

RESTRIÇÕES AO USO DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS: UMA DISCUSSÃO A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA E CANADENSE

LIMITATIONS ON THE USE OF RELIGIOUS SYMBOLS: A DISCUSSION BASED ON EUROPEAN AND CANADIAN JUDICIAL DECISIONS

AZIZ TUFFI SALIBA*
TAINÁ GARCIA MAIA**

RESUMO

O presente artigo discute a instituição de limitações à exibição de símbolos religiosos. Realizar-se-á uma análise comparativa de jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, do Conselho Constitucional da França e do Supremo Tribunal do Canadá. Diante da constatação de posicionamentos divergentes por parte desses tribunais, no que tange aos parâmetros de análise da legitimidade de restrições à liberdade de manifestação religiosa, propõe-se a adoção de uma interpretação restritiva das limitações permitidas à liberdade de manifestação religiosa, com base em distintos instrumentos de salvaguarda dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção internacional a direitos humanos. Limitações ao uso de símbolos religiosos. Interpretação restritiva.

ABSTRACT

The present article discusses the imposition of measures limiting the exhibition of religious symbols. It analyzes and compares judicial decisions of the European Court of Human Rights, the Constitutional Council of France and the Supreme Tribunal of Canada. Noting the divergent positions assumed by each of these tribunals in what concerns the parameters of analysis of the legitimacy of restrictions on the freedom of religious manifestation, the article proposes the adoption of a restrictive interpretation of permissible limitations on the freedom of religious manifestation. Such proposition is based on the interpretation of distinct instruments for the protection of human rights.

KEYWORDS: *International protection of human rights. Limitation on the use of religious symbols. Restrictive interpretation.*

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutor em Direito pela UFMG. Este autor consigna aqui seu agradecimento ao *Conseil International d'Etudes Canadiennes*, por bolsa que lhe permitiu realizar pesquisas na Universidade de Laval, Canadá. E-mail: azizsaliba@gmail.com

** Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bolsista do programa de iniciação científica do CNPq. E-mail: tainagm@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

Em vários países e regiões, sob diferentes argumentos, a liberdade individual de uso de símbolos religiosos vem sendo restringida. França, Turquia, Suíça e Quebec são exemplos de locais em que se impuseram limites à exibição individual de signos religiosos, sob a alegação de se proteger a mulher, a segurança nacional ou o secularismo.¹

Segundo o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, o uso de símbolos religiosos constitui um elemento integrante da liberdade de determinado indivíduo de manifestar sua religião ou crença.² O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas³ manifestou-se no mesmo sentido ao conceituar liberdade de manifestação religiosa, afirmando que esta abrange o direito de utilização, em público ou em privado, de objetos, roupas e trajes que estejam em conformidade com a crença ou com a religião do indivíduo.⁴ Também a Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Ahmet Arslan e outros c. Turquia*, reconheceu

1 FRANÇA. Conseil d'État. Opinião consultiva. *Avis relative au port de signes d'appartenance à une communauté religieuse au sein d'école publique*. Rec.4. 27 de novembro de 1989 [*Avis relative au port de signes*]; Corte Europeia de Direitos Humanos [CEDH]. Decisão. *Dahlab v. Switzerland*. no. 42393/98. Dahlab c. Suíça. Estrasburgo, 15 de fevereiro de 2001 [*Dahlab*]; CEDH. Julgamento preliminar. *Leyla Sahin v. Turkey*. no 44774/98. Leyla Sahin c. Turquia. Estrasburgo, 29 de junho 2004 [*Sahin*]; BARNETT, Laura. Freedom of religion and religious symbols in the public sphere. *Library of Parliament*, Ottawa, 2008. Disponível em: <<http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/researchpublications/prb0441-e.pdf>> [BARNETT].

2 Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief*, UNGAOR, 4th Sess, UN Doc A/HRC/4/21/Add.3 (2007); Cf. Human Rights Committee [HRC]. Julgamento. *Hudoyberganova v. Uzbekistan*. CCPROR, 82d Sess, Communication No 931/2000. 5 de novembro de 2004. p. 7.

3 O Comitê de Direitos Humanos é um corpo de especialistas independentes que monitora a implementação, pelos Estados-Partes, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

4 HRC, *General Comment No. 22*, CCPROR, 48th Sess, UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, (1993) [G.C.No.22].

que a utilização de certas vestimentas pode ser protegida como liberdade de manifestação de convicções religiosas.⁵

O uso de símbolos religiosos é uma decorrência da liberdade de manifestação religiosa – liberdade amparada em distintos instrumentos convencionais internacionais⁶ e consignada, também, na Declaração Universal de Direitos Humanos.⁷ Sendo a liberdade de manifestação religiosa tão amplamente tutelada pelo Direito Internacional, a análise de restrições impostas a ela ultrapassa a mera apreciação de conformidade com determinada ordem jurídica nacional ou regional. Dessa forma, a legitimidade de limitações ao uso de símbolos religiosos deve ser lida à luz do Direito Internacional Público.

Percebe-se, assim, que a questão foge do domínio reservado⁸ dos Estados, ou seja, foge do âmbito das matérias que se situam estritamente dentro da jurisdição doméstica dos Estados e que não permitem qualquer ingerência externa.⁹ Afinal, a crescente formulação de tratados e a evolução do direito consuetudinário internacional e das normas *jus cogens* restringem a extensão das competências discricionárias dos Estados.¹⁰

5 CEDH. Julgamento. *Affaire Ahmet Arslan et Autres c. Turquie*. no 41135/98. II ECHR (Ser A). Estrasburgo, 23 de fevereiro de 2010. p. 7 [*Ahmet Arslan*].

6 Ver Convenção sobre os Direitos da Criança, art. 14 [CDC]; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, art. 18 [PIDCP]. Ambos os instrumentos estão disponíveis em SALIBA, Aziz Tuffi. *Legislação de Direito Internacional*. 7^a ed. São Paulo: Rideel, 2012.

7 Declaração Universal dos Direitos Humanos (Resolução^o217/1948 da AGONU) in SALIBA, Aziz Tuffi. *Legislação de Direito Internacional*. 7^a ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 234.

8 Para Jean Salmon, o domínio reservado é “domaine d’activités dans lequel l’Etat, n’étant pas liée par le droit international, jouit d’une compétence totalement discrétionnaire et, en conséquence, ne doit subir aucune immixtion de la part des autres États ou des organisations internationales”, in SALMON, Jean. *Dictionnaire de Droit International Public*. Bruxelas: AUF, 2001, p. 356.

9 PELLET, Alain. DINH, N. Quoc. DAILLIER, Patrick. *Direito Internacional Público*. Segunda edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

10 *Ibid*, 453/454; ROSENNE, Shabtai. *The Perplexities of Modern International Law*:

Destarte, a evolução do Direito Internacional concorreu para a redução da aplicação da doutrina do domínio reservado dos Estados. Tal fenômeno é amplamente verificado na proteção conferida aos Direitos Humanos.¹¹ Como afirmou Allain Pellet:

Não parece [...] haver dúvidas de que a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo escapa há muito tempo ao domínio reservado dos Estados. Basta considerar o número e a importância dos instrumentos consagrados à questão, o desenvolvimento sobre esta base de regras costumeiras senão mesmo de normas de *jus cogens*. Seria paradoxal que a população civil fosse mais bem protegida em caso de guerra civil ou internacional (protocolos de Genebra de 1977) do que em tempo normal (PELLET, 2003, p. 454).

Os instrumentos que tutelam o direito à liberdade de manifestação religiosa prescrevem critérios para o estabelecimento de limitação a tal liberdade fundamental.¹² A presença desses requisitos no caso concreto é essencial para uma legítima limitação desse direito humano. Entretanto, cada instrumento prescreve suas próprias condições para a aplicação da limitação em questão. Adicionalmente, conceitos de fundamental relevância para todos os instrumentos normativos de Direitos Humanos aqui mencionados – como necessidade, legalidade e proporcionalidade – são interpretados de maneira divergente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

General Course on Public International Law. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2002. p. 258; Cf. Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, 1155 U.N.T.S. 331, art. 27. Sobre o artigo 27, ver MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. Comentários ao artigo 27 in SALIBA, Aziz Tuffi. *Direito dos Tratados: comentários à Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados*. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p. 191-197 [Vienna Convention].

- 11 Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Co-Existence and Co-Ordination of mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1987, p. 35/38 (Recueil des Cours 202) [TRINDADE].
- 12 PCDP, *supra* nota 8, art. 18 (3); CDC, *supra* nota 8, art. 14 (3); European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 Nov. 1950, ETS 5, art. 9 [European Convention].

Todavia, como as demais convenções internacionais, os tratados de Direitos Humanos devem ser interpretados “de boa fé”¹³ e “à luz de seu objetivo e finalidade”¹⁴, não se admitindo que disposições de direito interno justifiquem seu inadimplemento.¹⁵ Destarte, faz-se necessária a aplicação de conceitos e interpretações que garantam a adequada efetividade dos tratados relativamente aos seus objetivos.¹⁶

Os vários tratados de direitos humanos possuem o fim comum de proteção do interesse geral e da ordem pública.¹⁷ Dessa forma, a interpretação dos termos comuns a tais tratados não deve apresentar grande discrepância, por terem como centro de interpretação o mesmo propósito.

Os instrumentos de salvaguarda dos direitos humanos possuem um objetivo singular em relação aos outros ramos do direito tanto doméstico quanto internacional. Tal singularidade exige uma interpretação própria dos tratados de direitos humanos e definição autônoma dos termos neles contidos em relação a definições estabelecidas no direito interno dos Estados.¹⁸ Como afirma Antônio Augusto Cançado Trindade:

(...) a despeito da multiplicidade de instrumentos e mecanismos internacionais de proteção, tem havido uma significativa

13 Sobre a boa fé nos tratados, ver MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. Comentários ao artigo 26 in SALIBA, Aziz Tuffi. *Direito dos Tratados: comentários à Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados*. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p. 181-189.

14 Sobre interpretação de tratados, ver LUPI, André Lipp Pinto Basto. Comentários ao artigo 31 in SALIBA, Aziz Tuffi. *Direito dos Tratados: comentários à Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados*. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p. 223-238.

15 Cf. Vienna Convention, *supra* nota 12.

16 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratados de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Volume II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. Primeira edição. p.27-34.

17 *Ibid*, p.29-30.

18 *Ibid*, p. 28-38.

convergência jurisprudencial sobre sua interpretação devida, o que tem guiado os rumos de sua evolução. O reconhecimento do sentido autônomo dos termos dos tratados de direitos humanos tem contribuído a assegurar a unidade de sua interpretação. Tem assim propiciado uma harmonização dos padrões de implementação dos direitos protegidos no ordenamento jurídico interno dos Estados-Partes, na realização do propósito último de proteção (TRINDADE, 1999, p. 35).

A interação interpretativa dos tratados de direitos humanos propicia um reforço mútuo entre eles, de maneira a fortalecer a proteção conferida aos seres humanos.¹⁹ Esses diferentes tratados tampouco se entrecrocaram. Pelo contrário, os tratados de que determinado Estado é parte coexistem e complementam-se, através da prevalência da norma de direitos humanos mais favorável ao indivíduo.²⁰ Afinal, não seria lógico entender que, ao criarem-se novos tratados de salvaguarda de direitos humanos, visa-se diminuir o grau de proteção existente e assegurado por tratados mais antigos.²¹

Essa prevalência, somada à interação interpretativa dos tratados de direitos humanos, implica a interpretação restritiva das limitações permitidas à liberdade individual.²² Como explica Cançado Trindade:

(...) as próprias cláusulas de limitação (ao exercício de um direito consagrado) consignadas em um tratado de direitos humanos não são interpretadas de modo a restringir o exercício de quaisquer direitos humanos protegidos em maior escala por outro tratado de direitos humanos (em que também é parte o Estado em questão).

19 *Ibid*, p. 43.

20 Cf. TRINDADE, *supra* nota 13, p. 25/107/108/110/111. Cf. PIDCP, *supra* nota 8, Art.5 (2); Cf. Council of Europe/Social Affairs, *Case Law on the European Social Charter*, Strasbourg, CE, 1982, n. 325. p. 41-42.

21 Cf. TRINDADE, *ibid*, p. 111/112. Segundo Cançado Trindade, “The aim of the draftsmen of newer or more recent human rights treaties cannot possibly have been “to lower the existing degree of protection” accorded by other human rights treaties”.

22 *Ibid*. Cf. TRINDADE, *supra* nota 18, p. 46.

A interpretação restritiva de tais cláusulas de limitação constitui uma decorrência lógica de interpretação teleológica e evolutiva dos tratados de direitos humanos (TRINDADE, 1999, p. 46).

