no part of a man’s property can be justly taken from him, or applied to public uses, without his own consent, or that of his legal representatives”.

⁹ “Among the natural rights, some are in their very nature unalienable, because no equivalent can be given or received for them. Of this kind are the Rights of Conscience”.

¹⁰ Sec. 16. “That religion, or the duty which we owe to our Creator, and the manner of discharging it, can be directed only by reason and conviction, not by force or violence; and therefore all men are equally entitled to the free exercise of religion, according to the dictates of conscience; and that it is the mutual duty of all to practice Christian forbearance, love, and charity towards each other”.

¹¹ “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof...”.

¹² Havia disposições estaduais, designadamente na Carolina do Sul, que excluíaam o acesso a funções públicas a quem negasse a existência de Deus.

festação não perturbe a ordem pública estabelecida por lei” (artigo 10.º). Portugal é um exemplo. Todos os textos constitucionais da Monarquia afirmavam a religião católica apostólica romana como a religião da Nação, religião oficial do Reino ou religião oficial do Estado (Constituição de 1822, artigo 25.º, Carta Constitucional, artigo 6.º, Constituição de 1838, artigo 3.º) e apenas permitiam o culto de outras religiões a estrangeiros, no âmbito doméstico ou particular; mas proibiam a perseguição religiosa, respeitadas que fossem a religião do Estado e a moral pública (Carta, artigo 145.º, § 4.º, Const. 1838, artigo 11.º).

As coisas mudaram, evidentemente, com a separação entre a Igreja e o Estado em 1911 (e separação na prática hostil). Neste quadro, a Constituição de 1911 viria a ser o primeiro texto constitucional português a falar da *liberdade de consciência*. Fá-lo no n.º 4 do artigo 3.º, onde se diz que “*a liberdade de consciência e de crença é inviolável*”. Comparando com o n.º 1 do artigo 41.º da actual Constituição, falta a referência ao culto (que vem noutra local) e em lugar da menção à religião encontra-se uma alusão a “crença”. As religiões eram concebidas como modalidades da crença, podendo aliás haver crenças religiosas e não religiosas. À liberdade de culto referiam-se os n.ºs. 5 e 8 do artigo 3.º, que lhe introduziam limites. A protecção e a igualdade eram salvaguardadas nos n.ºs. 5 e 6¹³.

No seu texto inicial, a Constituição de 1933, quebrando a tensão entre Estado e Igreja Católica, manteve-se formalmente dentro dos princípios da liberdade religiosa e da igualdade das confissões. O artigo 8.º, n.º 3, afirmava a “*liberdade e a inviolabilidade das crenças e práticas religiosas...*”¹⁴. O título X da Parte I, sobre as relações do Estado com a Igreja Católica e os demais cultos, reafirmava a separação entre igrejas e Estado, a igualdade das confissões e a liberdade de culto (artigos 45.º e 46.º). Será a revisão constitucional de 1951 que virá constitucionalizar e reforçar o regime de privilégio da Igreja Católica, o qual resultava já da Concordata entre o Estado Português e a Santa Sé, de 1940. O artigo 45.º foi reformulado, passando a religião católica a ser qualificada como a “*religião da*

¹³ O n.º 10 do artigo 3.º estabelecia a neutralidade do ensino público em matéria religiosa e o n.º 4 mantinha a proibição da Companhia de Jesus e das ordens monásticas.

¹⁴ O preceito continuava: “... não podendo ninguém por causa delas ser perseguido, privado de um direito ou isento de qualquer obrigação ou dever cívico. Ninguém será obrigado a responder acerca da religião que professa, a não ser em inquérito estatístico ordenado por lei”. Correspondia, no essencial, aos n.ºs 6 e 7 do artigo 3.º da Constituição de 1911.

Nação Portuguesa”, ainda que mantendo-se o regime de separação entre Igreja e Estado. A revisão constitucional de 1971 atenuou a posição privilegiada da religião católica, referida agora como religião *tradicional* da Nação Portuguesa. A Lei da Liberdade Religiosa (Lei n.º 5/71, de 5 de Novembro) procurou assegurar alguma liberdade e alguns meios de acção às confissões religiosas não católicas, mas a proposta de lei, primeiro, a lei, depois, encontraram enormes resistências¹⁵.

