

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
MESTRADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS
ANO LETIVO 2010 / 2011



LIBERDADE RELIGIOSA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU
DE DIREITOS DO HOMEM – TEDH.

João Luiz Quinto Pereira

Lisboa
2010/2011.

João Luiz Quinto Pereira

LIBERDADE RELIGIOSA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU
DE DIREITOS DO HOMEM – TEDH.

Relatório das disciplinas Direitos Fundamentais I e II, apresentado ao Mestrado Científico na área de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano lectivo 2010/2011, sob a regência da Professora Doutora Maria Luísa Duarte, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Lisboa
2010/2011

LIBERDADE RELIGIOSA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS DO HOMEM – TEDH.

Sumário

1- Introdução.....	04
1.1- Relevância do tema.....	05
1.2- Europa: multicultural e sociedade plural.....	06
1.3- Objetivos do trabalho.....	07
2- Convenção Europeia de Direitos do Homem.....	07
2.1- O Artigo 9º da CEDH e seu conteúdo.....	10
2.2- Liberdade de Religião: <i>affaire privé x affaire public</i>	12
2.3- Faculdades (Direitos).....	14
2.4- Exceções à Liberdade de Religião.....	16
3- Jurisprudência TEDH.....	18
3.1- Processamento da queixa – <i>Iter processual</i>	18
3.2- Tendências e caracterização da jurisprudência.....	21
3.3- Estado x Confissão: França, Alemanha, Itália e Turquia.....	30
4- Teoria da Margem de Apreciação.....	38
4.1- Definição e Origem.....	38
4.2- Críticas.....	40
5- Conclusões.....	41
6- Bibliografia.....	43

1-Introdução.

Este trabalho, produzido como avaliação parcial das disciplinas Direitos Fundamentais I e II, pretende-se um estudo da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem¹ no tocante à liberdade de religião e suas variadas facetas. Porquanto toque numas das manifestações culturais mais sensíveis ao homem, qual seja, a religião, é seguro que este trabalho poderá suscitar discordância quanto ao conteúdo dos decisórios proferidos pelo TEDH e as escolhas político-jurídicas feitas por este tribunal.

Lembramos, porém, que vêm este a ser um estudo jurídico, desprovido ao máximo de crenças pessoais e que visa refletir qual tem sido o comportamento do TEDH no tocante à liberdade de religião no espaço de sua atuação e, conseqüentemente, fazer previsões acerca de qual será o espaço dedicado à religião nas próximas décadas no território europeu, haja vista a necessária imposição de limites² às liberdades individuais e coletivas para a própria garantia de um arcabouço mínimo de exercício de liberdades³ pelo homem e da realização de seus direitos fundamentais.

Primeiramente, dedicaremos espaço a esclarecer a relevância do tema, demonstrando ser um tema que perpassa toda a história do homem na terra, posto que a religião é manifestação tão antiga quanto se possa imaginar acerca da existência humana. A religião, enquanto produto da cultura, e esta enquanto manifestação exclusiva do homem, mostra-se a mais diversificada possível, podendo ser vista em manifestações pontuais que não denotam maior complexidade, como também chegar ao máximo da identificação com um estado ou ainda a própria concepção de um estado religioso⁴.

1 *Solo la Corte europea ha una giurisdizione piena nella matèria, non soggeta, a seguito della riforma del 1998, all' 'accettazione, o alla revoca dell' 'accettazione, da parte dello Stato accusato di violare la Convenzione. Non così può dirsi dell' 'altra Corte internazionale in materia di diritti umani, la Corte interamericana dei diritti del' 'uomo, la cui giurisdizione è stata accettata da pochi Stati e che, a differenza della Corte europea, non há finora prodotto una giurisprudenza molto nutrita.* CONFORTI, Benedetto. *La tutela internazionale della libertà religiosa.* Rivista Internazionale dei Diritti dell' 'Uomo. 2. Anno XV. Maggio-Agosto. 2002. p. 271.

2 *Attenzione ai diritti dell' 'uomo maggiore che in passato e, nello stesso tempo, violazioni in numero sempre più alto ed allarmante sono le due facce della medaglia sulla quale siamo chiamati a riflettere, in una evidente contraddizione tra una più matura presa di coscienza e un sempre più forte intervento delle pubbliche autorità nel privato.* Trecho da introdução de Carlo Russo na obra Luigi Bressan.. *Libertà Religiosa nel Diritto Internazionale. Dichiarazioni e norme internazionali.* CEDAM. 1989. Padova.

3 Vale dizer, é necessária a imposição de limites no tocante à liberdade religiosa para que se possa garantir que todos os indivíduos tenham a oportunidade de, conscientemente, escolher professar ou mesmo escolher não professar determinada religião. Dentro deste professar, tido por lato, deve-se ver além do direito genérico de se filiar e seguir os ditames de uma religião, como também os de realizar rituais, organizar e celebrar cultos, fazer proselitismo dentro dos parâmetros entendido legais, entre outros.

4 Citamos como vertentes mais complexas as de inúmeros estados árabes confessionais do islamismo, ou ainda a

Posteriormente, ilustraremos sucintamente a riqueza cultural que compõe a Europa e impõe ao TEDH o papel de garantidor de um espaço europeu onde conciliem-se entendimentos e filosofias de mundo diversas, sem prejudicar o crescimento, o desenvolvimento e o harmônico convívio entre os entes componentes⁵ de tal quadro, quais sejam, os indivíduos; a coletividade em seus diversos grupos; as diferentes confissões religiosas – estejam ou não organizadas; e os estados membros do Conselho da Europa com as características que lhes são particulares.

1.1 - Relevância do tema

A história mostra que é inegável o contributo da religião⁶ para inúmeros comportamentos humanos, inclusive no *patrocínio* de guerras, de alianças e no frear/avançar da evolução científica. Mostra que por muito tempo os poderes econômico, político e principalmente moral estiveram atrelados ao poder religioso, como se existisse uma verdade única e coubesse à religião – ou uma religião específica - revelar e garantir essa verdade.

MACHADO (1994) afirma que na pré-modernidade, os discursos jurídico e político encontravam a sua fonte de legitimação num plano sobrenatural, transcendente, a partir de um “consenso” teológico epistemologicamente vinculado à interpretação centralizada e autoritativa da revelação. Acrescenta o jurista que já a modernidade caracteriza-se, na sequência da quebra da unidade teológico-política da Cristandade, por uma fundamentação do direito e da política a partir de um discurso de intenção imanente, onde pontificam expressões como direito natural, racionalidade, consentimento, soberania popular, direitos individuais, entre outros.

Reconhecer a influência da religião nos comportamentos humanos é, portanto, o primeiro passo para o entendimento de que deve existir um contorno definido do que vem a ser a

figura peculiar do Estado do Vaticano, estado de matriz católica e da qual é chefe de estado o maior expoente da igreja católica, o papa.

5 *A subordinação dos direitos e interesses dos Estados aos direitos e interesses dos indivíduos que nele residem, devendo a legitimidade e a soberania internacional dos Estados serem compreendidas como função da justa representação dos povos respectivos.* MACHADO, Jónatas *apud* SAPUILE, Belchior do Rosário Loya. *Direito à Liberdade Religiosa na Jurisprudência do TEDH. Alguns leading cases.* Boletim da Faculdade de Direito. Volume 82. Coimbra. 2006. p. 760.

6 *A religião é tão antiga na vida das sociedades humanas como a própria pessoa, sua origem e razão de ser. Desde sempre a existência e relação com o Criador do Universo preocupou o homem, de tal forma que o achado de sinais de culto religioso ajuda a identificar como humanos os restos encontrados pelas escavações arqueológicas.* ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade Religiosa e o Estado.* Coleção teses. Almeidina. Coimbra. 2002. p. 13.

Liberdade de Religião, para clarificar os inúmeros direitos que suscita e as limitações as quais esta liberdade deve estar submetida, em prol de não se perder os avanços democráticos conseguidos ao longo dos séculos, promovendo e garantindo um *standard* mínimo em matéria de liberdades individuais e coletivas, bem como buscando caminhos nos quais sejam independentes da ingerência religiosa a política e a economia.

O tema torna-se importante na medida em que pretende demonstrar esse contorno da liberdade de religião, as limitações que esta sofre (e deve sofrer) – sendo algumas entendidas por legítimas e outra ilegítimas – e a busca por um ponto de pacificação tanto nos entendimentos jurisprudenciais, como no cotidiano dos países membros da Conselho da Europa⁷, de modo a se ter uma agenda consensual de quais os caminhos que os estados membros devem seguir em prol de um desenvolvimento comum que não dependa das questões particulares, ou em outros termos, do foro íntimo do homem.

1.2 - Europa: multicultural e sociedade plural

Além de ter sido palco de inúmeros acontecimentos históricos relevantes e marcantes na existência humana, a Europa tem no fortalecimento de seu agrupamento regional servido de baliza a todo o mundo em diversas questões. No tocante à liberdade de religião não é diferente, seja pela judicialização de demandas nos países membros do Conselho da Europa e sua extensão aos órgãos regionais – a exemplo do Tribunal Europeu de Direitos do Homem – seja por seu poderio econômico que serve de atração à inúmeros imigrantes vindos de todo o mundo, nomeadamente de países em transição política intensa, como o caso atual de Síria, Líbia e Egito.

Não bastasse a sua já vasta riqueza cultural e certa força religiosa, a imigração dá contornos complexos à questão da Liberdade de Religião no território europeu quando expõe ao convívio num mesmo continente concepções de fé, crença, religião e mundo tão diversas. Com seu caráter social cosmopolita, a Europa e seus países componentes tem que lidar com demandas que envolvem inúmeros atores, crentes e descrentes de diversas religiões, e que implicam em comportamentos dos mais variados.