Nesse sentido, a interpretação restritiva das limitações permitidas a direitos humanos surge como o mecanismo mais adequado à proteção do direito de manifestação religiosa. Para atingir a interpretação restritiva da limitação a essa liberdade individual, é imprescindível realizar comparação de doutrina e jurisprudência sobre o tema. Dessa forma, o presente artigo propõe-se a analisar casos paradigmáticos de limitações ao uso de símbolos religiosos, provenientes de diferentes tribunais. Por fim, o artigo apresenta requisitos e conceitos arrimados em doutrina e jurisprudência, constituindo aquilo que é defendido aqui como a interpretação mais adequada para as limitações permitidas ao uso de símbolos religiosos, tendo em vista a proteção do indivíduo, da ordem pública e do interesse geral visada pelos tratados de direitos humanos.

2. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Após o final da Segunda Guerra Mundial e a criação do Conselho da Europa, a intenção de estabelecer verdadeira ordem pública europeia baseada no respeito aos direitos humanos estava latente no continente europeu. Nesse contexto, em 1953, entrou em vigor a Convenção Europeia de Direitos Humanos, voltada, majoritariamente, à salvaguarda de direitos civis e políticos.²³

O art. 9º da Convenção prevê que:

1. Todos possuem o direito de liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito inclui a liberdade de mudar sua religião ou crença e a liberdade de, individualmente ou em

23 Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratados de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Volume III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. Primeira edição. p.120/123.

comunidade, em privado ou em público, manifestar sua religião ou crença em devoção, ensino, prática e observância.

2. A liberdade de manifestar religião ou crença individual deve ser sujeita somente àquelas limitações que são prescritas por lei e necessárias, em uma sociedade democrática, nos interesses de segurança pública, para a proteção da ordem, saúde e moral públicas, ou para a proteção dos direitos e liberdades de outros.²⁴

Ao analisar as limitações dessa liberdade fundamental realizadas pelos Estados-Partes da Convenção, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) adota a doutrina da margem de apreciação.²⁵ Tal doutrina assenta-se na concepção de que as autoridades de cada Estado-Parte da União Europeia gozam de certa latitude na solução dos conflitos inerentes entre direitos individuais e interesses nacionais e das convicções morais divergentes.²⁶

A margem de apreciação é conferida aos Estados em decisões que envolvem normas relativamente abertas, como as que prescrevem a observância a princípios como o da necessidade e o da proporcionalidade, que não contam com definição precisa.²⁷ Nesse sentido, a CEDH considera que são os Estados que possuem mais condições de ponderarem a situação concreta,

24 European Convention, *supra* nota 14, art. 9. Tradução do original em inglês pelos autores do artigo. O texto completo e original é “1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance. 2. Freedom to manifest one’s religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or the protection of the rights and freedoms of others”.

25 SHANY, Yuval. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?. *The European Journal of International Law*, v. 16 n. 5, p. 907-940, 2006 [SHANY]; Cf. *Sahin*, *supra* nota 3, p. 21/22.

26 BENVENISTI, Eyal. Margin of appreciation, consensus, and universal standards. *New York Journal of International Law and Policy*, v. 31, 843-854, 1998-1999 [BENVENISTI];

27 SHANY, *supra* nota 27, p. 910.

podendo adequar a ela os conceitos supracitados.²⁸ Assim, a Corte confere aos Estados uma margem de apreciação circunscrita pelos limites da razoabilidade.

A existência de tais limites revela que não há completa aquiescência com o processo nacional de decisão. A margem de apreciação surge, assim, como uma doutrina que não previne revisão judicial, mas limita seu escopo de atuação.²⁹ Explica Yuval Shany que:

[...] Primeiramente, os Estados devem sempre exercer seu discernimento em boa-fé. Em segundo lugar, as corte internacionais devem, fundamentalmente, autorizar a revisão quanto à razoabilidade das decisões nacionais – nomeadamente, se o curso de ação selecionado pelo Estado conforma-se com o objeto e o propósito da norma em questão. Isso pode incluir, *inter alia*, análise do processo nacional de decisão (por exemplo, até que ponto todas as considerações pertinentes foram levadas em consideração) e do resultado substantivo (por exemplo, até que ponto a decisão promoveu a realização das normas abrangentes) (SHANY, 2006, p. 910/911). -Tradução do original em inglês pelos autores do artigo.³⁰

28 Cf. *Sahin*, *supra* nota 3, para. 100/102; Cf. CEDH. Julgamento. *Leyla ahin v. Turkey*. no 44774/98. Leyla Sahin c. Turquia. Estrasburgo, 10 de novembro de 2005, p. 26/30 [*Sahin Grand Chamber*]; Cf. CEDH. Opinião dissidente do juiz Tulkens. *Leyla ahin v. Turkey*. no 44774/98. Leyla Sahin c. Turquia. Estrasburgo, 10 de novembro de 2005, p. 19 [TULKENS].

29 SHANY, *supra* nota 27, p. 911; LETSAS, George. Two Concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 4, p. 705–732, 2006, p. 721; Cf. GROSS, Oren; AOLIN, Fionnuala Ní. From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights. *The Johns Hopkins University Press. Human Rights Quarterly*, v. 23, p. 625-649, 2001, p. 634 [GROSS].

30 O texto completo e original é “First, states must always exercise their discretion in good faith. Second, international courts are ultimately authorized to review whether national decisions are reasonable – namely, whether the course of action selected by the state conforms with the object and purpose of the governing norm. This might include *inter alia* assessment of the national decision-making process (for instance, whether all pertinent considerations were taken into account) and the substantive outcome (for instance, whether the decision promotes the attainment of the overarching norms). Hence, the margin of appreciation doctrine does not preclude judicial review, but rather works to limit its scope of operation”.

Essa doutrina, embora adotada por importantes tribunais, como a CEDH e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é alvo de críticas. Argumenta-se que ela encoraja aplicações não uniformes, subjetivas e relativistas do Direito Internacional, corroendo os limites da legalidade e reforçando a ideia do Direito Internacional como um sistema de princípios não vinculantes que pouco limita a conduta dos Estados.³¹ Acusa-se tal doutrina, em suma, de ser um “método insidioso para possibilitar Estados poderosos de evitar o domínio objetivo do Direito Internacional”.³²

Essa rejeição à doutrina da margem de apreciação também foi expressa nas opiniões separadas dos juízes Simma e Higgins no caso *Plataformas de Petróleo* (2003), da Corte Internacional de Justiça.³³ Os juízes afirmaram a necessidade de examinarem-se todos os termos presentes em provisões legais, referindo-se, entre outros, ao termo “necessidade”. Segundo os juízes, tal análise é objetiva e estrita, prescindindo, assim, de qualquer recurso a uma “margem de apreciação”.³⁴

A CEDH aplicou amplamente a doutrina da margem de apreciação em julgamentos sobre limitações ao uso de símbolos religiosos.³⁵ Segundo a Corte, os órgãos judiciais nacionais possuem um papel dotado de importância especial em situações

31 Cf. BENVENISTI, *supra* nota 28, p. 844; GROSS, *supra* nota 31, p. 628/629.

32 SHANY, *supra* nota 27, p. 912.

33 Corte Internacional de Justiça [CIJ]. Julgamento. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. República Islâmica do Irã c. Estados Unidos da América. Haia, 6 de novembro de 2003. *I. C.J. Reports 2003 [Oil Platforms]*.

34 CIJ. Opinião separada da juíza Higgins. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. República Islâmica do Irã c. Estados Unidos da América. Haia, 6 de novembro de 2003. *I.C.J. Reports 2003*, p. 238, para. 48 [HIGGINS]; CIJ. Opinião separada do juiz Simma. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. República Islâmica do Irã c. Estados Unidos da América. Haia, 6 de novembro de 2003. *I.C.J. Reports 2003*, p. 330, para. 11 [SIMMA].

35 *Sahin*, *supra* nota 3; CEDH. Julgamento. *Dogru v. France*. no 27058/05 (Ser A). Dogru c. França. Estrasburgo, 4 de dezembro de 2008 [*Dogru*];

que envolvem a relação entre Estado e religião. Para ela, esse seria o caso, notavelmente, em questões que dizem respeito a regulamentações do uso de símbolos religiosos em instituições educativas, tendo em vista a diversidade de ações tomadas pelas autoridades nacionais nesse âmbito. A Corte afirmou, ainda, que não seria possível discernir, na Europa, um conceito uniforme do significado da religião na sociedade. Além disso, o significado e o impacto de determinada expressão pública de crença religiosa apresentaria variações de acordo com o tempo e com o contexto de tal expressão.³⁶

Referindo-se a regulamentações do uso de símbolos religiosos, a CEDH afirmou que:

(...) regras, nesse âmbito, apresentarão variações de um Estado a outro, de acordo com as tradições nacionais e com os requisitos impostos pela necessidade de protegerem-se os direitos e liberdades dos outros e de manter-se a ordem pública. Dessa forma, a escolha sobre a extensão e a forma que tais regulamentações devem possuir deve, inevitavelmente, ser deixada, até certo ponto, para o Estado envolvido, tendo em vista a dependência do específico contexto doméstico (SAHIN, 2005, p. 26). – Tradução do original em inglês pelos autores do artigo.³⁷

36 *Sabin Grand Chamber, supra* nota 30, p. 26. O texto completo e original é “Where questions concerning the relationship between State and religions are at stake, on which opinion in a democratic society may reasonably differ widely, the role of the national decision-making body must be given special importance (...). This will notably be the case when it comes to regulating the wearing of religious symbols in educational institutions, especially (...) in view of the diversity of the approaches taken by national authorities on the issue. It is not possible to discern throughout Europe a uniform conception of the significance of religion in society (...), and the meaning or impact of the public expression of a religious belief will differ according to time and context (...)”.

37 O texto completo e original é “Rules in this sphere will consequently vary from one country to another according to national traditions and the requirements imposed by the need to protect the rights and freedoms of others and to maintain public order (...). Accordingly, the choice of the extent and form such regulations should take must inevitably be left up to a point to the State concerned, as it will depend on the specific domestic context”.

Embora uma discussão sobre a doutrina da margem de apreciação não seja escopo deste artigo, convém observar que sua aplicação pela CEDH apresentou muitas inconsistências. Diversas decisões da Corte, no que tange à problematização das limitações impostas ao uso de símbolos religiosos, detiveram-se a uma análise demasiadamente superficial, que não realizou um exame de cada termo do artigo 9º da Convenção Europeia de Direito Humanos (por exemplo, o termo “necessidade”). A CEDH perdeu, assim, a oportunidade de contribuir para um progresso substancial no Direito Internacional e de clarificar conceitos de essencial importância para a salvaguarda de direitos fundamentais do ser humano.

A maior parte dos casos da CEDH que tratam sobre o direito ao uso de símbolos religiosos restringiu-se à análise de admissibilidade.³⁸ Apenas cinco casos sobre esse tema tiveram seus méritos analisados.³⁹ Entre eles, encontram-se os casos paradigmáticos *Leyla Sahin v. Turquia* (2005) e *Dogru v. França* (2008).⁴⁰

O primeiro deles envolve a estudante de medicina Leyla Sahin. Em 1998, o vice-reitor da Universidade de Istambul emitiu um regulamento proibindo a utilização de véus islâmicos que cobrissem a cabeça do estudante e o uso de barba em cursos e aulas ministradas na universidade. Na ordem que instituía tal proibição, o vice-reitor referiu-se às normas constitucionais da

38 RORIVE, Isabelle. Religious Symbols in the Public Space: in search of a European answer. *Cardozo Law Review*, vol. 30:6, p.2669-2698, 2009, p. 2677/2678; Cf. Press Unit, “Fact Sheet Freedom of Religion” (2012) ECHR. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/80119CA2-3425-43D9-9FEB-524829C637B1/0/FICHES_Libert%C3%A9_religion_EN.pdf>.

39 *Sahin Grand Chamber*, *supra* nota 30; *Dogru*, *supra* nota 37; *Ahmet Arslan*, *supra* nota 7; CEDH. Julgamento. *Affaire Kervanci c. France*. no. 31645/04. Kervanci c. França. Estrasburgo, 4 de dezembro de 2008; CEDH. Julgamento. *Lautsi and others v. Italy*. no. 30814/06. Lautsi e outros c. Itália. Estrasburgo, 18 de março de 2011 [*Lautsi Grand Chamber*].

40 *Sahin Grand Chamber*, *supra* nota 30; *Dogru*, *supra* nota 37.

