



Universidade do Minho
Escola de Direito

Maria Helena Petrucci de Godoy Urbach

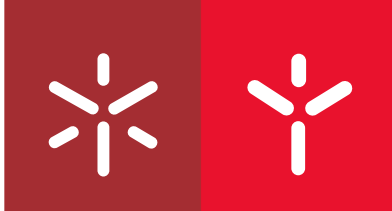
**O véu da Igualdade: liberdade de religião,
trabalho e discriminação, na jurisprudência
recente do TJUE**

**O véu da Igualdade: liberdade de religião, trabalho
e discriminação, na jurisprudência recente do TJUE**

Maria Helena Petrucci de Godoy Urbach

UWinho | 2019

janeiro de 2019



Universidade do Minho
Escola de Direito

Maria Helena Petrucci de Godoy Urbach

**O véu da Igualdade: liberdade de religião,
trabalho e discriminação, na jurisprudência
recente do TJUE**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito da União Europeia

Trabalho efetuado sob a orientação da
Prof.^a Doutora Mariana Rodrigues Canotilho

DECLARAÇÃO

Nome: Maria Helena Petrucci de Godoy Urbach

Endereço eletrónico: mariahelenapg@yahoo.com.br

Título da dissertação:

O véu da Igualdade: liberdade de religião, trabalho e discriminação, na jurisprudência recente do TJUE

Orientadora: Prof.^a Doutora Mariana Rodrigues Canotilho

Ano de conclusão: 2019

Designação do Mestrado:

Mestrado em Direito da União Europeia

1. É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO INTEGRAL DESTA DISSERTAÇÃO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE;

Universidade do Minho, ___/___/_____

Assinatura: _____

“Bem sabemos que o espaço do privado é, ainda, o regaço dos nossos amores e desamores, a vinha das nossas iras, o refúgio das nossas emoções, o espaço da nossa autonomia. Seria mau que ele se transformasse em arena de *política absoluta* com os direitos-mitos e o mito-direitos. No entanto, a «cegueira cega», e estaríamos verdadeiramente cegos se não víssemos que o novo *estilo civil* pode ocultar nos interstícios do privado alguns gestos cruéis e arbitrariamente desumanos”.¹

¹ Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Estudos sobre Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, 2.ª edição, p. 95, 2008.

AGRADECIMENTOS

Ao meu marido Sydney, meu amado companheiro, por fazer com que eu acreditasse em mim, pela força e incentivo que me dedicou nesse período, e acima de tudo, pelo brilho no olhar cada vez que me via centrada a ler e escrever;

À minha amada filha Beatriz, pela compreensão das horas diárias dedicadas ao estudo e pelo seu constante sorriso;

À minha mãe Maria Helena, que mesmo longe, me ajudou com suas orações e repetia em cada telefonema que eu alcançaria esse sonho;

Ao meu irmão Giba, por ser o meu melhor amigo sempre;

À minha nobre orientadora, Professora Doutora Mariana Canotilho, pela disponibilidade, pelos grandes ensinamentos, pela zelosa atenção e por ter me dado a oportunidade de ser sua pupila.

RESUMO

O presente trabalho faz uma análise do uso de símbolos religiosos no período laboral, especialmente em relação ao uso do *hijab* pelas mulheres muçulmanas, através dos Acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia nos casos de Samira Achbita e Asma Bougnaoui, salientando o direito à liberdade religiosa.

Considerando a complexidade do tema, fazemos um estudo da legislação da CDFUE e da CEDH em conjunto com as jurisprudências do TJUE e do TEDH, com o objetivo de analisar o nível de proteção em matérias sensíveis, e os níveis de igualdade e de liberdade religiosa reconhecidos aos cidadãos pelos Tribunais.

Palavras-chave: liberdade religiosa, igualdade, não-discriminação, véu islâmico.

ABSTRACT

This work analyzes the use of religious symbols during the working period, especially in relation to the use of *hijab* by muslim women, through the European Court of Justice rulings in the cases of Samira Achbita and Asma Bougnaoui, stressing the right to religious freedom.

Considering the complexity of the topic, we will study the legislation of the CDFUE and the CEDH in conjunction with the jurisprudence of the TJUE and the TEDH, with a view to examining the level of protection on sensitive matters and the levels of equality and religious freedom recognized by the Courts.

Keywords: religious freedom, equality, non-discrimination, islamic veil.

ABREVIATURAS

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CDH – Comissão Europeia dos Direitos do Homem

CE – Comunidade Europeia

CEDH – Carta Europeia dos Direitos do Homem

CoE – Conselho da Europa

CRP – Constituição da República Portuguesa

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

TCE – Tratado da Comunidade Europeia

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE/TJ – Tribunal de Justiça da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

ÍNDICE

| | |
|--|------------|
| Agradecimentos | iv |
| Resumo | v |
| Abstract | vi |
| Abreviaturas | vii |
| Introdução | 10 |
| I – Igualdade e liberdade de religião no direito constitucional europeu | 12 |
| 1. Os princípios da igualdade e da não-discriminação no direito constitucional europeu (<i>lato sensu</i>) | 12 |
| A igualdade e não discriminação no plano constitucional da União Europeia ... | 15 |
| -A igualdade e não discriminação no plano constitucional interno português | 16 |
| -A igualdade e não discriminação no plano do direito internacional | 17 |
| -Igualdade, não discriminação e liberdade de religião na União Europeia..... | 19 |
| . Igualdade. Um direito de todos. Artigo 20.º da CDFUE | 21 |
| Não-discriminação. Artigo 21.º da CDFUE | 23 |
| Apenas princípios ou verdadeiras garantias? | 28 |
| 2. A liberdade de manifestação de símbolos religiosos nos ordenamentos constitucionais internos e no ordenamento europeu | 33 |
| . Uma análise da influência do artigo 9.º, n.º 1 e 2 da CEDH..... | 33 |
| . O direito à liberdade de manifestar sua religião e o Artigo 10.º da CDFUE | 38 |
| . Liberdade religiosa - mais que um princípio, um direito fundamental garantido | 40 |
| II – OS casoS Asma Bougnaoui E SAMIRA ACHBITA | 45 |
| 1. Enquadramento: O uso do véu islâmico | 45 |
| 1.1. Religião e Cultura em sociedades plurais. Diversidade cultural e tolerância em relação às minorias religiosas em contexto laboral. | 49 |
| 1.2. A jurisprudência do TJUE e do TEDH sobre liberdade de religião | 58 |
| 1.3. O direito derivado da UE | 65 |
| 2. Questões dogmáticas relevantes | 68 |
| 2.1. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais. | 68 |
| 2.2. A garantia dos direitos e liberdades individuais no quadro de relações jurídicas privadas | 76 |

| | |
|--|------------|
| 3. Os casos Samira Achbita e Asma Bougnaoui - análise crítica..... | 80 |
| 3.1. Síntese dos casos | 80 |
| 3.2. Análise crítica | 82 |
| . Discriminação direta e indireta e possibilidade de justificação..... | 83 |
| . A questão da neutralidade da empresa e o conflito de direitos fundamentais . | 92 |
| . O papel dos poderes jurisdicional e legislativo na integração de lacunas respeitantes ao direito à liberdade religiosa..... | 98 |
| Conclusões | 107 |
| Bibliografia..... | 114 |
| Legislação | 127 |
| Jurisprudência..... | 129 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto o estudo da utilização e interpretação dos princípios da igualdade e da liberdade de religião na jurisprudência recente do TJUE, em particular nos Acórdãos *Achbita* e *Bougnaoui*, de 14 de março de 2017.

A nossa intenção foi demonstrar que certas concretizações destes princípios e direitos fundamentais, como a liberdade de manifestação religiosa através do uso de símbolos, ainda carecem de reconhecimento. Em especial, assinala-se a atenção ao direito do uso do véu pelas mulheres muçulmanas.

Devido à complexidade do tema, que exige uma apreciação da diversidade cultural no contexto europeu como elemento de interpretação das normas jurídicas, dividimos o trabalho em duas partes: a primeira trata da igualdade e da liberdade de religião no direito constitucional europeu; a segunda analisa especificamente os casos de Samira Achbita e Asma Bougnaoui, discutindo o mérito e fazendo uma análise das decisões proferidas pelo TJUE. Em síntese, cruzamos a realidade social e política com os ordenamentos interno e externo, com o objetivo de mostrar a existência de uma lacuna normativa que permite que as decisões do TJUE não protejam adequadamente certas formas de exercício de direitos fundamentais. Como pode o nobre julgador partilhar de uma decisão que proíbe o uso do símbolo religioso, sem ao menos escrutinar o sentido da religião, na sua fundamentação? Como pode um direito previsto em todos os ordenamentos mobilizáveis ser violado, com fundamento na alegação da suposta neutralidade de uma empresa? Em suma, a nossa indagação debruçar-se-á sobre a ineficácia de um direito fundamental nas mãos do julgador. Acreditamos, também, que a proteção do uso de símbolos religiosos no período laboral depende da introdução de um complemento no artigo 10.º, n.º1, da CDFUE.

A aceitação do “diferente” é essencial num mundo multicultural como o nosso, onde há grupos majoritários e grupos minoritários, sendo esses últimos mantidos em situação de desigualdade. E, nesse caso, entramos na questão da discriminação, uma vertente da igualdade.

Ver os próprios direitos fundamentais reconhecidos é indispensável para uma vida digna. E, no caso citado, Samira Achbita e Asma Bougnaoui viram o seu direito violado, primeiramente pelo empregador e, posteriormente, pela decisão do TJUE, na qual a alegação de neutralidade da empresa bastou, no entendimento do

juiz, para justificar um ato discriminatório (como a demissão em face da ostentação de um símbolo religioso) e para que fossem ignoradas as suas razões religiosas e a sua liberdade de manifestar uma religião.

A análise dos casos de Samira Achbita e Asma Bougnaoui foi um meio de mostrarmos que princípios e direitos como a igualdade e não discriminação, na prática, não se concretizam, porque os próprios juizes não se sentem seguros para aplicá-los. Outro dos problemas é a falta de especificação nas normas, pois, como temos visto nas últimas décadas através da análise de diferentes jurisprudências, o sentido geral das normas nem sempre é o adequado para solucionar conflitos jurídicos num quadro muito específico.

Enfim, o princípio da não discriminação, como reflexo da igualdade, revela-nos a existência de grupos minoritários discriminados pela sociedade e vulneráveis à própria lei.

I – IGUALDADE E LIBERDADE DE RELIGIÃO NO DIREITO CONSTITUCIONAL EUROPEU

1. Os princípios da igualdade e da não-discriminação no direito constitucional europeu (*lato sensu*).

Os princípios da igualdade e da não discriminação estão consagrados em diversas normas constitucionais, nem sempre fáceis de interpretar.

Para entendermos o que é a não discriminação, primeiro temos o que saber o que é igualdade, uma vez que só haverá discriminação onde houver desigualdade. Trata-se de um conceito que ainda requer muitas mudanças na tradicional visão jurídica; é preciso ver além da ideia que liga a igualdade a um igual tratamento. Sendo a não discriminação uma consequência, por assim dizer, da igualdade, tem de se antever o reconhecimento de tratamentos diferenciados e considerar a existência de grupos e indivíduos em situações desiguais.

Quando lidamos com leis aparentemente neutras, pressupomos uma sociedade composta por indivíduos iguais, os quais receberão tratamentos idênticos. Mas a realidade não é essa; vivemos numa sociedade multicultural composta por grupos minoritários que recebem tratamento igual ao de quem lhes é desigual, e assim, permanecem em situação de desigualdade. E, noutras situações, nas quais lhes caberia exercer os mesmos direitos, são disso impedidos por serem tratados como desiguais. Esta compreensão necessita de uma análise não só do princípio da igualdade, mas também da própria noção histórica do conceito de *igualdade*, pois nota-se um certo grau de dificuldade em aceitar o diferente, o que é minoria. Fica claro que a igualdade não pode mais ser vista apenas como um princípio formal, uma vez que se constata que essa estagnada interpretação jurídica tem reforçado as práticas discriminatórias.

Para melhor entendermos a existência e proteção dos princípios da igualdade e não discriminação, cabe aqui, em linhas gerais, o entendimento de Mariana Canotilho, que descreve o quadro jurídico em que a questão deve ser compreendida: “(...) *Num território de intrincado pluralismo, linguístico, político, social, económico e jurídico, a interligação de sistemas, de que são exemplo os*

fenómenos de interconstitucionalidade e internormatividade, complexifica os problemas e as respetivas soluções, já que se afigura difícil negociar e aprovar políticas públicas plenamente eficazes, quer no plano europeu quer no plano nacional".²

Parafraseando Michel Miné, *“uma discriminação é uma ruptura da igualdade por motivo proibido. O conceito de discriminação depende, portanto, do de igualdade”*³.

Como veremos ao longo deste trabalho, a eficácia do princípio da igualdade é exercida tanto no ambiente público como no privado; portanto, serão indispensáveis o seu reconhecimento e a garantia da sua aplicação em ambos os planos. Isso depende do grau de evolução do direito, de acordo com o momento vivido pela sociedade.

Lamentavelmente, os grupos minoritários (como os de diferentes religiões, por exemplo) ainda sofrem o preconceito de uma sociedade discriminatória. As leis são genéricas, o que faz com que tenhamos diversos tipos de interpretação sobre o mesmo tema, conduzindo a resultados diferentes dos que obteríamos se houvesse especificações na própria norma legal. É notória a falta de estrutura e densidade jurídicas no tocante à igualdade, talvez até a falta de interesse político em conceder direitos iguais a todos os tipos de indivíduos. Embora haja toda uma discussão doutrinária e jurisprudencial a esse respeito, ainda não se conseguiu legitimar os tratamentos devidos aos indivíduos ou grupos minoritários de diferentes culturas, também eles imbuídos de dignidade e do direito de escolher o que melhor se adequar ao seu projeto de vida.

Como afirma Boaventura de Sousa Santos, *“temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”*⁴.

² Cfr. CANOTILHO, Mariana - *Igualdade de Oportunidades e Não Discriminação, Capítulo XV, in: SILVEIRA, Alessandra; Canotilho, Mariana e Froufe, Pedro Madeira, Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União*, Almedina, p.884, 2016.

³ Cfr. MINÉ, Michel - *Les Concepts de Discrimination Directe et Indirecte*, Era – Forum, p.32, 2003, in: GUERRA, Ana Maria, *A Igualdade e a Não Discriminação Dos Nacionais de Estados Terceiros Legalmente Residentes na União Europeia: da Origem na Integração Económica ao Fundamento na Dignidade do Ser Humano*, Coimbra: Almedina, p.51/52, 2010.

⁴ Cfr. SANTOS, Boaventura de Sousa - *Uma concepção multicultural de direitos humanos in: Lua Nova: revista de cultura e política*, v. 39, São Paulo, 1997.

Ora, o facto de a lei deixar lacunas na interpretação faz com que os julgadores pratiquem, por vezes, discriminações que se adicionam ao próprio caso de discriminação que têm de decidir, por falta de uma norma orientadora mais específica. Por isso, entendemos que cabe ao legislador suprir essas lacunas; caso contrário, permaneceremos diante dessa incógnita de saber o que é igual e o que é desigual. E, como se não bastasse, temos ainda que lidar com o baixo grau de proteção advindo dos tribunais, que têm aceite um alargado leque de justificações como legítima exceção à aplicação do princípio da igualdade e da não discriminação, como veremos detalhadamente no tópico sobre os tipos de discriminação. Há que ter presente que, como afirma Mariana Canotilho, a propósito da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, *“la igualdad consagrada en la Carta es más amplia que la simple igualdad jurídica, impuesta al legislador y al aplicador de la ley. Es antes una igualdad de tipo sustancial que exige de los poderes públicos actuaciones concretas con el objetivo de compensar las desventajas que sufren ciertos grupos de personas en situaciones de mayor debilidad”*.⁵

Por fim, não se pode olvidar que a desigualdade e a discriminação atingem diretamente a dignidade e a personalidade da pessoa. São problemas que nascem no momento em que práticas e manifestações de diferentes mundividências e formas de estar passam a partilhar o mesmo espaço. Como ensina o Professor Canotilho, a *“dignidade da pessoa humana”* é *“princípio de defesa das condições mínimas de existência”* e de *“direito à obtenção de prestações públicas de condições de subsistência mínimas”*.⁶

Cabe, pois, aos poderes públicos corrigir as situações desiguais e assegurar que todo indivíduo seja tratado com o respeito inerente a uma sociedade democrática, quer impedindo, quer abstendo-se (através dos seus representantes) de praticar atos que violem os direitos fundamentais. Além disso, existe um dever estadual de aplicação das normas jurídicas de acordo com as evoluções e necessidades da sociedade.

⁵ Cfr. CANOTILHO, Mariana Rodrigues – *El Principio de Igualdad en el Derecho Constitucional Europeo*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2017.

⁶ Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Coimbra, p. 343, 2003.

A igualdade e não discriminação no plano constitucional da União Europeia

“A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, (...) incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias”, conforme expresso no artigo 2.º do Tratado da União Europeia (TUE).

Além do artigo acima citado, o TUE, no seu artigo 9.º, consagra o respeito da União pelo princípio da igualdade. Citamos também o artigo 10.º do TFUE, o qual consagra como um dos objetivos de a União combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia dedicou todo o Título III à Igualdade, tendo consagrado em seu artigo 20.º a igualdade, e a não discriminação no artigo 21.º, n.º 1: *“É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual”*. No artigo 22.º, temos o respeito da União pela diversidade cultural, religiosa e linguística e, no 23.º, a igualdade entre homens e mulheres. Também é importante citarmos aqui o artigo 6.º do TUE através do qual fica consagrado o reconhecimento da União pelos direitos, as liberdades e os princípios enunciados na CDFUE. No contexto da liberdade de pensamento, de consciência e de religião temos ainda o artigo 10.º, também da CDFUE.

A competência atribuída à União (Conselho e Parlamento Europeu) para atuar neste tipo de matérias, consagrada no artigo 19.º do TFUE (antigo artigo 13.º do TCE), representa um grande progresso na questão do combate à discriminação, em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual; a UE pode, assim, tomar as medidas necessárias para tal combate. O artigo 10.º TFUE consagra, como já se referiu, os objetivos da União, contando-se entre eles, como acima se citou, o combate à discriminação.

No plano do direito ordinário, como concretizações dos princípios constitucionais fundamentais da igualdade e não discriminação, cabe assinalar, entre outras, a Diretiva 2000/43/CE, de 29 de junho, que no seu artigo 1.º estabelece

um quadro jurídico de combate à discriminação, baseada em motivos de origem racial ou étnica; a Diretiva 2000/78/CE, que estabelece um quadro geral de luta contra a discriminação; e a Diretiva 2004/113/CE que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento.

Embora o princípio da igualdade tenha uma natureza genérica e o princípio da não discriminação não seja “absoluto”, podemos dizer que a jurisprudência do TJUE tem contribuído para a concreta aplicação dos mesmos, decidindo muitas vezes a favor dos direitos fundamentais. Contudo, na sua jurisprudência mais recente, a propósito da exibição de símbolos religiosos, entendemos que o Tribunal não considerou adequadamente o direito à liberdade religiosa, tendo inclusive, feito prevalecer sobre ele outros direitos, sem ao menos apresentar soluções que permitissem uma melhor concordância prática das posições jusfundamentais em jogo. Este é o problema que se analisará no decurso do presente trabalho.

-A igualdade e não discriminação no plano constitucional interno português

Na Constituição da República Portuguesa, o princípio da igualdade encontra-se consagrado no artigo 13.^{o7}; o artigo 18.^o, n.^o 1, consagra a vinculação de todos, entidades públicas e privadas, aos direitos fundamentais.

Ainda na CRP, e em matéria juslaboral, temos o artigo 59.^o, n.^o 1, o qual lista os direitos dos trabalhadores e proíbe qualquer discriminação, como por exemplo, com base em religião. O que, pressupomos, tem eficácia imediata nas relações particulares. E, mais especificamente, a liberdade de consciência e liberdade de religião encontram-se no artigo 41.^o da CRP. No plano do direito ordinário, recorde-se que o artigo 762.^o, n.^o 2, do Código Civil Português consagra o princípio geral da boa-fé, o qual é muito invocado nos conflitos entre particulares; porém, na maioria das vezes, não produz o resultado necessário para restringir o “poder” do empregador.

⁷ *Constituição da República Portuguesa*, Parte I - Direitos e deveres fundamentais, Título I - Princípios gerais, Artigo 13.^o - (Princípio da igualdade):

1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social.

Cabe citarmos aqui uma passagem de Jorge Miranda, ao recordar que a experiência histórica nos mostra: (...) *“que a conquista da igualdade se tem conseguido sobretudo através da eliminação ou da redução de sucessivas desigualdades ou da extensão de novos benefícios; e tem sido fruto quer da difusão das ideias quer das lutas pela igualdade travadas por aqueles que se encontravam em situações de marginalização, opressão e exploração”* (...)⁸.

-A igualdade e não discriminação no plano do direito internacional

Há outros dispositivos legais sobre discriminação que também marcaram a evolução do reconhecimento dos princípios da igualdade e da não discriminação. As normas antidiscriminação estão consagradas em toda legislação internacional; podemos citar o artigo 2.º da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, de 1948, como um parâmetro, seguido pelos artigos 2.º do PIDESC, 26.º do PIDCP e 1.º, n.º 1 da CADH.

Veja-se, a este propósito, a síntese de Jónatas Machado: *“Outros marcos legais de proteção do direito à igualdade e à não discriminação, além dos definidos anteriormente, podem ser encontrados em outros documentos legais do sistema global de proteção de direitos humanos da ONU e no do sistema interamericano de direitos humanos, embora neles não se encontre o conceito de discriminação. Como exemplos, citam-se o Artigo 2º da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, os artigos 2.º, 24.º e 26.º do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, o artigo 2.º (2) do Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, o artigo 2.º da Convenção sobre os Direitos das Crianças, o artigo 7.º da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias e o artigo 5.º da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. No sistema interamericano, constam no artigo 2.º da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 e nos artigos 1.º, 22.º (8) e 24.º da Convenção Americana de Direitos Humanos. Além disso, tratados sobre direitos humanos que permitem que os Estados suspendam direitos mediante sua derrogação em caso de emergência nacional incluem o requisito de não discriminação nas disposições pertinentes. É o caso, por exemplo, do artigo 4.º do*

⁸ Cfr. MIRANDA, Jorge - *Manual de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais*, TOMO IV, 6.ª edição, Coimbra Editora, p. 317, capítulo III, c), 2015.

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do artigo 27.º da Convenção Americana de Direitos Humanos. A União Europeia prevê a igualdade no Título III de sua Carta de Direitos Fundamentais, o artigo 22.º exalta a diversidade cultural, religiosa e linguística; o artigo 23.º prevê a igualdade de gênero; há também a proteção dos direitos das crianças, idosos e das pessoas com deficiência”⁹.

Assim, no quadro da ONU, lembre-se a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial¹⁰; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher¹¹; a Convenção da UNESCO referente às Discriminações no campo do ensino¹², o Comentário Geral n.º 18 do Comité de Direitos Humanos da ONU sobre a não discriminação¹³; o artigo 2.º da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU; artigo 2.º do PIDESC; artigo 26.º do PIDCP e artigo 1.º, n.º 1 da CADH.

A Convenção n.º 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1958, referente à discriminação em matéria de emprego e ocupação¹⁴, que prevê o seguinte: *1. Para fins da presente convenção, o termo “discriminação” compreende: a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão*¹⁵. Podemos citar também, a Convenção n.º 105, sobre a abolição do trabalho forçado, que se refere à sua utilização como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa¹⁶.

⁹ Cfr. MACHADO, Jónatas E. M. - *Direito da União Europeia*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 265, 2010.

¹⁰ “Nesta Convenção, a expressão ‘discriminação racial’ significará qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública”.

¹¹ “Para os fins da presente Convenção, a expressão ‘discriminação contra a mulher’ significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo”.

¹² “Para efeitos da presente Convenção, entende-se por discriminação toda a distinção, exclusão, limitação ou preferência que, com fundamento na raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou de nascimento, tenha a finalidade ou efeito de destruir ou alterar a igualdade de tratamento no domínio de educação”.

¹³ “Embora essas convenções lidem apenas com casos de discriminação por motivos específicos, o Comité considera que o termo ‘discriminação’ como usado no Pacto [Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos] deve ser entendido como implicando qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em qualquer motivo, designadamente, raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, e que tem por propósito ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício por todas as pessoas, em pé de igualdade, de todos os direitos e liberdades”.

¹⁴ “Para os fins da presente convenção o termo ‘discriminação’ compreende: a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”.

¹⁵ DECRETO N.º 62.150, de 19 de janeiro de 1968. Promulga a Convenção n.º 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão.

¹⁶ Decreto n.º 58.822, de 14 de julho de 1966, *promulga a Convenção n.º 105 concernente à abolição do Trabalho Forçado*. <http://www.trtsp.jus.br/geral/>

-Igualdade, não discriminação e liberdade de religião na União Europeia

O princípio da igualdade não exige que todos sejam tratados de forma igual, até porque nem todos os indivíduos são iguais. Cada pessoa apresenta, inelutavelmente, características únicas e intransmissíveis, passíveis de justificar tratamentos diferenciados, se para tal se buscar um arrimo. Seria, pois, manifestamente desadequado um tratamento igualitário por parte dos poderes públicos, nacionais e europeus, em todas as circunstâncias. Isto é tão mais verdade no campo da discriminação, uma vez que só existirá discriminação onde houver desigualdade: *“note-se que enquanto a igualdade é uma exigência fundamental caracterizada, em boa medida, pela indefinição, traçando um mero quadro de interpretação para o julgador, já a não discriminação exige um duplo controlo: (1) comparação das situações em questão e (2) análise das eventuais causas justificativas da diferença de tratamento. Como é visível, os dois conceitos não intervêm no mesmo plano; se toda a discriminação implica necessariamente uma ruptura da igualdade, o inverso não é verdadeiro”*¹⁷.

A violação da liberdade de manifestação religiosa e convicções é exatamente uma forma de discriminação, por não compreender que os indivíduos são todos iguais dentro das suas “diferenças”. E isso requer diferenciações entre grupos ou indivíduos, não se taxando como grupos “dominantes” ou “minoritários”, mas apenas como “grupos”. Não é porque a maioria opta por certa convicção que essa deve ser imposta a todos, e é diante desse tipo de situações que o Estado tem que agir para impedir que se perpetue a discriminação.

No campo do emprego, temos visto ocorrer com frequência este tipo de discriminação, talvez até mesmo por uma falha na interpretação e aplicação das exceções à discriminação por exigência profissional essencial e determinante, previstas na Diretiva 2000/78/CE.

Com o surgimento da Diretiva 2000/43/CE, no ano de 2000, a legislação anti-discriminação da União Europeia sofreu uma relevante alteração em matéria de discriminação étnica e racial, fugindo daquele domínio exclusivo relativo ao emprego e a segurança social, proibindo apenas a discriminação em razão do sexo. Seguiu-se com o surgimento da Diretiva 2000/78/CE, alargando os motivos de

¹⁷ Cfr. CANOTILHO, Mariana - *Brevíssimos apontamentos sobre a não discriminação no direito da União Europeia*, JULGAR - N.º 14, Coimbra Editora, p.105, 2011.

discriminação, inclusive proibindo a discriminação com base na religião ou nas convicções no emprego e na actividade profissional; e, posteriormente, a Diretiva 2004/113/CE que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento¹⁸.

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa em 2009, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2007) passou a ter força jurídica de forma vinculativa, mas não contendo também nenhum artigo de proteção específico em relação às minorias; apenas uma referência, de forma geral, em seus artigos 21.º (a não discriminação como um direito individual e subjetivo) e 22.º (que reconhece o respeito pela diversidade cultural, de forma genérica). Além do artigo 20.º, claro está, reconhecendo a igualdade como um princípio fundamental da União Europeia. Inclusive, pode-se dizer que o artigo 22.º da CDFUE foi inspirado no artigo 6.º do Tratado da União Europeia e no artigo 151.º n.º 1 e n.º 4, bem como, na Declaração n.º 11 da Acta Final do Tratado de Amesterdão, no que se refere ao estatuto das igrejas e das organizações não confessionais.

Também devemos citar o artigo 2.º do Tratado da União Europeia, segundo o qual se tem a igualdade como um dos valores fundamentais da União, e a sociedade caracterizada por elementos como a não discriminação e a tolerância, por exemplo. Cabe ainda mencionar o artigo 3.º, n.º 3, do TUE, que refere o combate à exclusão social e às discriminações. Os artigos 18.º e 19.º do TFUE atribuem, como já se mencionou, competências ao Parlamento e ao Conselho para proibir e combater a discriminação. E, ainda, os artigos 8.º e 10.º do mesmo Tratado, tendo como objetivo da União eliminar as desigualdades e promover a igualdade.

E, por fim, cabe assinalar o artigo 157.º do TFUE, sobre o direito de igualdade entre homens e mulheres. Uma das questões que nos tem chamado a atenção é a constatação de que, no caso do uso do véu, são dois os motivos discriminatórios, tal como adiante se analisará: 1- a discriminação em razão da religião, e 2- a discriminação em razão do género. É consideravelmente maior o número de discriminações religiosas sofridas por mulheres do que por homens, a jurisprudência está aí para confirmar.

Note-se que, seguindo o entendimento de Mariana Canotilho: (..) *“Desde logo, note-se que, no quadro do direito da União Europeia, cada motivo de discriminação*

¹⁸Jornal Oficial da União Europeia, DIRETIVA 2004/113/CE DO CONSELHO de 13 de dezembro de 2004. <http://cite.gov.pt/imgs/Diretivas/Diretiva%202004-113.pdf>

proibida tem um âmbito de aplicação próprio, mais ou menos alargado (extenso, no caso da raça e do género, mais limitado no caso da idade ou da orientação sexual). Isto pode provocar problemas, designadamente em sede de tutela judicial, em situações como as das mulheres muçulmanas a quem é negado o direito ao uso do véu, enquanto símbolo religioso, no espaço público. Seria desejável, por isso, uma tendencial harmonização dos âmbitos de aplicação do(s) direito(s) da igualdade e não discriminação da União Europeia, através da extensão da aplicação daquele(s) que apresente(m) um escopo mais restrito”¹⁹.

Portanto, percebemos que, nos últimos anos, os princípios da igualdade e da não discriminação no direito constitucional europeu têm sido muito debatidos e reforçados pela jurisprudência. Não é unânime, na doutrina, a afirmação de que a discriminação seja um corolário do princípio da igualdade, assim como, a própria igualdade ainda é vista por muitos como um princípio geral e formal. As diferentes normas jurídicas, inclusive as próprias justificações legais para as exceções à aplicação de princípios fundamentais, acabam por criar novas situações de desigualdade, por não haver sobre elas um entendimento uniforme e por não se reconhecer que as diferenças já tomaram conta da nossa complexa sociedade (dita democrática); neste quadro, se o direito não evoluir, os objetivos da União Europeia acabam por fracassar. E é por isso que entendemos que os próprios procedimentos jurídicos acabam por excluir as minorias através do não reconhecimento dos seus direitos.

Não restam dúvidas de que se trata de um problema social e que a solução depende da ação da própria sociedade; todavia, as condutas somente serão diferentes quando o legislador reconhecer que existem diferenças específicas e que precisam estar consagradas no plano jus fundamental para que a sociedade possa ter um parâmetro a seguir.

. Igualdade. Um direito de todos. Artigo 20.º da CDFUE

Iniciaremos, agora, uma análise do Título III da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que é dedicado ao princípio da igualdade. O

¹⁹ Cfr. CANOTILHO, Mariana - *Igualdade de Oportunidades e Não Discriminação, Capítulo XV, irr.* SILVEIRA, Alessandra; Canotilho, Mariana e Froufe, Pedro Madeira, *Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União*, Almedina, p.896, 2016.

artigo 20.º consagra a igualdade perante a lei; o artigo 21.º consagra a não discriminação; o artigo 22.º consagra a diversidade cultural, religiosa e linguística, e o artigo 23.º consagra a igualdade entre homens e mulheres. Ainda nesse título, temos o artigo 24.º que consagra o direito das crianças; o artigo 25.º que consagra o direito das pessoas idosas e o artigo 26.º que consagra a integração das pessoas com deficiência.

Podemos dizer que o princípio da igualdade é o pilar da sociedade democrática. Consiste, numa primeira aproximação, em tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual; mas, também, em saber ver as pessoas de forma justa, sem preconceito; em dar aos diferentes as mesmas oportunidades que se dá aos membros da maioria. Isso inclui as mesmas condições de trabalho e respeito, sem permitir que empregadores ou clientes pratiquem a discriminação e ainda, esta seja justificada.

É claro que para isso é necessário que a sociedade esteja apta a lidar com a diversidade, praticando atitudes de inclusão, compreendendo que num mesmo espaço cabem pessoas de todas as cores, o católico, o muçulmano, etc., enfim, aceitando que o que se vê pode ser diferente, mas o resultado é igual para todos. E para que esse princípio prospere, temos de entender que cada indivíduo é único, capaz, eficaz, e tem uma personalidade própria que o mantém com dignidade.