6. A fórmula que virá a surgir na Constituição portuguesa de 1911 – liberdade de consciência e de crença – aparecera, embora na ordem inversa (*Glaubens – und Gewissensfreiheit*), na efémera *Paulskirchen-Verfassung* de 1849 (§ 144) e fora retomada na Constituição de Weimar (artigo 135).

A expressão *liberdade de consciência* acabou por entrar em força no léxico jurídico dos direitos fundamentais a partir dos meados do séc. XX, por via de instrumentos internacionais. A fórmula que aparece na Declaração Universal dos Direitos do Homem é “*liberdade de pensamento, de consciência e de religião*” (artigo 18.º). Daquela Declaração passa para a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (artigo 9.º) e para o Pacto das Nações Unidas sobre os Direitos Civis e Políticos (artigo 18.º). Na Convenção Americana dos Direitos Humanos a maneira de dizer é “*liberdade de consciência e religião*” (artigo 12.º). A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos refere “*liberdade de consciência e de profissão e livre prática religiosa*” (artigo 8.º).

A Lei Fundamental de Bonn veio, na linha da Constituição de Weimar, mas também, embora porventura sem o saber, na da Constituição portuguesa de 1911, afirmar, no n.º 1 do artigo 4.º, a *inviolabilidade da liberdade de crença e consciência e das convicções religiosas e mundividenciais*¹⁶. O n.º 3 do artigo 4.º da *Grundgesetz*, por seu turno, prevê a objecção de consciência.

¹⁵ O parecer da Câmara Corporativa, relatado pelo Prof. Antunes Varela, é elucidativo. Está publicado, juntamente com comentário à lei, em ANTUNES VARELA, *Lei da Liberdade Religiosa e Lei de Imprensa*, Co. Ed., Coimbra, 1972. A lei da liberdade religiosa foi iniciativa pessoal do Prof. Marcello Caetano que, sendo católico, não era, de todo em todo, “clerical”.

¹⁶ “*Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich*”.

7. Inspirando-se no n.º 4 do artigo 3.º da Constituição de 1911 e no artigo 4.º da Lei Fundamental de Bonn e, porventura, ainda no artigo 18.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Constituição Portuguesa formulou o que ficou a ser o artigo 41.º da Constituição, objecto de alguns retoques na versão de 1982¹⁷.

Na base de um notabilíssimo primeiro anteprojecto preparado por uma comissão presidida pelo Conselheiro José de Sousa Brito e que a este, no essencial, se deve, tornado público em 1997 e reformulado em 1998¹⁸, veio a ser publicada uma nova Lei da Liberdade Religiosa (Lei n.º 16/2001, de 22 de Junho)¹⁹.

8. Na versão originária da Constituição, a objecção de consciência era exclusivamente referida ao serviço militar (artigo 41.º, n.º 5). A revisão de 1982 modificou o preceito, que aliás transitou para n.º 6, passando a dizer que “*é garantido o direito à objecção de consciência, nos termos da lei*”. Os aspectos específicos de objecção de consciência ao serviço militar passaram a constar apenas do artigo 276.º, onde se mantêm. O âmbito do direito à objecção de consciência foi, assim, alargado, mas a maneira de dizer do artigo 41.º, n.º 6, é ambígua. Tratando-se de direito fundamental, o preceito constitucional é directamente aplicável (artigo 18.º, n.º 1). GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA têm sustentado que o direito à objecção de consciência pode ser um direito *procedimentalmente condicionado*, a requerer fixação legal de procedimento para o seu exercício, embora considerem agora que não tenha necessariamente de o

¹⁷ Estes traduziram-se principalmente no aditamento do n.º 3, sobre reserva de intimidade, e numa reformulação do preceito sobre a objecção de consciência.