⁷ A própria inserção de um país como membro do Conselho da Europa responde a inúmeros critérios, traçados como baliza de uma busca por uma coluna vertebral comum (ex. vocação democrática) que permita o convívio harmônico entre os mesmos e possibilite o desenvolvimento conjunto daqueles que o integram. Para maior aprofundamento, consultar DUARTE, Maria Luísa. *Conselho da Europa*. In J. Mota Campos. (coord.), *Organizações Internacionais*, 3ª ed., Lisboa, FC Gulbenkian, 2008, p. 609 e ss.

Adicione-se à isso a histórica busca dos países europeus, no pós 2ª guerra mundial, pela formação de um agrupamento comum que lhes permitiu competir com as grandes potências do então século XX - *Estados Unidos* e *URSS* - fosse economicamente ou politicamente, fosse ainda no poderio bélico. Disto viu-se emergir o próprio Conselho da Europa, comunidades (ex: *CEE*) e o mais seletivo grupo que vem ser hoje a UE.

A multiculturalidade que compõe a Europa não pode ser ignorada por aquele que almeja estudar a jurisprudência da principal corte europeia no que concerne a uma matéria tão rica como a religião e a liberdade nas faculdades e direitos que desta decorrem, sendo portanto um critério que nos orienta e que desde já julgamos ser também orientador da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos do Homem.

1.3 - Objetivos do Trabalho

Para tanto é preciso traçar quais os objetivos do trabalho, de modo a não se perder na riqueza temática que a matéria suscita. Apesar de não poderem ser ignorados os contributos da sociologia, filosofia, teologia e que outras ciências podem fornecer ao estudo como ponto de partida às premissas elaboradas e às conclusões que se chegará, almeja-se um estudo jurídico da liberdade de religião. Por objetivos deste trabalho, portanto, tem-se: **I) determinar a existência ou não de um comportamento homogêneo (tendência) do TEDH no tocante à Liberdade de Religião, através de sua jurisprudência, e assim determinar as perspectivas futuras;** **II) Entender os mecanismos de processamento das demandas que envolvem liberdade de religião na esfera regional do Conselho da Europa;** **III) Traçar o contributo dos principais julgados para afirmação e definição dos contornos do que vem a ser a Liberdade de Religião no continente europeu e como consequência sua influência no mundo.**

2 – Convenção Europeia de Direitos do Homem⁸.

A Convenção Europeia de Direitos do Homem, tendo sido elaborada no âmbito do Conselho da Europa⁹ com o fito de assegurar o atendimento aos direitos previstos na

8 Também conhecida por *Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, encontra-se disponível no site do Tribunal Europeu de Direitos do Homem, através do link: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf (acessos entre 02 de fevereiro de 2011 e 04 de setembro de 2011).

9 Criado pelo Tratado de Londres de 05 de maio de 1949, constitui um marco fundamental na construção da ideia

Declaração Universal de Direitos do Homem, conforme nos traz BARRETO (2004), foi aberta à assinatura em 04 de novembro de 1950, somente entrando em vigor no dia 03 de setembro de 1953, por ter sido a data do depósito do 10º instrumento de ratificação.

Por esta convenção, como conclui-se de sua leitura e da afirmação do antigo juiz de Estrasburgo, estão consagrados uma série de direitos e liberdades civis e políticos¹⁰, havendo também o estabelecimento de um sistema que visa garantir o respeito pelos Estados Contratantes das obrigações que assumiram ao ratificar a convenção.

Antes de adentrarmos na liberdade de religião propriamente dita, imperioso nos é mencionar de que forma está disposto este sistema de garantia dos direitos instituídos pela CEDH, principalmente com as alterações implementadas pelo o *Protocolo nº 11*, demonstrando sua formação *pré* e *pós* a entrada em vigor do referido protocolo, em 11 de novembro de 1998.

Na formação inicial previamente ao *Protocolo nº 11*, eram 03 (três) as instituições¹¹ que estavam encarregadas do controle da Convenção Europeia de Direitos do Homem: I – A *Comissão Europeia de Direitos do Homem* (apenas usualmente chamada de *Comissão*);

européia, apresentando a sua formação, a sua estrutura institucional e os seus objetivos uma natureza própria e de certo modo distinta, quer em relação às organizações internacionais até à altura existentes, quer em relação àquelas que depois surgiram, com especial destaque para as comunidades europeias. O objetivo do Conselho é o de realizar uma união mais estreita entre os seus Membros, funcionalmente orientada para a salvaguarda das ideias e princípios que formam o patrimônio comum e para favorecer o seu progresso econômico e social. DUARTE, Maria Luísa. *Conselho da Europa*. In J. Mota Campos. (coord.), *Organizações Internacionais*, 3ª ed., Lisboa, FC Gulbenkian, 2008, p. 609 e 612.

10 Para os direitos sociais, econômicos e culturais foi estabelecida a Carta Social Europeia, de 1961 e revista em 1996. Todavia, como nos mostra DUARTE, a Carta Social Europeia não vem a ser propriamente uma extensão da CEDH. *A Carta Social Europeia padece de fragilidades várias que, sem pôr em causa a sua função complementar, a afastam do perfil impositivo das normas constantes da Convenção e respectivos protocolos: 1) o método de ratificação que permite aos Estados a escolha de seis entre nove direitos sociais fundamentais; 2) o sistema de garantia da CEDH não é aplicável aos direitos da Carta Social Europeia; o modelo de controlo em vigor baseia-se, por um lado, na apresentação semestral de relatórios elaborados pelos Estados sobre a situação de aplicação das disposições ratificadas e, por outro lado, na formulação de reclamações colectivas; 3) o relativo envelhecimento do elenco de direitos consagrados, expressão de uma notória resistência dos Estados signatários ao aprofundamento do processo de tutela dos direitos sociais; 4) esta resistência reflete-se, também, na atitude de alguns Estados que, sendo membros do Conselho da Europa e Partes Contratantes da CEDH, vão adiando a vinculação, ainda que selectiva, aos direitos da Carta Social Europeia.* DUARTE, Maria Luísa. *A Convenção Europeia dos Direitos dos Homens*. In J. Mota Campos. (coord.), *Organizações Internacionais*, 3ª ed., Lisboa, FC Gulbenkian, 2008, p. 636.

11 Não confundir com as instituições que fazem a composição orgânica do Conselho da Europa: Comitê de Ministros (mesmo órgão executivo do Conselho da Europa) e Assembleia Parlamentar Europeia. Sobre esta, *não se pode, contudo, falar de um verdadeiro órgão parlamentar: o mecanismo previsto para a designação dos deputados não assegura uma concordância perfeita entre as correntes de opinião que formam o espectro político nacional e aquelas que estão representadas na Assembleia. Por outro lado, trata-se de um simples órgão consultivo e de opinião, desprovido de poderes normativos ou de fiscalização política.* DUARTE, Maria Luísa. *Conselho da Europa*. In J. Mota Campos. (coord.), *Organizações Internacionais*, 3ª ed., Lisboa, FC Gulbenkian, 2008, p. 619.

II – O *Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH)* e III – O *Comitê de Ministros do Conselho da Europa*¹².

No pré *Protocolo nº 11*, conforme ensina BARRETO (2004), à Comissão Europeia dos Direitos do Homem competia pronunciar-se sobre a admissibilidade das queixas, estabelecer os fatos, contribuir para os acordos amigáveis e, em fracasso destes, formular pareceres sobre se haveria ou não violação da CEDH no caso concreto.

Ao Tribunal competia proferir uma decisão definitiva e obrigatória sobre os casos que lhe eram repassados pela Comissão, impetrados por uma Alta Parte Contratante ou ainda por um queixoso¹³. Por fim, Comitê de Ministros incumbia dar o seguimento, através também de uma decisão definitiva e obrigatória, aos casos que não fossem dirigidos ao TEDH.

Segundo aponta BARRETO (2004), o fracasso desta estrutura tripartida (*Comissão, Tribunal e Comitê*) deveu-se ao seu próprio sucesso, incapaz de dar vazão em tempo hábil das demandas que lhe chegavam, e que obrigou a Comissão a tornar-se órgão semipermanente. Aponta o jurista que somou-se a isto a entrada de novos Estados ao Conselho da Europa¹⁴, o que obrigou a que apenas dois órgãos subsistissem em permanência e devendo os mesmos terem dimensão proporcional ao novo tamanho do Conselho da Europa.

No pós Protocolo nº 11, ficou instituído um processo mais simples de queixa e tramitação da mesma, vindo a dar-se a própria judicialização do sistema de proteção. Assim, fundiram-se os antigos *Tribunal e Comissão* num novo *Tribunal Europeu de Direitos do Homem*, agora mais célere. Antecipa DUARTE¹⁵ (2008) que no futuro a aceitação da jurisdição deste novo TEDH, de competência obrigatória, será exigência que condicionará a adesão à CEDH. O novo Tribunal passou a funcionar como interprete e aplicador da Convenção e de seus protocolos, ou ainda, como parecerista acerca das questões jurídicas decorrentes da interpretação da Convenção.

12 Composto pelos Ministros dos Negócios Estrangeiros dos Estados Membros do Conselho da Europa ou pelos representantes dos mesmos.

13 Vide *Protocolo n.º 9* à CEDH, de 01 de outubro de 1994.

14 Atualmente o Conselho da Europa conta com 47 (quarenta e sete) estados membros, sendo a última adesão a de Montenegro, ocorrida em 11 de maio de 2007. Dados atuais conforme sitio oficial do Conselho da Europa (www.coe.int), acessado em 02 de julho de 2011.