Como bem observa Joaquim de Sousa Ribeiro: *“A cada um, pelo simples facto de ser pessoa, é devido igual consideração e respeito. Isso implica que a ordem jurídica, incluindo a ordem jurídico-negocial, não possa acolher como lícitas e válidas discriminações que traduzem menosprezo por certos traços individualizadores da pessoa, pela sua identidade física e cultural, pela sua posição social, pelas opções de vida que realizou”*²⁰.

Um dos objetivos da União Europeia, expressamente consagrado nos Tratados, como se viu, é lutar pela igualdade; esta não é, pois, uma questão que envolve só a sociedade, mas também um problema que depende da eficácia das normas jurídicas europeias e das diferentes constituições dos Estados-Membros. A igualdade é também, em parte, o resultado da aceitação da multiculturalidade.

²⁰ Cfr. RIBEIRO, Joaquim de Sousa - *Constitucionalização do Direito Civil, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, v. LXXIV, p.729/755, 1998.*

Da igualdade nasce o direito à diferença, mas, como diria Jorge Miranda, não basta reconhecer a todos os mesmos direitos, uma vez que divergem as condições concretas do seu exercício e, com elas, o próprio interesse em invocá-las; para haver igualdade de direitos autêntica é preciso vencer os obstáculos à efetivação desses direitos²¹.

O artigo 20.º da CDFUE é, pois, um instrumento importante para a concretização da igualdade de todos, pois obriga a todos os Estados-Membros e o próprio Tribunal de Justiça da União Europeia, além de assegurar ao indivíduo esse direito fundamental. Habitualmente é invocado em consequência da violação do artigo 21.º, pois a discriminação ocorre no momento em que não se reconhece a igualdade.

Sendo o artigo 20.º baseado na proibição de qualquer violação ou arbitrariedade por parte do legislador, cabe-lhe determinar as desigualdades relevantes, sejam elas formais ou materiais. Bem como, cabe ao nobre julgador fazer uma análise da situação social e política do momento, ao interpretar e aplicar a norma em cada caso. Pode-se dizer que até que cabe ao julgador a tarefa de adequação da norma à realidade.

Como bem salienta Jorge Miranda: *“Existe uma tensão inelutável entre liberdade e igualdade. Levado às últimas consequências, um princípio radical de liberdade oblitera a igualdade da condição humana e, em contrapartida, um princípio de igualdade igualitária esmaga a autonomia pessoal. Porém, em concreto, elas andam constantemente a par, uma implicando a outra – como demonstram, sobretudo, a problemática da liberdade religiosa e a da liberdade política”*²².

Não-discriminação. Artigo 21.º da CDFUE

O artigo 21.º da CDFUE consagra o seguinte:

1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do no sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.

²¹ Cfr. MIRANDA, Jorge - *Escritos Vários Sobre Direitos Fundamentais*, Principia Editora, 1.ª edição, p.48, 2006.

²² Cfr. MIRANDA, Jorge - *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais, TOMO IV*, 6.ª edição, Coimbra Editora, p. 311, 2015.

2. *No âmbito de aplicação dos Tratados e sem prejuízo das suas disposições específicas, é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade.*

A não discriminação é um direito subjetivo e é tida como uma premissa da igualdade, portanto diríamos que, nesse caso, um princípio está ligado ao outro.

De início, cabe ressaltar que se há proteção legislativa contra a discriminação é porque ela subsiste na sociedade, seja por motivos sociais, religiosos, culturais, económicos, ou outros, e atinge indivíduos ou grupos em situação de desvantagem.

Na verdade, é uma questão que exige toda uma mudança nas concepções sociais e jurídicas, que só vai ocorrer quando houver o reconhecimento do “diferente” como “igual”. Sim, igual em valores, direitos e respeito. Igualdade essa que tem de vir de dentro, temos de olhar para além da dimensão formal de tratamento, porque nunca haverá igualdade onde houve discriminação. No entanto, as soluções legislativas adotadas pela UE a este propósito são ainda insuficientes e desenvolvidas de forma díspar; no entendimento de Mariana Canotilho: “(...) *constata-se a natureza desigual e pouco sistemática das soluções legislativas, embora se reconheça o esforço de uniformização por parte das instituições europeias*”.²³

A igualdade implica permitir que o outro tenha os mesmos direitos, sem com isso ter de ser *um igual*. Por exemplo, a cultura é a bagagem que cada pessoa traz consigo desde que nasceu, é a sua tradição, já incorporou a sua personalidade. E dentro dessa bagagem está inserida a sua crença, a sua religião, que também faz parte da pessoa e não pode ser questionada, é uma escolha individual que a torna diferente, talvez, da maioria, mas não a torna diferente perante as leis e as obrigações.

Em complemento ao artigo 21.º, existe o artigo 22.º, que consagra o respeito da União pela diversidade cultural, religiosa e linguística. Cabe constar que o artigo anterior fala da discriminação pelos citados motivos, enquanto este fala do respeito a diversidade.

Nas palavras de Mariana Canotilho, “*o passo fundamental para a efetiva consagração de um princípio geral de não discriminação foi a atribuição de competências legislativas específicas na matéria à União, com o art.13.º do Tratado*

²³ Cfr. CANOTILHO, Mariana, *Artigo 21.º - Não Discriminação*, in: Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Comentada, coord. Alessandra Silveira e Mariana Canotilho, Almedina, p.262, 2014.

de Amsterdão (hoje artigo 19.º do TFUE). A União Europeia passava, assim, a poder “tomar as medidas necessárias para combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual”²⁴.

Complementando, o artigo 19.º do TFUE atribui poderes ao Parlamento Europeu para aprovar medidas adotadas pelo Conselho no combate a discriminação. Também devemos citar aqui o artigo 8.º e 10.º do mesmo dispositivo, consagrando como objetivo da União eliminar as desigualdades e promover a igualdade, bem como, combater a discriminação (cabe mencionar o conceito de mainstreaming baseado nesses dois artigos, o qual consiste na mobilização de todas as áreas do direito e diferentes políticas públicas, no âmbito da União, para combater discriminação e promover a igualdade²⁵). Já o artigo 157.º se refere à igualdade de remuneração entre homens e mulheres trabalhadores.

No âmbito do direito derivado, e com importância na presente análise, temos a Diretiva 2000/43/CE sobre a discriminação em razão da raça e origem étnica e a Diretiva 2000/78/CE sobre a discriminação no local de trabalho, incluindo dentre outros, a religião e crença.

No artigo 2.º do TUE, a União consagra também o respeito pela igualdade, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias e a não discriminação.

Todavia, entendemos que o que torna concreto o princípio da não discriminação são as decisões dos Tribunais; estas acabam por gerar efeitos que vão para além do caso em julgamento, uma vez que o descrito nos artigos das leis e Tratados é por demais generalista, sem especificações que possam proteger os “diferentes” de tratamentos desiguais. As decisões judiciais, pela sua própria natureza, densificam e concretizam as normas gerais. Ao entrar na dimensão subjetiva da norma, diz-se a quem se está protegendo, qual a causa da discriminação proibida, etc.; por exemplo, protege-se legalmente a mulher muçulmana de usar o véu durante o período laboral sem ser discriminada ou tolhida do seu direito.

Como veremos ao longo deste trabalho, é certo que os grupos minoritários se encontram em situação de desvantagem, o que os torna vulneráveis a atos discriminatórios através de tratamentos diferenciados (poderíamos aqui citar pelo

²⁴ Cfr. CANOTILHO, Mariana - *Igualdade de Oportunidades e Não Discriminação, Capítulo XV, irr.* SILVEIRA, Alessandra; Canotilho, Mariana e Froufe, Pedro Madeira, *Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União*, Almedina, p. 886, 2016.

²⁵ Idem p.894/897.

menos um exemplo, como é o caso de poder ostentar um crucifixo, mas não poder usar o véu islâmico no mesmo local). Quando surge uma prática discriminatória é porque o princípio da igualdade foi atingido, pois a discriminação nasce da desigualdade.

Como bem disse Jorge Miranda: (...) *Discriminadas são as pessoas a que não são conferidos os direitos atribuídos ao conjunto das pessoas ou a quem são impostos deveres, ônus, encargos não impostos às outras pessoas*²⁶.

A discriminação pode ser direta ou indireta; o que as distingue são as formas de olhar a maneira como os direitos subjetivos são afetados, no âmbito do princípio da igualdade.

Dizemos que a discriminação é direta quando ela é ostensiva, é praticada diretamente e sem justificação. O indivíduo ou grupo de indivíduos é submetido a um tratamento menos favorável do que aquele que é dado a outro numa mesma situação. Ou seja, qualquer forma de diferenciação que viole os direitos e liberdades fundamentais; exclui-se o caso de uma discriminação direta se constituir *uma exigência ocupacional essencial e decisiva, desde que o objetivo seja legítimo e que a exigência seja proporcional*. Podemos citar casos de discriminação direta como o Acórdão *Feryn*; *Association Belge des Consommateurs Test-Achats* e *Pensionsversicherungsanstalt contra Christine Kleist*²⁷. Nas palavras de Jorge Reis Novais: “*Resulta igualmente a inadmissibilidade de, em função dessas escolhas, a pessoa ser denegridamente tratada como não digna da igual consideração e do respeito devidos a todas as pessoas*”²⁸.

Por outro lado, existe discriminação indireta quando se expõe um indivíduo ou um grupo de indivíduos (protegidos pela proibição de discriminação) a uma situação diferenciada (ou constringedora) através de critérios aparentemente neutros.

No nosso entender, o maior problema do combate à discriminação não são os atos intencionais, mas sim as regras baseadas na suposta “neutralidade”, as quais, lamentavelmente, têm sido reconhecidos pelo TJUE (como mostraremos nos casos *Achbita* e *Bougnaoui*). Assim como normas genéricas e lacunas na legislação acabam por reforçar o “desamparo” legal das minorias. Na discriminação indireta é

²⁶ Cfr. MIRANDA, Jorge - *Manual de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais*, TOMO IV, 6ª edição, Coimbra Editora, p. 327, 2015.

²⁷ Ver mais sobre o tema em: CANOTILHO, Mariana – *El Principio de Igualdad en el Derecho Constitucional Europeo*, Thomson-Reuters, Aranzadi, 2017.

²⁸ Cfr. NOVAIS, Jorge Reis - *A Dignidade da Pessoa Humana*, Vol. I, *Dignidade e Direitos Fundamentais*, Almedina, p. 176, 2015.

suficiente que esse critério ou prática (...) seja objetivamente justificado por um objetivo legítimo e que os meios para alcançar esse objetivo (...) sejam apropriados e necessários, (...)”²⁹. São casos de discriminação indireta os tratados nos Acórdãos do TJUE Seymour-Smith e Perez e Allonby.

Como refere Teresa Coelho Moreira: “(...) não nos podemos esquecer que a intenção não é um elemento necessário para que a discriminação ocorra no contexto da legislação sobre igualdade. Assim, nem o motivo, nem a intenção, nem a razão subjetiva que originaram que uma determinada pessoa tenha sido colocada numa posição menos favorável são relevantes”³⁰.

Resta claro que a igualdade não pode ser vista apenas como um princípio formal, cabe ao julgador compreender que esse tipo de aplicação reforça as situações de discriminação a que tem sido submetido os grupos minoritários: “a discriminação é a expressão negativa da violação de um dever positivo de tratamento igual”, como ensina Michael Meyer³¹.

É inadmissível que uma sociedade democrática imponha ao indivíduo formas de vida diferentes da que ele próprio escolheu, pelo simples facto da maioria pensar que deve ser assim.

Há doutrinadores, como Iyiola Solanke³², que mostram que a discriminação pode ocorrer de diversas formas. Defende que as formas de discriminação não são somente individuais, mas sim uma resposta da sociedade. Que é necessário identificar as ações específicas, pois a sociedade é a responsável pelo problema. Faz também uma série de questionamentos, que, particularmente, achamos interessantes, sobre como distinguir qual o artigo da lei a ser aplicado; se ele é específico; e que lógica o legislador usou para criá-lo. Entendemos que cada caso é um caso, portanto, torna-se necessário uma previsão legal expressa, específica. Concordamos com a autora de que falta a inclusão de certas categorias nos instrumentos legais, o que dificulta a interpretação da lei, pois não se sabe quem está incluído ou excluído. A autora acredita ainda que o foco está em transformar as

²⁹ Diretiva 2000/78/CE.

³⁰ Cfr. MOREIRA, Teresa Coelho - *Igualdade e Não-Discriminação – Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, p. 81, 2013.

³¹ Cfr. MEYER, Michael - *Das Diskriminierungs Verbot des Gemeinschaftsrechts als Grundsatznorm und Gleichheitsrecht*, Frankfurt, p. 35, 2002, in: GUERRA, Ana Maria - *A Igualdade e a Não Discriminação Dos Nacionais de Estados Terceiros Legalmente Residentes na União Europeia: da Origem na Integração Económica ao Fundamento na Dignidade do Ser Humano*, Coimbra: Almedina, p. 59, 2010.

³² Cfr., SOLANKE, Iyiola - *Discrimination as Stigma: A Theory of Anti-Discrimination Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2017.

práticas sociais, e que é necessária educação social. Então, ela propõe o princípio anti-estigma através da responsabilização social.³³

No nosso entender, é realmente necessária uma mudança nas atitudes sociais porque é de onde se originam as práticas discriminatórias, mas não acreditamos que essa mudança possa vir de modo pacífico, apenas com uma ressocialização. É necessário que as diversas formas de discriminação estejam previstas no dispositivo legal, assim como a liberdade de manifestar as diferenças, como é o caso da liberdade religiosa. As normas sociais podem ser um problema maior que a lei anti discriminação, como acredita a autora, mas acreditamos que o único modo de mudá-la seria através dos julgamentos, com as suas decisões e efeitos (legalmente, individuais, mas, muitas vezes, e como vimos acima, também gerais), se o julgador puder apoiar-se em leis mais específicas, e não como tem ocorrido, ou seja, cada julgador interpreta as normas abstratas à sua maneira.

É necessária uma visão crítica da atual sociedade, marcada por diversas culturas e formada por grupos dominantes e minoritários, que serão reconhecidos somente após uma reestruturação normativa, porque o “geral” não lhe cabe mais, a igualdade está virando desigualdade e o alerta chama-se *discriminação*: “*então, percebe-se, o próprio ditame constitucional que embarga a desequiparação por motivo de raça, sexo, trabalho, credo religioso e convicções políticas, nada mais faz que colocar em evidência certos traços que não podem, por razões preconceituosas mais comuns em certa época ou meio, ser tomados gratuitamente como ratio fundadora de discrimen*”³⁴.

Apenas princípios ou verdadeiras garantias?

Como sabemos, o princípio da igualdade consagrado no artigo 20.º é de natureza geral, o que acaba por gerar um certo grau de ineficácia; mais especificamente, nos referimos as certas decisões proferidas pelos nobres julgadores, nas quais os princípios fundamentais deixam de ser aplicados de forma direta e, lamentavelmente, acabam por impedir o exercício de um direito.

³³ Cfr. SOLANKE, Iyiola - *Discrimination as Stigma: A Theory of Anti-Discrimination Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2017.

³⁴ Cfr. BANDEIRA DE MELLO, Celso - O conteúdo jurídico do princípio da igualdade, II-Igualdade e os fatores sexo, raça, credo religioso, p. 17/18, 3.ª edição, atualizada, 8.ª tiragem, Malheiros Editores, 2005.

Obviamente que cabe ao julgador a análise do critério utilizado para uma determinada pessoa ou grupo se valerem de um determinado direito, mas estamos falando de proporcionalidade no grau de aplicação e não na possibilidade de excluir tal direito. Nem toda justificação pode ser suficiente a ponto de se sobrepor a outro direito também reconhecido (o que muito ocorre entre particulares).

Cabe aqui salientar que o problema que se verifica na aplicação e concordância práticas dos princípios não é só do julgador, mas também do legislador. Se este não for capaz de reconhecer que os artigos da lei são direcionados a diferentes tipos de pessoas, ou, diga-se, a pessoas com diferentes mundividências, e essas especificidades não estiverem expressas nas normas, deixará uma lacuna pendente de interpretação pelo julgador. Nestes casos, além do mais, a margem de apreciação conferida aos Estados, no quadro da relação entre normas nacionais e supranacionais, é, no nosso entender, demasiado alargada.

“Tendo em conta a relevância (sempre crescente) do Direito da União nas relações entre particulares, parece inevitável que o TJUE seja cada vez mais confrontado com o problema da invocabilidade de disposições de Diretivas que concretizam o efeito horizontal dos princípios gerais/direitos fundamentais”³⁵.

O facto é que os princípios existem e constam da CDFUE, o que é uma grande evolução no campo do direito; mas não basta existir, têm que ter exequibilidade para poderem proteger o cidadão, e essa garantia vem do legislativo e do judiciário, quando aplicados devidamente os direitos fundamentais, seja numa questão de âmbito público ou privado: *“(...) o exercício do poder público na União Europeia está submetido ao direito e a proteção jurídica do particular deve ser devidamente salvaguardada”³⁶.*

Além da fiel aplicação dos princípios, cabe ainda uma análise das exceções apresentadas (quando previstas em lei), para analisar a diferença de tratamento apontada por um indivíduo ou um grupo e indivíduos. Nesses casos, o legislador reduz a manobra de controlo legal feita pelo juiz.

A primeira consequência do não reconhecimento da igualdade é a discriminação (como já visto no tópico acima), e nas últimas décadas temos sido

³⁵ Cfr. SILVEIRA, Alessandra - Princípios de Direito da União Europeia – Doutrina e Jurisprudência, 2.ª edição, Coleção Erasmus, Quid Juris sociedade editora, p. 79, 2011.

³⁶Cfr. SILVEIRA, Alessandra - Princípios de Direito da União Europeia – Doutrina e Jurisprudência, 2.ª edição, Coleção Erasmus, Quid Juris sociedade editora, p. 79, 2011.

palco de acontecimentos discriminatórios, devido à crescente migração e conseqüentemente, à diversidade e confronto culturais. Ora, o artigo 20.º é importante não só para impor à sociedade o cumprimento dessa norma, como também por impor um limite à arbitrariedade legislativa no que se refere a tratamentos desiguais em situações semelhantes.

Como bem refere Jorge Reis Novais: “(...) *na generalidade dos casos, sobretudo quando o legislador constituinte trata o direito fundamental como um todo, isto é, na sua globalidade, as normas constitucionais não assumem a natureza de regras, mas antes de princípios. É o que se verifica quando o legislador constituinte diz, por exemplo, que é garantida a liberdade de religião ou a liberdade de expressão ou o direito de propriedade*”³⁷.

Citaremos posteriormente nesse trabalho os casos de Samira Achbita e Asma Bougnaoui para entendermos a importância da exequibilidade da norma jurídica. Ou seja, não basta existir, tem que ser eficaz. E não sendo (como acreditamos que ocorreu), podemos dizer que um direito como a “liberdade de manifestar a religião ou crença” foi claramente violado; a Sra. Asma, por exemplo, foi submetida primeiramente a discriminação praticada pelo empregador, e posteriormente, a discriminação praticada pelo TJUE quando ignorou um princípio fundamental previsto na Carta em prol do reconhecimento de um outro direito fundamental. Até onde as argumentos atendíveis e dimensões relevantes da questão foram levadas em consideração?

Nesse caso, a pergunta: estamos perante garantias efetivas ou apenas princípios gerais? Embora a leitura dos artigos 10.º da CDFUE, 9.º da CEDH seja clara e, ainda, corroborados pela força dos princípios da igualdade e da não discriminação, nos casos que analisaremos, não foram suficientes para formar a convicção do julgador.

Neste sentido, usamos uma expressão do ilustre professor Gomes Canotilho: “*A perplexidade que insinuamos está aqui: a de as angústias dos cidadãos se deslocarem para o próprio campo das relações jurídico-privadas, pois também aí parece registarem-se momentos de crise quanto à garantia e defesa de direitos,*

³⁷ Cfr. NOVAIS, Jorge Reis - *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra Editora, 1.ª edição, p. 91, 2012.

liberdades e garantias. O próprio facto de a questão ser levantada já é um indício da chamada «constitucionalização da ordem jurídica-privada»³⁸.

Hodiernamente, somos confrontados com a doutrina maioritária, segundo a qual com princípios e direitos fundamentais não são absolutos. Então, nos perguntamos de que outra forma a sociedade pode ser cobrada do respeito pela diversidade, se nem mesmo o julgador tem essa certeza jurídica. Por isso, entendemos que não basta aplicar o princípio na decisão em causa, é necessário verificar se o objetivo foi atingido. Daí o motivo de concordarmos com a doutrina quanto à exigibilidade jurídica do que está previsto em lei. Como bem ilustrou J.J. Gomes Canotilho, verifica-se que “(à) riqueza e completude do “catálogo” dos direitos fundamentais (...), não corresponde uma estrutura procedimental/processual adequada e eficaz para conferir plena realização prática a esses direitos”³⁹.

Portanto, somos a favor de *uma máxima efetividade das normas de direitos fundamentais*⁴⁰ para evitar que o direito da União Europeia caia em descrédito e que o cidadão sinta se desprotegido legalmente.

Usaremos, adiante, o direito à liberdade de manifestar a religião ou crença como um exemplo atual de conflito entre direitos fundamentais (de particulares), marcado pela desigualdade e exteriorizado pela discriminação. A sociedade contemporânea ainda luta *contra* a inclusão da diversidade religiosa, e os Estados (alguns laicos) ainda relutam em reconhecer o espaço da minoria.

Pelo contrário, e como afirma Mariana Canotilho, “*el derecho a la igualdad debería, así, impedir la traducción normativa de prejuicios estereotipos dominantes, como los que afectan a las mujeres, a las minorías étnicas y de orientación sexual o a los ciudadanos discapacitados*”⁴¹.

Cabe agora ao legislador captar essas diferenças e operar a inclusão necessária, onde a lacuna assim o permitir, porque só especificações legais é que permitirão que a União Europeia atinja o seu objetivo de igualdade e não discriminação.

³⁸ Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2.ª edição, p. 85, 2008.

³⁹ Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes - *Constituição e Déficit Procedimental*, in: *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 72, 2004, in: *BOTELHO, Catarina Santos - A Tutela Direta dos Direitos Fundamentais. Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional*, Almedina, p. 137, 2010.

⁴⁰ Cf. BARROSO, Luís Roberto - *Direito Constitucional e Efetividade de suas Normas*, 3.ª Edição, Rio de Janeiro: Renovar Editora, p. 59 e ss., 1996.

⁴¹ Cfr. CANOTILHO, Mariana - *El Principio de Igualdad en el Derecho Constitucional Europeo*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2017.

E para complementar, como diz Cristina Queiroz: “Se se considerar o princípio de igualdade como um autêntico “direito fundamental de igualdade”, aplica-se a regra da “eficácia direta” dos direitos, liberdades e garantias nas relações com os particulares art.18.º/1da Constituição) e, neste caso, o princípio geral de igualdade pode ser visto como uma garantia acrescida de proteção contra discriminações estruturais”⁴².

⁴² Cfr. QUEIROZ, Cristina - *Direitos Fundamentais – Teoria Geral*, Coimbra Editora, 2.ª edição, p. 128, 2010.

2. A liberdade de manifestação de símbolos religiosos nos ordenamentos constitucionais internos e no ordenamento europeu.

. Uma análise da influência do artigo 9.º, n.º 1 e 2 da CEDH.

A consagração da liberdade religiosa no direito dos Estados Europeus obedeceu a processos históricos e sociais específicos.

Em França, entre os séculos XVIII e XIX, com o surgimento do Estado-Nação, e com a proclamação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão consagrou-se o princípio da liberdade religiosa. Em seguida, evoluiu-se no sentido da consagração do princípio da laicidade do Estado. Já anteriormente, porém, a França não proibia a manifestação religiosa em lugares públicos. Separar o Estado da Igreja é uma questão puramente política, mas a atual forma de separação parece-nos mais entre Estado e sociedade, o que é incabível (e discriminatório), pois atinge somente as minorias. Vamos lembrar aqui as duas leis impostas na França: a Lei da Burqa, que proíbe o uso de vestuário que oculte o rosto no espaço público e cuja violação acarreta multa ou frequência obrigatória em um curso de cidadania; e a Lei do Véu que proíbe o uso de símbolos religiosos nas escolas públicas francesas (incluindo, entre eles, o véu usado pelas mulheres muçulmanas, de forma discriminatória). Podemos lembrar, a este propósito, a polémica de Creil, quando três meninas foram expulsas de uma escola secundária por se recusarem a retirar o véu, ou o caso do Acórdão do TEDH Dahlab contra Suíça.

O legislador francês acaba por confundir a neutralidade do Estado com a violação do direito de liberdade religiosa do indivíduo, o qual deveria ser inviolável se os princípios fundamentais reconhecidos na Carta fossem realmente executados.

Na Bélgica, nas últimas décadas o uso do véu islâmico também vem sendo bastante polémico, até que em 2011 foi aprovada a lei que proíbe o uso de roupa que oculte completamente a identidade ou o rosto. E hodiernamente, foi introduzido o artigo 563.º no Código Penal proibindo qualquer pessoa de estar em lugares públicos com rostos totalmente cobertos ou mesmo só com a face, de modo que não possam ser identificados, sob pena de multa ou reclusão para quem descumprir.

A Inglaterra, desde a segunda metade do século XX, vem demonstrando a aceitação do aspecto multicultural, inclusive permitindo que o Estado inclua os grupos religiosos minoritários, sem com isso desligar-se da igreja anglicana.

A Alemanha consagrou a liberdade religiosa em 1919 com a Constituição de Weimar e a Lei Fundamental de Bona, estabelecendo a neutralidade do Estado e a proibição de discriminação. Mas sua jurisprudência e doutrina oscilam ainda no que respeita ao estabelecimento de fronteiras, no que respeita ao equilíbrio entre vários direitos, no sistema constitucional interno.

Em Portugal a Constituição consagra a liberdade religiosa no artigo 41.º, n.º 2: *“ninguém pode ser perseguido, privado de direitos ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou práticas religiosas”*; a proibição de discriminação em função da religião no artigo 13.º, n.º 2: *“ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de... religião”* (considerados como dimensões negativas pela doutrina); e ainda nos artigos 41.º, n.º 1: *“a liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável”* e 41.º, n.º 5: *“garantida a liberdade de ensino de qualquer religião praticado no âmbito da respetiva confissão”* (considerados como dimensões positivas). Finalmente, no artigo 41.º, n.º 5: *“é garantida a liberdade de ensino de qualquer religião praticado no âmbito da respetiva confissão”*. O artigo 18.º, n.º 1, consagrou a vinculação de todos aos direitos fundamentais, - entidades públicas e privadas-, mas, como sabemos, na prática os direitos fundamentais acabam por não ter a efetividade proclamada.

No plano internacional, *“A tutela da liberdade religiosa perpassa, portanto, as convenções e declarações universais de direitos humanos, nomeadamente, a Declaração Universal dos Direitos do Humanos (arts. 2.º e 8.º), o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (art. 18.º) e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 9.º), bem como o Direito Europeu no âmbito da Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 9.º) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 10.º)”*⁴³.

De entre os principais Tratados internacionais que consagram um sistema de proteção dos direitos humanos, destaca-se a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH). Assinada no quadro do Conselho da Europa, esse Tratado

⁴³ Cfr. MACHADO, Susana Sousa - *Reflexões iniciais sobre liberdade religiosa e contrato de trabalho: Reconhecimento da conflitualidade e perspetivação de um dever de adequação*, Editora Coimbra, Questões Laborais n. 39, p. 86, 2012.

internacional plurilateral tem caráter vinculativo e órgão jurisdicional próprio, que oferece uma efetiva proteção dos direitos fundamentais.

A CEDH consagra a liberdade religiosa no seu artigo 9.º, n.º 1, de quatro formas: culto, ensino, prática e celebração de ritos. Nota-se muito a influência da DUDH na CEDH, inclusive é o que vemos em seu preâmbulo. Aliás, o artigo 9.º da CEDH foi escrito com base no texto do artigo 186.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamando a liberdade de consciência, de pensamento e de religião. Entendemos que essa liberdade abrange o direito de manifestar a sua religião ou crença, em público ou privado, sem que possa haver violação desse direito, aliás, acreditamos que um acréscimo no artigo 10.º da CDFUE seria essencial para uma clara interpretação.

A CEDH acolhe a liberdade religiosa em tanto no *forum internum* (liberdade de pensamento, consciência e religião) como no *forum externum* (manifestação das convicções religiosas). No artigo 14.º a CEDH proíbe a discriminação de modo que: “o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos nesta convenção devem ser assegurados sem quaisquer distinções (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)”. Mas não incluiu o direito das minorias, o qual deve passar pelo crivo de uma interpretação também dos artigos 9.º, 10.º e 11.º.

Ou seja, enquanto o artigo 9.º da CEDH reconhece o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião, o artigo 14.º proíbe a existência de discriminação seja pelo 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. E reconhece-se ainda os dois lados da liberdade religiosa, o de *forum internum* e o de *forum externum*, ou seja, a liberdade de pensamento, de escolher a sua religião e, a liberdade de exteriorizar, manifestar a sua crença. Assim, “a ordem jurídica em um Estado Democrático de Direito não pode se converter na voz exclusiva da moral de qualquer religião. Os grupos religiosos têm o direito de constituir suas identidades em torno de seus princípios e valores, pois são parte de uma sociedade democrática”⁴⁴.

⁴⁴ Cfr. PIOVESAN, Flavia - *Declaração Universal de direitos Humanos: desafios e perspectivas*, Revista Brasileira de Estudos Jurídicos v. 9, n. 2, jul/dez 2014.

De acordo com o artigo 9.º, n.º 2 da CEDH⁴⁵, a liberdade de manifestação religiosa não pode sofrer restrições, senão as previstas em lei, necessárias a uma sociedade democrática, à segurança, à ordem, à saúde e à moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem. O que mostra que a liberdade religiosa não é considerada um direito absoluto, mas oferece um grau de proteção que limita as decisões do TEDH e dos Tribunais quando se está em causa a diversidade cultural e religiosa existente nos Estados, inclusive a proteção da própria liberdade religiosa prevista no n.º 1 do artigo 9.º

Cabe ao TEDH (Tribunal Europeu Dos Direitos Do Homem), no âmbito de suas funções, analisar e decidir sobre as restrições elencadas no n.º 2, do artigo 9.º, sendo que as primeiras claramente são de interesse público e a última, de interesse individual. O problema está questão na interpretação do conceito de “sociedade democrática”, cabendo reconhecer a existência de uma sociedade multicultural e dos direitos a ela associados, e então, decidir de acordo com os parâmetros da proporcionalidade a finalidade de cada restrição.

Discute-se muito a questão da margem de apreciação que é conferida aos Estados para aplicar os direitos e as liberdades consagradas na CEDH (e, em contexto análogo, na CDFUE), pois essa faculdade de interpretação diverge sensivelmente de um Estado para outro, resultando em decisões diferentes ante a casos aparentemente iguais, a famosa análise casuística.

Sempre que houver denúncias de suposta violação do artigo 14.º da CEDH, caberá também ao TEDH analisar e decidir, embora tenha um entendimento jurisprudencial relativo à liberdade religiosa um tanto ou quanto restrito e genérico. Constatamos que o TEDH tem conferido uma margem alargada de apreciação aos Estados, inclusive, mantendo certas decisões em que os mesmos restringem o direito de manifestação religiosa através do uso de símbolos religiosos no período laboral. A doutrina tem apontado o lado negativo dessas restrições sem proporção,

⁴⁵ Artigo 9.º da CEDH:

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 coletivamente, 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, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem.

impostas pelos Estados, o que nos sugere que essa confusão na interpretação do dispositivo legal se deva a uma lacuna na própria lei.

“O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem afirmado repetidas vezes que o dever de neutralidade e de imparcialidade dos Estados é incompatível com qualquer tipo de poder estadual para avaliar a legitimidade das convicções e práticas religiosas presentes nos respetivos territórios (...)”⁴⁶.

Todavia, a neutralidade transforma-se, por vezes, em não reconhecimento de diferentes identidades, e o TEDH tende a não ser suficientemente sensível à pluralidade de culturas existentes no ambiente europeu, bem como uma eventual extinção da proteção jurisdicional das minorias e a violação de princípios fundamentais.

Embora haja expressamente proteção legal para a liberdade de religião e sua manifestação através de símbolos, vemos que a jurisprudência diverge e a margem de interpretação alarga-se a cada decisão. Isso decorre pelo facto de não haver previsão legal de proteção as minorias, as leis são demasiado genéricas. Podemos citar aqui o artigo 10.º da CDFUE para o qual entendemos haver uma lacuna, como mais adiante explicaremos.