Turquia e à jurisprudência da CEDH. A estudante Leyla Sahin recusou-se a retirar seu véu durante as aulas e, após participar de um protesto contra a proibição em questão, foi suspensa da universidade por seis meses. Ao levar seu caso para a Corte Administrativa de Istambul, teve seu pedido considerado como inadmissível. Em 2000, com a entrada em vigor da Lei n. 4584, que anistiava estudantes penalizados por ofensas disciplinares, a Corte Administrativa negou o recurso de Sahin. Esta, então, transferiu seus estudos para a Universidade de Viena.⁴¹

Em 1998, Sahin levou seu caso à CEDH. Em 2005, a Corte Europeia proferiu seu veredicto, afirmando a inexistência de violação ao artigo 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Em sua decisão, a CEDH analisou, inicialmente, se a medida implementada pela Universidade de Istambul era prescrita por lei. Segundo a Corte:

[...] a expressão “prescrita por lei” requiere, primeiramente, que a medida impugnada tenha base em lei doméstica. A expressão também se refere à qualidade da lei em questão, requerendo que esta seja acessível às pessoas envolvidas e formulada com precisão suficiente para possibilitá-las – se necessário, com aviso apropriado – a prever, com um grau de razoabilidade nas circunstâncias, as consequências que uma determinada ação pode implicar e para regular sua conduta (SAHIN, CEDH, 2005, p. 20). -Tradução do original em inglês pelos autores do artigo.⁴²

A partir dessa definição, entendeu-se que a restrição imposta pela Universidade de Istambul cumpriu com o requisito de que a medida fosse prescrita por lei. No que tange aos outros

41 *Sahin Grand Chamber, ibid*, p. 3-5.

42 O texto completo e original é “The Court reiterates its settled case-law that the expression “prescribed by law” requires firstly that the impugned measure should have a basis in domestic law. It also refers to the quality of the law in question, requiring that it be accessible to the persons concerned and formulated with sufficient precision to enable them – if need be, with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail and to regulate their conduct”.

requerimentos, a Corte afirmou que sua análise dependia da delimitação da margem de apreciação em face dos direitos e liberdades dos outros, da ordem pública e da segurança da paz civil e do real pluralismo religioso.⁴³

Sem prover uma definição de necessidade, a Corte afirmou que o critério de ser a limitação “necessária em uma sociedade democrática” havia sido satisfeito:

[...] onde os valores de pluralismo, respeito pelos direitos dos outros e, em particular, igualdade perante a lei entre homens e mulheres estão sendo ensinados e aplicados na prática, é compreensível que as autoridades devam desejar preservar a natureza secular da instituição envolvida e, assim, considerarem contrário a tais valores permitir o uso de trajes religiosos, incluindo, no caso presente, o véu islâmico (SAHIN, CEDH, 2005, p. 29). -Tradução do original em inglês pelos autores do artigo.⁴⁴

Em seguida, a Corte realizou uma análise quanto à proporcionalidade da medida. Em tal análise, não foi fornecida uma definição do termo “proporcionalidade”. Adicionalmente, o exame de proporcionalidade realizado pela Corte foi superficial e restringiu-se, essencialmente, à apreciação da forma como foi implementada a proibição ao uso de véu na Universidade de Istambul.⁴⁵

O caso *Dogru v. França*, por sua vez, trata de uma menina muçulmana de 11 anos de idade. Esta foi expulsa de sua escola devido a sua reiterada recusa em retirar o véu islâmico durante as aulas de educação física, apesar da insistência de sua professora, que entendia que o uso do véu era incompatível com

43 *Sahin Grand Chamber, supra* nota 30, p. 23/26/27.

44 O texto completo e original é “In such a context, where the values of pluralism, respect for the rights of others and, in particular, equality before the law of men and women are being taught and applied in practice, it is understandable that the relevant authorities should wish to preserve the secular nature of the institution concerned and so consider it contrary to such values to allow religious attire, including, as in the present case, the Islamic headscarf, to be worn”.

45 *Sahin Grand Chamber, supra* nota 30, p. 29/30.

a aula em questão. Os pais de Dogru apelaram para a Corte Administrativa de Caen, que rejeitou o pedido deles, assim como o recurso posteriormente apresentado. Em seguida, os pais da estudante levaram o caso para o Conselho de Estado da França (*Conseil d'Etat*), baseando-se, entre outros direitos, na liberdade de consciência e de expressão. O *Conseil d'Etat* considerou inadmissível o pedido. Assim, em 2005, o caso foi levado à CEDH.⁴⁶

Partindo da premissa supracitada sobre o conceito de legalidade, a CEDH entendeu que a interferência realizada pela escola era prescrita por lei. Da mesma forma, o parâmetro de exame da Corte quanto aos outros critérios para uma legítima limitação da liberdade religiosa não se diferenciou do estabelecido no caso *Sahin*. No que tange à proporcionalidade da medida, a Corte restringiu-se em avaliar a proporcionalidade da penalidade implementada e não da medida restritiva em si, e, no que diz respeito à necessidade, apenas reiterou a importância do princípio do secularismo para uma sociedade democrática. A decisão da CEDH foi, assim, pela inexistência de violação ao art. 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.⁴⁷

Em 2011, a CEDH deliberou sobre o caso *Lautsi e outros v. Itália*.⁴⁸ Lautsi, mãe de dois alunos, insurgiu-se contra a colocação de crucifixos nas paredes de salas de aula de seus filhos. A base legal para a fixação de crucifixos na escola italiana em questão remonta ao Decreto Real número 965, de 30 de abril de 1924, em seu artigo 118 (normas das escolas secundárias do Rei). Esse artigo prescreve que “cada escola deve possuir a bandeira nacional, e cada sala de aula, um crucifixo e o retrato do rei”.⁴⁹

46 *Dogru*, *supra* nota 37, p. 2/3.

47 *Ibid*, p. 13-19.

48 *Lautsi Grand Chamber*, *supra* nota 41.

49 *Ibid*, p. 11. Tradução do original, em inglês, pelos autores do artigo. O trecho completo, em inglês, na tradução da CEDH é “Each school must have the national

O artigo 119 do Decreto Real número 1297, de 26 de abril de 1928 (aprovação das normas gerais concernentes aos serviços de educação primária) listou o crucifixo entre os “equipamentos e materiais necessários nas salas de aula escolares”.⁵⁰

As corte nacionais da Itália entenderam que essas duas previsões continuavam em vigor, aplicando-se para o caso em análise.⁵¹ Ademais, em 3 de outubro de 2002, o Ministro da Educação, das Universidades e da Pesquisa da Itália adotou a Diretiva número 2666, orientando os serviços competentes do Ministério a tomar as medidas necessárias para verificação da presença de crucifixos em salas de aula.⁵²

A direção da escola dos filhos de Lautsi denegou o pedido dela de retirada dos crucifixos das salas de aula. Lautsi, então, submeteu o caso à apreciação da Corte Administrativa de Veneto. Esta remeteu o caso para a Corte Constitucional, que declarou inadmissível o pedido de revisão de constitucionalidade da medida em questão, por esta basear-se em regulamentos que, não possuindo status de lei, não poderiam ser submetidos a uma revisão de constitucionalidade. Após tal posicionamento por parte da Corte Constitucional da Itália, a Corte Administrativa de Veneto rejeitou o pedido de Lautsi, afirmando 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

flag and each classroom must have a crucifix and a portrait of the King”.

50 CEDH. Decisão Preliminar. *Affaire Lautsi c. Italie*. no. 30814/06. Lautsi c. Itália. Estrasburgo, 3 de novembro de 2009, p. 4 [*Lautsi 1st Chamber*]. Tradução do original, em inglês, pelos autores do artigo. O trecho completo, em inglês, na tradução da CEDH é “Article 119 of Royal Decree no. 1297 of 26 April 1928 (Approval of the general rules governing primary education services) lists crucifixes among the “necessary equipment and material in school classrooms”.

51 *Ibid*, p.4.

52 *Lautsi Grand Chamber*, *supra* nota 41, p. 4/12.

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”.⁵³

Lautsi apelou para a Suprema Corte Administrativa (*Consiglio di Stato*), que reafirmou a decisão da Corte Administrativa de Veneto, enfatizando 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”.⁵⁴

Em 2006, Lautsi levou seu caso à CEDH.⁵⁵ Ela argumentou 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 2º do Protocolo adicional nº 1 à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais. Alegou-se também violação da liberdade de consciência sua e de seus filhos, consoante o artigo 9º da Convenção Europeia.

53 Cf. *Ibid*, p. 5. O texto completo e original é “It took the view, in particular, that although the crucifix was undeniably a religious symbol, it was a symbol of Christianity in general rather than of Catholicism alone, so that it served as a point of reference for other creeds. It went on to say that the crucifix was a historical and cultural symbol, possessing on that account an “identity-linked value” for the Italian people, in that it “represent[ed] in a way the historical and cultural development characteristic of [Italy] and in general of the whole of Europe, and [was] a good synthesis of that development”. The Administrative Court further held that the crucifix should also be considered a symbol of a value system underpinning the Italian Constitution”.

54 Cf. *Ibid*, p. 9. O trecho completo, em inglês, na tradução da CEDH é “In a non-religious context like a school, used for the education of young people, the crucifix may still convey the above-mentioned values to believers, but for them and for non-believers its display is justified and possesses a non-discriminatory meaning from the religious point of view if it is capable of representing and evoking synthetically and in an immediately perceptible and foreseeable manner (like any symbol) values which are important for civil society, in particular the values which underpin and inspire our constitutional order, the foundation of our civil life. In that sense the crucifix can perform – even in a “secular” perspective distinct from the religious perspective specific to it – a highly educational symbolic function, irrespective of the religion professed by the pupils”.

55 *Ibid*, p. 4-10.

O órgão de primeira instância da CEDH (Câmara), por unanimidade, entendeu que assistia razão a Lautsi, quanto à alegada violação do artigo 2º do Protocolo nº. 1. Este prescreve que:

Ninguém deve ter negado seu direito à educação. No exercício de quaisquer funções que o Estado assuma em relação à educação e ao ensinamento, ele deve respeitar o direito dos pais de garantir tal educação e ensinamento, consoante suas próprias convicções religiosas e filosóficas.⁵⁶

A Câmara afirmou a necessidade de o Estado adotar uma “postura neutra relativamente ao ensino público” e observar que a exposição de um símbolo associado a uma religião majoritária não contribuiria para a promoção do “pluralismo educativo, essencial à preservação de uma sociedade democrática”.⁵⁷

Com base em tais razões, julgou-se que a Itália havia violado também a liberdade de manifestação religiosa, tutelada pelo artigo 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Como reconhecido pela Câmara, a liberdade de religião possui dois aspectos: seu aspecto positivo manifesta-se na liberdade de o indivíduo praticar e observar sua crença, inclusive mediante o uso de símbolos religiosos, se assim tiver escolhido de maneira livre e voluntária; por sua vez, a liberdade de religião negativa implica o indivíduo não ser compelido a qualquer manifestação religiosa, podendo não utilizar determinado símbolo religioso.⁵⁸ Segundo

56 European Convention, *supra* nota 14, Additional Protocol n. 1, art. 2. O texto completo e original é “No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religions and philosophical convictions”.

57 *Lautsi 1st Chamber*, *supra* nota 52, p. 13. Disponível em: < <http://cmiskp.echr.coe.int/> >. O texto completo e original é “La Cour ne voit pas comment l’exposition, dans des salles de classe des écoles publiques, d’un symbole qu’il est raisonnable d’associer au catholicisme (la religion majoritaire en Italie) pourrait servir le pluralisme éducatif qui est essentiel à la préservation d’une « société démocratique » telle que la conçoit la Convention”.