15 *A Convenção Europeia dos Direitos dos Homens*. In J. Mota Campos. (coord.), Organizações Internacionais, 3ª ed., Lisboa, FC Gulbenkian, 2008, p. 641.

O Comitê de Ministros deixou de ter intervenção direta no processo de garantia dos direitos, restando-lhe somente a possibilidade de endereçar ao TEDH pedido de parecer¹⁶ acerca da interpretação das normas contidas no CEDH e protocolos e, mais importante, a função de fiscalizar¹⁷ o cumprimento e a execução¹⁸ das decisões proferidas pelo Tribunal.

Portanto, além das modificações empreendidas com os protocolos *n.º 09* e *n.º 11* no sistema de proteção dos direitos e garantias presentes na CEDH, esta por si só já representa uma grande valia na persecução de direitos tidos como fundamentais no âmbito da jurisprudência comunitária europeia.

Menciona DUARTE¹⁹ (2008) que em ordem de superar as dificuldades postas pela ausência de um catálogo comunitário de direitos fundamentais, a CEDH cumpriu uma função primordial de revelação de direitos, avaliada numa dupla acepção: por um lado, a descoberta de direitos como princípios gerais no contexto da concreta aplicação do Direito pelo Juiz comunitário; e, por outro lado como fonte onnipresente no processo de elaboração da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Vale o mesmo para o direito à liberdade de religião, o qual encontra-se previsto no texto da CEDH no artigo 9º, juntamente com as liberdades de pensamento e religião. Todavia, há que se mencionar aqui que maior importância é dada à liberdade de religião naquele artigo, conforme avulta do seu próprio texto. Passemos ao seu exame.

2.1- O Artigo 9º da CEDH.

Transcrevemos aqui o texto do artigo - sublinhando as partes referentes à Liberdade de Religião – que porquanto seja extenso, facilitará pelo parte do leitor o exame que faremos desta norma comunitária. Não sem antes observar, conforme faz SAPUILE²⁰ (2006), que a

16 Artigo 47.º, n.º 1 da CEDH: *A pedido do Comitê de Ministros, o Tribunal pode emitir pareceres sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e dos seus protocolos.*

17 Não confundir com o poder de supervisão atribuído ao Secretário-Geral do Conselho da Europa para, através de requerimento, solicitar a qualquer Alta Parte contratante esclarecimentos sobre como o direito interno faz valer as disposições da CEDH.

18 Artigo 46.º, n.º 2 da CEDH: *A sentença definitiva do Tribunal será transmitida ao Comitê de Ministros, o qual velará pela sua execução.*

19 *A Convenção Europeia dos Direitos dos Homens.* In J. Mota Campos. (coord.), Organizações Internacionais, 3ª ed., Lisboa, FC Gulbenkian, 2008, p. 638.

20 *Direito à Liberdade Religiosa na Jurisprudência do TEDH. Alguns leading cases.* Boletim da Faculdade de Direito. Volume 82. Coimbra. 2006. p. 768.

proteção da liberdade religiosa na CEDH não se limita ao artigo 9º, posto que esta proteção e garantia também estende-se à liberdade religiosa, ainda que indiretamente, nos artigo 10º (*liberdade de expressão*), artigo 11º (*liberdades de reunião e de associação*), artigo 12º (*direito ao casamento*) e com o artigo 2º do primeiro *Protocolo Adicional* à CEDH, de 1952, que vem a tratar do *direito à instrução*.

Artigo 9º - Liberdade de pensamento, de consciência e de religião.

1- Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público ou em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.

2- A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas a lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e das liberdades de outrem.

A elaboração deste artigo teve por modelo inspirador o artigo 18º da Declaração Universal de Direitos do Homem²¹. E, mesmo sendo posteriores outros diplomas internacionais, importa aqui mencionar que devem ser levados em consideração na interpretação deste artigo 9º: o *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*, a *Declaração sobre a Eliminação de todas as formas de Intolerância e Discriminação Fundadas sobre Religião e Convicção* (ONU/1981), o *Protocolo nº 12 à CEDH* (referente à não discriminação), e as resoluções da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa sobre liberdade de religião, quais sejam, *Resolução nº 730*, *Resolução nº 787*, entre outras resoluções e recomendações²².

Como é notório, o artigo 9º dá guarida a três liberdades, distintas e autônomas, quais sejam, a *liberdade de pensamento*, a *liberdade de consciência* e a *liberdade de religião*, vistas aos olhos da Convenção, como pilares dos Estados Democráticos. Faz-se a

21 Artigo 18º da DUDH: *Toda pessoa tem o direito à Liberdade de Pensamento, de Consciência e de Religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou a convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos.* Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm (acesso em 24 de agosto de 2011).

22 Reitera-se aqui a observação de não ser este um rol exaustivo, pelo que deve vigorar que qualquer texto internacional que auxilie na interpretação em prol da liberdade de religião – admitidas as exceções previstas no próprio artigo 9º, n.º 2 – deve ser levado em consideração quando da apreciação da CEDH.

observação que na *Liberdade de Religião* ainda está inserida²³ a *Liberdade de Culto*.

Apesar desta tríplice liberdade, o artigo 9º delega maior espaço e importância à liberdade de religião, o que pode ser justificado pela construção e percurso históricos que inicialmente citamos, quais sejam, da religião enquanto ente sensível da produção cultural do homem, facilmente sujeita aos ditames de contextos políticos conflituosos e instáveis. A busca por fiéis dentro das próprias religiões por muito as fez professarem-se donas da única verdade, deslegitimando demais crenças, cultos e agrupamentos religiosos, restando ao Direito a árdua tarefa da imposição de um equilíbrio entre distintas “noções” de mundo.

A liberdade de religião, ponto mediato deste trabalho, é entendida por alguns²⁴ como espécie do gênero Liberdade de Expressão, ainda que venha a demonstrar características particulares que a individualizam, face aos seus componentes privados e públicos. *Expressão* como gênero deve ser vista no sentido mais amplo possível ao termo, quando serve à ideia de manifestação cultural do ser humano, ponto em que equivaleria à capacidade humana de criar e sustentar crenças e comportamentos a ela atrelados.

2.2- Liberdade de Religião: *affaire privée* x *affaire public*.

A liberdade de religião manifesta-se em duas vertentes, quais sejam, as vertentes do privado e a vertente do público. Pela primeira, tem-se que cabe tão e exclusivamente ao indivíduo o conhecimento pelas suas próprias convicções e crenças, ou ainda a ausência destas, revelando um direito absoluto do qual deve abster-se por completo o Estado e terceiros de interferirem.

Pela segunda, a vertente pública, vê-se a figura da liberdade de religião pela externalização ou manifestação das crenças interiores do indivíduo (ou mesmo descrença²⁵), a qual não pode ser um direito absoluto pela própria necessidade da manutenção do

23 Vide BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem / anotada*. 4ª ed. Coimbra Coimbra Editora. Coimbra. 2010. p. 263.

24 A exemplo de MACHADO, Jónatas. *O regime concordatário entre a Libertas Ecclesiae e a liberdade religiosa : liberdade de religião ou liberdade da Igreja?* Coimbra. Coimbra Editora. Argumentum 6. 1993.

25 Vide Agnosticismo e Ateísmo, por exemplo. Esclarecimentos em: http://super.abril.com.br/superarquivo/2003/conteudo_123976.shtml (acesso em 25 de agosto de 2011).

equilíbrio e respeito democrático aos princípios e valores fundamentais de uma sociedade pluralista, onde o direito particular encontra como limite o direito do próximo.

A liberdade de religião acompanhou a evolução sócio-econômica do estado, quando era vista no Estado Liberal como um *affaire* estritamente privado²⁶, e onde era cobrado do estado tão e só a sua omissão (liberdade que se convencionou *negativa*), de modo a não interferir na esfera particular de escolhas e de ação do indivíduo. Deveria o Estado impor-se determinada conduta e controle para não extrapolar os limites, de então, à sua esperada atuação.

Posteriormente, com o Estado Social e Providente²⁷, vê-se o erguer de uma liberdade não mais negativa e sim *positiva*, quando o estado é chamado a interferir em situações para que efetivamente se verifique o respeito à liberdade de religião, ou seja, para que garanta ao indivíduo ou ao seu agrupamento coletivo as condições de respeito e liberdade necessárias ao exercício das suas faculdades religiosas ou de crenças. Neste certame, atuará o estado como guardião do indivíduo e da coletividade contra outros indivíduos e o restante da coletividade, ou parte desta.

Hoje em dia, deve-se entender pelo misto dos comportamentos prévios, onde haja complementaridade das liberdades negativas e positivas, vale dizer, omissão quando necessário e interferência²⁸ também, de modo que o Estado abstenha-se de interferir na esfera particular do indivíduo enquanto este goza de uma liberdade que lhe deve ser garantida (e é entendida por absoluta, vide residir na esfera privada de escolha e ação), bem como proteja-o (e a coletividade também) daqueles que almejam interferir na sua liberdade religiosa, seja no plano privado ou ainda na exteriorização. Esta última está sujeita as limitações do seu exercício, como veremos mais adiante.

26 Como menciona SAPUILE, Belchior do Rosário Loya. *Direito à Liberdade Religiosa na Jurisprudência do TEDH. Alguns leading cases*. Boletim da Faculdade de Direito. Volume 82. Coimbra. 2006. p. 766. Nossa discordância reside no ponto em que o jurista deixa crer ser o Estado atual o ainda Social e Providente, quando, de nossa parte entendemos esse estado como substituído pelo estado misto de providente e liberal, como afirma o próprio Sapuile ao longo de sua obra supra, no tocante à atuação omissiva e interventiva.