Como afirma Reis Novais: *“o problema é o de saber qual o enquadramento dogmático mais adequado dos conflitos jurídicos que emergem dessas realidades e, especificamente, qual o tipo e natureza das garantias jurídicas de que os particulares aí devem dispor para se defenderem de tais ameaças e quais as responsabilidades e margens de decisão dos diferentes órgãos estaduais na resolução desses conflitos”⁴⁷.*

É relevante constar que a CEDH não possui nenhum artigo específico de proteção das minorias, mas, de forma indireta, garante a sua proteção através dos artigos 5.º, n.º 2 e 6.º, n.º 3, (garantem o direito a prestação de informações em língua que compreenda e o direito a ser assistido por um intérprete), pelo artigo 9.º (garante a liberdade de pensamento, consciência e religião), pelo artigo 10.º (garante a liberdade de expressão), artigo 11.º (garante a liberdade de associação, reunião e a liberdade sindical), artigo 2.º do Protocolo adicional de 1952 (garante o

⁴⁶ Cfr. JERÓNIMO, Patrícia - *Intolerância, Religião e Liberdades Individuais*, “cfr. (T)he State’s duty of neutrality and impartiality is incomptible with any kind of power on its part to assess the legitimacy of religious convictions or the ways of expressing those convictions”. Case of Leyla Sahim v. Turkey, petição n.º 44774/98, decisão proferida pelo Tribunal pleno em 10 de novembro de 2005, par.107), p.14, 2016, Escola de Direito da Universidade do Minho, *Repositorium UM*.

⁴⁷ Cfr. NOVAIS, Jorge Reis - *Direitos Fundamentais – Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra Editora, p.103, 2006.

direito dos pais à educação dos filhos conforme as suas convicções), pelo artigo 2.º do Protocolo n.º 4 (garante o direito de residência e livre circulação)⁴⁸.

Finalmente, o Protocolo n.º 12 à Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, reafirma que o princípio da não-discriminação não impede os Estados Partes de adotarem medidas tendentes a promover uma igualdade plena e efetiva, desde que exista uma justificação objetiva e razoável para tais medidas, tendo em seu artigo 1.º a proibição geral de discriminação⁴⁹.

Embora a União Europeia não seja signatária da CEDH, a jurisprudência do TJUE em casos que envolvam discriminação por religião ou crença fazem menção ao artigo 9.º da CEDH, juntamente com o artigo 10.º da CDFUE, o qual, diga-se de passagem, foi inspirado no citado artigo 9.º.

Por último, assinala-se que o Relator Especial das Nações Unidas sobre Liberdade de Religião ou Crença alertou, em 2013, para um facto relevante – o da *interseccionalidade* entre questões de liberdade religiosa e de igualdade de género. Este problema está igualmente subjacente a muitas das medidas restritivas adotadas pelos Estados europeus nos últimos anos e implica o risco de deixar desprotegidas as mulheres pertencentes a minorias religiosas que desejem usufruir de direitos iguais sem terem de abdicar da sua fé.⁵⁰

. O direito à liberdade de manifestar sua religião e o Artigo 10.º da CDFUE

Nessa longa caminhada histórica de normas e Tratados, temos a seguir a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, com força jurídica vinculativa desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa em 2009, a Diretiva 2000/43/CE e a Diretiva 2000/78/CE (dos quais falaremos nos próximos tópicos).

⁴⁸ Cfr. RELAÑO PASTOR, Eugenia - *La Protección Internacional de las Minorías Religiosas*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, p. 299, 2003.

⁴⁹ Protocolo n.º 12 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Os Estados membros do Conselho da Europa, signatários do presente Protocolo, Tendo em conta o princípio fundamental, segundo o qual todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito a uma igual proteção da lei; Resolvidos a adotar novas medidas tendentes a promover a igualdade entre todas as pessoas através da aplicação coletiva de uma proibição geral de discriminação prevista na Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, em 4 de novembro de 1950 (doravante denominada "a Convenção"); Reafirmando que o princípio da não-discriminação não impede os Estados Partes de adotarem medidas tendentes a promover uma igualdade plena e efetiva, desde que exista uma justificação objetiva e razoável para tais medidas, Artigo 1º – Proibição geral de discriminação (<http://app.parlamento.pt/>).

⁵⁰ *Interim report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief*, 2013, parágrafos 17-21, 35 e 42, *in*: GERÔNIMO, Patrícia - *Intolerância, Religião e Liberdades Individuais*, Caderno de Ciências Sociais – O Que É Intolerância Religiosa? Escolar Editora, p. 61, 2016.

O direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião encontra-se no artigo 10.º, n.º 1, Título II (Liberdades), da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Nele está consagrado que «*todas as pessoas têm direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, bem como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individual ou coletivamente, em público ou em privado, através do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos*».

O artigo 10.º, n. 1, foi baseado no texto do artigo 9.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, e inspirou-se no artigo 18.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e no artigo 18.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

A priori, vamos ressaltar as expressões que justificam o nosso entendimento nesse trabalho: «todas as pessoas têm direito à liberdade de (...) religião. Este direito implica a liberdade (...) de manifestar a sua religião (...), individual (...), em (...) privado, através (...) de práticas (...)»

E então nos perguntamos – e é essa a inquietação fundamental da presente análise – porque é que esse direito não foi reconhecido a Asma Bougnaoui e Samira Achbita nas decisões do TJUE, sendo ele um direito fundamental e contando-se entre os parâmetros de uma sociedade democrática?

Isso nos mostra que, nos tempos atuais, a questão da liberdade religiosa tem sido marcada por diversas interpretações. Evidentemente que estas interpretações divergentes sempre existiram, mas os conflitos percebem-se atualmente com mais frequência. Embora os nossos casos sejam direcionados ao uso do véu islâmico, não podemos deixar de citar o caso Lautsi, cujo julgamento final decidiu pela permanência dos crucifixos em sala de aula.

Devido aos constantes fluxos migratórios, a sociedade se apresenta cada dia mais pluricultural e os Estados deveriam estar prontos para receber essa diversidade, mas isso só se concretizará com o reconhecimento das especificidades; caso contrário, continuaremos vivenciando um diferente nível de alcance e interpretação dos diferentes direitos fundamentais em cada Estado-Membro. Acreditamos que isso só será possível com o preenchimento de alguma lacuna no corpo da lei, mais especificamente na estrutura do artigo 10.º, n.º 1, da CDFUE. Como bem disse Vital Moreira, “(...) *uma pessoa não tem somente a liberdade de*

*ser pacifista mas também o direito de manifestar essa convicção e de se comportar como tal; não tem somente a liberdade de escolher uma crença religiosa mas também o direito de manifestar essa opção e de atuar de acordo com as suas posições religiosas”.*⁵¹

A este propósito, assinale-se ainda a Diretiva 2000/78/CE, de 27 de novembro, que consagra, de modo geral, a igualdade de tratamento independente de religião ou crença no emprego ou atividade profissional, mas que é um tanto falha na questão dos deveres laborais do empregador diante das situações de manifestação religiosa do trabalhador. Ou seja, abre uma brecha para que as práticas do empregador não sejam consideradas discriminatórias. E então, voltamos àquele nosso entendimento de que um acréscimo específico ao corpo do artigo 10.º da CDFUE é necessário, já que nenhum dos princípios citados são considerados absolutos. Em outras palavras, a violação da liberdade de manifestação religiosa acaba por infringir o princípio da igualdade e da não discriminação, pois todo indivíduo traz consigo suas crenças, sejam elas religiosas ou não, e é impossível e desumano exigir que o mesmo deixe sua personalidade de lado no período laboral porque a sua constituição o reconhece, mas não o “protege”.

. Liberdade religiosa - mais que um princípio, um direito fundamental garantido

Como vimos no tópico acima, a liberdade religiosa está prevista nos diversos ordenamentos constitucionais, como a CEDH e a CDFUE. E também o direito à igualdade e a não discriminação, reconhecidos pela Declaração Universal de Direitos Humanos, pela Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, pela Convenção n.º 111 da Organização Internacional do Trabalho, e demais Pactos e Tratados.

Obtém-se, assim, um alargamento da proteção da liberdade religiosa, pelo menos juridicamente, embora não tenha sido suficiente para o reconhecimento das minorias. Uma tentativa de inclusão que permanece até aos dias de hoje, na

⁵¹ Cfr. MOREIRA, Vital - *Artigo 10.º - Liberdade de Pensamento, de Consciência e de Religião*, in: Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Comentada, coord. Alessandra Silveira e Mariana Canotilho (2014), Almedina, p. 140, 2014.

esperança de assegurar a obrigação de respeito pelas liberdades de um para com o outro. Corre-se o risco, como bem disse Jónatas Machado, de os direitos de grupos minoritários ficarem à mercê de grupos majoritários⁵².

O Estado tem, pois, o dever de garantir a liberdade de religião e o respeito por qualquer uma delas. Importa lembrarmos que a laicidade separa o Estado e a religião, mas não há como constituir um Estado sem reconhecer as diversas culturas religiosas que nele habitam.

“Como disse o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 423/87, “a separação e a não confessionalidade implicam a neutralidade religiosa do Estado, mas não já o seu desconhecimento do facto religioso enquanto facto social. O Estado não é um ente alheio aos valores e interesses da sociedade, antes constitui um instrumento ao seu serviço, assumindo a obrigação de garantir a formação e o desenvolvimento livre das consciências (católicas ou atéias), e assume esta obrigação em função da procura social (...) A neutralização estatal significa radical indiferença por toda a valoração religiosa do facto religioso (o Estado não valora ou desvalora, em atitude confessional, a consciência de certa religião relativamente a uma outra), mas não já enquanto facto constitutivo de uma certa procura social”⁵³.

A liberdade religiosa é um tema que ainda muito debatido pelas doutrinas, tratando-se de normas que demandam uma complexa interpretação, devido as suas várias vertentes.

Com a globalização e suas consequências, e num cenário de pluralismo das sociedades contemporâneas, cada indivíduo traz consigo a sua cultura. E o que mais poderia ser tão inerente a ela senão a crença do seu povo? Sendo assim, as normas deveriam ser mais apropriadas e os Estados mais recetivos, ainda mais no que tange ao uso de símbolos religiosos.

Como disse Jorge Reis Novais: *“(...) a maioria não pode comprimir pelo simples facto de ser maioria, que não pode restringir pelo simples facto de a autonomia individual orientar alguém para formas de vida rejeitadas e hostilizadas pela maioria ou por ela consideradas como formas e planos incompatíveis com a vida boa”⁵⁴*. Este autor faz uma crítica ao sistema português, que acompanhamos, e

⁵² Cfr. MACHADO, Jónatas - *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva*, Coimbra, p. 295 e 296, 1996.

⁵³ Cfr. MIRANDA, Jorge - *Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade* (cfr., doutra perspectiva, Manuel Carneiro da Frada, *Relativismo, Valores, Direito*, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, 2008, p.711), in: *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília: IDP, ano 7, n.º 1, jan/jun., 2014, p. 18, ISSN 1982-4564.

⁵⁴ Cfr. NOVAIS, Jorge Reis - *A Dignidade da Pessoa Humana*, Vol. I, *Dignidade e Direitos Fundamentais*, Almedina, p. 176, 2015.

que tem particular relevância na matéria ora tratada, quanto à ausência de proteção no domínio das relações entre privados, por ser onde ocorre com grande frequência, ameaças ou lesões à liberdade, à autonomia e ao bem-estar providas de outros particulares. *“ou seja, diz-se que as entidades privadas estão vinculadas aos direitos fundamentais, mas, se os particulares violarem direitos fundamentais de outros, se não observarem os preceitos constitucionais, essas eventuais violações estão, afinal, absolutamente fora da possibilidade de controlo e decisão por parte do Tribunal Constitucional”*⁵⁵.

Se passarmos para o âmbito do direito internacional, a notável margem de apreciação deixada aos Estados nesta matéria proporciona um grau de segurança jurídica bastante fraco aos direitos fundamentais e mais especificamente a liberdade de manifestação religiosa através de símbolos, em particular no campo laboral. Entendemos que é necessário um complemento às normas constitucionais, ou paramétricas, para que os Estados se comprometam com a liberdade de escolha de cada indivíduo e imponham o respeito que lhes é de direito, bem como para que possam cobrar da própria sociedade maior justiça, seja em relações privadas ou públicas: *“Pues bien, es dentro de ese forum externo donde se encuadra el uso de símbolos religiosos y donde su uso queda protegido, tanto frente a los poderes públicos como respecto de los particulares. En ninguno de los dos casos se cuestiona este elemento ni se pone duda alguna sobre que el mismo forme parte del contenido esencial del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, garantizado en el art. 10 de la CDFUE y en el art. 9 del CEDH”*⁵⁶.

Como podemos ver acima, a luta pela liberdade religiosa vem de há muitas décadas, passando pelo reconhecimento dos direitos fundamentais como a liberdade em si e o direito de religião. A verdade é que não são direitos absolutos, ainda dependem de interpretação legal e jurisprudencial. Nas últimas décadas vimos surgir casos conflituosos levantando questões sobre o direito a liberdade de manifestação religiosa e com isso, decisões com diferentes entendimentos por parte do Tribunal Europeu.

Assim, diante da incongruência nas decisões jurisprudenciais que envolvem as relações laborais privadas por falta de embasamento legal específico de proteção

⁵⁵ Cfr. NOVAES, Jorge Reis - *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra Editora, 1.ª edição, p. 290 (288/291), 2012.

⁵⁶ MAZARÍO, José María Contreras, p.590/591, Revista de Derecho Comunitario Europeo, 57, mayo-agosto, 2017, pp. 577-613, EL TJUE NO PROHIBE EL USO DEL VELO ISLÁMICO Comentario a las sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2017, asuntos C-157/15 y C-188/15.

das minorias religiosas, alguns nobres julgadores têm vindo a sobrepor um direito ao outro, como se um tivesse mais importância que o outro, embora ambos sejam direitos fundamentais individuais. O que, ao nosso ver, é lamentável. Dever-se-ia usar da proporcionalidade, no grau de interpretação, para se chegar a uma solução que não restrinja direitos, mas sim apenas mostre outros meios, ou formas, de usufruí-lo.

Nos casos Achbita e Bougnaoui, por exemplo, e como em seguida veremos, o TJUE nem mesmo apreciou o significado da religião e a importância da manifestação desse direito na vida das mulheres afetadas, como veremos em outro tópico desse trabalho.

As normas de liberdade religiosa carecem, pois, de proteção de condutas concretas, quando se referem ao direito de “manifestação” da crença, pois não especificam o uso de símbolos ou pertencas de forma pública ou privada.

Por isso, após um estudo mais aprofundado, entendemos que o artigo 10.º da CDFUE necessita um acréscimo, de uma especificação. Nossa sugestão é a seguinte, para o artigo 10.º:

*1-Todas as pessoas têm direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, bem como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individual ou coletivamente, em público ou em privado, **incluindo o local de trabalho**, através do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.*

2- O direito à objeção de consciência é reconhecido pelas legislações nacionais que regem o respetivo exercício.

3- A exibição de símbolos religiosos no local de trabalho não poderá interferir nos requisitos essenciais e determinantes para o exercício dessa atividade.

Do modo como se encontra escrito o artigo 10.º, temos hoje um direito previsto, mas que não se concretiza. Pois trata de um modo geral a liberdade religiosa, quando esta, na verdade, depende de previsão legal para suas especificações antes de ser imposta à uma sociedade, já descrita como intolerante.

Ao contrário do que vem ocorrendo, acreditamos ser esta a única forma de se impor a tolerância quanto a liberdade religiosa no âmbito laboral; caso contrário, esse direito fundamental vai continuar sendo violado pela parte que detém o poder das decisões (empregador), bem como, os Tribunais vão continuar restringindo as práticas religiosas de acordo com a vontade do empregador. E saliente-se aqui o facto de haver grande divergência entre as decisões de cada Estado-Membro, como um reflexo do entendimento e da “nada fácil” aceitação da diversidade cultural e social.

II – OS CASOS ASMA BOUGNAOUI E SAMIRA ACHBITA

1. Enquadramento: O uso do véu islâmico

Para entendermos os casos, é necessário um prévio conhecimento do que vem a ser o “véu” islâmico. Trata-se de um código de vestimenta feminina islâmica que abrange várias modalidades de lenços e véus: *hijab*, *jilbab*, *niqab*, *chador*, *burqa*. O “*hijab*” cobre apenas o cabelo, o pescoço e os ombros, e é o tipo de véu mais frequente na Europa.

O Alcorão, livro sagrado do Islão, que traduz a palavra sagrada de Deus revelada a Muhammad, prescreve a necessidade das mulheres não mostrarem seus atrativos, portanto, o uso do véu, seria uma forma de obter a salvação divina, como pode ser encontrado na 24.^a surata, versículo 31:

*“Dize às crentes que recatem os seus olhares e conservem os seus pudores e não mostrem os seus atrativos, além dos que aparecem; que cubram o colo com seus véus e não mostrem os seus atrativos, a não ser aos seus esposos, seus pais, seus sogros, seus filhos, seus enteados, seus irmãos, seus sobrinhos, às crianças que não discernem a nudez das mulheres; que não agitem os seus pés, para chamarem a atenção sobre seus atrativos ocultos. Ó crentes, voltai-vos todos, arrependidos, a Allah, a fim de que vos salveis!”*⁵⁷

O uso do véu é visto pelas mulheres muçulmanas como um símbolo de fé, modéstia e castidade, o qual as protege de assédios, como previsto no versículo do Alcorão 33:59:

“Ó profeta, dize a tuas esposas, tuas filhas e às mulheres dos fiéis que (quando saírem) se cubram com as suas mantas; isso é mais conveniente, para que se distingam das demais e não sejam molestadas...”

A mulher de religião islâmica usa o véu como um sinal de respeito à *Sharia*, é assim que se sente digna e descente. E a sua proibição lhe causa um verdadeiro constrangimento, é uma forma de ferir a sua integridade. É, sem dúvida, parte de si e do exercício de um direito. O que não se espera é que o próprio Tribunal deixe de aplicar os princípios de igualdade que lhe são devidos.

⁵⁷ ALCORÃO sagrado: o livro sagrado do islã, 24.^a surata, versículo 31, Tradução de Samir El Hayek, São Paulo: Tangará, 1975.

Portanto, ao contrário do que se tem dito, o uso do véu é considerado como uma demonstração de respeito a Deus, e não, como uma prática de repressão e de subordinação da mulher para com o homem. A restrição ao seu uso é um desrespeito à própria identidade da mulher, que absorveu a sua crença como parte da sua cultura; é inerente à sua personalidade. Qualquer violação ao direito à liberdade de manifestação religiosa implica em excluir os grupos minoritários da sociedade.

Há quem acredite que a proibição do uso do véu é uma forma de libertar a mulher muçulmana de um tratamento inferior, muitas vezes levados por princípios laicos ou mesmo pelo secularismo. Impossível não notar que essas atitudes que limitam os direitos religiosos dos indivíduos tem uma certa conotação discriminatória.

A questão do uso do véu vem sendo debatida na França desde 1989, quando uma escola secundária em Creil expulsou 3 estudantes por não aceitarem retirar o véu. Em 2003 o Presidente Jacques Chirac formou a conhecida *Comissão Stasi*, a qual concluiu que a proibição do uso do véu não infringiria o artigo 9.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. E então, em 2011, conseguiu-se a aprovação de uma lei que proíbe o uso do véu integral no espaço público, o que também veio a ocorrer posteriormente na Bélgica (onde também já era muito questionado o seu uso nas escolas).

Não entendemos que essa imposição seja proporcional ao objetivo do Estado, pois muitas mulheres usam o véu por vontade própria, porque acreditam numa ligação de respeito a Deus e às suas crenças, e essa medida não nos parece necessária e nem proporcional. Impossível não citarmos aqui também a restrição do uso do “*hijab*”, pois não nos parece sensato a sua proibição no período laboral se o mesmo não desqualifica o trabalhador quanto às suas capacidades profissionais.

Vimos, através dos casos Asma Bougnaoui e Samira Achbita, que em seguida se tratarão com detalhe, que o TJUE não se preocupou em concluir o que seja trajar o véu para cada mulher muçulmana; tão-pouco pode o legislador determinar de uma forma geral essa complexa panóplia de interpretações. Há uma mistura de interesses: religiosos, políticos e jurídicos a serem respeitados. Assim como a cultura engloba a religião, podemos dizer que não se forma a personalidade do homem sem a sua cultura. Seria indispensável uma análise crítica das questões apresentadas por ambas as partes, para se chegar a um nível elevado de proteção,

no qual pudessem balancear os direitos à vista das diferenças, e o resultado fosse o caminho da concretização de um direito fundamental reconhecido antes mesmo da prática de uma discriminação.

A intolerância francesa fere não só uma cultura minoritária, mas também, os princípios de uma sociedade democrática, desencadeando assim, a marginalização e exclusão dessa minoria representada pelas trabalhadoras muçulmanas: *“The veil constitutes and institutes the Muslim woman identity, underlining the separation between males and females and making the woman purity possible. So the veil can be considered a symbol, since it put us in the cultural, social and religious order of the Islam of which it’s part”*⁵⁸.

O direito à liberdade de manifestação religiosa está, como vimos, consagrado no artigo 9.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e no artigo 10.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; portanto, a restrição a tal direito consubstancia uma violação a um direito fundamental. É certo que o legislador pretendeu uma nação secular, mas com aceitação da diversidade cultural e religiosa.

Há divergências quanto ao significado do uso do véu; nos parece que o uso do véu dentro da União Europeia não é visto como uma decorrência da liberdade de manifestação religiosa, e sim, como uma afronta à paz pública. Prova disso é o caso *Sahin*, no qual o Tribunal deu razão à pretensão do Estado, considerando que o véu representa um *“poderoso símbolo externo que parece ser imposto às mulheres por um preceito religioso de difícil conciliação com o princípio da igualdade de género”*, o que causou estranheza, pois anteriormente, no caso *Manoussakis e outros vs Grécia*⁵⁹, o TEDH havia declarado que *“o direito à liberdade de religião, exclui qualquer discricionariedade por parte do Estado para determinar se as crenças religiosas ou os meios usados para expressar essas crenças são legítimas”*.

Impossível não fazermos referência à questão do género, pois ao atentarmos nas decisões do TEDH e dos Tribunais vemos que os casos em pauta referem explicitamente a violações sofridas por *“mulheres”* muçulmanas; dificilmente encontra-se o homem como vítima desse tipo de discriminação. Esse tipo de discriminação é expressamente proibido, conforme os artigos 14.º da CEDH; artigo 2.º do TUE; artigo 8.º do TFUE; artigo 23.º da CDFUE.

⁵⁸ Cfr. Scamardella, Francesca - *THE ISLAMIC VEIL IN THE WESTERN COUNTRIES: HUMAN RIGHT OR SIGN OF SEPARATION?* Redes: R. Eletr. Dir. Soc., Canoas, volume 1, número 1, p. 75, 2013. <http://www.revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes>

⁵⁹ Caso *Manoussakis e outros vs Grécia* (párr. 47), processo n.º 18748/91.

Essa restrição sobre a cultura islâmica, ou seja, sobre o uso do “véu” não condiz com o que preceituam os Estados nos Tratados por eles assinado, não é plausível uma restrição que viola o direito de outrem. Uma coisa é aplicar com proporcionalidade medidas que respeitam direitos em conflito, outra coisa é simplesmente restringir um deles em prol do outro. Se pode contar com a real execução dos artigos 9.º da CEDH e 10.º da CDFUE, isso nos sugere haver uma lacuna a ser preenchida pelo próprio legislador, e não, em cada caso, uma interpretação distinta.

Vamos finalizar esse tópico citando uma outra interpretação, feita por um Tribunal Suíço em 2016, o qual condenou uma empresa que despediu uma mulher porque usava o véu islâmico sob a fundamentação de que não importa se uma mulher usa um lenço ou se um homem usa a quipá judaica, no trabalho, a competência deve ser o critério e não as roupas que se vestem. Tribunal entendeu que a mulher foi despedida sem justa causa e deve ser indenizada⁶⁰. Como lembra P. Jerónimo, *“O consenso sobre a “ameaça islâmica” é de tal modo amplo e a hostilidade contra os muçulmanos é vista com tanta naturalidade que não é difícil aos decisores políticos europeus fazer aprovar, com mínima resistência, medidas legislativas altamente restritivas da liberdade religiosa dos muçulmanos, proibindo e até criminalizando aspetos da prática religiosa que não podem deixar de considerar-se abrangidos pela liberdade de religião e de culto, reconhecida por todos os Estados europeus nas suas ordens jurídicas internas e consagrada na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)”*⁶¹.

⁶⁰ “Um tribunal suíço condenou uma empresa que despediu uma empregada com seis anos de serviço após ela ter começado a usar o véu islâmico, numa das primeiras decisões do tipo na Suíça, informou hoje um jornal. O tribunal regional em Berna considerou no mês passado que a mulher sérvia de 29 anos foi despedida sem justa causa de uma lavandaria, determinando que a empresa a indemnizasse. Segundo o *Le Matin Dimanche*, a mulher, identificada apenas como Abida, foi despedida em janeiro de 2015, depois de ter começado a usar o véu islâmico que o empregador considerou violar as regras de higiene. Ela ter-se-ia oferecido para lavar o lenço diariamente ou usar descartáveis, mas o empregador recusou, dizendo que teria de o tirar ou sair. O tribunal de Berna considerou que a empresa violou o direito constitucional da mulher à liberdade de expressão e que o uso do véu só pode ser motivo para rescisão no caso de impedir a realização das funções descritas no contrato de trabalho ou “afetar substancialmente” o ambiente de trabalho, indicou o jornal. “Não deve importar se uma mulher usa um lenço ou se um homem usa a quipá judaica. No trabalho, a competência deve ser o critério e não as roupas que se vestem”, disse ao jornal *Onder Gunes*, da Federação das Organizações Islâmicas na Suíça. **Tribunal suíço condena empresa que despediu mulher por usar véu islâmico.** “Não deve importar se uma mulher usa um lenço ou se um homem usa a quipá judaica. No trabalho, a competência deve ser o critério e não as roupas que se vestem”, disse ao jornal *Onder Gunes*, da Federação das Organizações Islâmicas na Suíça. **Tribunal suíço condena empresa que despediu mulher por usar véu islâmico.**

⁶¹ Cfr. JERÓNIMO, Patricia - *Intolerância religiosa e minorias islâmicas na Europa. A censura do “Islão visível” - os minaretes e o véu - e a jurisprudência conivente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, in: *Atas do I Colóquio Luso-Italiano sobre a liberdade religiosa*, coord. Paulo Pulido Adragão, Almedina, p. 89/90, 2014.

1.1. Religião e Cultura em sociedades plurais. Diversidade cultural e tolerância em relação às minorias religiosas em contexto laboral.

Na última década, um dos graves problemas que temos enfrentado é a politização da diversidade étnica e cultural. Os grupos minoritários de culturas diversas enfrentam a falta de reconhecimento das suas identidades e, conseqüentemente, sua exclusão da vida pública social ou mesmo no âmbito privado.

Como temos visto, os direitos do cidadão já não são suficientes para a sua inclusão numa sociedade democrática. Rejeita-se a diversidade cultural e suas práticas, como a religião das minorias, por exemplo.

É um desafio, não só para a sociedade, mas, também, para o legislador e para o julgador, pois há uma interconexão entre o social e o político, e a lei e a doutrina não estão suficientemente direcionadas para esse tipo de discriminação.

Ao consagrar o respeito pela diversidade cultural, religiosa e linguística, o artigo 22.º da Carta mostra-nos uma preocupação social e política de promover a igualdade e o reconhecimento dessas diversas identidades que constituem o espaço europeu. Mas, ainda assim, podemos dizer que a proteção em causa ainda é fraca, carece de efetividade jurídica. Não podemos esquecer-nos de que a sua aplicação é quase sempre decidida pelos órgãos dos Estados, os quais mostram alguma dificuldade em reconhecer essas culturas minoritárias, dificultando assim, a promoção da igualdade.

Não podemos permitir essa visão distorcida e intolerante da religião que se espalha pela sociedade europeia, mais especificamente sobre as mulheres muçulmanas. A verdade é que desde os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, com a inerente repercussão do choque de civilizações, foi atribuída ao islamismo uma grande ameaça. O que não deixa de ser lamentável, pois não se foi buscar o significado pessoal da religião, apenas se criou uma visão abstrata ligando o islamismo ao terrorismo, comprometendo o processo global de integração étnica e cultural, além do próprio desenvolvimento estrutural defendido pela União Europeia. Estamos diante de uma contraposição entre os próprios Estados, e também entre Estado e União, no que concerne à aplicação normativa para se manter a ordem e a

democracia; são comportamentos incoerentes, que dificultam o reconhecimento e a imposição de respeito à diversidade cultural. Estas ideias são reforçadas pelos ensinamentos de vários doutrinadores: *“les États doivent donc veiller à ce que les différents groupes coexistent au sein de la société, et doivent veiller à trouver le meilleur équilibre entre les droits fondamentaux de chacun”*.⁶²

A neutralidade no trato da diversidade de religião começaria, então, pela diminuição dos obstáculos impostos à manifestação das crenças minoritárias; entretanto, o Estado, que se diz laico e secular, ainda não expressa a percepção de que a religião faça parte da identidade do indivíduo. A liberdade é um direito de todos, bem como o reconhecimento de uma sociedade multicultural, e esse deveria ser o entendimento aplicado pelos diversos instrumentos legais.

Como ensina Habermas, o contributo para a reflexão que as sociedades dotadas de uma pluralidade de visões de mundo esperam da consciência religiosa constitui, por seu turno, um protótipo para a configuração mental de sociedades multiculturais. Porquanto um multiculturalismo bem-entendido não constitui apenas uma *via de mão única* [grifo do autor] para a autoafirmação cultural de grupos que possuem identidade própria. Por outro lado, a coexistência, com igualdade de direitos, de diferentes formas de vida não pode levar a uma segmentação⁶³.

Como resulta de muito do que já se explicou no presente trabalho, igualdade implica dar ao cidadão igual possibilidade de manifestar sua religião, sua cultura, enfim, sua própria identidade. É poder usufruir da sua diferença com os mesmos acessos e liberdades que o outro, é ser reconhecido pela sua cultura, sua crença, sua raça, seja em público ou em uma relação privada. É indiscutível que o secularismo francês não reconhece a diversidade religiosa como interesse público, embora pregue a livre expressão espiritual como um ato democrático.

Como bem definiu a Comissão Stasi: *“No cenário secular, escolhas espirituais ou religiosas fazem parte da liberdade individual”*. No entanto, ela dá um passo em direção ao princípio do pluralismo acrescentando que *“isso não significa que essas questões estão confinadas à intimidade da consciência, “privatizadas”, e que lhes é negada qualquer dimensão social ou capacidade de expressão pública. O*

⁶²Cfr. VAN DER STEGEN, Boniface - *La liberté religieuse dans la vie professionnelle: du neuf depuis l'arrêt Eweida et autres c. Royaume-Uni?* p. 17. Faculté religieuse dans la vie professionnelle: du neuf depuis l'arrêt Eweida et autres c. Royaume-Uni - Available at: <http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:7280> [Downloaded 2018/03/28 at 16:43:47].

⁶³ Cfr. HABERMAS, Jürgen - Tolerância. In: HABERMAS, Jürgen. Entre o naturalismo e religião. Estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 300, 2007.

secularismo distingue a livre expressão espiritual ou religiosa no espaço público, legítimo e essencial ao debate democrático, do domínio sobre ele, que é ilegítimo. Os representantes das diferentes opções espirituais têm o direito de intervir como tal no debate público, como qualquer componente da sociedade.”

No contexto laboral, tem-se ignorado os direitos fundamentais do trabalhador, reprimindo a sua liberdade religiosa através da proibição do uso de símbolos religiosos, como é o caso do uso do *hijab* pelas mulheres muçulmanas. Já não é possível que o trabalhador tenha uma identidade e nem mesmo que expresse as suas crenças ou a sua cultura, pois o facto de ser ou pensar diferente num mesmo ambiente faz com que alguns não tolerem lidar com essa diferença.

É indiscutível que a liberdade religiosa integra os direitos fundamentais, sendo inadmissível qualquer tipo de violação desses direitos. Mas na prática, só é possível se houver mútua tolerância e respeito, sem se desqualificar as pessoas pelas suas escolhas, ou tratar as suas crenças de forma pejorativa.

Não haverá tolerância se não houver um equilíbrio entre a aplicação dos direitos fundamentais e a dignidade humana. A hostilidade à diversidade religiosa é um produto do próprio meio judicial, como também de fatores políticos, económicos e sociais. Quem pratica a discriminação e a intolerância é o próprio homem, e não a religião.

Como explica Fátima Viegas: “*O homem tolerante compreende que se ele próprio tem o direito de pensar e opinar como bem lhe apetecer, o mesmo direito cabe a todos os homens que, por conseguinte, jamais podem ser incomodados ou discriminados só pelo facto de pensarem de maneira diferente*”⁶⁴.