58 Cf. *ibid*, p. 13; Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on freedom*

a Câmara, “esse direito negativo merece proteção especial se é o Estado que expressa uma crença, e dissidentes são colocados em uma situação da qual não se podem esquivar, senão através de esforços desproporcionais e de atos de sacrifício”.⁵⁹

A Câmara julgou, assim, que a exposição de um símbolo em um espaço público traduzir-se-ia em violação do direito dos pais de educar seus filhos segundo suas convicções e do direito das crianças de crer ou não crer. Essa exposição seria também inconsistente com o dever do Estado de respeitar a neutralidade no exercício do serviço público, particularmente no campo da educação.⁶⁰

O governo da Itália apelou da decisão e o caso foi então apreciado pelo órgão recursal da Corte Europeia de Direitos Humanos (Grande Câmara). Houve intervenção de terceiras partes no processo realizado perante a Grande Câmara. Intervieram os governos de dez países (Armênia, Bulgária, Chipre, Federação Russa, Grécia, Malta, Mônaco, República de

of religion or belief, UNESCOR, 70th Sess, A/HRC/7/10/Add.2, (2006), para. 54; Commission on Human Rights, *Report submitted by the Special Rapporteur on freedom of religion or belief*, UNESCOR, 62d Sess, E/CN.4/2006/5/Add.3, UN Doc (2005), para. 60. Cf. Commission on Human Rights, *Report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief*, UNESCOR, 62d Sess, UN Doc E/CN.4/2006/5/Add.4, UN Doc (2006), para. 55-57 [*Report of the Special Rapporteur*];

- 59 *Lautsi 1st Chamber*, *ibid*, p. 13. O trecho completo, em inglês, na tradução da CEDH é “Negative freedom of religion is not restricted to the absence of religious services or religious education. It extends to practices and symbols expressing, in particular or in general, a belief, a religion or atheism. That negative right deserves special protection if it is the State which expresses a belief and dissenters are placed in a situation from which they cannot extract themselves if not by making disproportionate efforts and acts of sacrifice”.
- 60 *Ibid*, p. 13. O texto completo e original é “La Cour estime que l’exposition obligatoire d’un symbole d’une confession donnée dans l’exercice de la fonction publique relativement à des situations spécifiques relevant du contrôle gouvernemental, en particulier dans les salles de classe, restreint le droit des parents d’éduquer leurs enfants selon leurs convictions ainsi que le droit des enfants scolarisés de croire ou de ne pas croire. La Cour considère que cette mesure emporte violation de ces droits car les restrictions sont incompatibles avec le devoir incombant à l’Etat de respecter la neutralité dans l’exercice de la fonction publique, en particulier dans le domaine de l’éducation”.

San Marino e Romênia), nove organizações não governamentais e trinta e três membros do Parlamento Europeu.⁶¹ Os países supracitados criticaram a decisão da Câmara. Dentre as críticas apresentadas por eles, estava a acusação de ter a Câmara confundido o princípio da neutralidade com o princípio do secularismo⁶², de não haver respeitado a grande margem de

61 *Lautsi Grand Chamber*, *supra* nota 41, p. 20-25.

62 Para a CEDH, o princípio da neutralidade tem como fim “ajudar a manter a ordem pública, a harmonia religiosa e a tolerância em uma sociedade democrática, particularmente entre grupos opostos. Isso envolve tanto relações entre aqueles que acreditam em determinada crença e aqueles que não acreditam, quanto relações entre os seguidores das várias religiões, fés e crenças”, in *ibid*, p. 26. O texto completo e original é “In that connection, it should be pointed out that States have responsibility for ensuring, neutrally and impartially, the exercise of various religions, faiths and beliefs. Their role is to help maintain public order, religious harmony and tolerance in a democratic society, particularly between opposing groups (...). That concerns both relations between believers and non-believers and relations between the adherents of various religions, faiths and beliefs”. Assim, seria incompatível com tal princípio “qualquer tipo de poder do Estado para avaliar a legitimidade de convicções religiosas ou as formas de expressão dessas convicções. No contexto de ensino, a neutralidade deve garantir pluralismo”, in *Lautsi 1st Chamber*, *supra* nota 52, p. 11. O texto completo e original é “The State’s duty of neutrality and impartiality is incompatible with any kind of power on its part to assess the legitimacy of religious convictions or the ways of expressing those convictions. In the context of teaching, neutrality should guarantee pluralism”. No que tange ao princípio do secularismo, ressaltam-se as reflexões realizadas pelo juiz Tulkens, in TULKENS, *supra* nota 30. p. 8/15. Segundo o juiz, o princípio do secularismo “requere que a educação seja fornecida sem qualquer manifestação de religião”, sendo o princípio compulsório para professores e servidores públicos, tendo em vista que eles voluntariamente aceitaram um cargo em um ambiente neutro, ainda que, em sua opinião - divergindo do entendimento da CEDH no caso *Sahin* e em casos subseqüentes que seguiram essa jurisprudência -, o mesmo não se aplique a estudantes. O juiz cita, ainda, o julgamento de 7 de Março de 1989, realizado pela Corte Constitucional da Turquia. Nas palavras do juiz Tulkens, a Corte afirmou que o secularismo “como garantidor de valores democráticos, seria o ponto de encontro da liberdade e da igualdade. O princípio preveniria que o Estado manifestasse preferência por particular religião ou crença; dessa forma, ele guiará o Estado em seu papel de árbitro imparcial, e, necessariamente, implicaria liberdade de religião e de consciência. Ele servia, ainda, à proteção do indivíduo não apenas contra interferência arbitrária por parte do Estado, mas também de toda pressão externa originada de movimentos extremistas”. O texto completo e original é “In its judgment of 7 March 1989, the Constitutional Court stated that secularism, as the guarantor of democratic values, was the meeting point of liberty and equality. The principle prevented the State from manifesting a preference for a particular religion or belief; it thereby guided the State in its role of impartial arbiter, and necessarily

apreciação conferida aos Estados e de ter ignorado que o crucifixo é um símbolo passivo e que reflete uma identidade nacional italiana, consolidada na história.⁶³ Os membros do Parlamento Europeu também afirmaram que a Corte Europeia de Direitos Humanos deveria reconhecer e aplicar uma ampla margem de apreciação aos Estados-Partes da Convenção Europeia de Direitos Humanos.⁶⁴ Dentre as organizações não governamentais, apenas três manifestaram-se a favor da decisão proferida pela Câmara.⁶⁵

Em sua decisão, a Grande Câmara afirmou que, na área de educação e de ensino, a provisão que estabelece o direito de os pais educarem seus filhos de acordo com suas próprias convicções é *lex specialis* em relação à provisão que tutela a liberdade de manifestação religiosa do indivíduo. Entretanto, ela afirmou que o artigo 2º do Protocolo nº. 1 deve ser lido à luz do artigo 9º da Convenção Europeia, que garante a liberdade religiosa, de pensamento e de consciência do indivíduo e que impõe um “dever de neutralidade e imparcialidade” ao Estado.⁶⁶

A Grande Câmara entendeu que a organização de um ambiente escolar recai na competência das autoridades públicas, e que a decisão sobre a manutenção de crucifixos na parede de salas de aula mantém-se nos limites da margem de apreciação dos Estados.⁶⁷

entailed freedom of religion and conscience. It also served to protect the individual not only against arbitrary interference by the State but from external pressure from extremist movements”.

63 *Lautsi Grand Chamber, supra* nota 41, p. 20/21.

64 *Ibid*, p. 25.

65 *Ibid*, p. 21-24.

66 *Ibid*, p. 26.

67 *Ibid*, p. 26-29. O trecho completo, em inglês, na tradução da CEDH é “In general, the Court considers that where the organization of the school environment is a matter for the public authorities, that task must be seen as a function assumed by the State in relation to education and teaching, within the meaning of the second sentence of Article 2 of Protocol No. 1. (...) The Court concludes in the present case that the decision whether crucifixes should be present in State-school classrooms is, in principle, a

Afirmou-se que o direito de os pais proverem a seus filhos a educação religiosa de sua escolha não significa que eles possam requerer que o Estado forneça uma forma particular de ensino.⁶⁸ Frisou-se que não há nada que sugira que as autoridades da escola em questão eram intolerantes com alunos que professassem outra crença religiosa, que não fossem adeptos de religião alguma ou que possuíssem convicções filosóficas não religiosas. Pelo contrário, não havia proibição de uso de qualquer símbolo religioso na escola, e o ensino religioso era opcional, podendo ser organizado para “todas as crenças religiosas reconhecidas”.⁶⁹

Além disso, a Grande Câmara afirmou que o crucifixo fixado em uma parede é um “símbolo essencialmente passivo”, sendo este ponto importante, em função do princípio da neutralidade.⁷⁰ Devido a tais razões, entendeu-se que a maior visibilidade dada a uma religião específica, em um ambiente escolar, (no presente caso, à religião cristã) não violaria o respeito à educação religiosa fornecida pelos pais dos estudantes nem implicaria uma doutrinação religiosa por parte da escola.⁷¹

A decisão da Grande Câmara parece contradizer decisões anteriores da Corte Européia de Direitos Humanos em casos que envolviam a presença de símbolos religiosos em espaços escolares. No caso *Sahin*, a CEDH afirmou que “onde os valores de pluralismo, respeito pelos direitos dos outros (...)

matter falling within the margin of appreciation of the respondent State. Moreover, the fact that there is no European consensus on the question of the presence of religious symbols in State schools speaks in favour of that approach”. Article 2 of the above-mentioned Protocol prescribes that “No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religions and philosophical convictions”.

68 *Ibid*, p. 26.

69 *Ibid*, p. 31.

70 *Ibid*, p. 30.

71 *Ibid*, p. 26-31.

estão sendo ensinados e aplicados na prática, é compreensível que as autoridades devam desejar preservar a natureza secular da instituição envolvida”.⁷² Nos casos *Dogru* e *Sahin*, a CEDH entendeu que a proibição do uso de véu islâmico encontrava-se dentro dos limites da margem de apreciação conferida aos Estados e em consonância com os princípios de necessidade e proporcionalidade. O mesmo ocorreu no caso *Dahlab c. Suíça*, em que a Corte julgou que a decisão de determinada escola suíça de proibir que uma de suas professoras usasse o véu islâmico durante suas aulas, que eram ministradas para alunos de primário, era uma medida “necessária em uma sociedade democrática”.⁷³ Entretanto, a CEDH julgou não ser necessário proibir a presença de crucifixos em paredes de salas de aula.

A discrepância dos julgamentos proferidos pela Corte parece fundada na diferenciação dos significados do véu islâmico e do crucifixo. No caso *Dahlab*, a Corte entendeu ser o uso do véu islâmico um poderoso símbolo externo cujo impacto em crianças muito novas seria difícil de ser calculado. Seu uso poderia causar algum efeito de proselitismo, tendo em vista que o véu “parece ser imposto em mulheres por um preceito que é estabelecido pelo Corão e que (...) é difícil de ser conciliado com o princípio da igualdade de gêneros”.⁷⁴ A Corte afirmou que “parece difícil conciliar o uso do véu islâmico com a mensagem de tolerância, respeito pelos outros e, acima de tudo, igualdade e não discriminação que os professores, em uma sociedade democrática, devem levar a seus alunos”.⁷⁵ Por sua vez, o crucifixo

72 *Sahin Grand Chamber*, *supra* nota 30, p. 29.

73 *Dahlab*, *supra* nota 3.

74 *Ibid*, p. 13-14. O texto completo e original é “In those circumstances, it cannot be denied outright that the wearing of a headscarf might have some kind of proselytising effect, seeing that it appears to be imposed on women by a precept which is laid down in the Koran and which, as the Federal Court noted, is hard to square with the principle of gender equality”.

75 *Ibid*, p. 13-14. O texto completo e original é “It therefore appears difficult to reconcile

foi entendido como um “símbolo essencialmente passivo”, sendo a sua presença em todas as salas de aula de determinada escola 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.

3. CONSELHO CONSTITUCIONAL DA FRANÇA

Em 1989, em uma opinião consultiva, o Conselho de Estado da França (*Conseil d'État*) afirmou que o uso de símbolos que manifestem afiliação a uma particular religião por parte de estudantes em escolas não é, em si, incompatível com o secularismo. Para o Conselho de Estado, o princípio do secularismo implica que a liberdade religiosa e de expressão não pode autorizar estudantes a usar signos de afiliação religiosa que, inerentemente, devido às circunstâncias em que são utilizados, possam constituir forma de pressão, provocação, proselitismo e propaganda, de modo a atuarem negativamente na ordem pública.⁷⁶ Assim, percebe-se que o Conselho de Estado diferenciou símbolos religiosos ostensivos de “uso ostensivo de símbolos religiosos”.⁷⁷

Entretanto, em 15 de março de 2004, o Parlamento francês aprovou a Lei n. 2004-228, conhecida como “Lei do Secularismo”. Esta lei proibiu o uso de signos e trajes que manifestem ostensivamente afiliação religiosa por alunos de escolas primárias e secundárias do Estado.⁷⁸

Em 2010, o Estado francês aprovou lei que proíbe o ocultamento do rosto em público. A primeira seção do ato

the wearing of an Islamic headscarf with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society must convey to their pupils”.

76 *Avis relative au port de signes, supra* nota 3. Cf. *Dogru, supra* nota 37, p. 6/7.

77 *Report of the Special Rapporteur, supra* nota 60, para 48.