27 *Idem*.

28 *A preservação dos direitos fundamentais de todos exige obviamente que os direitos fundamentais de cada um não sejam absolutos, quando são um limite aos direitos e liberdades de outrem; por isso, o seu exercício, às vezes, deve conformar-se com as opções políticas que garantem o exercício efetivo dos mesmos*. SAPUILE, Belchior do Rosário Loya. *Direito à Liberdade Religiosa na Jurisprudência do TEDH. Alguns leading cases*. Boletim da Faculdade de Direito. Volume 82. Coimbra. 2006. p. 758.

Portanto, não há que se falar da existência ainda de um Estado Social Providente, posto que o que se espera do estado é que este consiga conciliar atuações de um Estado Neoliberal com atuações de um Estado Social reformulado.

2.3- Faculdades da Liberdade de Religião.

Nos detendo, inicialmente, tão só à letra do artigo 9º, n.º 1²⁹, da Convenção Europeia de Direitos do Homem, vemos que esta trabalha com 02 (duas) faculdades básicas da liberdade de religião: “**mudar** de religião ou de crença” e/ou “**manifestar** a sua religião ou sua crença”. Acrescendo-se, no mesmo texto, as qualificadoras de “*individual ou coletivamente*”; “*em público ou em privado*”; e ainda “*por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos*” .

Discordamos neste ponto da opinião de SAPUILE (2006), quando afirma que na primeira parte deste artigo estão apenas protegidas as faculdades particulares³⁰, pois ao nosso ver, em que pese serem em maioria as faculdades particulares no texto do artigo 9º, n.º 1, a manifestação da religião em certos casos atinge a esfera pública e portanto pode encontrar as limitações de que trata o n.º 2 do mesmo artigo.

Ademais, apesar da função basilar que o texto do artigo 9º, n.º 1 desempenha, não é de todo representativo da riqueza de faculdades que o liberdade de religião pode implicar, pelo que faz-se necessário uma demonstração mais enumerada de tais faculdades com recurso novamente àqueles que nos antecederam no estudo da temática.

Assim, da análise do artigo 9º da CEDH em consonância com outros diplomas legais³¹ internacionais já anteriormente citados³² e que ajudam na interpretação da CEDH, verifica-se a existência de pelo menos 06 (seis) faculdades ou direitos, conforme as arrola

29 Teor equivalente é o do artigo 10º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2004. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf (acesso em: 15 de agosto de 2011).

30 Transcrevemos: *A primeira parte protege a esfera das convicções pessoais e das crenças religiosas, o chamado forum internum, enquanto a segunda parte dispõe dos limites aplicáveis na esfera pública.* SAPUILE, Belchior do Rosário Loya. *Direito à Liberdade Religiosa na Jurisprudência do TEDH. Alguns leading cases.* Boletim da Faculdade de Direito. Volume 82. Coimbra. 2006. p. 768.

31 Não faria sentido limitar a interpretação da CEDH ao seu próprio texto, haja vista ser esta ser considerada mutável e viva pelo próprio entendimento do TEDH. O que obriga o estudioso a enxergar a Convenção em consonância e com os acréscimos trazidos por textos como da DUDH e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

32 Ver página 11 deste estudo.

SAPUILE (2006)³³, com grifos nossos.

I) Faculdade de **professar** livremente a própria fé religiosa, seja **aderindo** a uma religião já existente seja **dando origem** a novas crenças religiosas.

II) Faculdade de **não professar** alguma fé religiosa e de **aderir** a qualquer orientação ideológica e filosófica, em matéria religiosa, de tipo agnóstico, racionalista, ateu, etc;

III) Faculdade de **mudar** em qualquer momento **a própria agregação confessional** e **as próprias opiniões** em matéria religiosa;

IV) Faculdade de **realizar atividades de propaganda** e **proselitismo** em prol da própria convicção e das próprias orientações em matéria religiosa;

V) Faculdade de **exercer o culto** da própria fé religiosa, seja em privado seja em público.

VI) Faculdade de **criar associações de carácter religioso e cultural**, ou **de participar** às associações e agregações já existentes.

Como pode-se ver pelos grifos, o arrolamento das faculdade feito por SAPUILE de serem 06 (seis) as faculdades existentes na liberdade religiosa prevista nos textos internacionais (no qual está incluído também o artigo 9º da CEDH) não deve ser tomado por exaustivo, pois em verdade o Direito é mutável e deve adequar-se com o tempo presente, ao qual influencia e pelo qual é também influenciado.

Mutável também são nossas escolhas que nos fazem hoje professar uma religião e amanhã outra, ou ainda nenhuma, como também a ideia de querer passar a outros os ensinamentos de uma religião para que estes também a ela adiram. As faculdades acima listadas, portanto, não explicitadas³⁴ no texto do artigo 9º da CEDH, são por nós vistas como daquele texto recorrentes e no seu julgamento tem o TEDH assim ampliado o entendimento de modo a tutelar com garantias a liberdade de religião.

33 *Direito à Liberdade Religiosa na Jurisprudência do TEDH. Alguns leading cases.* Boletim da Faculdade de Direito. Volume 82. Coimbra. 2006. p. 765.

34 Acresça-se a isto a observação feita por Barreto, de que todas as convicções da pessoa humana são protegidas, sejam elas de ordem religiosa, filosófica, moral, política, social, econômica ou científica. BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem / anotada.* 4ª ed. Coimbra Coimbra Editora. Coimbra. 2010. p. 264.

Em que importe a distinção anteriormente citada entre *affaire privée* e *affaire public*, os direitos (ou faculdades) trazem consequências além desta básica constatação. A observação aqui pertinente é que - com exceção da liberdade religiosa feita em sede privada, que portanto terá o carácter de direito absoluto, pela própria essência de ato particular no qual não se deve imiscuir o estado – as faculdades acima devem respeitar os direitos constitucionalmente reconhecidos pelos estados membros que ratificaram a Convenção Europeia de Direitos Humanos, bem como respeitar princípios supremos pelos quais se orientam os ordenamentos jurídicos pátrios e aqueles que ajudam na interpretação da CEDH.

2.4 – Exceções à Liberdade de Religião.

Ao passo que no nº 01 do artigo 9º da CEDH garantem-se determinados direitos, como acima demonstramos, e tendo em conta que enquanto manifestação pública da religiosidade ou crença (*affaire public*) não vem a ser uma liberdade da qual decorrem direitos absolutos - portanto relativizando-se e sujeita a limitações – o nº 02 do mesmo artigo traz exceções na qual é restringida a liberdade de religião, em melhores palavras, traz as condições para que as eventuais restrições sejam legitimamente³⁵ reconhecidas.

Observe-se, primeiramente, que as condições à criação de restrições à liberdade de religião devem ser conjugadas, não podendo existir restrição que atenda somente a uma das condições. Para que uma exceção (restrição) à liberdade de religião seja admitida como legítima, ela deve estar prevista na legislação do país membro do Conselho da Europa, vale dizer, não pode ser uma medida que não goze da publicidade e da segurança jurídica que somente a lei fornece, assim é o trecho do n.º 2 do artigo 9º: “*não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei*³⁶...” e a interpretação

35 Caso em que o TEDH entendeu pela não legitimidade da intervenção estatal na liberdade religiosa dos indivíduos e da coletividade foi o caso *Hasan e Tchaouch v. Bulgarie* (Queixa n.º 30985/96). Disponível em: <http://strasbourgconsortium.org/document.php?DocumentID=5312>, acesso em 26 de agosto de 2011).

36 Merece destaque o entendimento do TEDH, no caso *Leyla Sahin v. Turquia* (Queixa n.º 44774/98), de que até mesmo uma circular governamental pode ser equiparada à lei, quando no decisório afirma: *Further, as regards the words “in accordance with the law” and “prescribed by law” which appear in Articles 8 to 11 of the Convention, the Court observes that it has always understood the term “law” in its “substantive” sense, not its “formal” one; it has included both “written law”, encompassing enactments of lower rank than statutes (De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium, judgment of 18 June 1971, Series A no 12, p. 45, § 93) and regulatory measures taken by professional regulatory bodies under independent rule-making powers delegated to them by parliament (Barthold v. Germany, judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, p. 21, § 46) and unwritten law. “Law” must be understood to include both statutory law and judge-made “law” (see, among other authorities, Sunday Times v. United-Kingdom (no 1), judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, p. 30, § 47; Kruslin, cited above, § 29 in fine; and Casado Coca v. Spain, judgment of 24 February 1994, Series A no 285-A, p. 18, § 43). Judge-made law is regarded as a valid*

do TEDH.

Outra condição à qual se conjuga a previsão em lei é de que a medida que restrinja a liberdade de religião enquanto manifestação individual ou coletiva seja necessária ao fim proposto por ela, vale dizer, não pode ser utilizada quando puder ser substituída por outra medida menos gravosa e pela qual se obtenha semelhante resultado, esse é o entendimento do TEDH acerca do trecho “*constituírem disposições necessárias*”.

Por fim, e como corolário desta última condição, já advindo do entendimento doutrinário e da jurisprudência do TEDH, existe a condição de que a medida restritiva utilizada seja proporcionalmente³⁷ aceita ao fim perseguido com sua aplicação³⁸. Neste ponto, vê-se que o Princípio da Proporcionalidade é um complemento enriquecedor à interpretação das restrições contidas no artigo 9º.