Podemos citar como exemplo o Estado francês, onde a religião islâmica constitui minoria, e tem as suas liberdades restringidas pelas leis que proíbem o uso do véu. Dessa forma, o Estado laico, ao se intitular secular, acaba por pregar um sentido discriminatório anti-religioso. O que difere do verdadeiro sentido de laicidade, uma vez que o mesmo não se apresenta contra a existência de manifestações religiosas e nem mesmo, uso de símbolos religiosos ou culturais pela sociedade. Um Estado secular apenas se apresenta politicamente “sem” religião quanto às suas questões públicas, o que não interfere na existência ou inexistência de grupos

⁶⁴ Cfr. VIEGAS, Fátima - *A Intolerância Religiosa Enquanto Processo de Destruição do Outro*, in: Viegas, Fátima e outros, *O Que é Intolerância Religiosa?* Cadernos de Ciências Sociais, Escolar Editora, p. 19, 2016.

religiosos ou crenças em meio a sociedade. Permitindo que todos os cidadãos convivam uns com os outros, numa mesma sociedade, tratados com igualdade e respeito.

Alguns acontecimentos nos últimos anos têm vindo a pôr em dúvida a aplicação de princípios fundamentais pelo Estado Constitucional. Antes de começarmos, importa citar o crescimento do islamismo na Europa, nas ruas, locais de trabalho e etc., o que têm evidenciado uma grande presença de crentes e devotos, através da manifestação ou simples uso de símbolos religiosos, como o véu, por exemplo. E, com isso, vemos aumentar o número de situações de conflito devido à intolerância em relação a culturas diversas, causando um grande impacto social e cobranças políticas e jurídicas.

Podemos citar como exemplo o ocorrido na França, em 2011, com a aprovação do projeto de lei que interdita o uso do véu islâmico em espaços públicos, bem como, em locais de serviço público, como autarquias, escolas e hospitais.

Estamos a falar do direito à diferença, de poder gozar, mesmo no local de trabalho, de uma extraterritorialidade cívica, de acordo com sua identidade cultural, incluindo suas crenças religiosas. No mesmo sentido, Cristina Queiroz: *“(…) O problema da tolerância transforma-se numa questão de “inclusão” ou de “exclusão” de grupos minoritários ou marginais. E é aqui que a questão da tolerância e da não discriminação no espaço público surge com toda a pujança dos seus argumentos face a grupos não majoritários, portadores de diferentes costumes, convicções e formas de vida”*⁶⁵.

Indiscutivelmente, todas as crenças, costumes e culturas deveriam ser “reconhecidos” pelos Estados como um direito fundamental à liberdade de religião, enquanto isso, a liberdade religiosa fica presa nesse processo cultural que envolve o multiculturalismo.

Devido a essas crescentes desigualdades, torna-se impossível alcançarmos a justiça social. Exige-se uma inclusão de diferentes valores e interesses que compõem a identidade de cada grupo de cidadãos; valores e interesses culturais, étnicos e sociais, no corpo normativo, jurídico e político de cada Estado,

⁶⁵ Cfr. QUEIROZ, Cristina - *Autonomia e Direito Fundamental à liberdade de consciência, religião e culto – Os Limites da Intervenção do Poder Público*, in: *“Estudos em Comemoração dos Cinco Anos da Faculdade de Direito do Porto”*, Coimbra Editora, p. 299/300, 2001.

reconhecendo-se então, o direito a ser diferente, ou nos termos que já conhecemos, o “direito à liberdade”.

Seguindo o conceito de Cristina Queiroz, uma minoria define-se, antes de mais, pela sua cultura: pelo conjunto dos costumes ou das leis positivamente adotadas pelas diversas pessoas ou grupos de pessoas que desenvolvem laços entre si, ou entre as que ditam ou editam uma pertença comum. Pouco importa o número dessas pessoas. A noção de minoria não releva da ordem do quantitativo, mas do qualitativo.⁶⁶ As minorias estão sob proteção de normas constitucionais gerais dos direitos e liberdades jusfundamentais, quando, pelo menos em certas circunstâncias, deveriam estar protegidas por normas específicas.

Bem definido, no entendimento de Cristina Queiroz, é o pressuposto de que o Estado, se o entender, poderá determinar uma tutela específica de, ou para, esses grupos, mediante, por exemplo, uma proteção especial; porém, isso não resulta constitucionalmente exigível para a preservação da própria identidade cultural, no quadro de uma compreensão e interpretação positivas e pluralistas do mandato de “neutralidade” e de “tolerância recíproca” que devem enquadrar as relações dos cidadãos em sociedade e destes com o Estado de que são nacionais.⁶⁷

Contudo, a legislação e as decisões jurisprudenciais não podem continuar a contribuir para que, através de suas decisões, seja varrida a identidade cultural de uma minoria em nome de uma classe dominante. É necessário um equilíbrio ao aplicar o direito à liberdade da empresa e o direito à liberdade religiosa do trabalhador; existe um grave desequilíbrio ao decidir-se que uma regra de neutralidade pode restringir um direito fundamental.

Tal é o caso do uso do véu islâmico, exemplo maior de uma violação desproporcional do Estado na vida privada e nos direitos individuais das minorias. Nos processos de *Achbita* e *Bouagnaoui*, reconhecemos que o Tribunal fez uso de normas diversas e apontou os contextos legais para se tentar, de alguma forma, um equilíbrio, mas pecou ao ignorar o sentido da religião para quem se sentiu discriminado, bem como deu um peso relevante às supostas regras de neutralidade das empresas de forma a esmagar o outro direito, ou seja, o direito a liberdade de manifestar a religião. É provável que a falha na aplicação dos direitos esteja na falta

⁶⁶ Cfr. QUEIROZ, Cristina - *Direitos Fundamentais – Teoria Geral*, Coimbra Editora, 2.ª edição, p. 20, 2010.

⁶⁷ Cfr. QUEIROZ, Cristina - *Direito Constitucional – As Instituições do Estado Democrático e Constitucional*, Coimbra Editora, p. 380 ss., 2009

de menção legal expressa na própria norma jurídica, prevendo situações laborais como estas.

Ocorre que a religião está inserida na bagagem cultural do ser humano, num conjunto de hábitos, ideais e crenças que compõem sua história de vida. Cada pessoa tem suas tradições e só ela sabe o peso que isso tem na sua vida. Os Estados, embora multiculturalistas, vêm de forma restrita suas identidades culturais e acabam por rejeitar as minorias de grupos étnicos ou raciais, em vez de incentivar uma política de diferentes valores.

Através dos nobres ensinamentos de Patrícia Jerónimo, entendemos que os seres humanos não podem ser separados dos seus valores culturais, e o Estado deveria promover a diversidade cultural através de uma política da diferença⁶⁸. Nestes termos, caberia ao Estado adotar medidas de reconhecimento da diferença cultural, como uma forma não só de proteger as pessoas, mas também de manter a paz social e criar estruturas para que essas minorias tenham o seu lugar no trabalho, nas ruas, na vida, num círculo de respeito e de reconhecimento: *“Se pasa a entender, de ese modo, que el Estado ha de asegurar un marco de convivencia en el que se puedan exteriorizar libremente las creencias y convicciones de los ciudadanos y de las comunidades, tanto religiosas como ideológicas a las que pertenecen, haciendo así posible que todos, sin distinción, puedan identificarse con él, admitiéndolo como ámbito común donde convivir en paz y libertad, ejercitando ordenadamente sus derechos”*⁶⁹.

De novo, nas palavras de Patrícia Jerónimo: *“(...) se a defesa da diversidade cultural constitui um imperativo ético indissociável do respeito pela dignidade humana e exige a proteção dos povos indígenas e das pessoas pertencentes a minorias (artigo 4.º da Declaração Universal sobre Diversidade Cultural), importa que possamos compreender o que é a cultura e de que modo é que esta se relaciona com a identidade dos seres humanos e a sua perceção do que seja uma vida digna”*⁷⁰.

⁶⁸ Cfr. JERÓNIMO, Patrícia - *“Direito das Minorias”*, in Jorge Bacelar Gouveia, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 3.º Suplemento, Lisboa, Coimbra Editora, p. 373, 2007.

⁶⁹ Cfr. ROCA FERNÁNDEZ, Véase María José - *La neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 48, pp. 251 y ss, 1996, *ir*. Revista de Derecho Comunitario Europeo, 57, mayo-agosto 2017, pp. 577-613, JOSÉ MARÍA CONTRERAS MAZARÍO, p. 593.

⁷⁰ Cfr. JERÓNIMO, Patrícia - *Direito Público e Ciências Sociais – O Contributo da Antropologia para uma densificação “culturalista” dos Direitos Fundamentais*, Scientia Iuridica, TOMO LX, n.º 326, p. 348, 2011.

Diante de uma situação de conflito de interesses, onde esteja em causa o direito de uma minoria contra o direito de outrem, não podemos simplesmente ignorar questões culturais como se estas não fizessem parte da vida e da personalidade do indivíduo, assim como não seria correto ignorar a liberdade da empresa; devemos encontrar um equilíbrio que possa permitir a superação do conflito.

Muito antes da falha na proteção jurídica, devemos ressaltar a falta de reconhecimento das normas fundamentais pelo Estado uma vez que a igualdade deixa de ser assegurada aos membros das minorias, quando o direito dos seus membros colide com a cultura de uma maioria, privando-as de viver de acordo com suas crenças.

No continente europeu, vemos que uma certa falta de proteção da liberdade de manifestação religiosa vem do falso ideal de neutralidade, a começar pelo Estado. Indagamos essa questão por entender que “ser neutro” é exatamente aceitar e saber lidar com as diferenças. Quem se diz neutro tem de ter nas mãos as justificações plausíveis e as metas a serem concretizadas. Não se deve usar a condição de neutralidade com intuito de impedir a formação de uma sociedade plural e tolerante. Nesse quesito, a atuação da União Europeia parece acabar por se desviar do consagrado nos Tratados e colocar os grupos minoritários religiosos ou culturais em situação de desigualdade.

A margem de apreciação delegada aos Estados pelo TJUE e até mesmo pelo TEDH, sobrepõe-se, de certa forma, ao que é juridicamente estabelecido, gerando decisões que se refletem negativamente no projeto de integração do continente europeu e nos valores propostos pela União Europeia.

É inegável que o conflito religioso e cultural que a Europa vem enfrentando está direcionado para a população islâmica. Ainda não se compreendeu que a religião faz parte da cultura e, assim, da própria identidade do cidadão, mas também, ainda não se criaram instrumentos para garantir a convivência entre as diversas culturas.

Apesar da hostilidade do europeu médio diante da religião muçulmana e disparidades entre as nações europeias, o espaço cultural comum europeu não pode ser definido por meio da refutação das culturas nacionais ou em oposição a

uma religião em particular, como tem alertado a Comissão Europeia. Indissociáveis da cultura, as religiões ocupam um papel público vital, atuando como subsídios coesivos na construção e reafirmação de uma identidade europeia ampliada.

Há quem entenda serem necessário mecanismos de representação das minorias internas e transnacionais, de forma a poder participar da política que rege a sociedade civil e, assim, desenvolver uma identidade europeia ampliada, mais preparada para solucionar os conflitos.

O facto é que, diante do inegável multiculturalismo, se não existir inclusão dos cidadãos pertencentes aos diferentes grupos étnicos e culturais, teremos conflitos ainda maiores envolvendo cidadania e justiça, porque a desigualdade cresce no mesmo passo que falta de reconhecimento dos diferentes como cidadãos.

É certo que essas atitudes visam a eliminação da manifestação cultural de uma minoria religiosa, como é o caso das mulheres muçulmanas que usam o véu, as quais tendem a ser excluídas do âmbito laboral, ou seja, têm a sua dignidade esmagadoramente diminuída se quiserem se manter no mercado de trabalho. Isso denota que o nosso corpo jurídico e político não encontra razões na inserção de uma minoria. O Estado acaba por interferir na concretização de uma norma legítima de direito, impedindo também, o pluralismo social.

A jurisprudência tem tratado de modos diversos esse tema, basta lermos as decisões de tribunais franceses no caso Baby-Loup, ou o Acórdão do Tribunal Constitucional alemão sobre a proibição do uso de véu islâmico por docentes em escolas públicas, para notarmos a problemática da questão religiosa nas últimas décadas, oscilando nas decisões.

“Ciente disso mesmo, a Assembleia-Geral das Nações Unidas proclamou, em 1981, a *Declaração sobre Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas na Religião ou Crença*, em que, entre outras considerações, repudiou qualquer utilização da religião para fins incompatíveis com a Carta das Nações Unidas e disse ser essencial promover a compreensão, a tolerância e o respeito nas questões relativas à liberdade de religião ou crença”⁷¹.

“O alarme generalizado face ao potencial desestabilizador e destrutivo da religião explica a facilidade com que os decisores políticos de vários Estados

⁷¹ Cfr. JERÓNIMO, Patrícia - *Intolerância, Religião e Liberdades Individuais*, in: Viegas, Fátima e outros (2016), *O Que é Intolerância Religiosa?* Cadernos de Ciências Sociais, Escolar Editora, p. 44, 2016.

européus têm conseguido fazer aprovar nos últimos anos medidas legislativas altamente restritivas da liberdade de manifestar a religião no espaço público, superando o escrutínio dos órgãos de controlo político e jurisdicional internos e colhendo beneplácito do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”⁷².

Tal explicação aplica-se perfeitamente, por exemplo, às recentes decisões dos tribunais franceses, as quais se vêem asseguradas pelo TEDH. Na realidade o que se vê é uma ambiguidade jurídica no que respeita às normas que compõem o património constitucional comum da UE, verificando-se bruscas mudanças de postura quando o tema abrange a liberdade religiosa. Tem-se, ainda, a conivência do TJUE ante as decisões dos Estados-Membros, afetando diretamente as minorias étnicas, religiosas e culturais.

Impossível não citarmos aqui o caso *Sahin v. Turquia*, olhando para o direito à liberdade de religião sob a perspetiva de um Estado democrático de direito, e constatando o choque entre a identidade religiosa e a identidade Constitucional.

Diante dessa total intolerância para com a diferença, acreditamos ser imprescindível um complemento das normas que regem esse dispositivo, sem o qual não haverá interpretação jurídica que baste para assegurar a concreta eficácia dos direitos fundamentais. Caberá ao legislador, senão aos nobres julgadores e aplicadores da lei, educar e levar os seus cidadãos a conviver pacificamente com os que, de alguma forma, ostentam as suas diferentes formas de pensar e crer, seja no ambiente público ou privado. Tal objetivo depende de uma tomada de posição dos grupos políticos e das instituições europeias.

Neste sentido, tolerância não se refere à reunião de todas as 9406 religiões e a declaração de que todos têm direitos, mas consiste, sim, em fazer com que todos obedeçam aos princípios republicanos, que são do interesse de todos e não de determinados grupos.⁷³

⁷² Cfr. JERÔNIMO, Patrícia - *Intolerância Religiosa e Minorias Islâmicas na Europa: a censura do 'Islão visível'- os minaretes e o véu - e a jurisprudência conivente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, 2014, in: Paulo Pulido Adragão (coord.), *Atas do I Colóquio Luso-Italiano sobre a liberdade religiosa*, Coimbra: Almedina, p.89/91, in: *Intolerância, Religião e Liberdades Individuais*, in: Viegas, Fátima e outros - *O Que é Intolerância Religiosa?*, Cadernos de Ciências Sociais, Escolar Editora, p. 59/60, 2016.

⁷³ Cfr. BRUM, Luiza Ribeiro - *O CONCEITO DE TOLERÂNCIA: A VISÃO DE HABERMAS*, X Congresso Nacional de Educação – EDUCERE, Curitiba, novembro de 2011. http://educere.bruc.com.br/CD2011/pdf/4343_3647.pdf

1.2. A jurisprudência do TJUE e do TEDH sobre liberdade de religião

Os entendimentos proferidos pelo TJUE e do TEDH nas últimas décadas evidenciam um certo posicionamento diante de questões ligadas ao uso de símbolos religiosos. Notamos um distanciamento entre o Tribunal e a concreta aplicação dos direitos fundamentais. Entre os casos de maior repercussão, podemos citar o caso *Eweida e outros c. Reino Unido*, *Sahin c. Turquia*, o caso *Karaduman c. Turquia*, o caso *Dahlab c. Suíça*, entre outros. Sendo os mais recentes o caso *Achbita* e o caso *Asma Bougnaoui*.

Embora os casos tenham suas diferenças, notamos que as decisões dos Tribunais nacionais e mesmo do TJUE são inconsistentes e se limitam a falar quanto ao que representa a restrição do direito à liberdade religiosa para os requerentes. Percebe-se que o preceito do artigo 9.º da CEDH é aplicado de maneira superficial, bem como a aplicação do artigo 10.º da Carta, que o próprio Tribunal se esquivava de interpretar.

Vejamos, muito brevemente, alguns dos casos mais emblemáticos:

O caso *Senay Karaduman c. Turquia* refere-se a uma estudante de farmácia que teve a expedição do certificado de graduação negada pela administração da universidade, por ter pedido que usassem no mesmo uma fotografia sua na qual estava com a cabeça encoberta; a estudante só obteria o certificado se entregasse uma foto que acatasse o regulamento disciplinar da universidade e a portaria de 1982 do Conselho Superior da Educação, de acordo com as palavras do coordenador do curso. Então, a estudante recorreu ao Tribunal Administrativo Nacional, mas teve o recurso rejeitado, com os mesmos fundamentos da universidade. Posteriormente, endereçou a sentença ao Conselho de Estado, o qual confirmou a sentença e o entendimento de que Karaduman não tinha respeitado as regras sobre o vestuário. Assim sendo, recorreu à Corte de Estrasburgo, mas também teve o pedido rejeitado, sob o fundamento da centralidade do princípio de laicidade e da exigência de tutelar a sensibilidade ideológico-religiosa dos demais estudantes. Não foi considerada pelos julgadores, a importância de se usar um símbolo religioso e nem mesmos qualquer direito fundamental. Sem dúvida que há

uma inversão nos papéis, pois quem deveria adotar medidas autenticamente laicas é o Estado, e não, o cidadão. A Corte permitiu novos caminhos de apreciação aos Tribunais do Estado turco quanto à organização e ao funcionamento dos serviços públicos.

Na mesma linha, temos o caso *Leyla Sahin v. a Turquia*⁷⁴, n.º 44774/98, decidido em 10 de novembro de 2005. Foi um caso do Tribunal Europeu de Direitos do Homem de 2004, aberto contra a Turquia por uma estudante turca de medicina, contestando uma lei turca que proíbe o uso do véu islâmico em universidades e outras instituições educacionais e estatais. O Tribunal confirmou a lei turca por 16 votos contra 1. Na sua queixa, Leyla Sahin argumentou que a proibição do véu em instituições de ensino superior constituía uma interferência injustificada com o seu direito à liberdade de religião, mais especificamente com o seu direito de *manifestar* ou *expressar* sua própria religião. Isso violaria expressamente o art. 9.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, além de violar seus direitos e liberdades previstos nos artigos 8.º (privacidade), 10.º (liberdade de expressão) e 14.º (não discriminação). Sahin tinha frequentado durante os primeiros 4 anos, a Universidade de Bursa, onde tinha a permissão de vestir o véu, mas em Istambul onde ela se tinha matriculado, não lhe foi permitido acessar as provas escritas em mais de uma disciplina, por ter infringido o código sobre os vestuários da Universidade, de acordo com uma portaria de 23 de fevereiro 1998, da Universidade de Istambul, proibindo os estudantes de participar dos cursos e dos seminários da Universidade caso eles se vestissem de maneira imprópria e contrária ao que tinha sido afirmado pela mesma. Assim, a estudante não podia mais ter acesso aos exames e às aulas. A Corte Suprema Administrativa turca, de primeiro grau, decidiu que as medidas tomadas pela Universidade foram legítimas, já que eram limitações respeitadas e coerentes com o princípio de laicidade do Estado, afirmado no artigo 2.º da Constituição turca. Após esse entendimento, a questão foi encaminhada para o Tribunal de Estrasburgo, a qual, através do Acórdão de 10 novembro 2005, confirmou a decisão proferida em 2004, com o entendimento de que não teria havido tal violação e que em uma sociedade democrática o Estado podia vetar a utilização do véu islâmico, se o mesmo prejudicasse a proteção dos direitos e liberdades

⁷⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça Leyla Şahin contra Turquia, Processo 44774/98, de 29 de junho de 2004.

alheias e da ordem pública. Esse caso leva a refletir sobre a laicidade, que entra em choque com o sentido de liberdade, igualdade e democracia no entendimento do Tribunal. Nota-se a falta de peso dos valores constitucionais, dentre eles, a liberdade de manifestar a religião.

No caso *Dahlab c. Suíça*⁷⁵, uma professora na escola primária de uma localidade do Cantão de Genebra não conseguiu que sua queixas contra a Suíça fossem reconhecidas pelo TEDH. Ela, que se casou com um imigrante argelino no final de 1990 e se converteu do catolicismo para o islamismo, utilizava o lenço islâmico na cabeça constantemente. Até alegou que “a harmonia religiosa nunca tinha sido perturbada na escola, já que ela tinha sempre mostrado tolerância para com os seus estudantes”. Inicialmente o uso do lenço foi tolerado, até que a direção da escola em que trabalhava lhe comunicou a proibição de usar o mesmo, sob o argumento de que uma escola pública tinha de ter natureza laica, de acordo com o artigo 6.º da lei de 1940 sobre a educação pública e a Constituição Helvética. Em agosto de 1996, a Direção Geral do Ensino Fundamental proferiu uma decisão proibindo a recorrente de utilizar o “*cobre-cabeça*” islâmico, sob o argumento de que a utilização do lenço islâmico poderia influenciar os estudantes, ao impor-lhes um modelo de pertença religiosa não livremente escolhido por eles. Diante dessas restrições, Dahlab dirigiu-se à avaliação do Conselho de Estado de Genebra, sem também, obter o reconhecimento do seu pedido. Em seguida, recorreu ao Tribunal sem, de novo, obter resultado positivo. Após ter visto rejeitado o seu pedido por parte dos Tribunais nacionais, Dahlab recorreu à TEDH, denunciando a violação do artigo 9.º da CEDH. O Tribunal manteve as pronúncias proferidas pelo Tribunal nacional, justificando a adoção das medidas limitadoras à livre expressão da religião tendo por base tanto o princípio de neutralidade do ensino nos institutos de educação estatais, quanto a importância de tutelar a consciência dos estudantes contra a ostentação de um símbolo religioso que indicava uma específica fé religiosa de quem o utilizava. Pelos julgadores foi fundamentado *que “é muito difícil avaliar o impacto que um símbolo exterior poderoso, como o é o véu, poderia ter sobre a liberdade de consciência e de religião de pessoas muito jovens”*. E que *“os alunos da recorrente tinham uma idade entre quatro e oito anos, fase da vida em que os*

⁷⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem Lúcia Dahlab contra Suíça, de 15 de fevereiro de 2001, Processo 42393/98.

mesmos se perguntam sobre muitas coisas e, ademais, são muito mais influenciáveis do que os outros alunos”. Então, consideraram que “*levando em conta, sobretudo, a tenra idade das crianças, das quais a recorrente era responsável como representante do Estado, as autoridades de Genebra não tinham ultrapassado a margem de apreciação e que, portanto, a medida por elas tomada, não era insensata.*” Assim, podemos perceber que o direito de manifestar a própria religião, atrás do uso do véu, foi mais uma vez cerceado, sob a argumentação de tutelar a laicidade dos espaços públicos e a liberdade de religião dos estudantes.

Já o Caso *Dogru v. França*⁷⁶, refere-se a uma menina muçulmana de 11 anos de idade, que foi expulsa da sua escola por recusar-se reiteradamente de retirar o véu islâmico durante as aulas de educação física, mesmo diante da insistência da sua professora, a qual entendia que o uso do véu era incompatível com tais aulas. Os pais de Dogru apelaram para a Corte Administrativa de Caen, mas tiveram seu pedido rejeitado, assim como o recurso que apresentaram posteriormente. Em seguida, recorreram ao Conselho de Estado da França (Conseil d'Etat), com base no direito de liberdade de consciência e de expressão, mas também tiveram o pedido rejeitado. Em 2005, recorreram ao TEDH, a qual entendeu que a escola agia de acordo com a lei. Mais uma vez, vimos que a restrição da liberdade não foi avaliada, decidindo assim, pela inexistência de violação do artigo 9.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Caso *Eweida e outros c. Reino Unido*, refere-se a Senhora Eweida, funcionária de uma companhia de aviação comercial, católica, recusou-se a acatar a ordem do seu empregador para que não utilizasse o crucifixo por cima do uniforme da empresa. A empresa tinha um regulamento que inibia a utilização de qualquer símbolo religioso de forma visível, salvo se tal não fosse possível devido ao caráter do próprio símbolo e mediante autorização superior prévia, pois entendia que a utilização do símbolo religioso ia contra a imagem de laicidade da empresa. Mas o TEDH exprimiu um entendimento favorável à Senhora Eweida, por entender que a utilização do crucifixo é uma manifestação legítima da sua liberdade religiosa, e

⁷⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça Dogru contra França, Processo 27058/05, de 4 de dezembro de 2008.

assim devia prevalecer sobre a organização económica da empresa baseada na imagem comercial que pretendia projetar. Em que pese o TEDH não tenha se prolongado em seu entendimento, é compreensível que se tenha considerado o direito a liberdade de manifestação religiosa como um verdadeiro direito fundamental, devendo servir como base para outros julgamentos.

A decisão pondera também, entre outros, o caso da Senhora Chaplin, uma enfermeira de um hospital público, católica, que pretendia utilizar um crucifixo como expressão da sua crença. Mas, como mantinha contacto direto com os doentes, inclusive com feridas abertas, o TEDH entendeu que sua utilização poderia colocar em risco a saúde dos mesmos, inclusive da própria requerente, pois um paciente poderia puxá-lo e lhe causar lesões, e enquadrou o caso às restrições do artigo 9.º, n.º 2, da CEDH, embora estivesse acolhida pelo exposto no artigo 9.º, n.º 1, da mesma.

Assim, o TEDH considerou nesta decisão, embora com soluções distintas consoante as circunstâncias concretas, o direito à liberdade de manifestação religiosa como um verdadeiro direito fundamental, devendo servir como base para outros julgamentos.

No caso *Ebrahimian c. França*⁷⁷, decidido no final de 2015, estava-se perante uma assistente social da ala psiquiátrica de um hospital público parisiense, com o qual tinha um contrato de trabalho há mais de uma década, mas que não foi renovado devido a recusa, por parte da trabalhadora, muçulmana, de retirar o véu no exercício das funções, que até então exercia com o uso do mesmo. Os Tribunais franceses decidiram em desfavor de Ebrahimian, confirmando a legitimidade dos argumentos invocados pelo Estado francês, ou seja, o princípio da laicidade e o princípio da neutralidade do serviço público, a que o hospital público e os seus funcionários estão sujeitos. O TEDH acabou por reproduzir decisões anteriores, confirmando a restrição à liberdade religiosa invocada em razão da neutralidade do Estado, fazendo com que os funcionários públicos no exercício das suas funções devam se manter neutros quanto a qualquer tipo de manifestação religiosa. O que

⁷⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem *Ebrahimian c. França*, de 26 de novembro de 2015.

nos lembra a decisão do caso *Kurtulmus c. Turquia*, na qual o TEDH considerou a relação direta entre o secularismo e a neutralidade do Estado, alegada pelo Estado turco, e, permitindo assim, a restrição do uso do véu muçulmano imposta a professora de uma Universidade turca. No entendimento do TEDH, essa medida restritiva da liberdade religiosa teve o intuito de manter a ordem pública e garantir o princípio de laicidade do Estado francês. Bem como entendeu não ter ocorrido uma violação do art. 9.º da CEDH. Dessa forma, o TEDH concedeu um critério muito alargado na consideração do que é necessário para a manutenção da ordem pública, e sem questionar a argumentação apresentada pelo Estado francês. Indiscutivelmente, pois, em desfavor do direito à liberdade religiosa.

Bastante distinto é o caso *Lautsi e outros v. Itália*; refere-se à Sra. Lautsi, mãe de dois alunos, que se insurgiu contra a colocação de crucifixos nas paredes das salas de aula dos seus filhos. Mas as escolas tinham o respaldo legal do artigo 118 do Decreto Real número 965, de 30 de abril de 1924, o qual prescreve que “cada escola deve possuir a bandeira nacional, e cada sala de aula, um crucifixo e o retrato do rei”, e do artigo 119 do Decreto Real número 1297, de 26 de abril de 1928, o qual prescreveu o crucifixo entre os “equipamentos e materiais necessários nas salas de aula escolares”. Os Tribunais nacionais da Itália entenderam que esses dois artigos permaneciam em vigor, bem como, em 3 de outubro de 2002, o Ministro da Educação, das Universidades e da Pesquisa da Itália teria adotado a Diretiva número 2666, a qual orientava os serviços do Ministério da Educação a tomar as medidas necessárias para verificação da presença de crucifixos nas salas de aula. Após a direção da escola ter negado o pedido de retirada dos crucifixos das salas de aula, Lautsi encaminhou o caso à apreciação da Corte Administrativa de Veneto, a qual remeteu o caso para a Corte Constitucional. Esta declarou ser inadmissível o pedido de revisão de constitucionalidade da medida, por basear-se em regulamentos que, por não possuírem status de lei, não poderiam ser submetidos a uma revisão de constitucionalidade. Diante deste posicionamento da Corte Constitucional da Itália, a Corte Administrativa de Veneto rejeitou o pedido de Lautsi, alegando que a presença de crucifixos, em salas de aula não violaria o princípio do secularismo; que o crucifixo “era um símbolo histórico e cultural”, portador de valores de identidade do povo italiano e que representava, “de certo modo, o desenvolvimento histórico e

cultural característico [da Itália] e, em geral, de toda Europa, e era uma boa síntese de tal desenvolvimento". Lautsi apelou para a Suprema Corte Administrativa (*Consiglio di Stato*), que reafirmou a decisão da Corte Administrativa de Veneto, afirmando que a presença de crucifixos em salas de aula era compatível com o "princípio do secularismo" e que possuía uma alta função simbólica educativa, "independentemente da religião professada pelos pupilos". Em 2006, Lautsi levou o caso à CEDH, sob a argumentação de que a presença de crucifixos nas salas de aula violava seu direito de educar seus filhos "consoante suas próprias convicções religiosas e filosóficas", sob a égide do artigo 2.º do Protocolo adicional n.º 1 à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais; bem como, a violação do artigo 9.º da Convenção Europeia. Apesar de todas as alegações, o crucifixo foi entendido como um "símbolo essencialmente passivo", conciliável com a liberdade de religião dos alunos da escola em questão e com o direito dos pais dessas crianças de educarem seus filhos em conformidade com suas próprias convicções.

No âmbito do TJUE, o caso *Vivien Prais contra Conselho das Comunidades Europeias*⁷⁸ é assinalado como uma das primeiras incursões do Tribunal por questões de liberdade de religião; refere-se à legitimidade do ato da Comissão ao fixar o calendário das provas de um concurso para admissão de funcionários comunitários sem considerar o facto do mesmo coincidir com a Páscoa hebraica. A Senhora Prais não obteve o reconhecimento da sua pretensão pelo Tribunal, sob o fundamento de que a candidata não teria comunicado, na época dos factos, à autoridade competente que, de que não poderia comparecer à realização das provas por motivos religiosos. E assim, a data não foi mudada, até porque os outros candidatos já tinham sido notificados do calendário das provas.

Recentemente, nos casos *Asma Bougnaoui e Samira Achbita*, cujas decisões analisaremos criticamente, o TJUE exarou o seu entendimento de que as empresas podem restringir o uso de símbolos religiosos ou políticos no local de trabalho, com fulcro na política de neutralidade. Vimos já que o princípio da proporcionalidade não

⁷⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, caso *Vivien Prais contra Conselho das Comunidades Europeias*, Processo 130-75, de 27 de outubro de 1976.

foi devidamente aplicado, na nossa opinião; basta ver que não se adentrou na questão pessoal da religiosidade, assim como nenhuma outra fundamentação foi exigida à empresa. Assim, caberá aos juízes nacionais decidir se o direito de liberdade da empresa deve sobrepor-se aos direitos fundamentais do trabalhador, ou se uma regra de neutralidade pode ser considerada discriminatória. Perceba-se aqui, a importância e o reflexo da jurisprudência. Cada entendimento emanado do TJUE tem tendência a proliferar; portanto, se as decisões não foram justas ou preteriram algum direito, os demais Tribunais verão nessas um caminho a seguir. Lamentavelmente assim, o TJUE legitima a discriminação contra as mulheres muçulmanas.

1.3. O direito derivado da UE

Em 27 de Novembro foi adotada a Diretiva 2000/78/CE, que estabelece um quadro geral para assegurar o respeito da igualdade de tratamento, independentemente da raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência eventual, idade ou orientação sexual, tanto em matéria de acesso ao emprego ou atividade profissional como em matéria de promoção, formação profissional, condições de emprego e de trabalho e inscrição em determinados organismos visual.