78 Cf. *Dogru, supra* nota 37, p. 9.

que proíbe tal ocultamento estabelece que “ninguém deve, em qualquer espaço público, usar vestimentas destinadas a ocultar o rosto”.⁷⁹ “Espaço público” é definido pela segunda seção desse ato, como “vias públicas e todos os locais abertos ao público ou utilizados para prover algum serviço público”.⁸⁰ Esse ato normativo estabelece ainda que a proibição de ocultamento do rosto não se aplica se o uso das vestimentas é prescrito por lei ou regulamentos, é justificado por razões médicas ou profissionais ou ocorre em um contexto de prática de esportes, de festividades ou de eventos artísticos ou culturais.⁸¹

Tal lei foi levada ao Conselho Constitucional francês para uma análise de constitucionalidade.⁸² Em sua análise, foram consideradas as seguintes provisões da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789):

Art. 4º: a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites devem ser determinados apenas por lei.

Art. 5º: a Lei não proíbe senão as ações prejudiciais à sociedade. Tudo aquilo que não for proibido por lei não deve ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que a lei não prescreve.

79 FRANÇA. Conseil Constitutionnel. Décision. Décision no. 2010-613 DC – Loi interdisant la dissimulation du visage dans l’espace public. Paris, 7 de outubro de 2010. p. 1. Tradução do original em inglês pelos autores do artigo. O texto completo e original é “Nul ne peut, dans l’espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage”.

80 *Ibid.* Tradução do original em francês pelos autores do artigo. O texto completo e original é “l’article 2 de la même loi précise : « I. Pour l’application de l’article 1^{er}, l’espace public est constitué des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public »”.

81 *Ibid.* O texto completo e original é “l’article 2 de la même loi précise : « (...) II. L’interdiction prévue à l’article 1^{er} ne s’applique pas si la tenue est prescrite ou autorisée par des dispositions législatives ou réglementaires, si elle est justifiée par des raisons de santé ou des motifs professionnels, ou si elle s’inscrit dans le cadre de pratiques sportives, de fêtes ou de manifestations artistiques ou traditionnelles »”.

82 *Ibid.*

Art. 10: ninguém pode ser inquietado por suas opiniões e crenças, inclusive as religiosas, na condição de que elas não perturbem a ordem pública, como determinado por lei.⁸³

O Conselho também se reportou ao parágrafo 3º do preâmbulo da Constituição da França de 1946, que prescreve que “a lei garante às mulheres direitos iguais aos do homem em todas as esferas”.⁸⁴

Segundo o Conselho Constitucional, o Parlamento francês generalizou e completou normas que, até então, eram reservadas para situações *ad hoc*, com o propósito de proteger a ordem pública. Ao examinar tal medida, o Conselho entendeu ser legítima a consideração do Parlamento de que o uso de véus para cobrir a face é uma prática perigosa para a segurança pública e que não cumpre com os requisitos mínimos para a vida em sociedade. Reiterou-se, ainda, a compreensão de que as mulheres que utilizam véu islâmico, voluntariamente ou não, são colocadas em uma posição de exclusão e inferioridade incompatíveis com os princípios constitucionais franceses de liberdade e igualdade.⁸⁵

83 Tradução do original em francês pelos autores do artigo. O texto completo e original é “Article 4 - La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. Article 5 - La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas. Article 10 - Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi”.

84 Tradução do original em francês pelos autores do artigo. O texto completo e original é “La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme”.

85 Conseil Constitutionnel, *supra* nota 81, p. 1. O texto completo e original é “Considérant que les articles 1er et 2 de la loi déferée ont pour objet de répondre à l'apparition de pratiques, jusqu'alors exceptionnelles, consistant à dissimuler son visage dans l'espace public ; que le législateur a estimé que de telles pratiques peuvent constituer un danger pour la sécurité publique et méconnaissent les exigences minimales de la vie en société ; qu'il a également estimé que les femmes dissimulant leur visage, volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité”.

Sem remeter ao conceito de necessidade, o Conselho afirmou ser proporcional a limitação em questão. Tal entendimento foi atingido sem definir-se o princípio da “proporcionalidade” e sem avaliarem-se todos os aspectos por ele demandado. O Conselho restringiu-se em afirmar que a medida é proporcional em face da penalidade conferida a seu descumprimento e perante os objetos de proteção visados por lei, quais sejam: a proteção da ordem pública e a garantia de direitos protegidos constitucionalmente.⁸⁶

4. SUPREMO TRIBUNAL DO CANADÁ

Em 2006, o Supremo Tribunal do Canadá tratou do caso levado a ele por Balvir Singh Multani e por seu filho Gurbaj Singh Multani, ambos Sikhs ortodoxos. Devido a sua religião, Gurbaj acreditava que devia carregar consigo, em todos os momentos, um *kirpan*. Este é um objeto religioso, feito necessariamente de metal, que se assemelha a um punhal. Gurbaj guardava o *kirpan* debaixo de suas roupas. Em novembro de 2001, ele, acidentalmente, derrubou esse objeto no pátio de sua escola (*Sainte-Catherine-Labouré*). Após tal acontecimento, a coordenação da escola⁸⁷ enviou uma carta aos pais de Gurbaj autorizando o uso do *kirpan* sob determinadas condições, de forma a garantir que o objeto permanecesse selado dentro das roupas do menino. Não houve objeção por parte da família de Gurbaj. Entretanto, no início de 2002, por meio de uma resolução, a direção da escola⁸⁸ recusou-se a ratificar o acordo realizado entre os pais do aluno e a coordenação do estabelecimento, com base no código de

86 *Ibid*, p. 2. O texto completo e original é “Considérant qu’eu égard aux objectifs qu’il s’est assignés et compte tenu de la nature de la peine instituée en cas de méconnaissance de la règle fixée par lui, le législateur a adopté des dispositions qui assurent, entre la sauvegarde de l’ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés, une conciliation qui n’est pas manifestement disproportionnée”.

87 No original, em inglês, “school board”.

88 No original, em inglês, “school’s governing board”.

conduta escolar que proíbe que alunos carreguem consigo armas ou objetos perigosos. O Conselho de Comissários de Escolas⁸⁹ manteve tal decisão e informou à família de Gurbaj que o uso de um *kirpan* simbólico feito de material considerado inofensivo seria permitido. O pai de Gurbaj recorreu, então, ao Judiciário.⁹⁰

A Corte Superior de Quebec declarou nula a decisão do Conselho de Comissários de Escolas e permitiu o uso do *kirpan* dentro de certas condições, quais sejam: que o *kirpan* seja usado debaixo das roupas de Gurbaj; que o objeto seja carregado em um bainha feita de madeira; que, ao ser colocado na bainha, o *kirpan* seja enrolado e costurado de maneira segura e firme em envelope de tecido, sendo este costurado a uma alça (*guthra*); que a escola esteja autorizada a verificar, de modo razoável, que essas condições estavam sendo cumpridas; que o *kirpan* seja mantido, em todos os momentos, na posse de *Gurbaj*, devendo o desaparecimento do objeto ser imediatamente informado às autoridades da escola. A Corte Superior de Quebec afirmou, ainda, que o não-cumprimento de tais condições implicaria a perda definitiva do direito do uso do *kirpan* por Gurbaj em sua escola.⁹¹

89 No original, em inglês, “school board’s council of commissioners”.

90 CANADÁ. Supremo Tribunal do Canadá. Julgamento. *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*. 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6. Ottawa, 2 de março de 2006. p. 3/4 [*Multani*],

91 *Ibid*, p. 18, para. 8. O texto completo e original é: “Noting that the need to wear a kirpan was based on a sincere religious belief held by Gurbaj Singh and that there was no evidence of any violent incidents involving kirpans in Quebec schools, she granted the motion for a declaratory judgment and authorized Gurbaj Singh to wear his kirpan at Sainte-Catherine-Labouré school on the following conditions (at para. 7): that the kirpan be worn under his clothes; that the kirpan be carried in a sheath made of wood, not metal, to prevent it from causing injury; that the kirpan be placed in its sheath and wrapped and sewn securely in a sturdy cloth envelope, and that this envelope be sewn to the guthra; that school personnel be authorized to verify, in a reasonable fashion, that these conditions were being complied with; that the petitioner be required to keep the kirpan in his possession at all times, and that its disappearance be reported to school authorities immediately; and that in the event of a failure to comply with the terms of the judgment, the petitioner would definitively lose the

No entanto, em 2004, após recurso à Corte de Apelações de Quebec, decidiu-se pela manutenção da decisão emitida pelo Conselho de Comissários, no que tange à proibição do uso do *kirpan* dentro da escola.⁹² Em seu julgamento, a Corte de Apelações de Quebec afirmou que:

Tendo em vista que o *kirpan* é um objeto perigoso, que as condições impostas [pela Corte Superior de Quebec] (...) não eliminaram todo o risco, mas, meramente, retardam o acesso ao objeto, e que as preocupações expressas pela coordenação da escola não são meramente hipotéticas, (...) [a Corte de Apelação de Quebec] concluiu que permitir que o *kirpan* seja usado, ainda que sob determinadas condições, obrigaria a coordenação da escola a reduzir seus padrões de segurança e resultaria em injustificável privação (MULTANI, 2006, p. 19). – tradução do original em inglês pelos autores do artigo.⁹³

Em 2005, Gurbaj e seu pai levaram o caso ao Supremo Tribunal do Canadá.⁹⁴ Para analisar a existência de violação à

right to wear his kirpan at school”.

92 *Ibid*, p. 19, para. 12.

93 O texto completo e original é: “Given that the kirpan is a dangerous object, that the conditions imposed by Grenier J. [redatora da decisão da Corte Superior de Quebec] did not eliminate every risk, but merely delayed access to the object, and that the concerns expressed by the school board were not merely hypothetical, Lemelin J. [redatora da decisão da Corte de Apelações de Quebec] concluded that allowing the kirpan to be worn, even under certain conditions, would oblige the school board to reduce its safety standards and would result in undue hardship”.

94 No Supremo Tribunal do Canadá, instaurou-se uma polêmica a respeito da aplicabilidade do Direito Constitucional ao caso Multani. Os juízes Deschamps e Abella JJ, em voto concorrente conjunto (no original, em inglês, *joint concurring opinion*), expressaram seu entendimento de que o caso deveria ser analisado à luz do Direito Administrativo. Entretanto, a decisão majoritária do Supremo Tribunal, no que tange a essa questão preliminar, foi que “o fato de que uma questão relacionada com Direito Constitucional é levantada em um contexto administrativo não significa que as normas de Direito Constitucional devem ser dissolvidas em normas de Direito Administrativo. Os direitos e liberdades garantidos pela Carta Canadense estabelecem uma proteção constitucional mínima, que deve ser considerada pelo Legislativo e por qualquer pessoa ou órgão sujeito à Carta Canadense. O papel do Direito Constitucional é, assim, definir o escopo de proteção desses direitos e liberdades”. O texto completo e original é “However, the fact that an issue relating to constitutional rights is raised

liberdade de religião, o Supremo Tribunal determinou que dois fatores seriam essenciais: (i) que o indivíduo acredite sinceramente em uma prática ou crença que possua ligação com sua religião; (ii) que a conduta de terceiros interfira de uma maneira substancial ou não trivial na habilidade de o indivíduo agir de acordo com a prática ou crença em questão. Após entender estarem presentes tais fatores no caso de Gurbaj, o Supremo Tribunal passou a analisar se o limite imposto à prática ou crença religiosa em questão seria justificável, com base na Carta Canadense.⁹⁵ A Seção 1 da Carta Canadense prevê que: “A Carta Canadense de Direitos e Liberdades garante os direitos e liberdades dispostos nela sujeitos apenas aos limites prescritos por lei que possam ser demonstravelmente justificáveis em uma sociedade livre e democrática”.⁹⁶

Para que um limite seja justificável, o Supremo Tribunal canadense entendeu que: (i) o objetivo legislativo visado deve ser suficientemente importante para limitar um direito constitucional; (ii) os meios escolhidos pelas autoridades estatais devem ser proporcionais ao objetivo em questão.⁹⁷ No que tange à análise de proporcionalidade, a medida deve: (i) possuir uma

in an administrative context does not mean that the constitutional law standards must be dissolved into the administrative law standards. The rights and freedoms guaranteed by the *Canadian Charter* establish a *minimum* constitutional protection that must be taken into account by the legislature and by every person or body subject to the *Canadian Charter*. The role of constitutional law is therefore to define the scope of the protection of these rights and freedoms”, in *Multani, supra* nota 92, p. 21, para 16. O Supremo Tribunal entendeu que o pedido de Multani seria baseado inteiramente na liberdade constitucional. Assim, a questão em julgamento seria a constitucionalidade da decisão do Conselho Escolar, o que implica a condução de uma análise constitucional. Ver *Multani, supra* nota 92, p. 24, para 20-21.

95 *Ibid*, p.31-33, para. 34-41.

96 Canadian Charter of Rights and Freedoms, 29 Mar. 1982. Tradução do original em inglês pelos autores do artigo. O texto completo e original é “The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”.