O n.º 02 deste artigo traz ainda em que situações essas restrições devem ser aceitas, quais sejam, nas situações em que a restrição se justificar pela proteção “*à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e da moral pública ou também da proteção dos direitos e das liberdades de outrem*”. Conclui-se que qualquer restrição que não atenda as condições necessárias impostas pela CEDH será uma violação da mesma e estará sujeita à jurisdição do TEDH para sua devida correção, nos casos de admissão da queixa.

source of law under Turkish law (see paragraph 51 above). In sum, the “law” is the provision in force as the competent courts have interpreted it. . (§ 77 da decisão, disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=699739&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>, com acesso em 26 de agosto de 2011).

37 Ver caso *Kokkinakis v. Grécia*, (Queixa n.º 14307/88, disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695704&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>, acesso em 26 de agosto de 2011), como situação emblemática onde a restrição à liberdade de religião é tida como ilegítima, pois a medida aplicada pelo estado não foi proporcional ao fim perseguido. Ademais, neste mesmo caso, o TEDH faz escolha criticada pela doutrina de aceitar distinção entre *proselitismo bom x proselitismo abusivo*, numa clara influência da teorização cunhada pelo Conselho Ecumênico das igrejas. Ver CONFORTI, Benedeto. *La tutela internazionale della libertà religiosa*. Rivista Internazionale dei Diritti dell’Uomo. 2. Anno XV. Maggio-Agosto. 2002. p. 275 e SAPUILE, Belchior do Rosário Loya. *Direito à Liberdade Religiosa na Jurisprudência do TEDH. Alguns leading cases*. Boletim da Faculdade de Direito. Volume 82. Coimbra. 2006. p. 781.

Por outro lado, tem-se o caso *Leyla Sahin v. Turquia* (Queixa n.º 44774/98), onde o TEDH manifesta que a medida aplicada é proporcional ao fim almejado, conforme vê-se no § 114: “*In the light of the foregoing and having regard in particular to the margin of appreciation left to the Contracting States, the Court finds that the University of Istanbul’s regulations imposing restrictions on the wearing of Islamic headscarves and the measures taken to implement them were justified in principle and proportionate to the aims pursued and, therefore, could be regarded as “necessary in a democratic society”.*” (disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=699739&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>, acesso em 25 de agosto de 2011).

38 Esse requisito remete para o Princípio da Proporcionalidade. SAPUILE (obra idem, p. 771) denomina este requisito de *nexo de instrumentalidade*.

3 – Jurisprudência do TEDH

3.1- Processamento da Queixa - *Iter processual*.

Antes de falarmos detidamente da jurisprudência do TEDH em matéria de Liberdade Religiosa, julgamos importante aqui fazer a menção de como processa-se a queixa, ou em outras palavras, qual o *iter processual* das demandas que chegam às portas da Corte Europeia e quais são os requisitos para a interposição das queixas.

Podem ser autores de queixas junto ao TEDH, os Estados contratantes da Convenção, conforme a letra do artigo 33^{o39} desta, interpondo queixa contra qualquer outra parte Alta parte contratante, acerca da violação de disposições da CEDH e/ou de seus protocolos. De acordo com o artigo seguinte⁴⁰, em referência aos particulares, podem interpor petições individuais perante o Tribunal qualquer pessoa singular, um grupo de particulares ou ainda uma organização não governamental, desde que considerem-se vítimas de violação por parte de qualquer estado⁴¹.

Assim, quanto à admissão de uma queixa, basta estar sob a jurisdição de um estado membro da CEDH que, mesmo não sendo nacional deste estado ou de qualquer outro estado contratante da Convenção, que o indivíduo estará sob a proteção desta. Esse entendimento visa proteger imigrantes extracomunitários e os apátridas.

Observação fazemos que no tocante à admissão de queixas, que o TEDH reformou seu entendimento⁴² e solidificou jurisprudência quanto à possibilidade de pessoas morais (ex: igrejas ou associações religiosas) oferecerem em nome próprio ou em nome de seus seguidores – coletiva ou individualmente entendidos – queixa contra a violação da

39 Letra do artigo: *Qualquer Alta Parte Contratante pode submeter ao Tribunal qualquer violação das disposições da Convenção e dos seus protocolos que creia poder ser imputada a outra Alta Parte Contratante.*

40 Artigo 34^o da CEDH trata sobre petições individuais: *O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem - se a não criar qualquer entrave ao exercício efetivo desse direito.*

41 Entenda-se aqui qualquer estado contratante da CEDH, haja vista não fazer sentido que estado não contratante esteja submetido à jurisdição de um Tribunal para o qual não a reconheceu. Remeta-se para o § 3^o da p. 9 deste estudo, que cita a entendimento de DUARTE (2008).

42 Queixa n.º 3798/68, segundo o qual a Comissão impedia a invocação do Direito à Liberdade Religiosa por pessoas morais (igrejas e associações com fins religiosos) x Queixa n.º 7805/77 e Queixa n.º 26308/95. Vide BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem / anotada*. 4^a ed. Coimbra Coimbra Editora. Coimbra. 2010. p. 266.

Liberdade de Religião garantida da CEDH. Todavia, continua proibida a queixa por pessoas comerciais⁴³.

Ressalta DUARTE (2008) que é condição de admissibilidade da queixa junto ao TEDH que a queixa interposta tenha sido anteriormente esgotado as vias internas de recurso⁴⁴, com a apresentação aos tribunais internos do estado membro da CEDH, seja este figurando como réu da demanda, seja mesmo este figurando como réu, ou com a demonstração fundamentada de porque não foi possível a interposição perante estes tribunais, o que pode no entendimento do TEDH equivaler ao esgotamento da vias internas.

O método utilizado no Tribunal prevê a existência de 03 etapas distintas⁴⁵, sucessivas e codependentes. Na 1º das etapas há análise se a queixa interposta enquadra-se na *fatti spécie* ou no âmbito normativo⁴⁶ de proteção do direito fundamental tutelado na CEDH. Havendo o devido enquadramento, passa-se a fase seguinte. Caso não ocorra esse enquadramento, a demanda é inadmitida de pronto.

Por um entendimento flexível no Tribunal, duas condutas tem sido tomadas. A primeira delas é o reconhecimento de que religião é um conceito demais volátil e que não deve sofrer uma restrição excessiva que possa levar à não admissão rigorosa de queixas. Assim, tem a Corte sido ampla na admissão das queixas quanto à Liberdade de Religião.

A segunda conduta é reconhecer que a queixa ainda que não se adeque à *fatti spécie* alegada, no caso o artigo 9º, pode enquadrar-se em outro direito tutelado na CEDH. Assim, o Tribunal assume a tarefa de examinar se a queixa pode ser enquadrada em outra disposição normativa da Convenção e fazer atuar a jurisdição.

Retornemos ao *iter* processual. Após admitida a queixa na 1ª fase, passa-se à fase

43 Queixa n.º 20471/92. Obra *idem*. p. 267.

44 Artigo 35º, n.º 1, da CEDH: *O Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva.*

45 Ver SAPUILE, Belchior do Rosário Loya. *Direito à Liberdade Religiosa na Jurisprudência do TEDH. Alguns leading cases*. Boletim da Faculdade de Direito. Volume 82. Coimbra. 2006. p. 772-777.

46 *As diferenciações normativas têm que valer-se de um suporte material na fattispecie, de modo a que se verifique uma perfeita correspondência entre a situação de fato e a situação de direito.* MACHADO, Jónatas. *O regime concordatário entre a Libertas Ecclesiae e a liberdade religiosa : liberdade de religião ou liberdade da Igreja?* Coimbra. Coimbra Editora. Argumentum 6. 1993. p. 44.

subsequente, a de análise da existência de alguma ingerência, interferência ou intervenção na Liberdade Religiosa tutelada. Havendo a confirmação da existência da intervenção (em qualquer das suas espécies), esta fase será sucedida pela última e ulterior avaliação. Caso não passe, a queixa é inadmitida neste 2ª momento.

A 3º fase de análise compreende o exame se a interferência, ingerência ou intervenção é legítima por parte do interventor, nomeadamente, via de regra, o Estado. Diz-se aqui via de regra, pois há situações em que outras pessoas de natureza distinta fazem as vezes de Estado no desempenho da função pública de controle e restrição da Liberdade de Religião, como por exemplo, uma universidade⁴⁷. Para a determinação da legitimidade da interferência, são utilizados os critérios mencionados como requisitos pelo nº 2 do artigo 9º. São, como já pudemos salientar anteriormente neste trabalho: *I- a previsão legal da restrição; II- A finalidade perseguida estar constante no rol do nº 2 (ex. **para a ordem e segurança públicas**) e III- A necessidade numa sociedade democrática através do Princípio da Proporcionalidade.*

Este terceiro requisito pode ser também explicado como sendo o nexó instrumento-causal entre a finalidade perseguida (causa) e a intervenção realizada (instrumento), de modo a inexistir uma outra medida alternativa suficientemente eficaz ao objetivo almejado e menos gravosa à Liberdade de Religião.

Finalizado o processo de admissão da queixa, com o exame dos fatos e processamento pelos princípios do contraditório⁴⁸ e da ampla defesa, o Tribunal opta por uma resolução amigável⁴⁹ do litígio. Na eventualidade de tal resolução não se mostrar possível, caberá ao TEDH sentenciar⁵⁰ o feito, demonstrando a existência da violação encontrada e atribuindo a reparação razoável à parte lesada⁵¹, se assim julgar pertinente.