A Diretiva tem o objetivo de combater, nos termos do artigo 2.º, a discriminação direta (diretamente e sem justificação; ostensiva; uma pessoa com tratamento menos favorável do que aquele que é dado a outra pessoa, numa mesma situação) e a discriminação indireta (práticas aparentemente neutras, mas capazes de colocar uma pessoa ou um grupo de pessoas em situação de discriminação). Também contempla como discriminação o chamado assédio, ou seja, a atitude persecutória com o objetivo ou o efeito de violar a dignidade da pessoa e de criar um ambiente hostil. Prevê ainda atos de retaliação, situação em que os Estados devem proteger os trabalhadores, através das medidas necessárias, contra formas de tratamento desfavoráveis adotadas pelo empregador em reação a queixas destinadas a exigir o cumprimento do princípio da igualdade de tratamento (art. 11.º da Diretiva 2000/78/CE).

Aplica-se tanto ao trabalho subordinado como ao trabalho autónomo, abrangendo as condições de acesso ao emprego e as condições de trabalho (art. 3.º, n.º 1). A Diretiva abrange “todas as pessoas, tanto no sector público como no privado, incluindo os organismos públicos” (art. 3.º, n.º 1), bem como os nacionais de Estados terceiros conforme o n.º 2 do art. 3.º.

O artigo 2.º da Diretiva consagra quatro modalidades de discriminação: direta, indireta, o assédio e a instrução para discriminar, mas parte dos doutrinadores entendem que existe apenas duas modalidades de discriminação: direta e indireta. A legislação portuguesa adotou por completo esses conceitos, embora tenha conferido um alcance muito mais amplo ao que concerne ao “assédio”. Esta Diretiva foi transposta para o ordenamento jurídico português através do Código do Trabalho, aprovado pela Lei 99/2003, de 27 de agosto, e que se manteve na sua revisão através da Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro.

Na discriminação direta é irrelevante a intenção do autor; segundo a definição legal, o que importa é o que motivou o tratamento diferenciado; se este fator era proibido e se quem sofreu o ato discriminatório teve algum prejuízo, em comparação a outrem na mesma situação. Enquanto que na discriminação indireta importa o impacto objetivo de normas específicas em determinados grupos sociais, conforme os fundamentos previstos na Diretiva. É ainda admitido, neste caso, um conjunto mais amplo de justificações, sujeitas apenas aos quesitos de (a) legitimidade, (b) adequação e (c) proporcionalidade (art. 2º, n.º 2, a b), i)).

A Diretiva autoriza que os Estados-Membros considerem que uma diferença de tratamento baseada numa característica relacionada com um dos motivos referidos no artigo 1.º (raça, religião, orientação sexual, deficiência e idade) não seja considerada discriminatória quando, “*em virtude da natureza da atividade profissional em causa ou do contexto da sua execução, essa característica constitua um requisito essencial e determinante para o exercício dessa atividade, na condição de o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional*” (art. 4.º, n.º 1 da Diretiva).

Como refere Teresa Coelho Moreira: “(...) O objetivo da proibição da discriminação indireta é o de proteger a igualdade substancial entre as partes e,

mais uma vez, não há qualquer exigência de intenção ou motivo, sendo uma discriminação de facto”⁷⁹.

Ainda nas palavras de Teresa C. Moreira: “Assim, está-se perante uma discriminação indireta quando uma disposição, critério ou prática, aparentemente neutra, coloque a pessoa numa situação de desvantagem comparativamente com outras pessoas, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja a) objetivamente justificada por um objetivo legítimo e b) que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários”⁸⁰.

Após a aprovação da Diretiva 2000/78/CE, os legisladores levaram a cabo um grande avanço no que diz respeito à proibição da discriminação em função da religião ou das convicções, no âmbito da relação profissional, com o intuito de que os Estados-Membros passassem a aplicar o princípio da igualdade de tratamento. Mas, ao citar o termo “religião”, indiscutivelmente, deixaram uma grande lacuna, pois não se definiu o que deve entender-se por tal. Deixa-se, assim, nas mãos dos julgadores dos Tribunais Nacionais e da União, a densificação normativa desse conceito.

No entendimento de Susana Sousa Machado, esta Diretiva acaba por ter uma capacidade de atuação algo fraca no contexto de uma sociedade cada vez mais marcada pelo multiculturalismo e, conseqüentemente, pelo pluralismo religioso, nomeadamente, ao não conseguir atuar em relação ao dever do empregador se esforçar para adaptar, respeitando critérios de razoabilidade, a organização da empresa às convicções religiosas dos seus trabalhadores⁸¹: “o alcance restrito desta Diretiva denota uma certa timidez na proteção dada pelo direito da União Europeia à liberdade religiosa do trabalhador assalariado, enquanto tal”, de acordo com Susana Machado⁸².

Nas últimas décadas, o véu islâmico tem sido motivo de conflitos sociais e debates legais em muitos países da Europa, tanto no espaço público como privado. Fenómeno este mais contundente em França e na Bélgica, onde também podemos dizer que as normas internas parecem salientá-lo, tendo, inclusive, sendo aceites pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

⁷⁹ Cfr. MOREIRA, Teresa Coelho - *Igualdade e Não-Discriminação – Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, p.96, 2013.

⁸⁰ idem

⁸¹ Cfr. MACHADO, Susana Sousa - *PAPER: A Relevância da Liberdade de Religião nas Relações Laborais: Contributos para a sua Compreensão à Luz do Direito da União Europeia*, International Journal on Working Conditions, Ricot Journal, n° 2, December, p. 09, 2011. <http://ricot.com.pt>

⁸² Cfr. MACHADO, Susana Sousa - *Religious Discrimination in Labor Relationships*, Diversitates-International Journal, n° 4, p. 40-52, 2010.

2. Questões dogmáticas relevantes

2.1. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Nos últimos anos, com a evolução normativa e a considerável incidência dos direitos fundamentais nos conflitos entre particulares, aumentou a necessidade de e a cobrança da eficácia e da força jurídica dos direitos fundamentais. Os problemas têm muitas vezes origem numa inegável e duvidosa interpretação legislativa por parte dos Estados e dos Tribunais, segundo as quais as entidades privadas passaram a ter um poder de decisão que ameaça e desrespeita os direitos fundamentais, restringindo sua plena eficácia. Devido a essas violações das liberdades essenciais é que se defende uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Naturalmente que, diante de tais conflitos, e com os avanços na matéria, houve uma evolução visível na jurisprudência no que diz respeito à proteção individual, contra os abusos em matéria de direitos; contudo, o caminho ainda é árduo, porque mesmo com o reconhecimento pela Carta, não se chegou ainda à efetiva aplicação desses direitos na sociedade privada, e parece totalmente discutível o âmbito de certos direitos fundamentais na relação laboral.

Em nosso entender, é necessária uma extensão nas normas jurídicas positivas para assegurar o respeito a tais direitos nas relações privadas, como ocorre em Bougnaoui e Achbita. É preciso constar, estar previsto na norma, para se poder justificar e fundamentar sua aplicação, considerando-se as peculiaridades dos casos. Efetivamente, já não se pode invocar apenas decisões jurisprudenciais, tendo em vista que as decisões têm oscilado e comprimido de maneira significativa alguns direitos fundamentais, deixando de solucionar de forma justa certas colisões de direitos. Os presentes casos mostram que a liberdade de empresa pode ser desproporcionalmente maior que a liberdade de religião. Dessa forma, vemos que o detentor do poder, na seara privada, tem os mesmos poderes do Estado em relação ao indivíduo que lhe é subordinado.

Partimos do conceito de direitos fundamentais, no entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet: *“o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos*

e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito”⁸³. Pérez Luño observa que, por influência da teoria dos valores, da teoria institucional e da jurisprudência e doutrina alemãs, a doutrina do *Drittwirkung der Grundrechte* (eficácia horizontal dos direitos fundamentais) se desenvolveu nos vários Estados europeus e fora do continente⁸⁴. Também conhecida como “eficácia dos direitos fundamentais entre terceiros” ou “eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”, a eficácia horizontal deriva das desigualdades nas relações entre o Estado e os particulares e também entre os próprios particulares.

São duas as teorias que tratam da eficácia horizontal dos direitos fundamentais: a teoria da eficácia indireta ou mediata, que reconhece os seus efeitos, mas exige uma mediação do legislador para que tais direitos sejam aplicados entre particulares; e a teoria da eficácia direta ou imediata (eficácia horizontal), que admite a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, independentemente de qualquer intermediação.

O problema está no alcance dos direitos e na forma de como serão aplicados. Basta vislumbrar uma relação de trabalho, na qual temos, de um lado, o empregador (dono das decisões e do dinheiro) e, do outro, o trabalhador (que se submete às ordens para manter-se no trabalho e ter uma condição financeira digna). O que, por si só, justifica a aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais está, pois, diretamente ligada à eficácia da norma jurídica. Quanto a essa definição, José Afonso da Silva⁸⁵ lembra que é preciso uma distinção entre vigência e eficácia do direito. Para o autor, vigência é o que caracteriza o Direito que rege, em determinado momento, as relações sociais. É a qualidade da norma jurídica que a faz ser exigível juridicamente e a toma de observância obrigatória. Quanto à eficácia do direito, o autor divide em sentido social e sentido jurídico. A eficácia social refere-se à efetiva obediência da norma, trata-se da efetividade da norma. Sendo que a eficácia jurídica

⁸³ Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang - org. - *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, A eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 37, 2006.

⁸⁴ Cfr. LUÑO, Antonio Enrique Pérez - *Los Derechos Fundamentales*, 9º edição, Madrid: Editora Tecnos, p. 319, 2005.

⁸⁵ Cfr. SILVA, José Afonso da - *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 4ª edição, São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 65/66, 2000.

consiste na qualidade da norma produzir efeitos jurídicos ao regular determinadas situações.

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso⁸⁶ apresenta a distinção entre existência, validade e eficácia dos atos jurídicos. Assim, a existência de um ato jurídico refere-se a ser constituído por todos os elementos definidos em lei como necessários. A existência é pressuposta para a validade do ato, se os elementos do ato preenchem os requisitos, os atributos legais para que sejam dotados de perfeição. A ausência de algum dos requisitos legais torna o ato inválido. Já a eficácia é a aptidão para a produção de efeitos, em se tratando de uma norma, segundo o autor, eficácia jurídica é a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos.

Embora José Carlos Vieira de Andrade defina os direitos fundamentais como sendo: “(...) *direitos absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes à qualidade de homem dos seus titulares e constituem um núcleo restrito que se impõe a qualquer ordem jurídica*”⁸⁷, é indiscutível o facto de que, na prática, os aqueles sofrem inúmeras limitações. Citemos como exemplo o próprio caso de Asma Bougnaoui, onde houve conflito entre direitos fundamentais.

No campo que trataremos no presente trabalho – o campo das relações laborais – é inegável a desproporção de poder social entre particulares. A verdade é que há um desequilíbrio de forças entre empregador e trabalhador, como se não fossem partes juridicamente iguais. Assim, não há como negar a necessidade de reconhecimento do efeito horizontal dos direitos fundamentais, como garantia contra as violações de direitos cometidas por quem tem o poder de decidir. Ao não se garantir esta efetiva *eficácia horizontal*, reforça-se uma falta de equilíbrio na aplicação dos direitos fundamentais, aumentando os casos de desigualdade nas relações privadas.

Há, por isso, que dar importância ao estudo da maioria dos doutrinadores que defendem que os direitos fundamentais emergem da própria condição humana, pois é inegável tratar-se de direitos essenciais à liberdade e à igualdade e devem ser não apenas respeitados, mas reconhecidos e aplicados pelos nobres julgadores.

⁸⁶ Cfr. BARROSO, Luis Roberto - *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, 8ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, p. 78/86, 2006.

⁸⁷ Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de - *OS Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, p. 19, 2006.

Quando, diante de um conflito, não houver uma regulamentação infraconstitucional ou quando essa for insuficiente, deve o julgador utilizar-se dos direitos fundamentais como instrumento de erradicação das desigualdades. Ao nosso ver, a teoria da eficácia direta e imediata revela-se mais compatível com, e útil para assegurar a, vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, em virtude das preocupações legítimas e necessárias. É perfeitamente aceitável que para uma correta aplicação da norma constitucional, e para integração das suas lacunas, é necessário desenvolver critérios mais alargados de interpretação.

A possibilidade de violação dos direitos fundamentais entre particulares tem crescido nas últimas décadas, refletindo diretamente a realidade jurídica e social em que vivemos: *“A mudança de paradigma da eficácia apenas vertical dos direitos humanos decorreu, sobretudo, do reconhecimento de que não é somente o Estado que pode ameaçar esses direitos, mas também outros cidadãos nas relações horizontais entre si. O Estado, portanto, se obriga não apenas a observar os direitos fundamentais em face das investidas do poder público, como também a garanti-los contra agressões propiciadas por terceiros”*⁸⁸.

A devida aplicação dos direitos fundamentais destina-se também a proteger os particulares contra os poderes abusivos peculiares do próprio poder privado, violadores de tais direitos. Não sendo possível uma harmonização, cabe ao julgador decidir qual direito prevalecerá. Trata-se de uma ponderação de valores: *“(…) poderá o magistrado deparar-se com inevitável colisão de direitos fundamentais, quais sejam, o princípio da autonomia da vontade privada e da livre iniciativa de um lado (...) e o da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (...) de outro. Diante dessa ‘colisão’, indispensável será a ‘ponderação de interesses’ à luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização. Não sendo possível a harmonização, o Judiciário terá de avaliar qual dos interesses deverá prevalecer”*⁸⁹.

Cabe citar aqui, como exemplo, o artigo 18º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa, o qual estabelece a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, não só aos sujeitos públicos, como também aos sujeitos privados.

Assim, os direitos, liberdades e garantias passam a ser diretamente aplicáveis

⁸⁸ Cfr. CARVALHO, Kildare Gonçalves - *Direito Constitucional*, 15.ª edição, Belo Horizonte: Editora Del Rey, p. 721, 2009.

⁸⁹ Cfr. LENZA, Pedro - *Direito Constitucional Esquemático*, 13.ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, p. 677, 2009.

às entidades públicas e privadas, o que acaba por sujeitar o direito privado à Constituição.

No entendimento de Raquel Tavares dos Reis, a gravidade das limitações privadas aos direitos fundamentais pessoais do trabalhador cresce com o desenvolvimento de violentas «*técnicas de espionagem*» do modo de execução da prestação laboral, podendo a posição de subordinação jurídica a que se sujeita o trabalhador, que evidencia uma clara e determinante sujeição aos poderes da entidade empregadora, fazer perigar o gozo e o exercício efetivo de um conjunto de direitos fundamentais que, por não serem especificamente laborais, correm o risco de vir a ser ignorados pela entidade empregadora⁹⁰.

Diante da colisão entre direitos fundamentais, será aplicada uma ponderação para solucionar tais assimetrias, sempre tendo como vertente o princípio da dignidade humana, conforme nos ensina Sarmiento: “(...) *a dignidade da pessoa humana afirma-se como o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais. Ao deparar-se com uma colisão entre princípios constitucionais, tem o operador do direito de, observada a proporcionalidade, adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove*”⁹¹.

Como bem refere Teresa Coelho Moreira, toda a eficácia de uma legislação que proíba o tratamento discriminatório depende da capacidade de todos os intervenientes para aplicarem os mecanismos legais, saberem ir além dos tradicionais meios judiciais e permitirem que o demandante possa aceder a todos os meios de prova⁹².

Na relação privada é, pois, o empregador quem ditas as normas e impõe práticas, cada dia mais abusivas e violadoras do direito à igualdade e da dignidade humana. Isso ocorre por falta de segurança jurídica na aplicação dos direitos fundamentais, nas decisões dos conflitos entre particulares, o que nos mostra, mais uma vez, a ineficácia, em certos casos, de algumas normas jurídicas. E é por isso que discordamos em parte, das recentes decisões do TJUE nos casos Bougnaoui e Achbita, pois além de sobrepor um direito ao outro, ignorando as peculiaridades dos

⁹⁰ Cfr. REIS, Raquel Tavares dos - *Liberdade de Consciência e de Religião e Contrato de Trabalho do Trabalhador de Tendência – Que Equilíbrio do Ponto de Vista das Relações Individuais de Trabalho?* Coimbra Editora, p. 40, 2004.

⁹¹ Cfr. SARMENTO, Daniel - *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, p. 74, 2000.

⁹² Cfr. MOREIRA, Teresa Coelho - *Igualdade e Não-Discriminação – Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, p. 127, 2013.

factos, o TJUE forneceu ao empregador elementos para justificar a suposta regra de neutralidade da empresa.

No nosso entendimento, se as normas fossem mais objetivas e densificadas, de forma a serem preenchidas as suas lacunas, não nos depararíamos tão amiúde com o problema de uma fraca interpretação por parte do julgador, muitas vezes deixando de lado valores garantidos pelos preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias.

Quando nos referimos ao “legislador”, neste ponto específico, é importante constar que incluímos todos os órgãos dos quais emanem atos normativos, incluindo também as próprias entidades privadas por força do contrato de trabalho.

Nas palavras de Jorge Reis Novais: “(...) *para além do problema jurídico-constitucional incidente sobre a relevância que os direitos fundamentais desenvolvem nas relações entre particulares, há também aí um problema de distribuição de competências, de separação de poderes, designadamente o das margens relativas da intervenção que deve caber ao legislador e ao juiz*”⁹³.

Como saber qual será a interpretação jurídica que deve ser feita pelo julgador, com base nos direitos fundamentais, se já sabemos que a zona que mais carece de proteção nas relações entre particulares diz respeito à igualdade? Cabe citarmos, aqui, um trecho do texto de Patrícia Jerónimo, quando se refere ao reconhecimento de “direitos de diferença” para proteger a liberdade dos indivíduos: “(...) *trata-se também de assegurar a igualdade entre os membros dos grupos culturais minoritários e os membros da cultura dominante, uma vez que os Estados, apesar da sua pretendida neutralidade, são sempre culturalmente comprometidos e, por norma, conferem carácter oficial unicamente aos valores próprios da maioria*”⁹⁴.

Tem-se por certo que o objetivo dos direitos fundamentais nas relações privadas é a proteção da dignidade humana através do respeito pelos direitos, liberdades e garantias, e que somente o Estado pode assegurar tal respeito, através de normas impositivas e taxativas capazes de ser interpretadas e aplicadas objetivamente.

Os direitos fundamentais assumem, assim, um papel de garantidores do regime democrático, nas palavras de Vieira de Andrade: “(...) *ao valorizar-se um*

⁹³ Cfr. NOVAIS, Jorge Reis - *Direitos Fundamentais – Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra Editora, p. 103, 2006.

⁹⁴ Cfr. JERÓNIMO, Patrícia - *Direito Público e Ciências Sociais – O Contributo da Antropologia para uma densificação “culturalista” dos Direitos Fundamentais*, Scientia Iuridica, TOMO LX, n.º 326, p. 363/364, 2011.

*certo sistema de organização da vida política e de legitimação do poder, os direitos fundamentais, e, em particular, a igualdade de todos no uso e fruição desses direitos, passaram a estar intimamente ligados à forma de governo. A democracia torna-se, nesse contexto, numa condição e numa garantia dos direitos fundamentais e, em geral, da própria liberdade do homem*⁹⁵.

O direito à liberdade e a igualdade estão também relacionados com a inviolabilidade da vida privada dos trabalhadores, que inclui o direito a manifestar sua religião (artigo 10º da CDFUE), embora o empregador possa estabelecer regras internas.

O problema não é, portanto, reconhecer que ambas as partes possuem direitos, mas sim, qual a eficácia dos mesmos nas relações intersubjetivas; será imediata ou apenas mediata? De que forma deverão ser concretizados pelo legislador e pelo julgador, nos ordenamentos jurídicos? O facto é que alguns artigos da lei deixam lacunas, que os juízes muitas vezes são incapazes de suprir, deixando, assim, de aplicar determinados direitos fundamentais.

Como observa Robert Alexy:

*“(...) los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”*⁹⁶.

Como apresentado pela maioria dos doutrinadores, têm-se os direitos fundamentais como direitos subjetivos, reconhecidos pela norma constitucional. E é através dessas normas que os valores sociais e culturais passam a integrar o ordenamento jurídico.

Por isso dizemos que o Estado democrático de direito é comprometido com a proteção efetiva dos direitos fundamentais mesmo nos casos em que as violações envolvam particulares, tendo o Estado o papel de assegurar essa proteção dos cidadãos.

⁹⁵ Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de - *OS Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, p. 56, 2006.

⁹⁶ Cfr. ALEXY, Robert - *Teoría De Los Derechos Fundamentales*, Madri: Editora Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 86/87, 2001.

Não há como olvidar a existência de um vínculo entre os direitos e a dignidade da pessoa humana; a sua aplicação está diretamente ligada a aspetos da justiça social, de uma vida digna, com respeito e igualdade de tratamento e liberdade.

A questão primordial reside, porém, nos aspetos jurisdicionais: quais os instrumentos e até onde chega a competência dos tribunais, designadamente no que diz respeito à imposição da eficácia horizontal desses direitos, num quadro em que as relações privadas evidenciam, cada vez mais, situações de desequilíbrio entre as partes, onde quem tem o poder económico tem também o poder de decidir e restringir certos direitos e liberdades de outrem.

Podemos dizer, também, que não se trata apenas de um efeito entre particulares (horizontal), pois não se olvida que, diante do conflito entre as partes (que possuem os mesmos direitos), caberá aos Tribunais decidir a controvérsia. Ou seja, a aplicação concreta dos direitos fundamentais acaba se dando pelo Estado (de forma vertical).

Assim, vemos que não basta a questão do “reconhecimento” dos direitos fundamentais nas relações entre privados, é também de suma importância a perspetiva processual da causa; nela se concretiza, ou não, a aplicação dos direitos. Podemos chamar à colação o *dever de proteção dos Estados*, sendo que a este cabe zelar pela observância das leis e proibir qualquer tipo de violação das mesmas.

Hodiernamente, vemos que a eficácia direta *prima face* dos direitos fundamentais nas relações privadas não se tem apresentado, de todo, como absoluta; na prática, diríamos até que tem sido talvez flexível demais. Em princípio, os efeitos jurídicos provenientes de normas de direitos fundamentais deveriam refletir-se diretamente nas relações conflituosas entre particulares, mas acabam por encontrar obstáculos por falta regulamentação legal, o que entendemos serem as “lacunas” deixadas pelas normas. Deve-se prever que cada caso tem suas peculiaridades e o seu âmbito de proteção, o que demanda vários tipos de interpretação, em busca da otimização.

Essa eficácia direta não se justifica apenas pelas razões dogmáticas, mas também porque nos resta evidente a necessidade de limitação do poder social face ao lamentável nível de desigualdade social, cultural e económico como o que estamos vivendo.

Resta, pois, evidente que a questão da eficácia dos direitos fundamentais em face dos particulares depende do nobre julgador para se concretizar, uma vez que as normas legislativas são gerais e deixam lacunas quanto à particularidade dos casos.

2.2. A garantia dos direitos e liberdades individuais no quadro de relações jurídicas privadas

Nos termos de tudo o que até agora se disse, e antes de prosseguirmos para a análise de casos concretos, devemos ainda ressaltar o conflito existente entre a liberdade do empregador, os direitos fundamentais dos trabalhadores e a discriminação em função da religião. Seria infringir o próprio preceito constitucional aceitar que existem regras relativas à liberdade religiosa? O problema é saber qual é a correta delimitação das limitações à liberdade religiosa dentro do ordenamento jurídico.

Nas palavras de Susana Sousa Machado: (...) *o trabalhador não pode deixar as suas convicções religiosas à “porta da fábrica” (...)*⁹⁷; resta saber em que termos as pode manifestar dentro dela.

O problema levantado expõe a colisão entre dois direitos, o do empregador e o do trabalhador. Se mobilizássemos, na análise, os direitos fundamentais consagrados na Constituição da República Portuguesa teríamos, por um lado, o direito do trabalhador exercer a sua liberdade religiosa, prevista no artigo 41.º, e por outro, o direito à iniciativa económica privada, prevista no artigo 61.º, n.º 1, bem como, a liberdade de organização empresarial do empregador conforme artigo 80.º, alínea c), também da CRP.

Ora, como bem recorda Jorge Miranda: “(...) *ninguém pode ser titular de mais ou menos direitos ou deveres devido à raça, ao sexo, à religião, às ideias políticas ou a qualquer outra razão*”⁹⁸. Cremos ser evidente que a segurança jurídica necessita de uma norma constitucional reguladora, que produza efeitos “entre as partes” nas relações jurídicas entre particulares, de forma a assegurar o respeito das

⁹⁷ Cfr. MACHADO, Susana Sousa - *PAPER: A Relevância da Liberdade de Religião nas Relações Laborais: Contributos para a sua Compreensão à Luz do Direito da União Europeia*, International Journal on Working Conditions, Ricot Journal, n.º 2, December, p. 03, 2011. <http://ricot.com.pt>

⁹⁸ Cfr. MIRANDA, Jorge - *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*, TOMO IV, 6.ª edição, Coimbra Editora, p. 350, 2015.

liberdades de cada cidadão pelo outro. Ou seja, os direitos fundamentais nas relações privadas carecem de (maior) alicerce constitucional.

Nas palavras de André Rufino do Vale, a solução está na reconstrução de um modelo que, englobando todos os aspetos relevantes de cada teoria, represente de forma transparente o modo como incidem os direitos fundamentais no âmbito privado, distinguindo diferentes níveis⁹⁹.

O facto é que, no plano jurídico, o trabalhador encontra-se numa situação de subordinação em relação ao empregador, ou seja, as relações privadas acabam por ser desiguais porque as partes não possuem a mesma liberdade, e algumas regras colocam o trabalhador em posição discriminatória, mas, na maioria das vezes não se consegue provar tais violações aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, como refere Teresa Coelho Moreira, a maior parte das pessoas, incluindo os empregadores, estão conscientes de que a discriminação não deve acontecer e, por isso, se cometerem tratamentos discriminatórios, não vão facilmente admitir o que fizeram¹⁰⁰. É importante considerar e fazer uma análise do entendimento da autora quanto a “*alterar-se a regra de atuação do ônus da prova*”, para assegurar às vítimas o direito efetivo à justiça¹⁰¹.

Os direitos, liberdades e garantias constitucionais carecem, assim, de uma tutela mais específica para resolver os conflitos das relações entre particulares. Seria necessária uma reformulação normativa que suporte a aplicabilidade dos direitos fundamentais nesse tipo de relação, para que as normas atinjam a sua finalidade.

Enquanto isso não acontecer, os direitos fundamentais continuarão a ser violados pelos próprios juízes, por não haver uma interpretação uniforme nesse trajeto. Portanto, usando as palavras de Luís Roberto Barroso, seria preciso o reconhecimento da força normativa e da supremacia das Constituições, o que conduz, invariavelmente, o ordenamento a uma “*reinterpretação dos seus institutos*”, de acordo com uma nova ótica, imperativa e condizente com a dignidade da pessoa humana¹⁰².

⁹⁹ Cfr. VALE, André Rufino do - *Constituição e Direito Privado: algumas considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, in: Revista de Direito Público – Instituto Brasiliense de Direito Público, out/dez, p. 121, 2004.

¹⁰⁰ Cfr. MOREIRA, Teresa Coelho - *Igualdade e Não Discriminação - Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, p. 80, 2013.

¹⁰¹ idem, p. 82.

¹⁰² Cfr. BARROSO, Luís Roberto - *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo: Saraiva, 1.ª. Edição, p. 174, 1996.

Como bem disse Patrícia Fragoso Martins, são “(...) *dimensões fundamentais de identidade e liberdade pessoal: o direito a ser-se quem se é e a liberdade intimíssima de fazer escolhas que só a cada um respeitam*”¹⁰³. Nestes termos, é um direito do trabalhador manter a sua qualidade de pessoa e de cidadão, a sua personalidade, as suas convicções religiosas, em público ou privado. Tem a ver com a sua dignidade, com a sua cultura, com a sua história de vida.

Embora a OIT (Organização Internacional do Trabalho) tenha conferido uma maior proteção a alguns direitos laborais, ao reconhecê-los como integrantes dos direitos humanos, a discriminação por motivos religiosos continua a ser praticada. A liberdade religiosa permanece, frequentemente, sem proteção e garantias pelos tribunais, que se têm inclinado para uma preferência por outros direitos conflituantes, em vez de deliberar uma harmonização entre os mesmos.

Com isso, os instrumentos legais acabam como meios de exclusão dos direitos individuais, uma vez que as próprias decisões judiciais se manifestam como violadoras de um direito fundamental; este fenómeno agrava-se devido ao facto de haver uma clara falta de especificação normativa para que os decisores possam suas decisões noutro sentido. Lembre-se que o Estado tem o poder-dever de garantir a aplicação das liberdades individuais conforme previsto nos parâmetros constitucionais, o que não tem ocorrido, também, por falta de reconhecimento, nas próprias normas, de soluções distintas.

A sociedade deveria estar desenvolvendo uma prática política de integração com cidadãos de culturas diferentes, não apenas porque isso significa o desenvolvimento de uma Nação, mas acima de tudo porque as normas se devem traduzir em obrigações e não, em violações de direitos: “(...) *na medida em que as liberdades individuais requerem de todos o respeito pelas opções de cada um, elas impõem a todos, indiscriminadamente, um dever de abstenção de impedimentos ou atentados à liberdade alheia*”¹⁰⁴.

No âmbito da vinculação dos particulares, diz Ingo Wolfgang Sarlet: “(...) *também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, por sua natureza igualitária e por exprimir a ideia de*

¹⁰³ Cfr. MARTINS, Patrícia Fragoso - *Em Defesa do Hijab ou do Tribunal de Justiça? 2017*, <http://observador.pt/opiniaao/em-defesa-do-hijab-ou-do-tribunal-de-justica/>, em 04/04/2017.

¹⁰⁴ Cfr. MOREIRA, Vital, Artigo 10.º - “Liberdade de Pensamento, de consciência e de religião”, *ir*. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Comentada, coord. Alessandra Silveira e Mariana Canotilho, Almedina, p. 140, 2014.

*solidariedade entre os membros da comunidade humana, o princípio da dignidade da pessoa vincula também no âmbito das relações entre os particulares. (...) tal constatação decorre do facto de que há muito já se percebeu – designadamente em face da opressão socioeconómica exercida pelos assim denominados poderes sociais – que o Estado nunca foi (e cada vez menos o é) o único e maior inimigo das liberdades e dos direitos fundamentais em geral*¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang - *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 3ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 111/112, 2004.

3. Os casos Samira Achbita e Asma Bougnaoui - análise crítica.

3.1. Síntese dos casos

No caso Samira Achbita (Processo C-157/15) estava em causa o despedimento de uma senhora que trabalhava na empresa G4S Secure Solutions NV como rececionista e atendia clientes do sector público e privado. A senhora Achbita começou a trabalhar para a empresa em 12/02/2003 com um contrato de trabalho por tempo indeterminado, e em abril de 2006 teria informado o seu empregador de que pretendia começar a usar o véu islâmico durante o período de trabalho. Então, foi informada de que isso não seria tolerado devido a uma «*política de neutralidade*» que vigorava dentro da empresa, fundamentando que a exibição de símbolos religiosos, políticos ou filosóficos no local de trabalho não seria tolerada. Em 29/05/2006, foi aprovada pela comissão de trabalhadores uma alteração ao regulamento interno da empresa G4S, que entraria em vigor em 13/06/2006, com o mesmo teor no que toca à política de neutralidade já descrita. Em 12/06/2006, a Sra. Achbita foi despedida por ter insistido em permanecer usando o véu islâmico no local de trabalho. A Sra. Achbita contestou o seu despedimento, contestação não teve provimento na Primeira e nem na Segunda Instâncias Belgas; recorreu, depois, ao Supremo Tribunal Belga alegando que as outras Instâncias tinham interpretado de forma errada o conceito de discriminação direta, e este decidiu colocar ao TJUE a questão prejudicial para saber se um despedimento motivado pela insistência de usar o véu islâmico no local de trabalho constituía discriminação direta, existindo uma instrução do empregador que proibia todos os trabalhadores de exibir símbolos religiosos no local de trabalho.

No caso Asma Bougnaoui (Processo C-188/15) estava em causa o despedimento da engenheira de projeto, francesa, Asma Bougnaoui, pela empresa especializada em consultoria, engenharia e treinamento especializado em serviços informáticos Micropole SA. A Senhora Bougnaoui fora entrevistada numa feira de emprego em outubro de 2007, onde teria sido informada de que o uso do véu islâmico poderia causar um problema no contacto com clientes da empresa, tendo sido logo depois contratada, em fevereiro de 2008, para um estágio. No início, a Sra. Bougnaoui ter-se-ia apresentado com apenas uma bandana na cabeça e só posteriormente é que teria passado a usar o véu. Em julho de 2008 foi contratada

por tempo indeterminado, após uma audiência prévia que ocorreu junho desse ano, onde teria sido reafirmada a condição de neutralidade do empregador no contacto com clientes, solicitando que a mesma deixasse de usar o véu islâmico, exigência que teria recusado. Foi então despedida por carta, em junho de 2009, com fundamento no facto de um cliente ter reclamado por causa do uso do véu que usava e pelo facto de a mesma já ter sido advertida no ato da sua contratação de que a utilização do véu islâmico não seria permitida. A Sra. Bougnaoui contestou o seu despedimento, o que não foi acolhido em primeira e nem em segunda instâncias pelos tribunais franceses competentes. Logo após, recorreu à Cour de Cassation, a qual fez um reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia questionando se as preferências de clientes de uma empresa, traduzidas em não querer lidar com trabalhadores que ostentam símbolos religiosos constituiria um “requisito ocupacional genuíno”, nos termos e para os efeitos do artigo 4.º, n.º1 da Diretiva 2000/78/CE¹⁰⁶.