97 *Multani, supra* nota 92, p. 34, para 43.

conexão racional com o objetivo visado; (ii) gerar o mínimo de prejuízo ao direito constitucional em questão. Não é necessário que a medida seja a menos intrusiva, mas apenas que ela esteja entre as alternativas razoáveis possíveis.⁹⁸

O Supremo Tribunal concluiu que a proibição do uso do *kirpan* pelo Conselho de Comissários de Escolas era prescrita por lei, por ter base na discricionariedade concedida pelo Ato de Educação canadense.⁹⁹ Quanto ao objetivo visado pela medida, o Superior Tribunal definiu-o como o fim de garantir um nível razoável de segurança na escola, sendo um objetivo substancial e premente.¹⁰⁰

Ao analisar a proporcionalidade da medida, entendeu-se que, apesar do profundo significado religioso do *kirpan* para Gurbaj, devido à existência de características típicas de armas no *kirpan*, este poderia ser usado para machucar alguém. Dessa forma, concluiu-se pela existência de conexão racional entre a decisão do Conselho Escolar e o objetivo de garantir um nível razoável de segurança nas escolas.¹⁰¹

Entretanto, a medida de proibição do uso de *kirpan* na escola não foi compreendida como satisfazendo o critério de prejudicar minimamente o direito constitucional em questão. Afinal, não há sequer um relato de uso violento de um *kirpan* em ambientes escolares nos últimos 100 anos (desde que os Sikhs começaram a frequentar escolas canadenses). Além disso, Gurbaj nunca apresentou problemas comportamentais, sendo improvável que ele usasse seu *kirpan* de forma violenta. Ademais, o uso indevido do *kirpan* de Gurbaj por terceiros também parece improvável, se cumpridas condições, como as impostas pela Corte Superior de Quebec supramencionadas. No caso de terceiros possuírem uma intenção violenta, seria mais fácil para eles obter

98 *Ibid*, p.36/37, para. 49/50.

99 *Ibid*, p. 33/34, para. 42.

100 *Ibid*, p. 34-36, para. 44-48.

101 *Ibid*, p. 36, para. 49.

uma arma fora da escola ou usar algum outro objeto de dentro da escola, como uma caneta ou um taco de baseball.¹⁰²

Segundo o Supremo Tribunal, “não é necessário aguardar pela ocorrência de um dano antes de agir, mas a existência de preocupações relacionadas à segurança deve ser estabelecida de maneira inequívoca, para que se infrinja um direito constitucional”.¹⁰³ De acordo com as evidências estabelecidas no processo, o Tribunal seguiu a opinião de que não procede o argumento que visava a justificar uma proibição absoluta do uso de *kirpan* no ambiente escolar, nomeadamente, o argumento de que o *kirpan* é inerentemente perigoso. A Corte tampouco concordou que esse objeto religioso é um símbolo de violência, e baseou-se, explicitamente, na natureza simbólica do *kirpan*, no respeito à religião Sikh e nos valores de multiculturalismo.¹⁰⁴ Segundo o Supremo Tribunal, “uma total proibição do uso de *kirpan* na escola prejudica o valor desse símbolo religioso e envia aos estudantes a mensagem de que algumas práticas religiosas não merecem a mesma proteção que outras”.¹⁰⁵ Para o Supremo Tribunal, permitir o uso do *kirpan* sob determinadas condições seria a solução mais acertada.¹⁰⁶ Adotou-se, assim,

102 *Ibid*, p. 39-42, para. 57-60.

103 *Ibid*, p. 45, para. 67. Tradução do original em inglês pelos autores do artigo. O texto completo e original é “(...) it is not necessary to wait for harm to be done before acting, but the existence of concerns relating to safety must be unequivocally established for the infringement of a constitutional right to be justified. Given the evidence in the record, it is my opinion that the respondents’ argument in support of an absolute prohibition — namely that kirpans are inherently dangerous — must fail”.

104 *Ibid*, p. 45-47, para. 67/71.

105 *Ibid*, p. 9/50, para 79. O texto completo e original é “A total prohibition against wearing a kirpan to school undermines the value of this religious symbol and sends students the message that some religious practices do not merit the same protection as others. On the other hand, accommodating Gurbaj Singh and allowing him to wear his kirpan under certain conditions demonstrates the importance that our society attaches to protecting freedom of religion and to showing respect for its minorities. The deleterious effects of a total prohibition thus outweigh its salutary effects”.

106 *Ibid*, p. 50, para 79.

o entendimento de ser possível atingir-se uma acomodação razoável¹⁰⁷ para a situação de Gurbaj, já defendida na decisão da Corte Superior de Quebec.¹⁰⁸

Segundo o Supremo Tribunal, a acomodação razoável equivale ao conceito de “limites razoáveis”.¹⁰⁹ Baseia-se, assim, na consideração dos detalhes específicos das circunstâncias das partes, de modo a serem atingidas alternativas razoáveis à luz dos padrões constitucionais.¹¹⁰

Dessa forma, o Supremo Tribunal apenas poderia manter a proibição absoluta do *kirpan* caso ela fosse justificada.¹¹¹ Como explica o Professor José Woehrling, citado na decisão do Supremo Tribunal:

Qualquer um que vise não atentar para o dever de acomodar deve demonstrar que é necessário, para atingir-se um objetivo legislativo legítimo e importante, aplicar a norma na sua integridade, sem as exceções buscadas pelo requerente. É necessário (...) demonstrar (...) que aplicar a norma, na sua integridade, constitui um meio racional de atingir-se o objetivo legislativo, que não estão disponíveis outros meios que fossem menos intrusivos em relação aos direitos em questão (teste do mínimo prejuízo), e que há proporcionalidade entre os benefícios da medida e seus efeitos limitadores (WOEHLING, apud MULTANI, 2006, p. 38). – Tradução do original em inglês pelos autores do artigo.¹¹²

107 No original em inglês, «reasonable accommodation».

108 *Multani*, *supra* nota 92, p. 18, para. 8.

109 *Ibid*, p. 37, para 52.

110 *Ibid*, p. 10/74, para. 131. Cf. *ibid*, p. 15-17, para. 3/7.

111 *Ibid*, p. 38-39, para 54.

112 O texto completo e original é “Anyone seeking to disregard the duty to accommodate must show that it is necessary, in order to achieve a legitimate and important legislative objective, to apply the standard in its entirety, without the exceptions sought by the claimant. More specifically, in the context of s. 1 of the *Canadian Charter*, it is necessary, in applying the test from *R. v. Oakes*, to show, in succession, that applying the standard in its entirety constitutes a rational means of achieving the legislative objective, that no other means are available that would be less intrusive in relation to the rights in question (minimal impairment test), and that there is proportionality

Pelas razões supracitadas, o Supremo Tribunal entendeu não ser proporcional a proibição total do uso do *kirpan* por Gurbaj. Conseqüentemente, tal proibição não seria conciliável com a acomodação razoável exigida na situação.¹¹³ Com base em tais conclusões, o Supremo Tribunal do Canadá declarou nula a decisão do Conselho de Comissários de Escolas.¹¹⁴

Percebe-se que o julgamento do Supremo Tribunal do Canadá em muito diferiu dos realizados pela Corte Europeia de Direitos Humanos e pelo Conselho Constitucional da França, em casos que envolviam a limitação do uso de símbolos religiosos. A análise de jurisprudência das cortes supracitadas permite a comparação entre provisões legais que tutelam a liberdade de manifestação religiosa e conceitos dados por cada uma dessas cortes aos princípios de proporcionalidade e de necessidade. A realização de tal comparação é útil à definição da interpretação restritiva das limitações permitidas à liberdade de manifestação religiosa.

between the measure's salutary and limiting effects”.

113 Para Laura Barnett, “Freedom of religion in Canada has also been interpreted as necessitating the reasonable accommodation of minorities. This means that laws must be adjusted if they have even an indirect discriminatory effect on a person or group based on their particular characteristics. In this sense, Canada’s form of religious neutrality is quite different from the stricter version of laïcité adopted in countries such as France. The Canadian approach attempts to make laws receptive to the particular needs of minorities, rather than espousing a more uniform conception of equality. The policy of reasonable accommodation attempts to break from the trend promulgating the norms of the majority as the dominating values in Canadian society”, in BARNETT, *supra* nota 3.

114 A decisão da maioria dos ministros do Supremo Tribunal do Canadá apenas não “restaurou” a decisão da Corte Superior de Québec porque Gurjab Singh não era mais aluno da escola *Sainte-Catherine-Labouré*. Na decisão, tem-se a seguinte consideração *in fine*: “Given that Gurbaj Singh no longer attends *Sainte-Catherine-Labouré* school, it would not be appropriate to restore the judgment of the Superior Court, as requested by the appellants. The Court accordingly considers that the appropriate and just remedy is to declare the decision prohibiting Gurbaj Singh from wearing his kirpan to be null”. Nesse sentido, ver *Multani*, *supra* nota 92, p. 51, para. 82. O dispositivo da decisão da maioria foi o seguinte: “I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal, and declare the decision of the council of commissioners to be null, with costs throughout”, in *Multani*, *supra* nota 92, p. 52, para. 83.

5. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA APLICÁVEL À LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO RELIGIOSA

Os vários instrumentos de direitos humanos compõem uma unidade teórica.¹¹⁵ Isso significa que a aplicação e interpretação de um tratado de direitos humanos de que determinado Estado é parte é relevante na aplicação e interpretação dos outros tratados de direitos humanos aos quais ele também tenha se vinculado.¹¹⁶ Como normas de direitos humanos devem coexistir, faz-se necessário observar “a primazia da norma mais favorável à alegada vítima no que diz respeito a um mesmo direito protegido por dois ou mais tratados dos quais determinado Estado seja parte”.¹¹⁷ Dessa forma, um tratado pode ter implicações sobre a invocação de cláusulas presentes em um outro tratado que permita a limitação de determinado direito fundamental. Restringe-se, assim, a aplicação de limitações a direitos humanos, e aumentam-se as obrigações dos Estados-Partes das diversas convenções que tutelam direitos fundamentais.¹¹⁸

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) enuncia um rol de critérios que devem ser cumpridos para que a liberdade de manifestação religiosa possa ser legitimamente limitada. Tal rol apresenta-se como um dos enunciados normativos mais restritivos dentre as convenções que tutelam a liberdade de religião, como é possível perceber

115 TRINDADE, *supra* nota 13, p. 25.

116 TRINDADE, *supra* nota 18, p. 58.

117 TRINDADE, *supra* nota 13, p. 108. Tradução do original em inglês pelos autores do artigo.

118 *Ibid*, at 110; Cf. PIDCP, *supra* nota 8, Art.5 (2); Cf. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. 993U.N.T.S.3, de 16 de dezembro de 1966, Art. 5(2) [ICESCR].

a partir da análise jurisprudencial realizada no presente artigo. Adicionalmente, o PIDCP é amplamente aceito pela comunidade internacional, apresentando um total de 167 Estados-Partes, dentre os 193 Estados-membros das Nações Unidas.¹¹⁹ Assim, será tomado como base esse tratado de direitos humanos.

De acordo com o artigo 18 do Pacto:

1. Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.
2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha.
3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas a limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.
4. Os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais - e, quando for o caso, dos tutores legais - de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.¹²⁰

119 *United Nations Treaty Collection Database*. Disponível em: <http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&cmdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en>

120 PIDCP, *supra* nota 8, Art.18. O texto completo e original é “1. Everyone shall have the right to freedom of thought, conscience and religion. This right shall include freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching. 2. No one shall be subject to coercion which would impair his freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice. 3. Freedom to manifest one’s religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others. 4. The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions”.

De acordo com o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, limitações à liberdade de manifestação religiosa não são permitidas com base em razões que não estejam especificadas nesse artigo.¹²¹

Fundamentando-se fortemente no PIDCP e apoiando-se igualmente em doutrina e em jurisprudência, tem-se que uma legítima limitação da liberdade de manifestação religiosa deve ser: (1) legal; (2) necessária; (3) proporcional; (4) não pode resultar em discriminação; (5) deve ser restrita a *raison d'être* da limitação.

Diversos tratados de direitos humanos, como o PIDCP, a Convenção sobre os Direitos das Crianças e a Convenção Europeia de Direitos Humanos, estabelecem que limitações da liberdade de manifestação religiosa devem ser prescritas por lei. Entretanto, como afirmado em jurisprudência da CEDH, o termo “prescrito em lei” refere-se também à qualidade da lei.¹²² Assim, a legalidade de uma limitação ao exercício de um direito fundamental não concerne apenas a aspectos formais, mas também materiais.