¹⁸ O anteprojecto foi referência de debate crítico. Vejam-se, p. ex., da perspectiva da Igreja Católica, Prof. ANTÓNIO LEITE, “Parecer acerca do Anteprojecto da Lei da Liberdade Religiosa”, *Liberdade Religiosa, Realidades e Perspectivas*, Actas das V Jornadas de Direito Canónico, 23-25 de Abril 1991, UCP, Lisboa, 1998; PAULO ADRAGÃO, “Liberdade Religiosa: o Anteprojecto de Proposta de Lei de 1998”, *RFDUL*, vol. XXXIX-2 (1998), pp. 693 ss.; e, com outra visão e abertura, JORGE MIRANDA, “A liberdade religiosa em Portugal e o anteprojecto de 1997”, *Direito e Justiça*, XII-2 (1998), pp. 3 ss., agora também em *Escritos vários sobre Direitos Fundamentais*, Principia, Estoril, 2006, pp. 395 ss.; da perspectiva de outras confissões, JOSÉ DIAS BRAVO, “Projecto de Lei da Liberdade Religiosa: Contradição na Dimensão”, *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Co. Ed., Coimbra, 2001, pp. 165 ss..

¹⁹ Completada pelo Decreto-Lei n.º 308/2003, de 10 de Dezembro. Seguiu-se a revisão da Concordata entre a República Portuguesa e a Santa Sé, assinada em 18 de Maio de 2004, com troca de ratificações em 18 de Dezembro de 2004.

ser²⁰. A remissão para a lei teria, antes de mais, o alcance de permitir a esta que estabeleça restrições no direito de objecção de consciência (artigo 18.º, n.º 2). Significará depois o reconhecimento de que o direito de objecção de consciência implica uma ponderação de bens, legitimando-se o legislador para, no âmbito dos parâmetros constitucionais, a efectuar.

No que toca ao serviço militar, a objecção de consciência foi, pela primeira vez, regulada, sem “simpatia”, pela Lei n.º 6/85, de 4 de Maio, alterada pela Lei n.º 101/88. O reconhecimento do estatuto de objector era judicial e os tribunais só muito dificilmente o atribuíram²¹. A Lei n.º 7/92, de 12 de Maio, alterada pela Lei n.º 138/99, de 28 de Agosto, introduziu um regime, menos fechado, de declaração administrativa do estatuto do objector de consciência ao serviço militar, através de uma Comissão Nacional de Objecção de Consciência, por acto sujeito a recurso contencioso. O termo da obrigatoriedade do serviço militar em tempo de paz (Lei n.º 174/99, de 21 de Setembro) reduziu fortemente a importância prática da objecção de consciência ao serviço militar.

A lei reconhece ainda a objecção de consciência de médicos e demais pessoal da saúde à prática de actos de interrupção voluntária da gravidez (Lei n.º 6/84, de 11 de Maio, artigo 4.º e, agora, Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, artigo 6.º) e quanto a inseminação artificial e esterilização voluntária (Lei n.º 3/84, de 24 de Março, artigo 11.º).

Outros domínios onde a questão da objecção de consciência se suscita é a prestação de trabalho, em particular a prestação de trabalho técnico²² ou em certos dias²³.

Situação muito particular, que mereceria estudo separado, é a da objecção de consciência dos agentes do Ministério Público. Estes podem,

²⁰ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição Anotada* cit., 4ª ed., p. 616. Antes, *Constituição Anotada*, 3ª ed., Co. Ed., Coimbra, 1993, p. 246.

²¹ EDUARDO MAIA E COSTA, “Objecção de consciência: da exigência da lei à resistência dos tribunais”, *Revista do Ministério Público*, ano 12 (1991), n.º 45, pp. 161 ss..

²² Em especial, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contrato de Trabalho e Objecção de Consciência”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, Co. Ed., Coimbra, II, 2003, pp. 673 ss..

²³ O tema da objecção de consciência percorre ainda códigos deontológicos profissionais, como o dos médicos e dos enfermeiros. Sobre a extensão dos problemas suscitados pela objecção de consciência, *vide* JOSÉ DE SOUSA BRITO e J. A. TELES PEREIRA, “Nouveaux droits et relations Eglises-Etat au Portugal”, in “*Nouvelles Libertés*” et relations Eglises-Etat en Europe, Consortium européen pour l’étude des relations Eglises-Etat, Actas do Colóquio de Tilburg, 17-18 de Novembro de 1995, Giuffrè, Milão, 1998, pp. 341 ss..

segundo a lei, recusar o cumprimento de directrizes, ordens e instruções com fundamento em “grave violação da sua consciência jurídica” (Estatuto do Ministério Público, aprovado pela Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro, artigo 79.º, n.º 2)²⁴.