As Advogadas-Gerais tiveram entendimentos diferentes na questão do tipo de discriminação em face da liberdade religiosa.

A Advogada-Geral Sharpston, no caso Bougnaoui, entendeu estar-se perante a existência de uma discriminação direta contra a empregada Asma, com fundamento no artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2000/78/CE, devido ao tratamento desfavorável em relação a outro trabalhador em situação semelhante. Nas conclusões da Advogada-Geral: *“parece impossível chegar a outra conclusão que não seja a de que, por causa da sua religião, a Sra. Bougnaoui foi tratada de maneira menos favorável do que qualquer outra pessoa que se encontrasse em situação análoga”*.¹⁰⁷

Já a Advogada-Geral Kokott, a propósito do caso Achbita, concluiu que *“a proibição imposta a uma trabalhadora de religião muçulmana de usar no local de trabalho um lenço de cabeça islâmico não constitui uma discriminação direta em razão da religião (...) se essa proibição se basear numa regra geral da empresa que proíbe o uso de sinais visíveis de convicções políticas, filosóficas e religiosas no local de trabalho e não assentar em estereótipos ou preconceitos em relação a uma*

¹⁰⁶ Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional.

¹⁰⁷ REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO Y RELIGIÓN Vol. 2, NÚM. 2 - Rafael Palomino: *Igualdad y no discriminación religiosa en el Derecho de la Unión Europea. A propósito de las conclusiones en los casos Achbita y Bougnaoui*, p. 26, 2016.

ou várias religiões específicas ou às convicções religiosas em geral. A referida proibição pode, todavia, constituir uma discriminação indireta em razão da religião. Tal discriminação pode justificar-se para pôr em prática uma política de neutralidade em matéria de religião e de convicções prosseguida pelo empregador na empresa em causa, na condição de o princípio da proporcionalidade ser respeitado". A Advogada-Geral notou ainda que, para avaliar acerca do respeito pelo princípio da proporcionalidade, deve ter-se especialmente em consideração o tamanho e o caráter ostentatório do sinal religioso; a natureza da atividade da trabalhadora; o contexto em que esta deve exercer essa atividade, e a identidade nacional do Estado-Membro em causa.

Alem disso, enquanto para Kokott a religião (ou, melhor, a *manifestação da religião*) não parece ser uma característica imutável, como sexo, cor, etnia, orientação sexual, o que implicaria que qualquer limitação da manifestação religiosa seria adequada desde que fundamentada em motivo suficientemente atendível, a Advogada-Geral Sharpston tem uma opinião mais claramente protetora da identidade religiosa enquanto dimensão irrenunciável da pessoa. Resta claro que Kokott, ao defender a restrição do uso de símbolos (no caso Achbita), defendeu uma posição de pendor mais secularista, assim como a adotada pelo TJUE, e contrária à inclusão da diversidade religiosa como valor a proteger, diferentemente da tese de Sharpston.

3.2. Análise crítica

Entendemos que os casos Asma Bougnaoui e Samira Achbita teriam sido oportunidades de o Tribunal de Justiça da União Europeia abordar a questão da discriminação religiosa. Após o Tratado de Amsterdão, muitos casos sobre discriminação já foram decididos, sobre idade, sexo, orientação sexual, deficiência, raça e etnia, mas nenhum sobre a questão religiosa, pelo menos nenhum que permitisse elucidar e debater essa questão com a consideração que deveria.

Na sua decisão, o TJUE usou de fundamentação jurídica semelhante para os dois Acórdãos, embora com diferenças significativas quanto às conclusões, atentas as questões colocadas em cada caso.

Chamado a apreciar as situações de conflito em conformidade com a Diretiva 2000/78/CE, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, o Tribunal recordou que a mesma, embora proíba a discriminação com base na religião, não define o que se entende por esse conceito; assim, fez uso dos preceitos da própria Diretiva, do artigo 6.º do TUE, do artigo 9.º da CEDH, do artigo 10.º, n.º 1 da CDFUE, e do artigo 52.º, n.º 3 do mesmo dispositivo, e concluiu que a Diretiva deverá ser interpretada tanto no «*fórum internum*» como no «*fórum externum*».

Em ambos os acórdãos, o Tribunal recordou que a legislação da União Europeia protege as liberdades individuais e coletivas, mas também considerou as tradições e os costumes dos Estados e reiterou que aqueles direitos são protegidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, bem como, pelo Tribunal de Estrasburgo.

No entanto, num segundo momento, o Tribunal afirmou que esses princípios, embora fundamentais, não podem impedir a liberdade de empreendimento, e reconheceu que o empregador tem um interesse legítimo em projetar uma imagem de neutralidade. Posteriormente, passou a recordar os termos da Diretiva 2000/78 e suas definições de discriminação direta e indireta.

. Discriminação direta e indireta e possibilidade de justificação

Recorde-se que o caso *Achbita* se refere a uma política geral aplicável a todos os trabalhadores, que proíbe não só a manifestação de crenças religiosas, mas também manifestações políticas e filosóficas. Enquanto que no caso *Bougnaoui* a limitação é restrita à manifestação de crenças religiosas, ou, em outro entendimento, restrita à empregada Asma Bougnaoui, e suscitou-se se constituiria uma discriminação direta ou indireta.

Assim, o TJUE fez uma distinção entre a discriminação direta e a discriminação indireta lembrando que as justificações apresentadas nos casos *Bougnaoui* e *Achbita* eram diferentes. Embora as regras de discriminação direta só devam ser justificadas por um «requisito profissional genuíno e determinante» de acordo com o artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78, as regras de discriminação

indireta podem ser justificadas por um objetivo legítimo e se os meios para alcançar esse objetivo forem adequados e necessários, conforme o artigo 2.º, n.º 2, alínea b), e subalínea i), da mesma Diretiva.

No caso *Achbita* o TJUE entendeu que o facto não podia ser entendido como discriminação direta porque a proibição do símbolo religioso (lenço islâmico), devida a uma regra interna da empresa, não teria sido aplicada à empregada Samira Achbita de forma distinta do que aos outros trabalhadores.

Mas não excluiu a possibilidade de tal regra configurar uma discriminação indireta *“se se demonstrar que a obrigação, aparentemente neutra, que prevê implica, de facto, uma desvantagem específica para as pessoas que seguem uma determinada religião ou determinadas convicções, exceto se for objetivamente justificada por um objetivo legítimo, como a prossecução por parte do empregador, nas suas relações com os seus clientes, de uma política de neutralidade política, filosófica e religiosa, e se os meios para realizar esse objetivo forem adequados e necessários”*.

Neste ponto, entendemos ser a decisão do TJUE um tanto incoerente, pois ao mesmo tempo em que incumbe o Tribunal Nacional de averiguar a existência desse tipo de discriminação, fornece elementos ao empregador para justificar que a política de neutralidade em relação aos clientes constitui um objetivo legítimo, conforme artigo 16.º da CDFUE. Nessa medida, considerou que a proibição de usar símbolos religiosos, se for coerente e sistemática, é adequada para assegurar a manutenção de uma política de neutralidade.

Também incumbiu ao Tribunal Nacional a tarefa de averiguar se essa política se aplica somente aos trabalhadores que estão em contacto direto com os clientes, e se seria possível à empregadora, sem encargos suplementares, realocar a empregada para um posto de trabalho no qual não tivesse contacto direto com clientes.

A Advogada-Geral Kokott proferira, no mesmo sentido, o seguinte parecer, no parágrafo 127 das suas Conclusões: *“Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio fazer um justo equilíbrio entre os interesses em conflito, tendo em conta todas as circunstâncias relevantes do caso, em particular a dimensão e conspicuidade do símbolo religioso, a natureza da atividade do trabalhador e o contexto em que ela deve realizar sua atividade, bem como a identidade nacional da Bélgica”*.

O TJUE não pesou, na sua argumentação, importância da utilização do símbolo religioso pela empregada; portanto ao nosso ver não houve esse justo equilíbrio na decisão do conflito. Limitou-se a sustentar a importância dada pelo empregador a manter a empresa como um local neutro. E, por consequência, não forneceu elementos para fundamentar uma futura decisão do Tribunal Nacional quanto à possível ocorrência de uma discriminação indireta no que tange à proibição pela empresa de usar símbolos religiosos.

Além disso, no entender do TJUE o Tribunal Nacional deve analisar a possibilidade de acomodar a Sra. Achbita em um trabalho que não envolva contacto visual com os clientes.

Nas suas fundamentações, o TJUE relegou, implicitamente, o enquadramento das questões para o campo da discriminação indireta, com fundamento no facto de a decisão do empregador ter constituído uma implementação de uma regra neutra, devolvendo o problema para o Tribunal nacional, bem como, se omitiu consideravelmente a comentar a parte religiosa da discriminação potencialmente sofrida. Na discriminação indireta, como bem diz Teresa Coelho Moreira, o que releva não é a intenção, mas sim, as consequências do ato¹⁰⁸.

Claro que o Tribunal poderia ter decidido que, pelo menos a situação da Sra. Asma Bougnaoui constituiria uma discriminação direta, o que teria outro peso, tendo em vista que a discriminação indireta prevê mais possibilidades que podem justificar uma diferença de tratamento baseada na religião, como por exemplo, a situação de facto analisada no caso Achbita.

Para José Maria Contreras Mazario o tipo de discriminação ocorrida nesse caso é, aliás, a direta, *“y lo es porque si este tipo de discriminación utiliza un criterio para fundamentar una discriminación de trato, se entenderá que se ha producido esta cuando una persona es tratada de forma menos favorable por un motivo prohibido, en este caso por motivos religiosos o de convicción (lo que para el TJUE no se ha producido o, al menos, no se ha demostrado)”*¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Cfr. MOREIRA, Teresa Coelho - *Igualdade e Não Discriminação - Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, p.95, 2013.

¹⁰⁹ Cfr. CONTRERAS MAZARIO, José María - «Símbolos religiosos y principio de no discriminación en las relaciones laborales: el caso del velo islámico (comentário a las «Conclusiones» emitidas por las abogadas generales en dos cuestiones prejudiciales presentadas ante el TJUE)», en *Revista de Derecho Social*, núm. 77, 2017, p. 137, in: JOSÉ MARÍA CONTRERAS MAZARIO, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 57, mayo-agosto (2017), pp. 577-613, EL TJUE NO PROHÍBE EL USO DEL VELO ISLÁMICO...p.595/596, 2017.

Salientamos que em nenhum dos casos citados as possíveis justificações para a discriminação indireta deveriam interferir de forma tão intensa na interpretação do direito à liberdade religiosa enunciado tanto no artigo 10.º, n.º 1 da CDFUE quanto no artigo 9.º da CEDH, porque isso acarreta um desequilíbrio na aplicação do direito.

Apontamos aqui alguns pontos salientados pelo TJUE, que, para nós, se afiguram um tanto duvidosos: em primeiro lugar, a “política de neutralidade” implantada pela empresa, onde está tal designação legal para lhe ter sido investido tamanho peso jurídico? Também apontamos o facto de uma norma interna ser lícita com justificação no facto de ser dirigida (atingir) a todos, e não uma pessoa, especificamente, sendo que essa “norma interna” priva os trabalhadores de exercerem o seu direito de liberdade religiosa.

Não podemos deixar de assinalar a decisão contrastante proferida no Acórdão do TEDH no caso *Eweida e outros contra o Reino Unido*, no qual a Corte de Estrasburgo reconheceu ter havido uma violação do direito à liberdade de religião. Lembrando que, nesse caso, o TEDH considerou de um lado o direito de Eweida a manifestar a sua religião através do uso de um crucifixo no trabalho e, do outro, o direito do empregador a projetar uma certa imagem da sua empresa, o qual foi reconhecido, apenas não lhe tendo sido dado mais peso do que deveria. Lamentavelmente, o TJUE não seguiu o mesmo entendimento.

A decisão de ambos os Acórdãos também chocam com a decisão proferida pela Suprema Corte dos EUA, no caso *EEOC contra Abercrombie & Fitch Stores*, no qual houve a recusa de contratação de uma trabalhadora que usava o véu islâmico, tendo sido decidido que *constituía uma discriminação direta uma vez que a trabalhadora não tinha sido contratada por causa da sua religião*.

É curioso o modo como o Tribunal enquadra a regra de neutralidade como um objetivo legítimo, assim como o “peso” que dá ao direito à liberdade de conduzir uma empresa. Nossa pergunta é: qual peso a dar ao direito à liberdade religiosa e a dignidade prevista no direito do trabalhador?

No caso *Achbita*, o Tribunal parece ter aceite a opinião da Advogada-Geral Kokott quanto ao facto de a discriminação direta exigir uma diferença de tratamento motivada pela religião, o que não teria ocorrido no caso, uma vez que não se proibiu apenas o uso do véu islâmico e sim, o uso de qualquer símbolo religioso. Já no caso

Bougnaoui o Tribunal foi mais cauteloso, ao qualificar a conduta da empresa e ao analisar o porquê da diferença de tratamento.

Assim, enquanto o Tribunal entendeu que a Sra. Achbita sofreu uma diferença no tratamento que, embora não afetasse a todos da mesma forma, restringia o direito de manifestação religiosa de maneira idêntica para todos os trabalhadores, decidiu que a Sra. Bougnaoui também foi tratada de forma diferente, e claramente, por causa do uso do símbolo religioso, mas com “*considerações subjetivas, como a vontade do empregador de ter em conta os desejos concretos do cliente*”.

Não resta dúvidas, em face das especificidades de ambos os casos e respectivas decisões – que, porém, no fim de contas, conduzem a resultados muito próximos – de que o problema se encontra na própria norma paramétrica; há uma lacuna que não nos permite saber até onde vai a liberdade de manifestação religiosa, e principalmente, se esse direito se mantém durante o período laboral. A prova disso é a previsão do artigo 10.º da CDFUE, a qual não é suficiente para esclarecer ou fornecer elementos aos próprios julgadores.

No que respeita ao juízo de proporcionalidade, o TJUE considerou que uma regra interna deve ser considerada adequada para garantir uma política de neutralidade «*desde que essa política seja verdadeiramente prosseguida de forma coerente e sistemática*» e limitando-se ao «*estritamente necessário*».

No Acórdão *Bougnaoui*, no que toca à questão da “preferência dos clientes”, o Tribunal rejeitou essa classificação como um requisito ocupacional genuíno, nos termos do disposto no artigo 4.º, n.º 1 da Diretiva 2000/78/CE, pelo facto de o “requisito essencial” não se referir ao motivo em que se baseia o citado tratamento, mas sim, a uma exigência objetiva, imposta em razão da natureza da atividade profissional ou do contexto da sua execução, sendo que as preferências do cliente não se enquadram nas circunstâncias que configuram o fator de discriminação devido à religião.

O Tribunal começou por restringir a questão ao âmbito da Diretiva 2000/78/CE, lembrando que não se encontra na mesma uma definição para o fator “religião”, apesar de proibir a discriminação em face da mesma; tomando como fonte de interpretação o artigo 1.º da Diretiva, o qual remete ao artigo 6.º do TUE, que estabelece o vínculo da União Europeia aos direitos fundamentais, também

protegidos pela CEDH, o TJUE reafirmou que os direitos garantidos no artigo 10.º, n.º 1 da CDFUE e no artigo 9.º da CEDH deverão ter o mesmo conteúdo e âmbito, por força das explicações relativas à CDFUE e do disposto no artigo 52.º, n.º 3 da mesma.

No entanto, o TJUE decidiu que a matéria de facto não permitia concluir se a diferença de tratamento fundada na religião era de natureza direta ou indireta. Caso se tratasse de discriminação direta, o Tribunal sustentou que esta seria injustificada, já que *“o artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, deve ser interpretado no sentido de que a vontade de um empregador de ter em conta os desejos de um cliente de que as prestações de serviços do referido empregador deixem de ser asseguradas por uma trabalhadora que usa um lenço islâmico não pode ser considerada um requisito profissional essencial e determinante na aceção dessa disposição”*.

No entanto, oportunamente mencionou que, caso o Tribunal de reenvio concluísse pelo enquadramento da questão no âmbito da discriminação indireta, a mesma poderia justificar-se desde que sejam preenchidos os três pressupostos objetivos de legitimidade, adequação e necessidade.

Portanto, se o despedimento de Asma Bougnaoui foi baseado em discriminação indireta nos termos do artigo 2.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2000/78, poderia ser justificado por um objetivo legítimo, como a implementação de uma política de neutralidade pela empresa, através dos meios necessários. Por outro lado, se o despedimento da empregada não se baseou na existência de uma regra interna, mas apenas na vontade de um cliente nos termos da qual um trabalhador não deveria usar um lenço islâmico, só poderia ser justificado se, em razão da natureza das atividades profissionais específicas em questão ou do contexto em que foram realizadas, essa característica constituísse um requisito profissional genuíno e determinante, desde que o objetivo fosse legítimo e o requisito fosse proporcional, condição que o TJUE rejeitou no caso concreto.

O Tribunal de Justiça deixou ainda claro que resulta do artigo 4.º, n.º1, da Diretiva 2000/78, que não é o fundamento em que se baseia a diferença de tratamento, mas sim *uma característica relacionada com esse fundamento*, que deve constituir uma verdadeira exigência profissional determinante e que, em

conformidade com o considerando 23 da Diretiva 2000/78, *apenas em circunstâncias muito limitadas uma característica relacionada, em particular, como a religião, pode constituir uma exigência profissional verdadeira e determinante. De facto, uma característica só pode constituir um tal requisito "em razão da natureza das atividades profissionais específicas em questão ou do contexto em que são realizadas". O conceito de "requisito ocupacional genuíno e determinante" refere-se assim à natureza da atividade profissional em questão.*

Ora, isto é o inverso de considerações subjetivas, como a vontade do empregador em atender os desejos particulares do cliente, que se admitem como relevantes no caso de discriminação indireta. Recorde-se que a questão colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio era se o artigo 4.º, n.º1, da Diretiva 2000/78 deve ser interpretado no sentido de que a vontade de um empregador de ter em conta a vontade de um cliente deixar de ter os serviços daquele empregador fornecido por um trabalhador que usa um lenço islâmico não poderia ser considerado um requisito profissional genuíno e determinante na aceção dessa disposição.

Já no Acórdão *Achbita*, e numa decisão mais limitadora do direito fundamental à liberdade de religião, o TJUE reconhece o direito do empregador em manter uma relação de neutralidade com os clientes. Conclui, neste sentido, que *“se for objetivamente justificada por um objetivo legítimo, como a prossecução por parte do empregador, nas suas relações com os seus clientes, de uma política de neutralidade política, filosófica e religiosa, e se os meios para realizar esse objetivo forem adequados e necessários, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar”*, uma política de neutralidade absoluta da empresa quanto à exibição de símbolos religiosos (e outros) é perfeitamente conforme com o direito da UE, ainda que possa configurar uma forma de discriminação indireta.

Que interpretação faz o Tribunal de *“um interesse legítimo”* por parte do empregador?

No resumo de T. Ufarte: *“Ce qui inquiète en premier lieu est la facilité avec laquelle la Cour de justice reconnaît que l'employeur a un intérêt légitime à interdire le port de signes religieux... Dès lors, selon cette approche, le contact avec la*

*clientèle suffirait, en soi, à justifier l'interdiction, une entreprise étant légitime à vouloir afficher une image de neutralité".*¹¹⁰

De acordo com alguns autores, não há fundamento para essa política de neutralidade; se os empregadores fossem realmente neutros, não se incomodariam com as diferenças manifestadas pelos seus funcionários. A finalidade, não revelada, é proibir o uso do véu islâmico. Veja-se, de novo, a síntese de T. Ufarte: *"Plus problématique encore, cette interdiction prétendument générale n'a que l'apparence de la neutralité. Il est évident qu'une telle interdiction énoncée par un règlement intérieur n'a d'autre but que d'interdire le port du voile islamique. Le sujet est suffisamment récurrent sur la scène médiatique pour comprendre qu'il s'agit en réalité, dans les sociétés européennes, du seul symbole religieux supposé ostentatoire qui pose problème".*¹¹¹

Em ambos os Acórdãos, o TJUE fez uso de diferentes regulamentações, bem como mostrou acolher a jurisprudência do TEDH que reconhece a proibição do uso de símbolos religiosos como o lenço islâmico, tendo, mesmo que indiretamente, limitado em ambos, a interação social da diversidade religiosa, em vez de conciliar a liberdade de uns com a liberdade dos outros.

Embora reconheçamos o direito de liberdade da empresa, previsto no artigo 16.º da CDFUE, não concordamos que este tenha um maior "peso" do que o direito a liberdade de manifestação religiosa. É aceitável a tentativa de equilibrar direitos especialmente sensíveis e polêmicos, como os casos *Achbita* e *Bougnaoui*, mas não nos parece aceitável que uma norma de neutralidade, que visa essencialmente garantir uma dimensão económica, possa servir para proibir uma direito fundamental como o da liberdade religiosa.

Vimos que o Tribunal se limitou a mostrar que a legislação sobre a não discriminação não impede a vontade do empregador de ter uma política de neutralidade. Com isso, o Tribunal acabou por atribuir um grande peso à liberdade de conduzir uma empresa, como se essa liberdade tivesse mais importância do que a liberdade de manifestar a religião e o direito de não ser discriminado por causa de

¹¹⁰ Cf. UFARTE, Thomas - *"La liberté de conscience des salariés face au culte de la liberté d'entreprise prôné par la CJUE: Une nouvelle guerre de religion?"* LIBERTÉ DE RELIGION (CJUE), La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés, n° 34 e 35, 2017, <http://revdh.revues.org/3056>.

¹¹¹ Cfr. UFARTE, Thomas - *"La liberté de conscience des salariés face au culte de la liberté d'entreprise prôné par la CJUE: Une nouvelle guerre de religion?"* LIBERTÉ DE RELIGION (CJUE), La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés, n° 27, 2017, <http://revdh.revues.org/3056>

tais manifestações. Os direitos fundamentais, e os direitos humanos, foram aparentemente deixados de lado em prol das liberdades económicas.

Com o caminho adotado pelo Tribunal, o facto de o empregador poder prever uma proibição geral de usar símbolos religiosos no local de trabalho já configura, por si só, o poder de praticar uma discriminação indireta. O empregador nem tem de justificar qual o seu objetivo, pois o pretexto da “neutralidade” basta, ignorando o facto de estar indo contra os princípios da não discriminação. De agora em diante, o empregador pode interferir nas crenças religiosas dos seus trabalhadores para preservar a imagem da empresa, sob o pretexto da “neutralidade”.

O TJUE nem exige que essa decisão seja justificada por dificuldades económicas, questões de ordem pública, segurança ou saúde; o empregador pode simplesmente impor uma decisão que limite a liberdade de religião do seu trabalhador.

Entendemos assim que, com estes acórdãos do TJUE, os princípios da igualdade e não discriminação com fundamento no uso de símbolos religiosos no trabalho, carecem, na prática, de reconhecimento e proteção jurídica. Os juízes acabaram por fornecer elementos aos empregadores que desejam atingir o trabalhador com certa religião, como é o caso aqui das mulheres muçulmanas que usam o véu como símbolo da sua crença, apenas justificando com a introdução de uma política de neutralidade que se aplique a todos os tipos de religião.

O TJUE decidiu que o desejo de um empregador de seguir uma política de neutralidade deve ser considerado legítimo, mas não expôs suas considerações quanto ao facto de a imagem da empresa absorver, ou não, a imagem do trabalhador, ou se o uso de símbolos religiosos teve algum impacto negativo na marca ou imagem do empregador.

Tendencialmente, as jurisprudências dos Tribunais supra-nacionais têm vindo a remeter às autoridades nacionais a apreciação de questões como a “necessidade” e a “proporcionalidade”, omitindo algumas questões que necessitam de ser debatidas, como é o caso do significado da religião para cada cidadão. Devemos salientar que o problema não incide apenas sobre a proteção da liberdade religiosa, mas também na aceitação de diferentes religiões no espaço público ou laboral.

Este alargamento na margem de apreciação dos Estados, entre ações e omissões no cerne desta matéria, tem encontrado acolhimento nas decisões do TEDH, as quais não nos têm parecidos tão críticas quanto deveriam. Efetivamente, no entendimento de Patrícia Jerónimo: “*não poucas vezes, o Tribunal tem optado por uma excessiva deferência para com a margem de apreciação dos Estados, confiando acriticamente na apreciação que estes fazem sobre o que possam ser práticas religiosas perigosas e atentatórias dos valores democráticos*”¹¹².

No âmbito do direito nacional caberia aos Estados-Membros prever um nível elevado de proteção aos direitos de igualdade e não discriminação. Ora, o próprio artigo 53.º da Carta estabelece que as disposições presentes nesta não devem ser interpretadas no sentido de restringir ou lesar os direitos do homem e as liberdades fundamentais reconhecidas pelas convenções de que os Estados-Membros são parte. Como referido no artigo 2.º do TUE, entre eles contam-se o pluralismo e a não discriminação, pelo que podemos dizer que o Tribunal deixou de lado os valores centrais da União Europeia.

. A questão da neutralidade da empresa e o conflito de direitos fundamentais

Tendo em conta o que até agora se afirmou, bem como todo o contexto da análise, e seguindo o entendimento de Raquel Tavares dos Reis, o problema reconduz-se a saber em que medida a liberdade negocial, corolário lógico da autonomia privada, pode ser limitada em função da aplicação do princípio da igualdade, de forma a evitar os potenciais abusos a que será tentada a entidade dadora de trabalho; não se olvidando, por outro lado, que uma determinada atuação da entidade empregadora lesiva dos direitos fundamentais pessoais do trabalhador pode ser ao mesmo tempo discriminatória à luz da vertente negativa do princípio da igualdade¹¹³.

De certa forma, o Tribunal acabou passando por cima da identidade cultural de uma pessoa, ignorando as liberdades individuais e alimentando a intolerância, em

¹¹² Cfr. JERÓNIMO, Patrícia - *Simbolos e Símbolos – O Véu Islâmico e o Crucifixo na Jurisprudência Recente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, Análise das decisões Sahin v. Turquia, Dogru v. França e Lautsi v. Itália, Scientia Iuridica – TOMO LIX, n.º 323, p.499, 2010.

¹¹³ Cfr. REIS, Raquel Tavares dos - *Liberdade de Consciência e de Religião e Contrato de Trabalho do Trabalhador de Tendência – Que Equilíbrio do Ponto de Vista das Relações Individuais de Trabalho?* Coimbra Editora, p.51, 2004.

prol do reconhecimento de regras de neutralidade que só visam o poder económico, mas que estão protegidas pela liberdade de empresa.

A questão da política de neutralidade da empresa que impõe aos seus trabalhadores que se vistam de forma neutra, sem ostentar qualquer sinal visível de crença religiosa, política ou filosófica, é, pois, a questão central do conflito expresso nos acórdãos analisados e, de acordo com o Tribunal, corresponde a um tratamento igualitário dos trabalhadores, já que todos se exige o cumprimento das mesmas regras de vestuário ou comportamento.

Eis então um verdadeiro conflito, porque enquanto para uns seria apenas mudar de traje, para outros é deixar uma parte de si para trás. O símbolo religioso, como no caso o *hijab*, não é considerado uma vestimenta e nem apenas um enfeite; trata-se de parte da personalidade do indivíduo incorporada através da sua cultura, da sua educação, do seu desenvolvimento. Lembre-se que a religião é inerente à cultura.

O Tribunal quer falar de igualdade? Então devemos começar lembrando que a igualdade está na forma como olhamos o outro; é acreditar que todos somos iguais independentemente das diferenças. O TJUE não reconhece a existência de uma discriminação direta com base na neutralidade desenvolvida pela empresa para preservar sua imagem perante os clientes. Mas também, deixa de ser categórico com relação a discriminação indireta. E se limita a falar sobre a questão da religião, especialmente quando está relacionada com a atividade profissional da empregada.

Como entender que o TJUE considere a discriminação direta somente quando se atinja uma única religião e não quando se atinge a todas as religiões?

Até entendemos que a neutralidade seja usada como base para restrições de direitos no setor público, pois, como sabemos, a neutralidade é obrigatória para as autoridades públicas. Mas é delicado quando se pretende estendê-la ao setor privado, principalmente quando se visa restringir um direito como a liberdade de religião, pois acaba servindo como pano de fundo para encobrir o preconceito.

No Acórdão do processo Bougnaoui, ao citar o artigo 2.º, n.º 2, alínea b), i), da Diretiva 2000/78/CE, o Tribunal determinou que a *diferença de tratamento não constituirá uma discriminação indireta se for objetivamente justificada por um objetivo legítimo, como a implementação, pela empresa Micropole, de uma política*

de neutralidade relativamente aos seus clientes, e se os meios para a realização desse objetivo forem adequados e necessários.

O TJUE teceu seu entendimento, em ambos os acórdãos analisados, avaliando tão somente a alegação de uma das partes (do empregador), esquivando-se em avaliar a posição apresentada pela outra parte (trabalhadoras) e, com isso, descartando os interesses jurídicos da parte que se julga ser a mais fraca.

O Tribunal limitou-se ao artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78/CE, o qual faculta aos Estados-Membros a possibilidade de prever que uma diferença de tratamento não constitua discriminação quando, em razão da natureza das atividades profissionais em causa ou do contexto em que são realizadas, as exigências impostas pelo empregador constituam «um requisito profissional autêntico e determinante».

Ou seja, assumindo o papel da neutralidade, a empresa pode exigir que o trabalhador cumpra as suas normas para se manter no emprego, passando, a partir de então, a ser tratado de forma menos favorável do que os trabalhadores, da mesma ou de outras empresas com atividade análoga, que não precisam fazer tais adaptações à sua aparência.

A neutralidade encobre o preconceito. O TJUE, antes de aceitar a questão da “neutralidade” da empresa como uma medida estritamente proporcional, deveria analisar e impor medidas menos restritivas da liberdade religiosa e que atingiriam da mesma forma o objetivo da empresa, sem permitir que se viole um direito fundamental.

A Advogada-Geral Sharpston afirma que esse código de vestimenta da empresa é diretamente discriminatório por motivos religiosos, e não aceita que uma imagem de neutralidade religiosa esteja entre as imagens que a empresa deseja projetar para seus clientes. E ainda afirma que a proibição de usar vestuário religioso imposta a Asma Bougnaoui não é proporcional ao seu objetivo. Bem como, conclui que o seu despedimento constituiu uma discriminação direta.

Podemos captar dois interesses da empresa dentro dessa suposta imagem de neutralidade: o interesse comercial e o interesse social. Aliás, a liberdade da empresa está prevista no artigo 16.º da Carta e pode ser invocada para justificar uma limitação a liberdade do trabalhador.

Nesse caso levantamos a seguinte questão: Quando uma empresa decide adotar uma imagem de neutralidade religiosa, automaticamente não estaria ela decidindo também pelos trabalhadores? Empresa neutra, trabalhadores neutros. Simples assim. Mas, e o direito individual? E o direito à liberdade religiosa? E o direito ao livre desenvolvimento da personalidade? E os direitos humanos? Acaba por permitir-se, como bem como enfatizou Poiães Maduro no caso *Feryn*, que a empresa possa validar “*caprichos discriminatórios dos seus clientes*”^{114 115}.

No Acórdão do processo Achbita, ao responder à questão prejudicial de saber se um despedimento motivado pela insistência em usar o véu islâmico no local de trabalho constituía uma discriminação direta, quando existia uma instrução do empregador que proibia todos os trabalhadores de usarem símbolos religiosos durante o trabalho, o TJUE salientou que constitui um objetivo legítimo a vontade do empregador em manter uma política de neutralidade religiosa na relação com clientes, conforme o artigo 16.º da Carta. O Tribunal entendeu que tal proibição é uma forma adequada de manter uma política de neutralidade, se a mesma se mantivesse de forma coerente e sistemática. Bem como, concluiu que o facto não configurava uma discriminação direta. Mas também, passou a analisar se essa regra interna produzia uma discriminação indireta baseada na religião, conforme o artigo 2.º, n.º 2, al. b), da Diretiva 2000/78/CE, caso essa regra interna de neutralidade pusesse em desvantagem certos trabalhadores. O problema não acaba por aí. Essas questões acabam por esbarrar no direito à igualdade e à não discriminação previstos na Carta (artigos 20.º e 21). Trata-se, pois, de uma questão jurídica complexa.