De acordo com a Subcomissão das Nações Unidas para a Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias, o termo “prescrito por lei” do PIDCP implica que a limitação não seja arbitrária ou não razoável.¹²³ O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas explicou que “o conceito de arbitrário visa a garantir que até a intervenção prevista em lei esteja de acordo com as provisões, objetivos e propósitos do Pacto e seja, em qualquer circunstância, razoável nas circunstâncias particulares”.¹²⁴

121 G.C.No.22, *supra* nota 6.

122 *Ahmet Arslan*, *supra* nota 7; *Sahin*, *supra* nota 3; *Dogru*, *supra* nota 37.

123 United Nations, Economic and Social Council, U.N. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, Annex, UN Doc E/CN.4/1984/4 (1984) [*Siracusa Principles*].

124 HRC, *General Comment No.16*, CCPROR, 32th Sess (1988), U.N. Doc. HRI/GEN/1/

Segundo o Comitê, o conceito de razoabilidade relaciona-se com proporcionalidade.¹²⁵

O PIDCP e a Convenção sobre os Direitos da Criança permitem limitações à liberdade de manifestação religiosa na medida em que elas sejam “necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas”.¹²⁶ A Corte Internacional de Justiça, ao tratar da liberdade de movimento, semelhantemente tutelada pelo PIDCP, sustentou que “não é suficiente que tais restrições sejam direcionadas para os fins autorizados; elas devem ser necessárias para a obtenção desses fins”.¹²⁷ Assim, as limitações “devem ser diretamente relacionadas [...] com a necessidade específica com base na qual elas são estabelecidas”.¹²⁸ Uma

Rev.6 at 142 (2003). para. 4. Tradução do original em inglês pelos autores do artigo. O texto completo e original é “the concept of arbitrariness is intended to guarantee that even interference provided for by law should be in accordance with the provisions, aims and objectives of the Covenant and should be, in any event, reasonable in the particular circumstances”.

125 HRC, Toonen v. Australia, CCPROR, 50th Sess, Communication No 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, (1994).

126 CDC, *supra* nota 8, Art.14 (3); PIDCP, *supra* nota 8, Art.18 (3).

127 CIJ. Opinião consultiva. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion. Haia, 9 de julho de 2004. *I.C.J. Rep.* 2004, p.193, para 136. Tradução do original em inglês pelos autores do artigo. O texto completo e original é “The Court would observe that the restrictions provided for under Article 12, paragraph 3, of the International Covenant on Civil and Political Rights are, by the very terms of that provision, exceptions to the right of freedom of movement contained in paragraph 1. In addition, it is not sufficient that such restrictions be directed to the ends authorized; they must also be necessary for the attainment of those ends. As the Human Rights Committee put it, they “must conform to the principle of proportionality” and “must be the least intrusive instrument amongst those which might achieve the desired result” (CCPR/C/21/Rev.I/Add.9, General Comment No. 27, para. 14)”.

128 *G.C.No.22*, *supra* nota 6. Tradução do original em inglês pelos autores do artigo. O texto completo e original é “The Committee observes that paragraph 3 of article 18 is to be strictly interpreted: restrictions are not allowed on grounds not specified there, even if they would be allowed as restrictions to other rights protected in the Covenant, such as national security. Limitations may be applied only for those purposes for which they were prescribed and must be directly related and proportionate to the specific need on which they are predicated”.

limitação meramente desejada ou útil não seria legítima, pois não se configuraria como necessária.¹²⁹ Nesse mesmo sentido, expressou-se o juiz Tulkens, em uma opinião dissidente na Corte Europeia de Direitos Humanos, afirmando que “apenas fatos indisputáveis e razões cuja legitimidade esteja além de dúvidas – e não meras preocupações ou medos – são capazes de satisfazer [o critério da necessidade] e justificar uma interferência [no direito de manifestação religiosa]”.¹³⁰

Entretanto, não basta que uma limitação seja meramente necessária. Rosalyn Higgins, ex-juíza da Corte Internacional de Justiça, esclareceu que, no Direito Internacional geral, a necessidade é entendida como requerendo proporcionalidade.¹³¹ Tal conexão entre esses dois conceitos também foi sustentada pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, que afirmou que uma limitação “deve corresponder ao instrumento menos intrusivo entre aqueles que podem atingir o objetivo desejado”.¹³²

129 SIMMA, *supra* nota 36, p. 331, para. 11.

130 TULKENS, *supra* nota 30, p. 22. Tradução do original em inglês pelos autores do artigo. O texto completo e original é “Religious freedom is (...) a founding principle of democratic societies. Accordingly, the fact that the Grand Chamber recognised the force of the principle of secularism did not release it from its obligation to establish that the ban on wearing the Islamic headscarf to which the applicant was subject was necessary to secure compliance with that principle and, therefore, met a “pressing social need”. Only indisputable facts and reasons whose legitimacy is beyond doubt – not mere worries or fears – are capable of satisfying that requirement and justifying interference with a right guaranteed by the Convention. Moreover, where there has been interference with a fundamental right, the Court’s case-law clearly establishes that mere affirmations do not suffice: they must be supported by concrete examples (...)”.

131 HIGGINS, *supra* nota 36, p. 238, para 48.

132 HRC, *General Comment No.27*, CCPROR, 67th Sess, UN Doc CCPR/C/21/Rev.I/Add.9 (1999) [G.C.No.27]. Tradução do original em inglês pelos autores do artigo. O texto completo e original é “Restrictive measures must conform to the principle of proportionality; they must be appropriate to achieve their protective function; they must be the least intrusive instrument amongst those which might achieve the desired result; and they must be proportionate to the interest to be protected”; Cf. HRC, *General Comment No.29*, CCPROR, UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.11; Cf. G.C.No.22, *supra* nota 6 [G.C.No.29].

Adicionalmente, o Comitê de Direitos Humanos da ONU frisou que restrições a direitos fundamentais não podem ser impostas com objetivos discriminatórios ou aplicadas de maneira discriminatória.¹³³ Limitações que apresentem como resultado a discriminação não são apenas uma violação ao artigo específico que a proíbe, mas também aos artigos específicos que permitem limitações a outros direitos humanos.¹³⁴

Por fim, é de entendimento geral¹³⁵ que as limitações devem ser restritas a sua *raison d'être*, a qual, no que tange à liberdade de manifestação religiosa, seria “proteger a segurança¹³⁶,

133 G.C.No.22, *ibid*; Cf. G.C.No.27, *ibid*; Cf. HRC, *General Comment No.28*, CCPROR, 68th Sess, UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, (2000).

134 Comissão Européia de Direitos Humanos. Relatório. *Grandrath v. Germany*. application no. 2299/64. Estrasburgo, 12 de dezembro de 1966, p.33.

135 TRINDADE, *supra* nota 13, p. 76; Cf. European Convention, *supra* nota 14, art. 18.

136 A expressão “segurança pública” (no original, em inglês, *public safety*) significa “proteção contra perigo para a segurança das pessoas, para a vida ou a integridade física delas, ou proteção contra sérios danos à propriedade delas”, in *Siracusa Principles*, *supra* nota 125. O texto completo e original é “Public safety means protection against danger to the safety of persons, to their life or physical integrity, or serious damage to their property”. Difere-se da “segurança nacional”, entendida como “proteção da existência da nação, de sua integridade territorial ou independência política contra a força ou ameaça à força”, in *Siracusa Principles*, *supra* nota 25. O texto completo e original é “National security may be invoked to justify measures limiting certain rights only when they are taken to protect the existence of the nation or its territorial integrity or political independence against force or threat of force”. Embora o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção sobre os Direitos da Criança não contemplem a segurança nacional como razão para a limitação da liberdade de religião, outros direitos podem ser limitados com base nessa *raison d'être*. É o caso da limitação à liberdade de movimento, à liberdade de opinião e à liberdade de associação, tuteladas pelo artigo 12, 19 e 22 do PIDCP, respectivamente.

a ordem¹³⁷, a saúde ou a moral públicas¹³⁸ ou os direitos e as liberdades das demais pessoas”.¹³⁹ O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas afirmou que limitações ao direito de manifestação religiosa devem ser aplicadas somente com tais objetivos. O Comitê ainda observou que limitações da liberdade de manifestação religiosa “com o propósito de proteger a moral pública devem ser baseadas em princípios que não derivem exclusivamente de uma única tradição”.¹⁴⁰

137 A ordem pública (*ordre public*) é “a expressão do interesse geral da coletividade”, in KISS, Alexandre. Commentary by the Rapporteur on the Limitation Provisions, 7 *Human Rights Quarterly*, p.15-22, 1985, p. 19. O texto completo e original é “The use of the French term “ordre public” shows that this concept originates in civil law systems. However, even in such systems, it may have different meanings in private law, in private international law, and in public law. As a whole, it has been accepted that it represents the expression of the general interest of the collectivity”. A ordem pública foi definida pelo Sub-Comissão das Nações Unidas para Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias como o “conjunto de regras que garante o funcionamento da sociedade ou o conjunto de princípios nos quais a sociedade é fundada”. A Comissão entende, ainda, que o respeito aos direitos humanos é parte da ordem pública. O texto completo e original é “The expression “public order (*ordre public*)” as used in the Covenant [International Covenant on Civil and Political Rights] may be defined as the sum of rules which ensure the functioning of society or the set of fundamental principles on which society is founded. Respect for human rights is part of public order (*ordre public*)”, in *Sicarus Principles*, *ibid*.

138 A moral pública pode ser invocada como base para a implementação de limitações de direitos humanos quando a limitação em questão for “essencial para a manutenção do respeito aos valores fundamentais da comunidade”, in *Sicarus Principles*, *supra* nota 125. O texto completo e original é “Since public morality varies over time and from one culture to another, a state which invokes public morality as a ground for restricting human rights, while enjoying a certain margin of discretion, shall demonstrate that the limitation in question is essential to the maintenance of respect for fundamental values of the community”.

139 CDC, *supra* nota 8, Art.14 (3); PIDCP, *supra* nota 8, Art.18 (3).

140 G.C.No.22, *supra* nota 6. Tradução do original em inglês pelos autores do artigo. O texto completo e original é “The Committee observes that the concept of morals derives from many social, philosophical and religious traditions; consequently, limitations on the freedom to manifest a religion or belief for the purpose of protecting morals must be based on principles not deriving exclusively from a single tradition”.

6. CONCLUSÃO

Desde o final da Segunda Guerra Mundial, observou-se uma maior preocupação com a tutela dos direitos e liberdades fundamentais do ser humano. Tal movimento levou à formulação de diversos instrumentos de salvaguarda de direitos humanos, tanto em âmbito internacional - como o PIDCP (1966); o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); a Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989); e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1969)¹⁴¹ - como regional - como a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (1969); a Convenção Européia de Direitos Humanos (1950); e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981).¹⁴²

Essa grande diversidade de instrumentos não implica conflitos entre as várias convenções de direitos humanos, mas sim coexistência entre elas.¹⁴³ Isso significa que os vários instrumentos de direitos humanos de que determinado Estado é parte complementam-se, formando, assim, uma unidade.¹⁴⁴

Entretanto, ao compararem-se os tratados de direitos humanos, percebe-se que alguns deles protegem de maneira mais ampla certos direitos. Como exemplo, pode-se citar a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, que não contempla cláusula de derrogações, diferentemente do que

141 PIDCP, *supra* nota 8; ICESCR, *supra* nota 118; CDC, *supra* nota 8; Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher *in* SALIBA, Aziz Tuffi. *Legislação de Direito Internacional*. 7ª ed. São Paulo: Rideel, 2012.

142 Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) *in* SALIBA, Aziz Tuffi. *Legislação de Direito Internacional*. 7ª ed. São Paulo: Rideel, 2012; European Convention, *supra* nota 14; Union Charter for Human and People's Right. OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58, de 27 de junho de 1981.