47 Caso *Leyla Sahin v. Turquia* (Queixa n.º 44774/98).

48 Artigo 38º da CEDH: *O Tribunal procederá a uma apreciação contraditória do assunto em conjunto com os representantes das Partes e, se for caso disso, realizará um inquérito para cuja eficaz condução as Altas Partes Contratantes interessadas fornecerão todas as facilidades necessárias.*

49 Artigo 39º, n.º 1: *O Tribunal poderá, em qualquer momento do processo, colocar-se à disposição dos interessados com o objectivo de se alcançar uma resolução amigável do assunto, inspirada no respeito pelos direitos do homem como tais reconhecidos pela Convenção e pelos seus Protocolos.*

50 Para saber sobre efeitos da sentença do TEDH, ler DUARTE, Maria Luísa. A Convenção Europeia dos Direitos dos Homens. In J. Mota Campos. (coord.), Organizações Internacionais, 3ª ed., Lisboa, FC Gulbenkian, 2008, p. 643-645.

51 Artigo 41: *Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário.*

3.2 – Tendência e caracterização da jurisprudência.

Em sede de liberdade religiosa, pode-se verificar que são inúmeros os casos submetidos à margem de apreciação sobre a CEDH, levando-se em consideração desde quando o controle desta convenção era efetuado por três órgãos distintos (*Comissão, Comitê de Ministros e o Tribunal*) - e que distribuíam entre si as funções - até quando, por motivos logísticos e de celeridade processual já citados, a Comissão e o Tribunal foram fundidos em um único órgão, o novo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, por meio do Protocolo nº 11, com sede em Estrasburgo – França.

De pesquisa no sítio virtual da Corte⁵², pode-se encontrar uma seleção técnica (*factsheet*) não exaustiva de casos, elaborada em 18 de março de 2011, envolvendo matéria de liberdade religiosa⁵³ e na qual estão arrolados pelo menos 25 (vinte e cinco) casos de destaque que já foram julgados ou encontram-se em pendência de julgamento pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Todos os casos relacionam-se de algum modo com a Liberdade de Religião, estando divididos em grupos que são: *Obrigação de juramento religioso* (02 casos); *Indicação obrigatória de filiação religiosa em documentos oficiais* (02 casos); *Objeção de Consciência* (02 casos); *Reconhecimento pelo estado das comunidades religiosas e de seus líderes* (02 casos); *Direito de utilizar vestimentas ou símbolos religiosos* (07 casos); *Queixas contra a Su a pela proibic o da construção de minaretes* (02 casos); *Proselitismo* (02 casos); *Liberdade de Religião e Direito   Educação* (03 casos); *Emprego em igrejas ou grupos religiosos* (03 casos).

Da seleção acima citada, vê-se que são submetidos ao TEDH as mais variadas demandas concernentes à Liberdade de Religião, tendo alguma prevalência as que referem-se   utilização de trajese símbolos religiosos e que estão em grande voga na atualidade com a entrada em vigor, no mês de abril de 2011, da lei francesa⁵⁴ que proibe

52 Sítio virtual do TEDH: www.echr.coe.int

53 Para o qual remetemos ao seguinte documento: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/80119CA2-3425-43D9-9FEB-524829C637B1/0/FICHES_Libert%C3%A9_religion_EN.pdf Acessado em 02 de maio de 2011.

54 Lei francesa n  1192/2010. Projeto semelhante está em tramitação na Bélgica. <http://www.senat.fr/basile/rechercheDosleg.do?rch=ds&aff=33358&off=0&rch=gs&de=20100502&au=20110502&dp=1+an&radio=dp&aff=sep&tri=p&off=0&afd=ppr&afd=ppl&afd=pjl&afd=cvn&c=L%27interdiction+du+voile+islamique+> Acessado em 02/05/2011.

o uso do véu integral (dos tipos *niqab* e *burca*) em locais públicos naquele país, como ápice de uma série de medidas que o estado francês vem empreendendo na afirmação contundente da sua laicidade.

Do exame dos julgamentos proferidos pelo TEDH chega-se à conclusão deste por uma tendência concordar com entendimento dos tribunais superiores dos países membros do Conselho da Europa quanto às demandas interpostas que violariam os preceitos contidos no artigo 9º – inadmitindo as queixas – e quando mundo, admitindo-as, mas pouco modificando-as em seu conteúdo, quando entendem ter havido alguma violação ou restrição não legítima aos direitos decorrentes da Liberdade Religiosa tutelada na *Convenção Europeia de Direitos do Homem*.

Esta tendência majoritária dá-se pelo que doutrinadores e o próprio TEDH nomeiam a *Teoria da Margem de Avaliação*, que será melhor explicitada no capítulo seguinte. Ademais, cumpre-nos aqui dizer que acresce-se outras tendências a esta tendência principal - do TEDH em deferir respeito às decisões emanadas por instâncias jurídicas dos países membros, na consequência de processos legislativos de elaboração de leis e julgamentos que respeitam o devido processo legal, ou seja, tudo em conformidade com os preceitos democráticos pelos quais zelam a Convenção e o Tribunal da qual é guardião.

Dentre as tendências acessórias que mencionamos acima, citemos a preocupação que o TEDH tem em afirmar ou reafirmar a independência dos poderes político, jurídico e econômico dos estados membros em autonomia referente ao poder religioso. Assim, adota o TEDH a posição de quando em conflito um interesse particular pela ostentação de um símbolo religioso e o interesse coletivo ou estatal do convívio harmônico da pluralidade de crenças e religiões, tem optado esta corte pela prevalência do interesse coletivo. A justificativa reside no entendimento por esta corte de que a limitação à liberdade religiosa individual encontra legitimidade no nº 02 do artigo 9º e permite uma maior deferência ao estado democrático pluralista e inclusivo.

Quanto aos casos separados em tópicos, tomamos aqui a iniciativa de demonstrar qual tem sido o entendimento do TEDH em relação a cada um dos tópicos. Quanto à **Obrigaçãõ de juramento religioso**, tanto para os casos de ocupação de cargo público

ou particular, o Tribunal tem entendido que a obrigação imposta tem sido uma violação do quanto constante no artigo 9º, reiterando que ninguém deve ser obrigado a jurar ou professar sua religião ou uma religião.

Isto fica demonstrado pelo casos *Buscarini e outros vs. São Marino*⁵⁵ (Queixa n.º 24645/94) e *Alexandridis vs. Grécia* (Queixa n.º 19516/06). No primeiro, o Sr. Buscarini e outros foram obrigados a fazer juramentos religiosos cristãos para tomarem posse no cargo parlamentar para o qual foram eleitos. No segundo, o Sr. Alexandridis foi obrigado a fazer declarações sobre sua religião para poder aceder ao cargo de advogado na primeira instância do Tribunal de Atenas. Em ambos os casos, o TEDH entendeu que houve violação do artigo 9º da CEDH, sendo no primeiro caso uma medida desnecessária numa sociedade democrática e no segundo como uma exigência que ofendia por ninguém dever ser obrigado a professar alguma religião.

No tocante à **Indicação obrigatória de filiação religiosa em documentos oficiais** o Tribunal tem entendimento equânime ao da obrigação de juramento religioso, pelo que ninguém deve ser obrigado a professar ou a trazer em documentos sua opção religiosa ou crença⁵⁶. É decisório exemplificativo da tendência o caso *Sinan Isik vs. Turquia* (Queixa n.º 21924/05), no qual demonstra-se um aspecto negativo do Direito à Liberdade de Religião. O Sr. Sinan, membro da religião *Alevi* não conseguiu colocar essa sua filiação no documento de identidade, pelo qual o estado turco fez constar “islâmico”, sob a justificativa de *Alevi* ser um subgrupo pertencente ao islã. O TEDH entendeu haver violação quanto à obrigação de constar religião no documento e não da recusa em colocar a filiação desejada pelo Sr. Sinan.

55 Va anzitutto ricordato che la libertà religiosa non va intesa solo in senso positivo ma anche un aspetto negativo: la libertà di avere una religione e di professarla comprende la libertà di non averla, la libertà di credere comprende anche quella di non credere. CONFORTI, Benedetto. *La tutela internazionale della libertà religiosa*. Rivista Internazionale dei Diritti dell’Uomo. 2. Anno XV. Maggio-Agosto. 2002. p. 273.

56 No segundo caso relacionado à indicação obrigatória de filiação religiosa em documentos oficiais constante do factsheet do TEDH citado nesse estudo - caso *Wasmuth vs. Alemanha* (Queixa n.º 12884/03) – o Tribunal, contrariamente à tendência que desenvolve, entendeu não se tratar de violação, pois o estado alemão legitimamente atendeu ao direito das igrejas e associações religiosas em cobrar impostos religiosos e disto constou a filiação no documento de salário imposto do Sr. Wasmuth. Como menciona ADRAGÃO (2002), *às confissões religiosas que gozam do estatuto de corporações de direito público atribui-se o direito de estabelecerem ou não impostos na base das listas estatais de contribuintes, nos termos das disposições dos Estados federados* (conforme resultado do n.º 6 do artigo 137º da *Weimarer ReichVerfassung*, recepcionados pela Constituição de 1949). *A decisão impositiva cabe, portanto, às confissões religiosas e não ao poder político*. ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade Religiosa e o Estado*. Coleção teses. Almeidina. Coimbra. 2002. p. 193.

Quanto à **Objecção de Consciência**⁵⁷ é preciso aqui pontuar o entendimento da doutrina de que esta não está consagrada como tal pelo artigo 9º da CEDH, nem por seus protocolos, este é o posicionamento BARRETO (2010)⁵⁸, e de acordo com este entendimento tem decidido o TEDH. Assim, a objeção de consciência, ainda que em caráter estritamente religioso, não tem possibilitado aos indivíduos eximirem-se dos deveres para com o estado, a exemplo do serviço militar obrigatório e o voto compulsório.