9. A liberdade de consciência, enquanto constitucionalmente reconhecida e na medida em que o é, apresenta-se como liberdade *secundum legem*, mais precisamente liberdade *secundum constitutionem*²⁵.

A palavra liberdade tem, na linguagem jurídica, várias acepções. De momento interessa uma. Nela, liberdade equivale a *dupla permissão*: é permitido A e não-A²⁶. A liberdade de consciência cabe no conceito. O titular pode ter estas ou aquelas convicções, ou não ter nenhuma, agir deste ou daquele modo.

A liberdade de consciência é, no nosso direito, uma liberdade protegida²⁷, tanto perante o Estado (proibição de perseguição ou de privação de direitos), como perante terceiros (proibição de coacção)²⁸.

10. Enquanto, todavia, se manifesta através da objecção de consciência, a liberdade de consciência é, nalguma medida, pelo menos tam-

²⁴ Deixam-se de fora, no presente estudo, os aspectos criminais ligados à liberdade de consciência, que tantos problemas têm suscitado na Alemanha e que tão bem estudados foram entre nós por AUGUSTO SILVA DIAS, *A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*, Almedina, Coimbra, 1986. Assinale-se que, no plano da lei ordinária e de harmonia com o n.º 2 do artigo 6.º da Lei da Liberdade Religiosa, “a liberdade de consciência, de religião e de culto não autoriza a prática de crimes”.

²⁵ De harmonia com o artigo 6.º, n.º 3, da Lei da Liberdade Religiosa, “os limites do direito à objecção de consciência demarcam para o objecto o comportamento permitido”.

²⁶ MIGUEL GALVÃO TELES, “Direitos Absolutos e Relativos”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim da Silva Cunha*, ed. Fac. Dir. Univ. Lisboa, Co. Ed., Coimbra, 2005, pp. 667-668.

²⁷ Sobre a noção de liberdade protegida, *vide*, em particular, ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., Suhrkamp, Frankf. a/M., 1994, pp. 203 ss..

²⁸ BÖCKENFÖRDE sustentou, perante o artigo 4.º da *Grundgesetz*, que o bem jurídico protegido pela liberdade de consciência não era a liberdade de agir segundo a consciência moral, mas a inviolabilidade da consciência (“Das Grundrecht der Gewissensfreiheit”, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Frankf. a/M., 1991, pp. 237-239). A palavra inviolabilidade é também usada pelo artigo 41.º da Constituição Portuguesa. Mas refere-se à liberdade. E não se vê como é que se pode salvaguardar a inviolabilidade mesmo só da consciência sem respeito de um mínimo de liberdade de agir segundo ela. Talvez se possa dizer que tudo é coberto pela *integridade* da consciência individual, que seria o bem jurídico protegido, mas abrangendo alguma liberdade de agir segundo a consciência.

bém liberdade *contra legem*. Claro que, se a objecção for acolhida, é a própria lei que afasta a aplicação de outra norma. Mas esse afastamento resulta da *oposição* de consciência à obrigação decorrente da lei. Conforme, em formulação impecável, diz a Lei da Liberdade Religiosa, “a liberdade de consciência compreende o direito de objectar ao cumprimento de leis que contrariem os ditames impreteríveis da própria consciência...” (artigo 12.º, n.º 1). O que está em causa é a oposição entre a lei e a consciência individual. A modalidade jurídica por via da qual a objecção de consciência opera é a *imunidade*, no sentido de HOHFELD, relativamente à imposição normativa²⁹, dependente ou não de procedimento e de prévio acto jurisdicional ou administrativo e acompanhada ou não de dever subrogado. De qualquer modo, trata-se sempre de imunidade com fundamento em oposição de consciência à obrigação³⁰.