Por mais que reconheçamos o direito da empresa, não conseguimos partilhar desse entendimento que viola literalmente o direito fundamental de outrem. O empregador passa a ter legitimidade para restringir a religião dos seus trabalhadores e decidir sobre a carreira dos mesmos. Além do facto de que surgirão diferentes categorias de trabalhadores, sendo a estes impostas diferentes sanções. Com isso, a luta contra discriminação desaparece, em conjunto com o direito de ser tratado como igual, independentemente de sexo, raça, religião. Viola o próprio objetivo da Diretiva 2000/78/CE.

¹¹⁴ Cfr. Acórdão (Tribunal de Justiça) *Feryn*, proc.C-54/07, de 10 de julho de 2008.

¹¹⁵ Cfr. CLOOTS, Elke - *Can private undertakings hide behind “religious neutrality”?* 2016, *VerfBlog*, p.2.

<http://verfassungsblog.de/can-private-undertakings-hide-behind-religious-neutrality/>, DOI:<http://dx.doi.org/10.17176/20161006-090818>.

Cabe citar as palavras de Teresa Coelho Moreira: (...) *sob a capa aparente de critérios neutros, o empregador discrimina o candidato ou o trabalhador com base nalgum dos fatores de discriminação*¹¹⁶. A questão da neutralidade reporta-nos, assim, a um direito volátil, que carece de segurança jurídica e que permite que suas lacunas sejam interpretadas de várias maneiras, esquecendo o seu dogma principal, que se consubstancia no respeito pelos direitos fundamentais e pela dignidade humana.

Como referido por Júlio Gomes: “(...) *com base na jurisprudência francesa, o empregador consegue eximir-se, frequentemente, da responsabilidade de atitudes discriminatórias em função de convicções religiosas porque, no fundo, essa discriminação baseia-se sempre na expectativa dos clientes “por mais preconceituosa e xenófoba que essa clientela possa ser”*¹¹⁷.”

É, pois, inadmissível aceitar que o Estado admita uma restrição a uma liberdade fundamental com base numa liberdade de empresa que contraria a liberdade de religião, por não aceitar a diversidade religiosa. Clientes preconceituosos que não aceitam a “diversidade” ainda são presenteados com decisões como estas, que aprovam a suposta imagem de “neutralidade” de uma empresa.

No caso *Achbita*, por exemplo, o Tribunal entendeu que o contacto com clientes justifica basta para tal proibição, uma vez que a empresa tem legitimidade para querer exibir uma imagem de neutralidade, sem ter que justificar *se persegue um objetivo filosófico específico ou se teme perder clientes*. O que, certamente deveria ser motivada por um *determinado objetivo social*. Lamentavelmente, o Acórdão *Achbita* oferece todo o suporte que o empregador desejava para restringir a liberdade religiosa do trabalhador; basta criar uma regra, sendo o único requisito que tenha entrado em vigor antes da ocorrência do comportamento sancionado.

Como bem resume a doutrina: “*It may be concluded that the Achbita and Bougnaoui cases raise a complex legal issue, in an area of great sensitivity: is “religious neutrality” an aim upon which private undertakings can legitimately rely to justify a prohibition on the wearing of religious symbols at work? At least as far as these two cases are concerned, it may be doubted. On the one hand, the companies at issue, which provide reception and consultancy services, respectively, do not*

¹¹⁶ Cfr. MOREIRA, Teresa Coelho - *Igualdade e Não-Discriminação – Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, p. 95, 2013.

¹¹⁷ Cfr. GOMES, Julio - *Direito do Trabalho, Vol. I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 13/14, 2007.

*seem to have a genuine business interest in religious neutrality. On the other hand, their individual interest in the collective good of a secular society, even if sincere, is not sufficient ground for a duty on the part of their personnel to remove religious symbols*¹¹⁸.

Em ambos os casos, o TJUE admitiu a violação de um direito indiscutivelmente fundamental que é a liberdade religiosa e que só diz respeito ao próprio indivíduo. Ignorou o conceito substancial e o “peso” que vem a ter a religião para o indivíduo. Neutralizar a empresa não pode significar privar da ética e da própria personalidade o trabalhador.

Lembre-se que até o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem mostra uma jurisprudência que reflete, em certos casos, o direito de manifestar a religião, no sentido de tolerar e difundir a diversidade em uma sociedade democrática. Diferentemente do entendimento do Tribunal de Luxemburgo, o qual, de forma duvidosa, sequer exige que a opção pela política de “neutralidade” por parte da empresa seja justificada por problemas económicos ou de ordem pública, saúde ou segurança.

A “neutralidade” tomou, aqui, outra dimensão. O que deveria ser entendido como um dos parâmetros da União Europeia, ou seja, um meio como inclusão da diversidade, passou a ser um meio de exclusão de todos aqueles que manifestam suas diferenças.

Aos Tribunais, através dos seus julgadores, foi permitida uma aplicação mais flexível da discriminação indireta; e aos empregadores, foi autorizado conciliar a liberdade da empresa com liberdade de religião do trabalhador, de um modo em que o empregador passa a interferir nas manifestações de fé dos mesmos. Através dos casos *Achbita* e *Bougnaoui*, o TJUE discriminou milhares de mulheres trabalhadoras, na maioria delas, muçulmanas.

A verdade é que a “neutralidade” será sempre alegada por empresas que visam tão somente a sua economia e, por mero receio de umas consequências económicas negativas, não pouparão forças para encobrir o que é visto por elas como um problema, ou seja, a religião. Portanto, essa suposta neutralidade nada mais é do que um “pano de fundo” para a afirmação de outro tipo de interesses e

¹¹⁸ Cfr. CLOOTS, Elke - *Can private undertakings hide behind “religious neutrality”?* 2016, VerfBlog, 2016/10/06, p.3. <http://verfassungsblog.de/can-private-undertakings-hide-behind-religious-neutrality/>, DOI:<http://dx.doi.org/10.17176/20161006-090818>.

não deveria ser considerada, em todo e qualquer caso, como justificação bastante para restrições efetivas à liberdade de religião.

. O papel dos poderes jurisdicional e legislativo na integração de lacunas respeitantes ao direito à liberdade religiosa

O professor Gomes Canotilho faz uma importante observação a respeito da vinculação dos Tribunais aos direitos fundamentais: *“Aos tribunais cabe a tarefa clássica da ‘defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos’ (CRP, artigo 205.º/2). Os tribunais, porém, não estão apenas ‘ao serviço da defesa de direitos fundamentais’; eles próprios, como órgãos do poder público, devem considerar-se vinculados pelos direitos fundamentais”*¹¹⁹.

Nos casos em estudo, a proibição do uso do *hijab* claramente não preenche, em nosso entender, nenhum requisito de necessidade e nem de proporcionalidade. Essa proibição viola gravemente o direito à liberdade de expressão e de religião. Somente a própria pessoa é quem pode dizer o que significa para si o uso do véu.

Como bem refere Patrícia Jerónimo: *“(...) o Tribunal decidiu o que é melhor para as mulheres muçulmanas e propôs-se libertá-las das peias que o véu representa. Fê-lo conferindo legitimidade a práticas estaduais que, não apenas restringem a liberdade religiosa dessas mulheres, como ainda as privam daquela que é a melhor forma de aceder à emancipação, na medida em que comprometem muito seriamente o seu direito à instrução”*¹²⁰.

De forma implícita e latente, o TJUE estará permitindo que ocorram novas situações de discriminação indireta no local de trabalho, e se o trabalhador quiser manter seu emprego terá de ocultar suas crenças, abrindo mão do seu direito de liberdade previsto na lei maior.

Em casos conflituosos como estes, os tribunais não podem decidir apenas com base na lei, como se esta fosse autossuficiente. Devem-se levar em conta todos os princípios conformadores da norma constitucional.

¹¹⁹ Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*, 6.ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, p. 586, 1993.

¹²⁰ Cfr. JERÓNIMO, Patrícia - *Símbolos e Símbolos – O Véu Islâmico e o Crucifixo na Jurisprudência Recente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, Análise das decisões Sahin v. Turquia, Dogru v. França e Lautsi v. Itália, *Scientia Iuridica* – TOMO LIX, n.º 323, p. 501/502, 2010.

Nesse sentido, Joaquim de Sousa Ribeiro: “(...) *As lacunas assim geradas são preenchidas por recurso direto e exclusivo aos preceitos e princípios constitucionais, quando eles tenham densidade suficiente para servir de suporte à solução concreta, ou então, quando isso não suceda, criando o juiz a norma do caso, à luz e por refração dos valores constitucionalmente consagrados*”¹²¹.

De certa forma, o TJUE forneceu às empresas privadas um meio legal de como “discriminar” as mulheres muçulmanas ou outras minorias religiosas que ostentem símbolos visíveis; basta introduzir uma política de neutralidade que se aplique a todos os tipos de vestuário religioso, enquanto que poderia ter usado algumas linhas a mais para discorrer sobre outra forma do trabalhador permanecer na empresa, sem violar sua liberdade e nem a do empregador.

O TJUE poderia ter-se focado no reconhecimento do direito à igualdade de tratamento (artigo 21.º), na liberdade de religião (artigo 10.º), o que criaria mecanismos que as empresas teriam de cumprir, porque ser neutro também significa tratar a todos em condições de igualdade. Os Estados, através dos seus órgãos jurídicos e políticos, no quadro da UE, deveriam criar e aprovar normas de combate à discriminação.

Talvez assim, nas futuras decisões dos Tribunais nacionais, a preocupação latente pudesse ser em relação aos meios que a empresa tem para proteger as liberdades e as garantias do trabalhador, e não com o desconforto de clientes preconceituosos. Nesse caso, a dificuldade não seria em manter o cliente, mas sim, criar políticas internas que respeitem a dignidade do ser humano sem, necessariamente, descuidar-se do fator económico da empresa.

Não seria errado dizer que todas as contradições aos direitos fundamentais partem do Estado, pois a ele cabe o garante do interesse geral, o dever de proteger o direito. Tomemos como exemplo os casos citados, em que o direito contrapôs uma pessoa que tem tantos direitos quanto outra, ambos tutelados juridicamente, mas que de certa forma, houve a falta de reconhecimento dos princípios elencados na norma, pelo Tribunal, ou pelo menos, podemos afirmar que houve desequilíbrio nas decisões.

¹²¹ Cfr. RIBEIRO, Joaquim de Sousa - *Constitucionalização do Direito Civil, Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra, v. LXXIV, p.729 e ss., 1998.

Não estamos deixando de lado o direito do empregador, ou seja, o direito à liberdade de empresa previsto no artigo 16.º da CDFUE, mas deveria haver uma forma mais justa onde o interesse económico do empregador (através da sua suposta regra de neutralidade) não fosse visto com mais importância que o direito do trabalhador ser quem realmente é, ou seja, poder exprimir o seu direito a liberdade religiosa em qualquer lugar, e a qualquer hora do dia. Mesmo porque, a religião é inerente a sua personalidade.

Contudo, o TEUJ parece seguir a linha do TEDH, que *“tem afirmado repetidas vezes que o dever de neutralidade e de imparcialidade dos Estados é incompatível com qualquer tipo de poder estadual para avaliar a legitimidade das convicções e práticas religiosas presentes nos respetivos territórios, uma proclamação oca frequentemente contrariada pela própria jurisprudência do Tribunal, que não tem tido qualquer problema em aceitar como boas as alegações dos governos turco e francês sobre a oposição entre os valores e práticas islâmicos e os valores de democracia, secularismo e direitos humanos, contribuindo desse modo para reforçar as piores imagens que os europeus têm a respeito do Islão”*¹²².

O caminho legislativo é complexo e pode deixar lacunas, como acreditamos que seja o caso do artigo 10.º, e por isso cabe ao julgador a interpretação conforme aos direitos fundamentais. A CDFUE, no artigo 21.º, n.º 1, inclui religião e convicções nos motivos suspeitos de discriminação, mas também não tem impedido situações em que a liberdade de religião é totalmente postergada em relação a outros direitos ou valores, sem que haja qualquer tentativa de concordância prática.

No mesmo sentido, nas palavras de Ana Maria Guerra Martins, o controlo da aplicação do princípio da igualdade cabe aos tribunais, os quais devem testar as eventuais diferenças de tratamento com base em critérios tão previsíveis, objetivos e seguros quanto possível, pois só assim se garantirá a certeza jurídica¹²³.

A mulher muçulmana, ao usar o véu (*hijab*), faz o uso de uma liberdade fundamental e não deixa de lado sua competência profissional, enquanto tal. Mantém-se com o mesmo carácter e dignidade que o trabalhador que não expõe as suas crenças. O que precisam é ser ouvidas. Uma lei não pode ser interpretada

¹²² Cfr. JERÓNIMO, Patrícia - *Intolerância, Religião e Liberdades Individuais*, in: Viegas, Fátima e outros (2016), *O Que é Intolerância Religiosa?*, Cadernos de Ciências Sociais, Escolar Editora, p.64, 2016.

¹²³ Cfr. MARTINS, Ana Maria Guerra - *A Igualdade e a Não Discriminação dos Nacionais de Estados Terceiros Legalmente Residentes na União Europeia: da origem na integração económica ao fundamento na dignidade do ser humano*, Coimbra: Almedina, p.48, 2010.

sem nunca se ter buscado saber o que significa a religião para aquele a quem se quer limitar.

Há autores que entendem que o TJUE devolveu a questão ao respetivo Tribunal nacional, em respeito a decisões pré-existentes e para reafirmar a jurisprudência do TEDH reiterada sobre o assunto. Em nosso entendimento, porém, o Tribunal tinha elementos de decisão, suficientes para formar uma convicção à respeito das discriminações sofridas.

E não podemos nos escusar de falar do TEDH no mesmo contexto, pois o mesmo também teve diversas oportunidades de se pronunciar sobre a questão do conflito entre uso de símbolos religiosos e regras de neutralidade no local de trabalho e não o fez, optando por decisões restritivas, partindo da distinção entre o fórum *internum* e o fórum *externum*.

Talvez o problema não seja exatamente a liberdade religiosa, mas a necessidade de uma definição mais clara sobre o modo e os lugares onde manifestá-la. O artigo 10.º da CDFUE deixa essa brecha para o julgador interpretar, o que acaba lamentavelmente resultando em outra brecha, como é o caso agora do reenvio de volta ao Tribunal nacional, para nova interpretação; o correto seria, a nosso ver, o preenchimento dessa lacuna pelo próprio legislador, para que *a posteriori* possamos ter decisões mais concisas.

Os Tribunais nacionais têm oscilado bastante nas suas decisões; prova disso é o acórdão Baby-Loup que adota uma postura restritiva e considera que essas manifestações devem restringir-se à vida privada; e o Acórdão do Tribunal Constitucional alemão de 27/01/2015, o qual considera que uma sociedade plural deve tolerar essas manifestações no local de trabalho e que os perigos de proselitismo e de criação de conflitos com outros valores constitucionalmente relevantes deverão ser demonstrados no caso concreto para justificar uma proibição, não se podendo alicerçar a mesma num perigo abstrato.

Há doutrinadores, como Wolmark, que entendem que o encaminhamento do Tribunal Francês ao TJUE tenha o intuito de ver aumentada a liberdade dos empregadores e restringida a liberdade religiosa.

Nos acórdãos *Bougnaoui* e *Achbita* o TJUE reconheceu a diversidade das regulamentações nacionais na matéria, mas também reconheceu a vinculação dos

Estados-Membros à jurisprudência do TEDH, como por exemplo, no quesito da proporcionalidade. Temos de lembrar, que no âmbito da discriminação indireta expresso na Diretiva 2000/78/CE, o conjunto de justificações é muito amplo, sujeitando-se apenas aos pressupostos da necessidade, adequação e proporcionalidade.

De facto, não podemos deixar de comentar a omissão do TJUE em ambas as decisões, com relação às preocupações religiosas e os estereótipos negativos dirigidos aos muçulmanos, em particular à mulher que usa o véu, como o caso das Sras. Asma e Samira. Também notamos uma lacuna na interpretação do artigo 10.º da CDFUE com relação ao direito à liberdade religiosa, no que respeita à aplicação desse direito às relações jurídicas privadas. Parece-nos incompatível reconhecer a existência do direito e ao mesmo tempo dar ao empregador a força para restringi-lo.

Bem colocada se afigura a abordagem da Advogada-Geral Sharpston (Caso *Bougnaoui*), quando afirma que a liberdade religiosa está presente diretamente nas relações entre os indivíduos, embora seu conteúdo deva ser harmonizado com os direitos do empresário, que possui o direito à liberdade de empresa. Defendeu, também, a busca por acomodações razoáveis que permitam ao empregador manter sua política de neutralidade sem violar o direito de liberdade religiosa do trabalhador. Como bem disse a Advogada-Geral, a proibição de usar vestuário religioso não é proporcional ao objetivo alegado de “neutralidade”.

A nosso ver, há, assim, uma contradição no âmbito de aplicação dos direitos previstos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia quando o assunto em questão envolve uma relação privada. Parece-nos que o artigo 51.º da Carta não está sendo aplicado como deveria, pelos órgãos dos Estados-Membros, quando postergam a afirmação do artigo 10.º nos conflitos entre sujeitos privados, resultando assim, na violação da liberdade religiosa.

Portanto, conforme já discorremos, analisando os citados Acórdãos *Bougnaoui* e *Achbita*, concluímos que a garantia dos artigos 20.º (Igualdade) e 21.º (não-discriminação) presentes na CDFUE não é absoluta, e será violada sempre que o direito de manifestação religiosa previsto no artigo 10.º não for respeitado, como nestes casos, em que a política de “neutralidade” da empresa foi suficiente para restringir o direito de liberdade religiosa dos trabalhadores com simples regras internas.

Admira-se que o TJUE entenda que a discriminação direta por motivos de religião ou crença exista apenas quando uma medida vise uma única religião, mas aceita quando essa medida atinja todas as religiões.

Urge, assim, salientar a necessidade de implementação de medidas legais de reconhecimento das diferenças religiosas, uma vez que a própria Diretiva 2000/78/CE carece de especificações, como por exemplo, ao não considerar discriminatórias certas práticas da entidade empregadora e permitir que os Estados-Membros prevejam diferenças de tratamento.

Nas palavras de Susana Machado: “o alcance restrito desta Diretiva denota uma certa timidez na proteção dada pelo direito da União Europeia à liberdade religiosa do trabalhador assalariado, enquanto tal”¹²⁴.

Embora reconheçamos o direito de liberdade da empresa, não achamos aceitável que uma empresa possa restringir os direitos fundamentais do trabalhador, como a liberdade de religião e o direito de não ser discriminado, acreditando ser “em favor” de uma sociedade secular.

Analisando a evolução do sistema da União Europeia relativo à tutela dos direitos, temos um duplo efeito nas palavras de Maria Luísa Duarte; por um lado, sob uma perspetiva jurídica, a União compromete-se com o objetivo de garantir aos titulares dos direitos um nível comum e elevado de proteção; por outro lado, sob uma perspetiva meta jurídica ou, mais rigorosamente, política, este objetivo da União transforma-se num instrumento de integração de competências, com a sua consequente subtração à esfera de decisão nacional¹²⁵.

Cabe ressaltar, que a importância da eficácia direta, *prima facie*, dos direitos fundamentais nas relações privadas se justifica também em função da clara necessidade de limitar o poder social, que tanto tem contribuído para as desigualdades sociais e culturais, como foi o caso.

Dentre as razões constitucionalmente inadmissíveis para restringir os direitos fundamentais, Jorge Reis Novais ensina que: “(...) se por trás da aparência de prossecução do interesse público se verifica que estão, afinal, intenções desqualificadoras desse tipo, então a justificação da restrição ao direito fundamental em causa viria essencialmente associada à implícita rejeição da consideração do

¹²⁴ Cfr. Machado, Susana Sousa - *Religious discrimination in labor relationships*, *Diversitates – International Journal*, n.º 4, pp. 40-52, 2010.

¹²⁵ Cfr. DUARTE, Maria Luíza - *União Europeia e Direitos Fundamentais – No Espaço da Internormatividade*, Lisboa, p. 226, 2006.

*outro como ser igual e autônomo e, em última análise, à recusa de reconhecimento de uma igual dignidade a todas as pessoas, pelo que uma tal justificação seria inadmissível*¹²⁶.

Nestes termos, consideramos que, ao permitir a limitação à liberdade de manifestar a religião, o Tribunal atingiu diretamente a dignidade humana, e nem sequer adentrou na questão para justificar o “valor” pessoal do que estava em causa, praticando, lamentavelmente, uma discriminação.

Portanto, tem-se que numa relação privada, a parte mais fraca, ou seja, a subordinada, carece de uma tutela efetiva contra as violações cometidas pelo detentor do poder, que leve em consideração que, pese o louvor das decisões jurisprudencial, em muitos casos, a justiça não é feita e o direito não é cumprido.

Como podemos perceber, nas últimas décadas, houve uma tentativa do legislador de proteger a liberdade religiosa do indivíduo tendo incluído essa previsão nos textos constitucionais, mas por ser uma garantia geral e sem especificações acaba por não ser absoluta. E é essa ausência de especificações, que na prática, gera uma lacuna normativa. Nos parece ser este o caso do artigo 10.º da CDFUE, ao se referir “...a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individual ou coletivamente, em público ou em privado, através de ...práticas..., pois, como disse Vital Moreira, “(...) uma pessoa não tem somente a liberdade de ser pacifista mas também o direito de manifestar essa convicção e de se comportar como tal; não tem somente a liberdade de escolher uma crença religiosa mas também o direito de manifestar essa opção e de atuar de acordo com as suas posições religiosas”.¹²⁷

Recordamos, por isso, nesta sede, a nossa sugestão, já referida anteriormente, nos termos da qual o artigo 10.º da CDFUE necessita um acréscimo, de uma especificação. Nossa sugestão, já acima mencionada, é a seguinte, para o artigo 10.º da CDFUE:

1-Todas as pessoas têm direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, bem como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individual ou

¹²⁶ Cfr. NOVAIS, Jorge Reis - *A Dignidade da Pessoa Humana*, Vol. I, *Dignidade e Direitos Fundamentais*, Almedina, p.175/177, 2015.

¹²⁷ Cfr. MOREIRA, Vital - *Artigo 10.º - Liberdade de Pensamento, de Consciência e de Religião*, in: *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Comentada*, coord. Alessandra Silveira e Mariana Canotilho, Almedina, p.140, 2014.

coletivamente, em público ou em privado, **incluindo o local de trabalho**, através do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.

2- O direito à objeção de consciência é reconhecido pelas legislações nacionais que regem o respetivo exercício.

3- A exibição de símbolos religiosos no local de trabalho não poderá interferir nos requisitos essenciais e determinantes para o exercício dessa atividade.

É indiscutível que o artigo 9.º da CEDH deve ser interpretado junto com o artigo 10.º, n.º 1 da CDFUE, bem como, o disposto no artigo 52.º, n.º 3 da CDFUE. Não se esquecendo dos preceitos da Diretiva 2000/78/CE, à qual devemos acrescentar que deixa também uma lacuna na apresentação das motivações, produzindo, na prática, uma visão geral do que deveria ser mais específico, como é o caso da liberdade de religião no contexto laboral.

Como podemos observar, o artigo 10.º da Carta sofre um limite à sua aplicação e interpretação, o que deixa de ser coerente com a finalidade que a Lei se propõe. Fala-se em igualdade, mas a lacuna deixada pelo próprio legislador, deixa o cidadão em posição de desigualdade.

Inevitavelmente, os direitos não previstos pelo legislador constituinte são direitos que dependem da interpretação do juiz, com base na sua discricionariedade ou competência. E, em grande parte dos casos, faz-se necessário o uso dos princípios jurídicos para se argumentar em favor dos direitos fundamentais. Por tudo o que vemos, e repetindo as palavras de Jónatas Machado: “(...) *justifica-se continuar a deslindar omissão legislativa parcial e violação do princípio da igualdade*”¹²⁸.

Diante dessa inquestionável lacuna deixada pelo legislador, os juízes europeus acabam por cair em situações que denegam a própria justiça. Situações como essa, fazem com que os Estados ou mesmo o TJUE sejam os responsáveis pela criação ou manutenção de situações de discriminação.

O facto é que esse tipo de discriminação vai continuar a ocorrer enquanto não considerarem que a religião é uma dimensão intrínseca da identidade do indivíduo; deixar de manifestá-la durante o período laboral é o mesmo que deixar de ser quem

¹²⁸ Cfr. MACHADO, Jónatas (1996), *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva*, Coimbra, p.295 e 296, 1996, in Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*, TOMO IV, 6ª edição, Coimbra Editora, p.341, 2015.

é, é ter a dignidade violada. É preocupante, se pensarmos no facto de que os instrumentos legislativos e judiciais estão sendo usados como mecanismos para excluir os direitos individuais das minorias.

Por estas razões, a aplicação dos direitos e garantias individuais só pode ocorrer por meio de uma legislação mais complexa, que inclua ou especifique a liberdade de manifestação religiosa através do uso de símbolos relativos as suas crenças, como um direito público e privado, através de cláusulas já contidas nas normas infraconstitucionais.

Não há como negar que essa lacuna está totalmente nas mãos do legislador, que é o responsável pela concretização dos direitos fundamentais através das normas que cria, sem as quais, nenhum cidadão pode ver o seu direito reconhecido.

Por outras palavras, cabe aos juízes a responsabilidade de conseguir extrair das normas uma forma de interpretar e aplicar os direitos e garantias individuais, preenchendo as lacunas conforme os seus conceitos jurídicos. É claro que pode haver, aqui, uma possível controvérsia acerca dos limites da competência interpretativa dos juízes diante da ausência de legitimidade democrática. Mas não podemos permitir que a má interpretação da “lacuna” jurídica viole o princípio da igualdade. Cabe aos tribunais tornar as normas de direitos fundamentais efetivas, suprimindo lacunas através dos meios legais admitidos.

Para finalizar, como observa José Carlos Vieira de Andrade: *“a paz social, o bem-estar coletivo, a justiça e a própria liberdade não podem realizar-se espontaneamente numa sociedade economicamente desenvolvida, complexa, dividida, dissimétrica e conflitual. É necessário que o Estado regule os mecanismos económicos, proteja os fracos e desfavorecidos e promova as medidas necessárias à transformação da sociedade numa perspectiva comunitariamente assumida de progresso, de justiça e de bem-estar”*¹²⁹.

¹²⁹ Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de - *OS Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, p. 248, 2006.

CONCLUSÕES

Como vimos, a discriminação por crenças ou motivos religiosos é proibida em todos os Tratados internacionais, desde a Declaração Universal de Direitos Humanos até à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Assim, o direito à liberdade religiosa protegido pelo artigo 9.º da Convenção Europeia traz aos Estados-Membros não só a obrigação de a respeitar, como também de fazer com que seja cumprida pelos cidadãos, seja no âmbito público ou privado.

Ao fazer uma leitura das normas de tratados e diretivas citadas nesse trabalho, vimos que as decisões proferidas pelos Tribunais ainda não executam a lei da forma mais protetora possível, em matéria de direitos fundamentais; nota-se que os doutos julgadores temem, amiúde, o reconhecimento das consequências da aplicação direta dos princípios da igualdade e não discriminação, não dando o devido peso a este direito fundamental.

A efetividade da Diretiva 2000/78/CE depende de uma mais justa e correta compreensão pelos magistrados. Um exemplo do que pode resultar num ato de discriminação é o sucedido nos casos de *Asma Bougnaoui* e, acima de tudo, de *Samira Achbita* – nos quais um empregador simplesmente adota o pretexto da neutralidade (para satisfazer desejos de clientes preconceituosos), o que é considerado pelo TJUE como justificação suficiente para a alegada discriminação indireta, sobrepondo o direito da empresa ao direito de manifestar a religião de um trabalhador. Assim como, no caso *Samira Achbita*, o Tribunal entender que uma regra que proíbe não só o uso de símbolos religiosos como também políticos e filosóficos não estaria a ser discriminatória por não atingir um trabalhador de forma distinta. Naturalmente que ambos têm direitos, por isso cabe aos Tribunais a nobre missão de aplicá-los, numa operação de concordância prática, tecendo todo um contexto de mérito que não desmereça nenhum deles. Nos casos analisados, o TJUE sequer escrutinou o sentido da religião, nem se importou com o que aquele direito significava para as requerentes. A ausência de um critério que pudesse demonstrar os eventuais prejuízos que a proibição da sua manifestação religiosa pudesse causar é manifesta. Faltou um equilíbrio na aplicação dos direitos. Ou mesmo uma justificação que nos fizesse reconhecer por que razão o direito da empresa teve maior peso que o direito à liberdade religiosa. Sendo que um visa

apenas uma vantagem de teor económico e o outro está inserido na dignidade do trabalhador.

Acreditamos que a liberdade religiosa está diretamente ligada à personalidade do ser humano, é o que sustenta o seu modo de ser, agir e pensar. Não se trata apenas de cultura, mas da sua história de vida e de tudo que o tornou quem é, está incorporada na sua personalidade, e qualquer violação a esse direito atinge diretamente a sua dignidade.

Num mundo cada vez mais globalizado e multicultural, não podemos aceitar que um instrumento de peso, como é o caso da decisão do TJUE, não reconheça a diversidade religiosa como um direito e, pior, não reconheça a sua própria legislação. Nesse momento, questionamos a verdadeira força normativa dos princípios, pois o direito acaba por ter uma aplicação não democrática, expondo os cidadãos a situações injustas e, de certo modo, discriminatórias, violando a igualdade e as liberdades individuais.

O artigo 53.º da Carta estabelece que as suas disposições não devem ser interpretadas no sentido de restringir ou lesar os direitos do homem e as liberdades fundamentais reconhecidos... Nesse âmbito, é indiscutível a necessidade de proteção por parte dos diversos sistemas jurídicos, inclusive, que os casos sejam analisados e decididos de acordo com as suas peculiaridades, considerando as especificações do indivíduo, respeitando-se um direito fundamental que é o direito à diferença e, nesse sentido, à igualdade.

Só haverá a inclusão social de minorias quando as leis adotarem soluções mais explícitas para combater algumas das situações previsíveis e que já se encontram em conflitos, como é o caso da manifestação religiosa através de símbolos como o “*hijab*”. Apenas novas políticas sociais não serão suficientes para combater o preconceito e a intolerância, haverá sempre um meio para encobri-lo, como é o caso da “neutralidade” apontada na Diretiva 2000/78/CE. Para se punir a discriminação e promover a igualdade deve haver uma lei anterior, com as devidas especificações, para assegurar ao nobre julgador a certeza de uma correta aplicação e proteção dessas minorias vulneráveis e marginalizadas.

A ética e a democracia impõem igual consideração e respeito, seja diante de uma cruz ou de um *hijab*, pois o indivíduo continua dotado do mesmo potencial e da mesma dignidade no uso de ambos os símbolos.

A partir da análise dos acórdãos do TJUE, caso Samira Achbita e caso Asma Bougnaoui, chegamos à conclusão de que as normas anti discriminação da União Europeia não impedem que um trabalhador que ostente um símbolo religioso seja discriminado. Basta o empregador estabelecer uma política de “neutralidade” religiosa e ideológica na empresa, o que sabemos que, muitas vezes, é apenas pano de fundo para encobrir o preconceito próprio ou, como no caso, de clientes.

Reconhecemos a importância do direito de liberdade da empresa previsto no artigo 16.º da CDFUE, mas não aceitamos que esse direito seja aplicado de forma a se sobrepor totalmente a um outro direito fundamental como é o direito à liberdade religiosa, sabendo-se que a suposta regra de neutralidade, além de visar tão somente a questão económica (como é patente no caso Achbita) é também um pano de fundo para práticas discriminatórias.

Vimos que o Tribunal reconhece a eficácia horizontal do direito à liberdade religiosa. Mas não concretizou de forma harmoniosa o peso entre ambos os direitos, a liberdade de empresa e a liberdade do trabalhador. Portanto, assim como já afirmam os doutrinadores, a liberdade religiosa assume um valor relativo. O Tribunal nem sequer se estendeu quanto à questão da liberdade de religião prevista no artigo 10.º da CDFUE, e o seu alcance, direto ou indireto, entre os indivíduos, limitando-se a afirmar a este propósito o mesmo que o TEDH, sustentando que a liberdade de empresa pode moldar o exercício da liberdade de religião.

O TJUE é influenciado pelas decisões do TEDH, o qual também não faz uma análise da liberdade de religião de forma individual, ou seja, de acordo com as tradições da pessoa e do peso que a religião tem na sua vida. Não basta aplicar o artigo 9º da CEDH, também é preciso interpretá-lo.

Nenhuma lei será eficiente se os julgadores não tiverem a capacidade e o discernimento necessário para humanizá-la, levando em conta as diferentes tradições das partes e reconhecendo que as diferenças têm de ser respeitadas, e isso só pode se concretizar através de, mecanismos legais. Por isso acreditamos que, quando um direito fundamental não é reconhecido como deveria, como nos casos em estudo, ocorre um segundo ato de discriminação, dessa vez praticado

pelos julgadores. Pois, além de não analisar e nem mesmo comentar o sentido da “religião” conforme exposto no caso, permitiram que outra pessoa (na situação concreta, o empregador) se dotasse de meios legais para justificar o que chamamos de “preconceito”.