Da consulta ao *factsheet*⁵⁹ do TEDH, destacamos o caso *Bayatyan vs. Armênia* (Queixa n.º 23459/03), que ainda não se encontra completamente julgado, já que há recurso pendente à *Grand Chamber* do Tribunal até a presente data. O Sr. Bayatyan, sendo testemunha de Jeová, requereu ao governo armênio a liberação da prestação de serviços militares, obrigatórios naquele país, ou mesmo a prestação de serviços alternativos. Antes era possível naquele país a prestação de serviços alternativos, todavia, com a alteração da lei previamente à época da convocação do Sr. Bayatyan⁶⁰, este foi obrigado a cumprir os referidos serviços. Tendo recusado o cumprimento, acabou sendo condenado à prisão. Impetrou queixa no TEDH, que entendeu que a objeção de consciência não é uma manifestação da liberdade de religião, não havendo portanto violação do artigo 9º da CEDH.

Quanto ao **Reconhecimento pelo estado das comunidades religiosas e de seus líderes**, a tendência do Tribunal é pacífica no sentido de interpretar e julgar que não cabe ao Estado qualquer ingerência na forma como se organizam as comunidades religiosas e a definição de seus líderes. Assim, sempre que o Estado intervir nesta seara sem qualquer das justificativas plausíveis previstas no n.º 02 do artigo 9º, esta constituirá uma

57 *Una serie di decisioni riguardano l'obiezione di coscienza, che viene considerata come rientrante nella libertà di coscienza ma che, nelle decisioni medesime, è vista con sfavore quando viene invocata per sfuggire a obblighi legali imposti alla generalità dei consociati.* CONFORTI, Benedetto. *La tutela internazionale della libertà religiosa.* Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo. 2. Anno XV. Maggio-Agosto. 2002. p. 278.

58 *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem / anotada.* 4ª ed. Coimbra Coimbra Editora. Coimbra. 2010. p. 267.

59 No 2º caso arrolado no *factsheet* do TEDH acerca da objeção de consciência, caso *Thlimmenos vs. Grécia* (Queixa n.º 34369/97), o Tribunal entendeu ter havido violação do artigo 9º cominado com o artigo 14º (proibição de discriminação) da mesma convenção quando após ter cumprido pena pela recusa de prestar serviços militares obrigatórios, o Sr. Thlimmenos foi recusado em um cargo público para o qual se qualificou, em razão de sua convicção religiosa. O TEDH julgou que a 2º medida aplicada pelo governo grego era desproporcional à recusa de prestar serviços militares obrigatórios.

60 O Sr. Bayatyan argumentou na queixa junto ao TEDH que o artigo 9º da Convenção deve ser interpretado em conformidade com as condições atuais, nas quais mesmo não estando presente no texto da CEDH, os países membros do Conselho da Europa já passaram a reconhecer a objeção de consciência. Argumentação não aceita em primeira instância e que encontra-se pendente de julgamento na Grande Câmara do Tribunal Europeu de Direitos do Homem.

violação do citado artigo. Para exemplificar⁶¹, selecionamos o caso *Igreja Metropolitana de Bessarábia vs. Moldávia* (Queixa n.º 45701/99).

A referida igreja, uma instituição cristã ortodoxa, teve seu pedido de reconhecimento junto ao estado negado, sob a alegação de que era uma igreja dissidente de outra igreja, a Igreja Metropolitana da Moldávia, esta com reconhecimento estatal. Sem o reconhecimento estatal naquele país, uma igreja não pode realizar cultos, reuniões, nem seus membros exercerem funções de chefes religiosos, entre outros problemas decorrentes da ausência de reconhecimento de sua pessoa jurídica. O TEDH, quando acionado, entendeu haver interferência ilegítima do estado na religião, condenando o estado por violação do artigo 9º cominado com o artigo 13º, pois também verificou ter sido negado recurso aos impetrantes a algumas instâncias nacionais.

O **Direito de utilizar vestimentas ou símbolos religiosos** é dos que mais suscita demandas perante o TEDH, afinal, abarca uma série ilimitada de condutas, seja por particulares, seja por coletividades, seja por instituições, públicas ou privadas. O entendimento majoritário neste ponto vai ao encontro da *Teoria da Margem de Apreciação* por nos mencionada acima e que será melhor explicitada em capítulo ulterior.

Todavia, podemos enunciar alguns contornos básicos aqui. Quando os símbolos religiosos ou trajes são ostentados em locais públicos como escolas e universidades, o TEDH tem entendido que estes símbolos são indevidos, como entende a maior parte dos estados membros. Assim, casos como de professores que ostentam véus e outros trajes mais chamativos são entendidos pelo TEDH como suscetíveis da limitação à Liberdade Religiosa em prol da afirmação do Estado Democrático e Laico, onde não deve ser patrocinada pela ordem pública⁶² qualquer religião em específico, a não ser a pluralidade de religiões.

Neste ponto o Tribunal deixa margem à apreciação dos Tribunais e instâncias locais da ocorrência, sob a alegação de que se um estado se pretende laico, a limitação imposta

61 O outro caso mencionado no *factsheet* acerca do reconhecimento estatal de religiões e seus líderes é o caso paradigmático *Hasan e Tchaouch v. Bulgária*, mencionado na nota de rodapé n.º 33, deste estudo.

62 Ver casos *Karaduman v. Turquia* (Queixa n.º 16278/90), *Dahlab v. Suíça* (Queixa n.º 423937/98) e *Leyla Sahin v. Turquia* (Queixa n.º 44774/98) nos quais a laicidade do Estado, embora não sendo previsão obrigatória da CEDH, é demonstrada como fator relevante para a manutenção da ordem pública e salutar ao pluralismo nos decisórios do TEDH.

encontra guardada na CEDH, ou ainda de que estado mais perto da realidade enfrentada, os tribunais teriam melhores condições de julgar e optar pela melhor solução ao caso examinado. Citamos para tanto os casos *Dogru vs. França* (Queixa n.º 27058/05) e *Kervanci vs. França* (Queixa n.º 31645/04), que estão correlacionados.

Os estudantes Dogru e Kervanci eram ambos alunos de uma escola secundária pública francesa, e frequentando as aulas vestidos com o véu islâmico, foram repreendidos inúmeras vezes pela direção da escola e professores, especialmente no tocante à segurança e saúde quanto às aulas de educação física. Diante da reiterada recusa dos mesmos em retirarem o véu, somada às faltas as aulas, foram expulsos da escola. Decisão mantida pelos tribunais franceses. O TEDH, quando acionado, entendeu na prerrogativa do acima mencionado, não haver violação do artigo 9º da CEDH, tão somente por parte dos estudantes o descumprimento das regras da escola, as quais haviam sido anteriormente repassadas à Sra. Dogru e ao Sr. Kervanci. Manteve assim o TEDH a decisão proferida pelas cortes francesas.

Entendimento equânime tem vez quando a argumentação de laicidade do estado é substituída pela premência da segurança e a ordem públicas, como por exemplo, o controle de embarque nos aeroportos em que se submete mulheres que trajam o *niqab* à obrigação de tirá-los para verificação de sua identidade, ou ainda a proibição de fotos em documentos oficiais onde o indivíduo por trajar vestimentas religiosas não possa ser individual e inequivocamente identificado⁶³.

No caso particular das **Queixas contra a Suíça pela proibição da construção de minaretes**, ocorrida através de lei de 2009 (resultado de um referendo nacional⁶⁴), as queixas que foram admitidas ainda encontram-se pendentes de julgamento pelo TEDH e são os casos: *Associação Liga dos Muçulmanos da Suíça e outros vs. Suíça* (Queixa n.º 66274/09); *Ouardiri vs. Suíça* (Queixa n.º 65840/09), *Baechler vs. Suíça* (Queixa n.º 66270/09); *Koella Naouali vs. Suíça* (Queixa n.º 1317/10) e *Al-Zarka vs. Suíça* (Queixa n.º 9113/10).

63 Caso *El Morsli vs. França* (Queixa n.º 15585/06).

64 Ver matéria jornalística intitulada *Europa critica proibição de minaretes na Suíça*, do Diário de Notícias, de 01 de dezembro de 2009. Disponível em: http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content_id=1435349&seccao=Europa, acesso em 19 de agosto de 2011.

Nos casos que envolvem **Proselitismo**⁶⁵ não há que se falar em uma tendência determinada no TEDH, haja vista que cada caso julgado tem merecido um entendimento particular, ora pela existência de violação do artigo 9º, ora pela sua inexistência. Remetemos para o caso *Larissis e outros vs. Grécia* (Queixas n.º 23372/94; 26377/94 e 26378/94).

Por este caso, três oficiais da força aérea grega foram condenados naquele país por tentar influenciar seus subordinados militares e não subordinados civis através de proselitismo. Os oficiais impetraram queixa no TEDH que entendeu não haver violação do artigo 9º da CEDH no tocante à conduta em face dos subordinados, mantendo a decisão grega, pois entendeu que estava correto o estado grego em proteger os pilotos juniores da influência indevida dos superiores. Já em relação aos civis não subordinados, o TEDH entendeu que os tribunais gregos aplicaram medida desproporcional contra os pilotos, apontando violação neste ponto do artigo 9º da CEDH.