11. A liberdade de consciência é, na origem, radicalmente individual³¹.

Em magnífico estudo, JOSÉ LAMEGO analisa o “paradoxo da consciência”. A liberdade de consciência reclama respeito. Mas comportar-se cada um segundo os ditames da sua consciência conduz à anarquia³².

LUHMAN sublinha que a liberdade de consciência é incompatível com um reconhecimento de Direito Natural: “se existe direito suprapositivo, nunca se compreenderia porque é que a consciência teria a liberdade de o pensar diferentemente”³³. Porventura mais rigorosamente, a admitir-se a liberdade de consciência, ela corresponde ao único direito natural pensável. A alternativa reside em considerar que não há liberdade *moral* de consciência e que a chamada liberdade de consciência se traduz na mera

²⁹ *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 1919, Yale Univ. Press, reimp., Yale, 1964, pp. 35 ss..

³⁰ Em meu juízo, a objecção procedente de consciência exclui a obrigação e não, conforme parece sustentar JORGE BACELAR DE GOUVEIA (“Objecção de Consciência (Direito Fundamental à)”, *DJAP*, vol. VI, 1994, p. 170), apenas a sanção. Assim, por exemplo, a Lei n.º 7/92, sobre objecção de consciência ao serviço militar, fala de *isenção* deste (artigo 1.º, n.º 2). Veja-se, ainda, o artigo 6.º, n.º 3, da Lei da Liberdade Religiosa, que se refere a “comportamento permitido” ao objector.

³¹ E.-W. BÖCKENFÖRDE, est. cit., pp. 215 ss..

³² “*Sociedade Aberta*” e *Liberdade de Consciência – O Direito Fundamental da Liberdade de Consciência*, ed. AAFDL, Lisboa, 1985, pp. 31 ss..

³³ “La libertà di coscienza e la coscienza”, *La Differenziazione del Diritto*, trad. ital., Il Mulino, Bolonha, 1990, p. 268.

ausência de coacção em “matérias de consciência”³⁴. Mas isso representa a negação da própria liberdade de consciência. O ponto crítico está em que, como o sublinha o paradoxo, a liberdade de consciência tende a dissolver a própria autoridade do direito positivo.

12. Quando alguém objecta, em consciência, às obrigações legais e não age em conformidade com elas, não se encontra em causa o mero uso do livre-arbítrio e a simples violação de normas. Encontra-se em jogo, sim, a afirmação de uma normatividade alternativa e contraposta, em princípio de natureza moral. Resta saber em que acepção ou acepções se pode falar aqui de liberdade.

Um primeiro sentido revela-se na ideia de *autonomia ética*. Quem objecta às obrigações legais exerce essa autonomia. Contudo, em princípio pelo menos, a normatividade contraposta à normatividade legal aparece aí como impositiva de deveres. A situação de objecção de consciência é tipicamente uma situação de *conflito de deveres*: o dever legal e o dever de consciência. Assim sendo, de liberdade em sentido que se costuma dizer negativo não se poderá falar perante o quadro ético alternativo, mas somente perante o próprio sistema jurídico ou por referência a ele.

Se a objecção de consciência for reconhecida, há dupla permissão, a de agir de acordo com a lei geral ou com a objecção³⁵. Mas se a objecção de consciência não for reconhecida, em geral ou nas circunstâncias do caso?

Suponha-se, por exemplo, uma testemunha de Jeová, que objecte (e as testemunhas de Jeová objectam) à própria prestação de serviço cívico, para além do serviço armado. Ou não teria obtido a imunidade da prestação do serviço armado e haveria incumprido o dever legal de o prestar ou teria faltado, pelo menos, ao cumprimento do dever de prestar serviço cívico de substituição³⁶. Ou suponha-se que, pura e simplesmente, o

³⁴ Prof. ANTÓNIO LEITE, “Parecer ...” cit., p. 242.

³⁵ Prescinde-se aqui das complicações que podem resultar de saber se, quando há atribuição de estatuto de objector por acto administrativo ou jurisdicional, pode ou não o interessado “renunciar” a esse estatuto. Qualquer que seja a solução, houve pelo menos um momento de exercício de liberdade, ainda que porventura associado a um direito potestativo: aquele em que se requereu, ou não, o estatuto.