As decisões baseadas no direito de cada caso concreto deveriam servir para completar a ordem jurídica, de forma a aperfeiçoar a norma constitucional em benefício de todos. Como achamos improvável que todas as decisões sigam a mesma linha de pensamento, só mesmo o preenchimento da lacuna existente na legislação é que poderia manter a igualdade e não discriminação consagradas na União Europeia.

“Só uma perspetiva multidimensional permitirá compreender a complexa rede de proteção dos direitos no espaço europeu, com as vantagens, mas também problemas, inerentes – numa intrincada rede de conexões em que os diferentes sistemas de proteção fornecem constantes estímulos recíprocos, a lembrar o conceito de “irritação” recíproca entre sistemas de LUHMANN. Tais sistemas terão sempre, porém, de ser vistos como complementares, e não excludentes, expressão de um saudável pluralismo e do diálogo multifacetado da comunidade de intérpretes dos direitos fundamentais”¹³⁰.

O direito fundamental à liberdade religiosa, quando aplicado na prática, não pode ser tratado como um todo uniforme, como um direito geral que serve da mesma forma a todos, sem atender às *pe*soas envolvidas no caso concreto, como temos visto em algumas decisões. Vejamos, as estatuições genéricas das normas que garantem a liberdade de religião e de a manifestar, sem especificar de que forma, onde e quando, geram, por vezes, lacunas que têm consequências. E quem vai suprir essa lacuna? O nobre julgador. O qual vai decidir de acordo com o seu entendimento, de acordo com o conceito que tem a respeito daquela matéria. Vários julgadores, diferentes julgamentos e o resultado é: uma norma sem aplicação objetiva, incapaz de proteger o cidadão. A grosso modo, um desrespeito pelas próprias normas constitucionais de direitos fundamentais.

Por isso, acreditamos que se não houver uma inclusão dos direitos individuais das minorias, de forma específica, na legislação, os mesmos serão excluídos do

¹³⁰ Cf. LEÃO, Anabela Costa, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Protegendo os Direitos a um Nível Multidimensional*, p. 77, 2006, Repositório da Universidade do Porto. <https://repositorio-aberto.up.pt>

reconhecimento dos julgadores nas suas decisões. Já é bastante debatida a fraca eficácia das normas antidiscriminação nas relações entre particulares e a concretização dos direitos fundamentais na jurisprudência do TJUE.

Acreditamos que uma mudança nesse paradigma só seria possível com o reconhecimento da existência de uma lacuna no artigo 10.º da CDFUE, o que exigiria uma reforma ou um acréscimo no próprio artigo. A nossa sugestão é a seguinte:

*1-Todas as pessoas têm direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, bem como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individual ou coletivamente, em público ou em privado, **incluindo o local de trabalho**, através do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.*

2- O direito à objeção de consciência é reconhecido pelas legislações nacionais que regem o respetivo exercício.

3- A exibição de símbolos religiosos no local de trabalho não poderá interferir nos requisitos essenciais e determinantes para o exercício dessa atividade.

A falta de especificações no artigo 10.º da CDFUE pressupõe restrições; noutras palavras, não há liberdade de manifestação religiosa se os meios para tal não estiverem expressos no corpo legal. Mantém-se um paradoxo, cada julgador faz a leitura que quer. Essa liberdade, obviamente, tem de sofrer limitação, mas que não se confunda com repressão.

Não haverá igualdade se não houver liberdade. Liberdade de ser e crer, de manifestar a sua cultura, nos limites da liberdade do outro; não se luta contra a discriminação sem antes reconhecer a existência de desigualdade. E não haverá justiça enquanto alguém acreditar que uma determinada religião possa desmerecer um trabalhador e torná-lo menos capaz no âmbito de suas atribuições.

Hodiernamente, temos a sensação de que acrescentar qualquer referência religiosa ao termo da lei poderia ser fortemente debatido pelo Estados, uma vez que os mesmos imputam a essa liberdade um problema, o que nos parece falta de vontade política. Lamentavelmente, essas atitudes põem em dúvida os preceitos do artigo 2.º do TUE e os próprios objetivos da União Europeia.

Essa consideração negativa que se tem de quem faz uso de um símbolo como o *hijab*, por exemplo, denota a incapacidade do próprio Estado de reconhecer a diversidade e a identidade cultural do indivíduo. Os artigos 20.º e 21.º da CDFUE, por serem demasiado genéricos não asseguram o indivíduo, nem fornecem arrimo seguro ao julgador; por isso, enquanto não houver normas próprias e coerentes, permanecerá a desigualdade e a discriminação.

Cada indivíduo deve poder expressar com liberdade a sua identidade sem ter de omitir as suas diferenças e particularidades. A proibição do uso do *hijab* no trabalho viola esse direito à manifestação cultural de uma minoria religiosa, de forma contrária à democracia e ao próprio secularismo. Essa proibição desrespeita a dignidade e a identidade da mulher muçulmana, para a qual o véu é uma demonstração de respeito à Deus, o “seu” Deus. É indiscutível a situação desigual em que as mulheres ainda se encontram, por falta de legislações específicas.

Enquanto não houver uma política de reconhecimento dos princípios e direitos fundamentais haverá uma profunda redução do pluralismo social. Não é possível falar em direito à igualdade (jurídica e política), sem reconhecer, simultaneamente, o direito à diferença.

Portanto, acreditamos que o Tribunal perdeu uma importante oportunidade, nos casos Asma Bougnaoui e Samira Achbita, de abordar com profundidade as condições que limitam a liberdade de religião. E lamentavelmente, abriu caminho para novas restrições à manifestação religiosa, ignorando um direito fundamental. Entendemos que, com o seu “pobre” entendimento, o próprio Tribunal acabou por praticar uma discriminação.

Cabe agora esperar que o nobre julgador do Tribunal nacional interprete as questões de maneira restrita e individual e aproveite a oportunidade para respeitar os direitos e liberdades fundamentais como a liberdade de religião, e não reduza o trabalhador à imagem do empregador. Contrariamente ao que o TEDH decidiu, por exemplo, no caso Eweida, o trabalhador deixaria de ter identidade própria.

Também esperamos, que o poder constituinte crie ou aperfeiçoe as normas com critérios específicos, em particular no que respeita ao artigo 10.º da CDFUE, e assim estejamos num caminho jurídico mais seguro tanto para quem tem de interpretar a lei, como para quem deve executar e obedecer. Aos Poderes

Constituinte e Legislativo cabe erradicar esse fenómeno chamado desigualdade e discriminação.

BIBLIOGRAFIA

ABRANTES, José João - *A proteção da personalidade do trabalhador e a regulamentação do Código do Trabalho (breves considerações)*, in: D. L. Campos (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ARABI, Abhner Youssif Mota - *A Polêmica do Véu Islâmico no Estado Secular Moderno Sob a Ótica do Direito à Diferença*, Pólemos, Brasília, vol. 1, n. 1, 2012.

ADRAGÃO, Paulo Pulido - *A Liberdade Religiosa e o Estado*, Almedina, Coimbra, 2002.

ADRAGÃO, Paulo Pulido - *Levar a sério a liberdade religiosa*, Uma refundação crítica dos estudos sobre direito das relações Igreja-Estado, Almedina, 2012.

ADRAGÃO, Paulo Pulido - “Crucifixos e minaretes: a religião no espaço público. A garantia da liberdade religiosa e a prevenção de conflitos religiosos”, 3ª sessão: Princípios da prevenção e da precaução, III Encontro de Professores de Direito Público, Universidade do Porto, 2010.

ALEXY, Robert - *Teoría De Los Derechos Fundamentales*, Madri: Editora Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALEXY, Robert - *Direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. In: *O Direito, IV (146)*, 817 – 834. Coimbra: Almedina, 2014.

ANDRADE, José Carlos Vieira de - *OS Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira - *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso - *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade, II-Igualdade e os fatores sexo, raça, credo religioso*, 3.ª edição, atualizada, 8.ª tiragem, Malheiros Editores, 2005.

BARNARD, Catherine - *Gender Equality in the EU*, in *The EU and Human Rights*, edited by Philip Alston, Oxford University Press, 1999.

BARROSO, Luís Roberto - *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, 8ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto - *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo: Saraiva, 1ª. Edição, p.174, 1996.

BOTELHO, Catarina Santos - *A tutela direta dos direitos Fundamentais, Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças Constitucional, Administrativa e Internacional*, 2010.

BOTELHO, Catarina Santos - *O Tribunal de Estrasburgo, o Tribunal de Justiça da União Europeia e os Tribunais Constitucionais nacionais: perigo de um “Triângulo das Bermudas”?* – A Complexa Interação Multinível entre as Instâncias Jurisdicionais de Proteção dos Direitos Fundamentais. In: E. P. Ferreira, H. T. Torres & C. C. Palma (Org.) *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, vol. III, Coimbra: Almedina, 2013.

BRUM, Luiza Ribeiro - *O CONCEITO DE TOLERÂNCIA: A VISÃO DE HABERMAS*, X Congresso Nacional de Educação – EDUCERE, Curitiba, novembro de 2011. http://educere.bruc.com.br/CD2011/pdf/4343_3647.pdf.

BRUUN, Niklas - *Prohibition of Discrimination under Article 14 European Convention of Human Rights*. In: F. Dorssemont, K. Lörcher & I. Schömann, (Ed.). *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation* (pp. 367-379), 2013. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.

CAMPOS, Manuel Fontaine - *Da intolerância com as crenças minoritárias à intolerância com as crenças maioritárias – a propósito dos acórdãos do TEDH no caso Lautsi*. In: P. P. Aragão (Coord.). *Atas do I Colóquio Luso-Italiano sobre a Liberdade Religiosa*, Coimbra: Almedina, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Direito Constitucional*, 6º edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Coimbra, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *A liberdade religiosa entre o juspositivismo constitucional e a judicialização dos conflitos religiosos*. In: *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier* (vol. II, pp. 779-788). Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2ª. Edição, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Constituição e Défice Procedimental*, in: *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, p.72, 2004, in: *BOTELHO, Catarina Santos, A Tutela Direta dos Direitos Fundamentais. Avanços e Recuos na Dinâmica garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional*, Almedina, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (7ª ed.). Coimbra: Almedina, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª edição, Revista, Coimbra Editora, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes & Moreira, Vital - *CRP: Constituição da República Portuguesa Anotada – artigos 1º a 107º* (4ª ed). Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CANOTILHO, Mariana - *O Princípio do Nível Mais Elevado de Proteção e Garantia dos Direitos Fundamentais na União Europeia*. In Alessandra Silveira (org.), *50 anos do Tratado de Roma*, Lisboa. Ed. Quid Juris, 2007.

CANOTILHO, Mariana - *Brevíssimos apontamentos sobre a não discriminação no direito da União Europeia*, Revista Julgar, n.º 14, 2011.

CANOTILHO, Mariana - *Com Lenço e Com Documento – A Propósito do Exercício Transnacional de Direitos Fundamentais*, in: *Estudos em Homenagem ao*

Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, vol. III, Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo (org. Fernando A. Correia e outros), Coimbra Editora, 2012.

CANOTILHO, Mariana - *Artigo 21º - Não Discriminação*, in: Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Comentada, coord. Alessandra Silveira e Mariana Canotilho, 2013, Almedina.

CANOTILHO, Mariana - *The impact of the crisis on fundamental rights cross Member States of the EU – Country Report on Portugal*, Policy Department C: Citizens Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, European Union, Brussels, 2015.

CANOTILHO, Mariana - *Igualdade de Oportunidades e Não Discriminação*, Capítulo XV, in: SILVEIRA, Alessandra; Canotilho, Mariana e Froufe, Pedro Madeira, *Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União*, Almedina, 2016.

CANOTILHO, Mariana – *El Principio de Igualdad en el Derecho Constitucional Europeo*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2017.

CARDO, Iván Antonio Rodriguez - La incidencia de la libertad religiosa en la relación de trabajo desde la perspectiva del Tribunal Constitucional español, In: *Direitos Fundamentais & Justiça*, pp. 17-39, 2011. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/15_Dout_Estrangeira_1.pdf.

CARVALHO, Kildare Gonçalves - *Direito Constitucional*, 15ª edição, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

CLOOTS, Elke - *Can private undertakings hide behind “religious neutrality”?* VerfBlog, 2016/10/06, p.3, 2016. <http://verfassungsblog.de/can-private-undertakings-hide-behind-religious-neutrality/>, DOI:<http://dx.doi.org/10.17176/20161006-090818>.

DUARTE, Maria Luíza - *União Europeia e Direitos Fundamentais – No Espaço da Internormatividade*, Lisboa, 2006.

DUARTE, Maria Luísa - *O modelo europeu de proteção de direitos fundamentais*. Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias — II, Coimbra. Coimbra Editora, 2006.

DURAND, Sophie - La Cour de Cassation autorise le voile islamique dans l'entreprise: pagaille garantie, | POLÉMIA, 2017. <https://www.polemia.com/la-cour-de-cassation-autorise-le-voile-islamique-dans-lentreprise-pagaille-garantie/>

DWORKIN, Ronald - *Is Democracy Possible Here? Principles For a New Political Debate*, Princeton, Princeton Press, 2006.

GOMES, Julio - *Direito do Trabalho, Vol.I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela - *Direito Constitucional da Religião: análise dogmático-constitucional da liberdade religiosa em Portugal e no Brasil*, Tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, in <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/13854>.

GOUVEIA, Jorge Bacelar e outros - *Legislação de direitos da religião*, 1.^a edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

GOUVEIA, Jorge Bacelar - *Direito, Religião e Sociedade no Estado Constitucional*, Lisboa: Instituto do Direito de Língua Portuguesa, 2012.

GOUVEIA, Jorge Bacelar e outros - *Direito da Religião: Textos Fundamentais*, Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2015.

HABERMAS, Jürgen - *Tolerância*. In: HABERMAS, Jürgen. *Entre o naturalismo e religião*. Estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

HILL QC, Mark. Religious Symbolism and Conscientious Objection in the Workplace: An Evaluation of Strasbourg's Judgment in *Eweida and others v United Kingdom*. En: *Ecclesiastical Law Journal*. 2013, vol. 15 (2), p. 197, in: PALOMINO, Rafael, *Igualdad y no discriminación religiosa en el Derecho de la Unión Europea. A propósito de las conclusiones en los casos Achbita y Bougnaoui*, Revista Latinoamericana de Derecho y Religión, vol.2, número 2, 2016.

JERÓNIMO, Patrícia - *Os direitos do homem à escala das civilizações*. Almedina, 2001.

JERÓNIMO, Patrícia - *Direito das Minorias*, in Jorge Bacelar Gouveia, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 3.^o Suplemento, Lisboa, Coimbra Editora, 2007.

JERÓNIMO, Patrícia - *Símbolos e Símbolos – O Véu Islâmico e o Crucifixo na Jurisprudência Recente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, Análise das decisões Sahin v. Turquia, Dogru v. França e Lautsi v. Itália, *Scientia Iurídica – TOMO LIX*, nº 323, 2010. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/>.

JERÓNIMO, Patrícia - *Direito Público e Ciências Sociais – O Contributo da Antropologia para uma densificação “culturalista” dos Direitos Fundamentais*, *Scientia Iurídica*, TOMO LX, n.º326, 2011.

JERÓNIMO, Patrícia e outros - *A primavera árabe*. Almedina, 2013.

JERÓNIMO, Patrícia - *Lições de Direito Comparado*. ELSA. Maio, 2015.

JERÓNIMO, Patrícia - *Intolerância, Religião e Liberdades Individuais*, in: Viegas, Fátima e outros, *O Que é Intolerância Religiosa?*, *Cadernos de Ciências Sociais*, Escolar Editora, 2016.

JERÓNIMO, Patrícia - *Interim report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief*, 2013, parágrafos 17-21, 35 e 42, in: JERÓNIMO, Patrícia, *Intolerância, Religião e Liberdades Individuais*, *Caderno de Ciências Sociais – O Que É Intolerância Religiosa?* Escolar Editora, 2016.

JERÓNIMO, Patrícia - *Intolerância Religiosa e Minorias Islâmicas na Europa: a censura do ‘Islão visível’- os minaretes e o véu – e a jurisprudência conivente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 2014*, in: Paulo Pulido Adragão (coord.), *Atas do I Colóquio Luso-Italiano sobre a liberdade religiosa*, Coimbra: Almedina, p.89/91, in: *Intolerância, Religião e Liberdades Individuais*, in: Viegas, Fátima e outros, 2016, *O Que é Intolerância Religiosa?*, *Cadernos de Ciências Sociais*, Escolar Editora.

QUEIROZ, Cristina - *Autonomia e Direito Fundamental à liberdade de consciência, religião e culto – Os Limites da Intervenção do Poder Público*, in: “*Estudos em Comemoração dos Cinco Anos da Faculdade de Direito do Porto*”, Coimbra Editora, 2001.

KANT, Immanuel, *Métaphisique des Moeurs, Doctrine du Droit*, II, Paris: Flammarion, 1994, in: QUEIROZ, Cristina - *Direitos Fundamentais – Teoria Geral*, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2010.

LEÃO, Anabela Costa, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Protegendo os Direitos a um Nível Multidimensional*, p. 77, Repositório da Universidade do Porto, 2006. <https://repositorio-aberto.up.pt>

LENZA, Pedro - *Direito Constitucional Esquematizado*, 13.^a edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

LEIGH, Ian e HAMBLER, Andrew - “*Religious Symbols, Conscience, and the Rights of Others*”. In: *Oxford Journal of Law and Religion*, 3(1), 2-24, 2014. Disponível em: <http://ojlr.oxfordjournals.org/content/3/1/2.full.pdf+html>.

LOUREIRO, Francisco J. A. Serra - Dissertação de Mestrado em Solicitadoria de Empresa – “*A liberdade religiosa do trabalhador à luz da CEDH*”. Leiria, 2016.

LUZ, Paula Sofia - *Religião não pode ficar suspensa durante o horário laboral*”, Conferência Episcopal Portuguesa contesta Tribunal Europeu, que decide que empresas podem proibir véu islâmico e avisa que decisão pode estender-se a todos os sinais religiosos, Diário de Notícias de 15 de março, 2017. <https://www.dn.pt/sociedade/interior/religiao-nao-pode-ficar-suspensa-durante-o-horario-laboral-5725165.html>

LLOSA, Mario Vargas, Véu Islâmico: A Ponta do Iceberg, NewsLetter CELLA, p.3, http://www.cella.com.br/root/upload/20030706_cella_847187.htm

MAC CRORIE, Benedita - *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2013.

MACHADO, Susana Sousa - *Religious discrimination in labor relationships*, Diversitates – International Journal, n.º 4, 2010.

MACHADO, Susana Sousa - *PAPER: A Relevância da Liberdade de Religião nas Relações Laborais: Contributos para a sua Compreensão à Luz do Direito da União Europeia*, International Journal on Working Conditions, Ricot Journal, nº 2, December, p.09, 2011. <http://ricot.com.pt>

MACHADO, Susana Sousa - *Reflexões iniciais sobre liberdade religiosa e contrato de trabalho: reconhecimento da conflitualidade e perspetivação de um dever de adequação*. In: *Questões Laborais*, 39, 79-126. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MACHADO, Susana Sousa - *Quando fé e trabalho não se compatibilizam*, in: *Questões Laborais*, 42, 675-688. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MACHADO, Susana Sousa - *Trabalhar, Orar e Comer: Observações sobre as exigências religiosas em matéria de alimentação no local de trabalho*, In: J. Reis, L. Amado, L. Fernandes & R. Redinha (Coord). *Para Jorge Leite, Escritos Jurídico-Laborais* (vol. I, pp. 491-508), Coimbra Editora, Coimbra, 2015.

MACHADO, Susana Sousa - “*Do direito de o trabalhador observar períodos de guarda impostos pela religião que professa*”. *Revista Liberdade e Consciência da Associação Internacional para a defesa da Liberdade religiosa*, II (27), 2015.

MACHADO, Jónatas - *O regime concordatário entre a “liberdade ecclesiae” e a liberdade religiosa: liberdade de religião ou liberdade da igreja?* Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MACHADO, Jónatas - *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva*, Coimbra, p.295 e 296, in Jorge Miranda (2015), *manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*, TOMO IV, 6.^a edição, Coimbra Editora, 1996.

MACHADO, Jónatas - *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – Dos direitos de verdade aos direitos dos cidadãos*, BFDUC, *Studia Iuridica*, n.º 18, Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MACHADO, Jónatas e outros - *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MARTINS, Ana Maria - «*A Proteção dos Direitos Fundamentais em Portugal e a Constituição Europeia*», in *Revista de Estudos Europeus — A Constituição Europeia e Portugal*, ano I, n.º 2, Coimbra, Livraria Almedina, 2007.

MARTINS, Ana Maria Guerra - *A Igualdade e a Não Discriminação dos Nacionais de Estados Terceiros Legalmente Residentes na União Europeia: da origem na integração económica ao fundamento na dignidade do ser humano*, Coimbra: Almedina, 2010.

MARTINS, Patrícia Fragoso - *Em Defesa do Hijab ou do Tribunal de Justiça?* 2017. <http://observador.pt/opiniaio/em-defesa-do-hijab-ou-do-tribunal-de-justica/>, em 04/04/2017.

MAZARIO, José Maria Contreras - *El TJUE no prohíbe el uso del velo islâmico, Comentario a las sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2017*, asuntos C-157/15 y C-188/15, *Revista de Derecho Comunitário Europeu*, n.º 57, maio/agosto, 2017.

MEYER, Michael - *Das Diskriminierungs Verbot des Gemeinschaftsrechts als Grundsatznorm und Gleichheitsrecht, Frankfurt*, p.35, 2002, in: GUERRA, Ana Maria, *A Igualdade e a Não Discriminação Dos Nacionais de Estados Terceiros Legalmente Residentes na União Europeia: da Origem na Integração Económica ao Fundamento na Dignidade do Ser Humano*, Coimbra: Almedina, 2010.

MINÉ, Michel - *Les Concepts de Discrimination Directe et Indirecte*, *Era – Forum*, p.32, 2003, in: GUERRA, Ana Maria - *A Igualdade e a Não Discriminação Dos Nacionais de Estados Terceiros Legalmente Residentes na União Europeia: da Origem na Integração Económica ao Fundamento na Dignidade do Ser Humano*, Coimbra: Almedina, 2010.

MIRANDA, Jorge - *Escritos Vários Sobre Direitos Fundamentais*, Princípa Editora, 1.ª edição, 2006.

MIRANDA, Jorge - *Manual de Direito Constitucional*, TOMO IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MIRANDA, Jorge - *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*, TOMO IV, 6.ª edição, Coimbra Editora, 2015.

MIRANDA, Jorge - *“Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade”*. In: *Gaudium Sciendi*, 4, 20-48, 2013. Disponível em: <http://www.ucp.pt/site/resources/documents/>

MONTEIRO, Henrique e outros - *“Diversidade Cultural e Religiosa na União Europeia: desafios para um cenário de maior tolerância, pluralismo e coesão social na região”*. Simulação das Nações Unidas para Secundaristas, 2014.

MOREIRA, Vital - *Artigo 10.º - Liberdade de Pensamento, de Consciência e de Religião*, in: Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Comentada, coord. Alessandra Silveira e Mariana Canotilho, 2013, Almedina.

MOREIRA, Vital - “*Liberdade de Pensamento, de Consciência e de Religião*”. Art.10.º, Carta Dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada, 2013.

MOREIRA, Teresa Coelho - “*Direitos de personalidade*”. In: P. M. Carvalho (Coord.). *Código de Trabalho – a revisão de 2009*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MOREIRA, Teresa Coelho - *Igualdade e Não Discriminação - Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, 2013.

MOREIRA, Teresa Coelho - *Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra: Almedina, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis - *Direitos Fundamentais – Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra Editora, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis - *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra Editora, 1ª edição, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis - *A Dignidade da Pessoa Humana, Vol. I, Dignidade e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis - *A Dignidade da Pessoa Humana, Vol. II, Dignidade e Inconstitucionalidade*, Almedina, 2016.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez - *Los Derechos Fundamentales*, 9.ª edição, Madrid: Editora Tecnos, 2005.

ORDEM DOS ADVOGADOS, Comissão dos Direitos Humanos, *Direitos Fundamentais: multiculturalismo e religiões*, Estoril: Princípia, 2007.

PACHECO, Maria de Fátima de Castro T. M. - *O sistema de proteção dos direitos fundamentais na União Europeia – entre a autonomia e o compromisso*, julgar n.º 14, Coimbra Editora, 2011.

PERAZZO, Anne Kharine da Silva - *A laicidade na França Republicana: a questão da indumentária religiosa perante o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos* (tese), Coimbra, 2015.

QUEIROZ, Cristina - *Direito Constitucional – As Instituições do Estado Democrático e Constitucional*, Coimbra Editora, 2009.

QUEIROZ, Cristina - *Direitos Fundamentais – Teoria Geral*, Coimbra Editora, 2.^a edição, 2010.

RAMALHO, Maria do Rosario Palma - *Direitos de personalidade e direitos fundamentais em matéria laboral. In: M. R. Sousa, F. Quadros, P. Otero e. V. Pinto (Coord.) Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

REIS, Raquel Tavares dos - *Tutela da liberdade de consciência e de religião e dos direitos de personalidade que constituem suas refrações e contrato de trabalho do trabalhador de tendência*, Coimbra Editora, 2002.

REIS, Raquel Tavares dos - *Liberdade de Consciência e de Religião e Contrato de Trabalho do Trabalhador de Tendência – Que Equilíbrio do Ponto de Vista das Relações Individuais de Trabalho?* Coimbra Editora, 2004.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa - *Constitucionalização do Direito Civil, Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra, v. LXXIV, 1998.

ROSENFELD, Michel - *A Identidade do Sujeito Constitucional*, Tradutor: Menelick de Carvalho Netto, Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa - *Uma concepção multicultural de direitos humanos*, Lua Nova: revista de cultura e política, v. 39, São Paulo, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang - *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 3^o edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang - org. - *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, A eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel - *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2000.

SGRENA, Giuliana - O preço do véu: a guerra do Islão contra as mulheres, 1.^a edição, trad. Alexandre V. Pereira, Colares: Pedra da Lua, 2008.

SILVA, José Afonso da - *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 4.^a edição, São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2000.

SILVEIRA, Alessandra, Canotilho, Mariana - *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Almedina, 2013.

SILVEIRA, Alessandra; Canotilho, Mariana; Froufe, Pedro Madeira - *Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União*. Almedina, 2016.

SILVEIRA, Alessandra - *Princípios de Direito da União Europeia*, Coleção Erasmus, Ed. Quid Juris, 2011.

SILVEIRA, Alessandra - *Tratado de Lisboa*, Quid Juris, 2016.

SILVEIRA, Alessandra - “Comunidade política europeia e razão pública: da crise do euro à crise do véu, o mundo de ontem?” p.287, in *Constituição, Direitos Fundamentais e Política. Estudos em homenagem ao Professor José J.G. Canotilho*, Fórum Editora, 2017.

SOLANKE, Iyiola - *Discrimination as Stigma: A Theory of Anti-Discrimination Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2017.

TEIXEIRA, Alfredo - *Religião e Ofensa: as religiões e a liberdade de expressão*, Série monográfica, Vol. V, Lisboa; Edições Universitárias Lusófonas: Tenacitas, 2009.

TELES, Jessica Fonseca - *Dissertação de Mestrado em Direito – “Choque de civilizações: a proibição do uso do véu islâmico no Ocidente sob as perspetivas da laicidade, da proteção da mulher e da segurança”*. Salvador, 2017.

TIESLER, Nina Clara - *A morada de ser: muçulmanos na Europa e políticas de identidade*, 1968, 1.^a edição, Lisboa: ICS – Imprensa de Ciências Sociais, 2011.

UFARTE, Thomas - “La liberté de conscience des salariés face au culte de la liberté d’entreprise prôné par la CJUE: Une nouvelle guerre de religion?” LIBERTÉ

DE RELIGION (CJUE), La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés, nº 25, 2017. <http://revdh.revues.org/3056>

VALE, André Rufino do - *Constituição e Direito Privado: algumas considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, 2004*, in: Revista de Direito Público – Instituto Brasiliense de Direito Público, out/dez.

VAN DER STEGEN, Boniface. *La liberté religieuse dans la vie professionnelle: du neuf depuis l'arrêt Eweida et autres c. Royaume-Uni?*, p.17. Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2016. Prom.: Dorssemont, Filip. In <http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:7280> [Downloaded 2018/03/28 às 16:43:47].

VIEGAS, Fátima - *A Intolerância Religiosa Enquanto Processo de Destruição do Outro*, in: Viegas, Fátima e outros, *O Que é Intolerância Religiosa?* Cadernos de Ciências Sociais, Escolar Editora, 2016.

LEGISLAÇÃO

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2007), publicada no Jornal Oficial 2007/C 303/01. Constituição da República Portuguesa, (1976), versão online no site: http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/index.html.

Constituição da República Portuguesa, (1976), versão online no site: http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/index.html.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem, aprovada, ratificada pela Lei n.º 65/78, de 13 de outubro, publicada no Diário da República, I Série, n.º 236/78.

Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas na Religião ou Convicção, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 36/55, de 25 de novembro de 1981.

Diretiva 2000/78/CE do Conselho de 27 de novembro de 2000, publicada no Jornal Oficial L 303/16. Diretiva 93/104/CEE do Conselho, publicada no Jornal Oficial L 307 de 13.12.1993.

Diretiva 2004/113/CE do Conselho, de 13 de dezembro de 2004, que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento.

Diretiva 2010/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de julho de 2010, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres que exerçam uma actividade independente

Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica.

Lei n.º 16/2001 de 22 de junho de 2001, que aprova a Lei da Liberdade Religiosa, publicada no Diário da República n.º 143, Série I – A, de 22.06.2001.

Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro de 2009, que aprova a revisão do Código do Trabalho, publicada no Diário da República - Série I, N.º 30, de 12.02.2009.

Tratado de Lisboa (2007), publicado no Jornal Oficial da União Europeia 2007/C 306/01. 17
International Journal on Working Conditions (RICOT Journal), No.2, December 2011

Tratado da União Europeia e Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, versões consolidadas, publicadas no Jornal Oficial da União Europeia C326, de 26.10.2012, p.1).

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem *Grandrath contra Alemanha*, Processo 2299/64, de 12 de dezembro de 1966.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem *Karaduman contra a Turquia*, de 3 de maio de 1993.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem *Tuomo Konttinen contra Finlândia*, de 3 de dezembro de 1996.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem *Leyla Şahin contra Turquia*, Processo 44774/98, de 29 de junho de 2004.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem *Kervanci contra França*, Processo 31645/04, de 4 de dezembro de 2008.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem *Dogru contra França*, Processo 27058/05, de 4 de dezembro de 2008.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem *Lombardi Vallauri contra Itália*, de 20 de outubro de 2009.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem *Lautsi e outros contra Itália*, Processo 30814/06, de 3 de novembro de 2009.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem *Ahmet Arslan et Autres contra Turquia*, Processo 41135/98, de 23 de fevereiro de 2010.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem *Lucia Dahlab contra Suíça*, de 15 de fevereiro de 2001.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem *Eweida and others contra o Reino Unido*, de 27 de maio de 2013.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem *Ebrahimian c. França*, de 26 de novembro de 2015.

Acórdão do Tribunal de Justiça, caso *Vivien Prais contra Conselho das Comunidades Europeias*, Processo 130-75, de 27 de outubro de 1976.

Acórdão do Tribunal de Justiça, caso *Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte contra Conselho da União Europeia*, Processo C-84/94, de 12 de novembro de 1996.

Acórdão do Tribunal de Justiça *Seymour-Smith e Perez*, Processo C-167/97, de 9 de fevereiro de 1999.

Acórdão do Tribunal de Justiça *Gerritse*, Processo C-234/01, de 12 de junho de 2003.

Acórdão do Tribunal de Justiça *Allonby*, Processo C-256/01, de 13 de janeiro de 2004.

Acórdão do Tribunal de Justiça *Nikoloudi*, Processo C-196/02, de 10 de março de 2005.

Acórdão do Tribunal de Justiça *Voß*, Processo C-300/06, de 6 de dezembro de 2007.

Acórdão do Tribunal de Justiça *Feryn*, Processo C-54/07, de 10 de julho de 2008.

Acórdão do Tribunal de Justiça *Pensionsversicherungsanstalt contra Christine Kleist*, Processo C-356/09, de 18 de novembro de 2010.

Acórdão do Tribunal de Justiça *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*, processo C-236/09, de 1 de março de 2011.

Acórdão do Tribunal de Justiça *Achbita*, processo C-157/15, de 14 de março de 2017.

Acórdão do Tribunal de Justiça *Bougnaoui*, processo C-188/15, de 14 de março de 2017.