143 TRINDADE, *supra* nota 13, p. 25.

144 *Ibid*, p.25.

ocorre no PIDCP. Por sua vez, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher não possui cláusula de derrogações¹⁴⁵ nem previsão de limitações

145 Derrogações de direitos humanos são medidas temporárias, implementadas em situações de emergência, que suspendem garantias. Cf. TRINDADE, *supra* nota 13, p. 76. Elas expressam uma “difícil conciliação entre a proteção de direitos individuais e a proteção de necessidades nacionais em tempos de crise”, in HARTMAN, John F. Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies: A Critique of Implementation by the European Commission and Court of Human Rights and the Human Rights Committee of the United Nation. *Harvard International Law Journal*, vol. 22, number 1, p. 1-52, inverno 1981, p. 2 [HARTMAN]. O texto completo e original é “The derogation articles embody an uneasy compromise between the protection of individual rights and the protection of national needs in times of crisis”. Como exemplo de permissões de derrogações previstas em tratados de direitos humanos, tem-se o artigo 4 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o artigo 15 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Muito embora os artigos que regulam derrogações nos tratados supracitados variem em muitos aspectos, eles apresentam exigências comuns: deve existir uma emergência pública que ameace a vida do Estado, e as medidas tomadas devem ser estritamente requeridas pelas exigências da situação. Cf. HARTMAN, p.3. O artigo 4 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos estabelece que os Estados devem notificar imediatamente os Estados-Partes do Pacto e o Secretário-Geral das Nações Unidas as provisões que derogou e as razões para tais medidas. Além disso, de acordo com o Pacto, as medidas tomadas não devem ser inconsistentes com outras obrigações de Direito Internacional assumidas pelo Estado que derogou de certos direitos. Tampouco devem envolver discriminação de raça, cor, sexo, linguagem, religião ou origem social. O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, responsável, entre outras funções, por clarificar o PIDCP, afirmou que o Pacto permite que os Estados-Partes deroguem unilateralmente de parte de suas obrigações, se preenchidos os requisitos constantes no artigo 4 do Pacto, in *G.C.No.29, supra* nota 134. Entre eles, está a exigência de que o Estado proclame estado de emergência pública. Tal proclamação deve ser realizada pelo Estado em consonância com suas provisões legais e constitucionais que regulam tal proclamação e o exercício dos poderes de emergência. A emergência pública foi definida pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas como uma situação que ameaça a vida da nação. Nesse sentido, o Comitê afirmou que nem toda perturbação ou catástrofe pode ser qualificada como emergência pública nos termos do artigo 4 do Pacto, in *G.C.No.29, supra* nota 134. Ademais, além de provar a existência de uma emergência pública que ameace a vida da nação e sua existência oficialmente proclamada, o Estado deve respeitar o princípio da proporcionalidade, exigido pelo Pacto quando este estabelece que as medidas tomadas devem ser estritamente necessárias. Também atua como limite à aplicação de derrogações a proibição de que elas violem normas *jus cogens* e a proibição de que sejam derogados determinados direitos tutelados pelo PIDCP, quais sejam: liberdade de pensamento, consciência e religião; direito à vida; proibição de tortura, de punição cruel, desumana ou degradante e de experimentos médicos ou científicos não consentidos; proibição de escravidão, tráfico de escravos e servidão; proibição

dos direitos por ela tutelados. Em tais situações, deve ocorrer a prevalência da norma mais favorável ao indivíduo.¹⁴⁶ Isso significa que deve prevalecer a norma que proteja de forma mais ampla o ser humano. Promove-se, assim, a coexistência dos diversos tratados de direitos humanos, que, somada à integração interpretativa deles, resulta em uma proteção mais efetiva dos direitos e liberdades fundamentais do ser humano.

A liberdade de manifestação religiosa é tutelada por diversos instrumentos nacionais, regionais e internacionais.¹⁴⁷ Cada um desses instrumentos estabelece determinados critérios a serem cumpridos para que se possa limitar legitimamente essa liberdade fundamental do indivíduo. Ademais, ainda que alguns desses instrumentos prescrevam critérios semelhantes para a limitação da liberdade de manifestação religiosa, a interpretação desses critérios apresenta variações de acordo com o sistema de proteção de direitos humanos em que cada tratado se insere.

A comparação de entendimentos jurisprudenciais de diferentes tribunais revela a existência de distintos critérios para limitações da liberdade de manifestação religiosa. A partir de tal comparação, pode-se propor um modelo mais adequado aqui entendido como o que melhor proteja os direitos e as liberdades fundamentais.

Nesse sentido, tendo como ponto de partida o PIDCP e fundamentando-se em doutrina e jurisprudência, defende-se que o modelo mais favorável ao indivíduo é aquele no qual as limitações à liberdade de manifestação religiosa sejam estabelecidas quando forem estritamente necessárias, devendo restringir-se a sua razão de ser. Ademais, elas devem ser proporcionais e

de prisão se esta possuir como razão o indivíduo não estar em condições de cumprir obrigação contratual; princípio da legalidade no Direito Penal; reconhecimento de todos como pessoas perante a lei.

146 TRINDADE, *supra* nota 13, p. 108.

147 Cf. PIDCD, *supra* nota 8, art. 18; Cf. CDC, *supra* nota 8, art. 14; Cf. European Convention, *supra* nota 14.

não podem resultar em discriminação. Através da adoção de critérios objetivos, garante-se que as restrições da liberdade de manifestação religiosa sejam realizadas de forma imparcial no que tange às diversas culturas e religiões, sem que seja conferida, de maneira arbitrária, proteção diferenciada a certas práticas religiosas.

REFERÊNCIAS

BARNETT, Laura. Freedom of religion and religious symbols in the public sphere. **Library of Parliament**, Ottawa, 2008. Disponível em: <<http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/researchpublications/prb0441-e.pdf>>.

BENVENISTI, Eyal. Margin of appreciation, consensus, and universal standards. **New York Journal of International Law and Policy**, v. 31.

CANADÁ. Supremo Tribunal do Canadá. Julgamento. *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*. 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6. Ottawa, 2 de março de 2006.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, 29 Mar. 1982.

Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) *in* SALIBA, Aziz Tuffi. **Legislação de Direito Internacional**. 7ª ed. São Paulo: Rideel, 2012.

Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher *in* SALIBA, Aziz Tuffi. **Legislação de Direito Internacional**. 7ª ed. São Paulo: Rideel, 2012.

Convenção sobre os Direitos da Criança *in* SALIBA, Aziz Tuffi. **Legislação de Direito Internacional**. 7ª ed. São Paulo: Rideel, 2012.

Council of Europe/Social Affairs, *Case Law on the European Social Charter*, Strasbourg, CE, 1982, n. 325.

Declaração Universal dos Direitos Humanos (Resolução nº 217/1948 da AGONU) *in* SALIBA, Aziz Tuffi. **Legislação de Direito Internacional**. 7ª ed. São Paulo: Rideel, 2012.

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 Nov. 1950, ETS 5, art. 9.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. Decisão. Décision no. 2010-613 DC – Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. Paris, 7 octobre 2010.

FRANÇA. Conseil d'Etat. Opinião consultiva. *Avis relative au port de signes d'appartenance à une communauté religieuse au sein d'école publique*. Rec.4. Paris, 27 de novembro de 1989.

GROSS, Oren; AOLIN, Fionnuala Ní. From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights. The Johns Hopkins University Press. **Human Rights Quarterly**, v. 23, p. 625-649, 2001.

HARTMAN, John F. Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies: A Critique of Implementation by the European Commission and Court of Human Rights and the Human Rights Committee of the United Nation. **Harvard International Law Journal**, vol. 22, number 1, p. 1-52, inverno 1981.

Human Rights Committee [HRC]. Julgamento. *Hudoyberganova v. Uzbekistan*. CCPROR, 82d Sess, Communication No 931/2000. 5 de novembro de 2004.

HRC, *General Comment No.16*, CCPROR, 32th Sess (1988), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 142 (2003).

HRC, *General Comment No. 22*, CCPROR, 48th Sess, UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, (1993).

HRC, *General Comment No.27*, CCPROR, 67th Sess, UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 (1999).

HRC, *General Comment No.28*, CCPROR, 68th Sess, UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, (2000).

HRC, *General Comment No.29*, CCPROR, UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.11.

HRC, *Toonen v. Australia*, CCPROR, 50th Sess, Communication No 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, (1994).

Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief*, UNGAOR, 4th Sess, UN Doc A/HRC/4/21/Add.3 (2007).

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. 993U.N.T.S.3., de 16 de dezembro de 1966.

KISS, Alexandre. Comentary by the Rapporteur on the Limitation Provisions, 7 *Human Rights Quarterly*, p.15-22, 1985.

LETSAS George. Two Concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 4, p. 705–732, 2006.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. Comentários ao artigo 31 in SALIBA, Aziz Tuffi. **Direito dos Tratados: comentários à Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados**. Belo Horizonte: Arraes, 2011, pp. 223-238. MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. Comentários ao artigo 26 in SALIBA, Aziz Tuffi. **Direito dos Tratados: comentários à Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados**. Belo Horizonte: Arraes, 2011, pp. 181-189.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. Comentários ao artigo 27 in SALIBA, Aziz Tuffi. **Direito dos Tratados: comentários à Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados**. Belo Horizonte: Arraes, 2011, pp. 191-197.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos in SALIBA, Aziz Tuffi. **Legislação de**

Direito Internacional. 7ª ed. São Paulo: Rideel, 2012.

PELLET, Alain. DINH, N. Quoc. DAILLIER, Patrick. **Direito Internacional Público**. Segunda edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

RORIVE, Isabelle. Religious Symbols in the Public Space: in search of a European answer. *Cardozo Law Review*, vol. 30:6, p.2660-2698, 2009.

ROSENNE, Shabtai. **The Perplexities of Modern International Law:**

General Course on Public International Law. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2002.

SHANY, Yuval. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?. *The European Journal of International Law*, v. 16 n. 5, p. 907-940, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Co-Existence and Co-Ordination of mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)**. The Hague: Martinus Nijhoff, 1987, p. 35/38 (Recueil des Cours 202) TRINDADE, Antônio Augusto Cançado.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratados de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Volume II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. Primeira edição.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratados de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Volume III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. Primeira edição.

Union Charter for Human and People's Right. OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58, de 27 de junho de 1981.

United Nations Treaty Collection Database. Disponível em: <http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en>

Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, 1155 U.N.T.S. 331, art. 27.

Press Unit, "Fact Sheet Freedom of Religion" (2012) ECHR. Disponível em <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/80119CA2-3425-43D9-9FEB-524829C637B1/0/FICHES_Libert%C3%A9_religion_EN.pdf>.

Corte Internacional de Justiça [CIJ]. Julgamento. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. República Islâmica do Irã c. Estados Unidos da América. Haia, 6 de novembro de 2003. *I.C.J. Reports 2003*.

CIJ. Opinião separada da juíza Higgins. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. República Islâmica do Irã c. Estados Unidos da América. Haia, 6 de novembro de 2003. *I.C.J. Reports 2003*.

CIJ. Opinião separada do juiz Simma. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. República Islâmica do Irã c. Estados Unidos da América. Haia, 6 de novembro de 2003. *I.C.J. Reports 2003*.

CIJ. Opinião consultiva. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion. Haia, 9 de julho de 2004. *I.C.J. Reports 2004*.

Corte Européia de Direitos Humanos [CEDH]. Decisão. *Dahlab v. Switzerland*. no. 42393/98. Dahlab c. Suíça. Estrasburgo, 15 de fevereiro 2001.

CEDH. Julgamento. *Affaire Ahmet Arslan et Autres c. Turquie*. no 41135/98. II ECHR (Ser A). Ahmet Arslan e outros c. Turquia. Estrasburgo, 23 de fevereiro de 2010.

CEDH. Julgamento preliminar. *Leyla ahin v. Turkey*. no 44774/98. Leyla Sahin c. Turquia. Estrasburgo, 29 de junho de 2004.

CEDH. Julgamento. *Leyla ahin v. Turkey*. no 44774/98. Leyla Sahin c. Turquia. Estrasburgo, 10 de novembro de 2005.

CEDH. Opinião dissidente do juiz Tulkens. *Leyla ahin v. Turkey*. no 44774/98. Leyla Sahin c. Turquia. Estrasburgo, 10 de novembro de 2005.

CEDH. Julgamento. *Dogru v. France*. no 27058/05 (Ser A). Dogru e França. Estrasburgo, 4 de dezembro de 2008.

CEDH. Julgamento. *Lautsi and others v. Italy*. no. 30814/06. Lautsi e outros c. Itália. Estrasburgo, 18 de março de 2011.

CEDH. Decisão Preliminar. *Affaire Lautsi c. Italie*. no. 30814/06. Lautsi c. Itália. Estrasburgo, 3 de novembro de 2009.

CEDH. Julgamento. *Affaire Kervanci c. France*. no. 31645/04. Kervanci c. França. Estrasburgo, 4 de dezembro de 2008.

Comissão Européia de Direitos Humanos. Relatório. *Grandrath v. Germany*. application no. 2299/64. Estrasburgo, 12 de dezembro de 1966.

Council of Europe/Social Affairs, *Case Law on the European Social Charter*, Strasbourg, CE, 1982, n. 325.

Commission on Human Rights, *Report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief*, UNESCOR, 62d Sess, UN Doc E/CN.4/2006/5/Add.4 (2006).

United Nations, Economic and Social Council, U.N. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, Annex, UN Doc E/CN.4/1984/4 (1984).