³⁶ A alternativa deixada no texto tem na sua base dois entendimentos possíveis quanto à questão da constitucionalidade da disposição da Lei n.º 7/92 que exigia que o objector declarasse a sua disponibilidade para prestar serviço cívico, como pressuposto da atribuição do estatuto. O tema dividiu o Tribunal Constitucional que, em plenário, se

sistema jurídico que se encontra em causa não acolhe a objecção de consciência. Haverá algum sentido, para além do de livre-arbítrio e de autonomia ética, no qual se possa dizer que o objector que recusa a obrigação decorrente da lei e o seu cumprimento está a exercer liberdade?

O Direito pretende vinculatividade – vinculatividade numa amplíssima acepção ética, de convocação do livre-arbítrio, e não apenas moral. Aquele que, *em consciência*, recusa a vinculatividade de uma norma está a afirmar a sua imunidade perante ela. Ora, um dos sentidos da liberdade é, em alternativa à dupla permissão, que pressupõe uma atitude normativa positiva, a simples *ausência de dever*, que se basta com uma atitude normativa negativa.

O objector não reconhecido pelo sistema jurídico afirma perante este a sua liberdade de agir em consciência, diferenciada da imposição resultante do quadro normativo alternativo a que se submete. A liberdade que invoca exprime a recusa da vinculatividade ética da lei e, por conseguinte, a ausência de obrigação, em sentido próprio, que esta pretendia que de si decorresse.

Trata-se, pura e simplesmente, de liberdade *contra legem*. O que, da perspectiva da lei, é dever converte-se, da perspectiva do objector, em mero ónus. Comportar-se de um modo ou de outro dependerá de aceitar ou não arrostar com as consequências de agir em consciência.

13. A liberdade de consciência tem por base a autonomia ética – tomando, repete-se, o qualificativo ético em sentido latíssimo, que abrange moral e direito. Mas trata-se da autonomia ética *do sujeito empírico* – não do eu puro. São as consciências dos sujeitos empíricos que constituem as destinatárias de qualquer normatividade. É manifesto que a plena autonomia dos sujeitos empíricos se mostra anarquizante. A interacção social e razões prudenciais limitam a propensão naquele sentido. Mas cada um com a sua consciência constitui a instância e o reduto últimos da normatividade.

O estatuto convocado pela afirmação da liberdade de consciência *contra legem* (do mesmo modo que pelo direito de resistência *contra legem*) é do *estado de natureza* – não já o estado de natureza entre pessoas,

pronunciou, por sete votos contra seis, no sentido da constitucionalidade (Ac. 681/95). A orientação foi mantida por uma sucessão de arestos de 1996. Mas a disposição em causa, da Lei n.º 7/92, veio a ser revogada pelo n.º 3 do artigo 12.º da Lei de Liberdade Religiosa.

mas o estado de natureza entre os destinatários de um sistema jurídico e ele próprio, a que chamei *estado de natureza de segundo grau*³⁷.

O objector contesta a vinculatividade da lei e invoca imunidade, como pressuposto da afirmação da sua liberdade *contra legem*. O sistema jurídico, por sua vez, não pode opor-lhe essa vinculatividade sem, em círculo vicioso, se fundar nela mesma para a justificar. Fica pretensão contra pretensão. Nem por isso o objector deixará, o mais das vezes, de sofrer as consequências. Mas o sistema jurídico tornou-se *parte* e a justificação racional última da sua auto-imposição situa-se agora, não na simples invocação da sua autoridade, mas nas razões argúveis para a sua legitimação, em padrões prudenciais e na *auto-defesa*.

Não tenho hesitação em reclamar a imposição das normas de um Estado de direito democrático. Mas, sem prejuízo dessa imposição, não se pode ignorar o plano em que, perante um objector, as coisas passam a situar-se.

³⁷ MIGUEL GALVÃO TELES, “State of Nature, Pure Republic and Legal Duty of Obedience (Some reflections regarding Kant’s legal and political philosophy)”, in JOÃO LOPES ALVES (ed.), *Ética e o Futuro da Democracia*, Ed. Colibri/SPF, Lisboa, 1998, pp. 161 ss..