As demandas intituladas como concernentes **À Liberdade de Religião e Direito à Educação** servem para demonstrar a maneira visceral com que a Liberdade Religiosa relaciona-se com vários dos demais direitos fundamentais elencados na *CEDH*. Não poderia ser diverso o entendimento, tendo em vista que a *Liberdade Religiosa* e os demais direitos fundamentais são ramificações do mesmo tronco comum, qual seja, o que afirma a necessidade da prevalência da Dignidade da Pessoa Humana em qualquer ordenamento jurídico e seu atendimento pelos poderes político, econômico e social.

Na relacionamento com o Direito à Educação e na forma como tem entendido este relacionamento, o TEDH entende que a educação religiosa deve ser a mais plural possível por parte das instituições públicas de ensino, pois estas, tendo em vista a caracterização, via de regra, laica do Estado, não deve patrocinar e propagar nenhuma religião em específico, tão somente permitir a transmissão do conhecimento acerca da riqueza religiosa que há no mundo. Esta é a tendência majoritária no tocante à Liberdade de Religião e o Direito à Educação pelo TEDH.

Citamos aqui o caso *Folgerø e outros vs. Noruega* (Queixa n.º 15472/02), onde em 1997 uma escola primária norueguesa teve seu currículo alterado, passando de duas matérias

⁶⁵ Ver paradigmático caso *Kokkinakis vs. Grécia* (Queixa n.º 14307/88).

anteriormente estipuladas – *Cristianismo e Filosofia de vida* – para uma única, que abarcava o cristianismo e a filosofia de vida, mais uma pequena parte de outras religiões. Esta nova matéria levava o nome de *KRL*. Os pais dos alunos, através da Associação Humanista Norueguesa questionaram na justiça local a obrigatoriedade da frequência dos filhos na matéria, em razão de ser uma matéria dirigida ao cristianismo, o que feriria a liberdade religiosa dos alunos e pais.

Em razão de não terem o resultado almejado nas instâncias nacionais, recorreram ao TEDH, que mencionou violação do artigo 2º do protocolo nº 1 à CEDH (direito à educação), na linha de que a liberdade de religião não limita-se ao contido no artigo 9º da CEDH. Para o Tribunal, o pluralismo cultural é também religioso e isso deveria estar refletido na matéria, que pelo contrário, deu excessiva preponderância ao cristianismo em detrimento de outras religiões. Por outro lado, o TEDH viu que a intenção da reunião das matérias numa única foi a de justamente reconhecer o pluralismo religioso. Em outras palavras, o TEDH tentou com sua decisão agradar a gregos e troianos.

Nos casos que envolvem ***Emprego em igrejas ou grupos religiosos***, as decisões do TEDH tem oscilado entre reconhecer violações do artigo 8º e 9º da CEDH e de não as reconhecerem, inadmitindo por completo as queixas em determinadas ocasiões. Aqui o critério utilizado pela Corte prende-se com a relevância ou influência da função de empregado desempenhada e a missão a qual se destina a religião. Exemplificamos com o caso do maestro da Igreja Católica que fora despedido após ter separado-se da mulher, o que feriria uma das bases do cristianismo segundo a Igreja, no caso *Schüth vs. Alemanha* (Queixa n.º 1620/03).

O TEDH, ao entender que no caso a profissão desempenhada pelo maestro não vinculava-se com a prática filosófica das regras cristãs, devendo a vida privada do maestro permanecer somente no seu foro de consciência e ação, verificou violação do quanto disposto no artigo 8º (Direito ao Respeito pela vida privada e familiar) da CEDH.

Caso oposto ocorreu no despedimento de um relações públicas da Igreja Mórmon alemã, *Obst vs. Alemanha* (Queixa n.º 425/03) quando este teve um caso extraconjugal que veio ao conhecimento público. O TEDH ao entender que a função desempenhada pelo relações públicas, bem como o contrato de trabalho celebrado entre este e a Igreja

Mórmon exigiam um comportamento adequado aos preceitos da religião para qual este trabalhava, não havendo violação do artigo 8º da CEDH.

O que se pode concluir neste ponto é que além de oscilar o entendimento do TEDH, este precisa ser muito bem calculado para não invadir a área de ingerência e administração exclusiva da religião e de seus fiéis.

Por fim, ao examinar o quanto aqui exposto, é de se concluir que o TEDH ainda que não agindo subsidiariamente em determinados casos e indo contra o entendimento dos tribunais nacionais no tocante à demanda trazida ao seu julgamento, não tem sido suficientemente incisivo nas suas decisões, de modo que almeja conciliar em um julgado os interesses das duas partes conflitantes, é assim que entende e denuncia a maior parte da doutrina, que ainda questiona o uso recorrente da *Teoria da Margem de Apreciação*.

Isto conduz à constatação do limite de atuação da corte supranacional e determina que há por parte do Tribunal Europeu de Direitos do Homem receio de excessiva interferência em assuntos soberanos dos países membros do Conselho da Europa.

Assim, passando à caracterização da jurisprudência emanada do Tribunal Europeu de Direitos do Homem, após o seu estudo e também da doutrina que sobre ela se debruçou, chega-se a constatação de quais os elementos principais que avultam nos decisórios ou ainda as justificativas para a não admissão de algumas queixas ofertadas junto ao TEDH.

São 05 (cinco) as características principais que merecem o destaque que aqui fazemos:

- I) *Caráter Subsidiário*⁶⁶ *dos mecanismos da CEDH e da jurisdição do TEDH*⁶⁷
- II) *Atuação primária dos Estados e seus órgãos, e a necessidade de esgotamento*⁶⁸

66 Assim afirma Duarte: *O prévio esgotamento das vias internas de recurso compreende-se no quadro de uma intervenção puramente subsidiária da instância internacional de tutela dos direitos previstos na Convenção. Os tribunais nacionais, bem como os tribunais comunitários, são órgãos comuns de aplicação do Direito da Convenção.* DUARTE, Maria Luísa. *Convenção Europeia de Direitos do Homem.* In J. Mota Campos. (coord.), *Organizações Internacionais*, 3ª ed., Lisboa, FC Gulbenkian, 2008, p. 642.

67 Exemplo, caso *Leyla Sahin v. Turquia* (Queixa n.º 44774/98).

68 No tocante ao esgotamento das vias jurisdicionais e recursais, este pode ser esgotamento de fato, por ter tramitado em todas as instâncias internas prévias ao TEDH, de direito, quando no ordenamento interno não haja previsão de recursos internos ou ainda equiparado, no caso do tribunal entender ser admissível a queixa ainda que as vias internas não tenham sido esgotadas. Seria o caso de descaso político-institucional de um estado com a tramitação do processo, pela morosidade ou excessiva burocracia, a título de ilustração. Citamos aqui como exemplo o caso *Damião Ximenes Lopes*, no qual fora condenado o Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, e que

das vias internas de recurso nos Estados membros, como corolário da jurisdição subsidiária do Tribunal.

III) Consideração pelo TEDH da circunstâncias sociais, políticas, econômicas e históricas dos Estados contratantes da CEDH.

IV) Consideração pelo TEDH acerca da repercussão na sociedade sobre os efeitos de uma sentença condenatória, resolução amigável ou ainda a inadmissão de uma queixa.

V) Atuação do Tribunal com a constante afirmação de que a Convenção Europeia de Direitos do Homem é um instrumento normativo vinculante aos Estados membros e que tem esta caráter mutável, vivo e adaptável ao tempo presente.

3.3 – Estado x Confissão: França, Itália, Alemanha e Turquia.

Como consequência das características acima enumeradas na influência dos decisórios do TEDH, fica aqui evidenciado que os países distintos nos planos social, econômico e político acabarão por ter um compreensão diferenciada por parte do TEDH, principalmente quanto ao rigor do Estado pela laicidade, que não vem mesmo a ser uma disposição presente no texto da Convenção Europeia de Direitos do Homem.

Esta compreensão diferenciada dá-se com o posicionamento de acordo com o entendimento oriundo dos tribunais nacionais respectivos, na consequência da afirmação de que estando mais próximos da realidade dos fatos, estariam os tribunais locais em melhores condições para avaliar e julgar o caso. Falaremos neste subcapítulo sobre a relação que alguns países membros do Conselho da Europa – França, Alemanha, Itália e Turquia - mantem com as confissões, numa análise como se comportam e se deve existir a separação⁶⁹ entre os poderes religiosos e os poderes governativos. A escolha dos países levou em consideração a representatividade quantitativa e qualitativa dos mesmos na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos do Homem, acerca da Liberdade de Religião, para o estudo aqui elaborado.

poderá ser um entendimento seguido pelo TEDH.

⁶⁹ *Grosso modo, pode dizer-se que o princípio da separação das confissões religiosas do Estado se traduz na exigência de neutralidade e não identificação, institucional ou simbólica, do poder público com qualquer confissão religiosa em particular; Só por si, e isto tem sido insistentemente salientado pela doutrina, o princípio da separação das confissões religiosas do Estado não nos fornece uma solução unívoca e inequívoca sobre o grau de envolvimento constitucionalmente legítimo que pode existir entre as estruturas estaduais, em sentido amplo, e as estruturas confessionais.* MACHADO. Jónatas. *O regime concordatário entre a Libertas Ecclesiae e a liberdade religiosa : liberdade de religião ou liberdade da Igreja?* Coimbra. Coimbra Editora. Argumentum 6. 1993. p. 47.

O estado francês é um estado declaradamente laico, não bastasse o seu percurso histórico assim demonstrar, citamos aqui para efeito de comprovação, o artigo 1^o⁷⁰ da Constituição de 1958. Mas a despeito desta previsão constitucional, é à lei que está incumbida a tarefa de determinar como será a relação entre o estado e as confissões. E a lei que trata deste tema - embora antiga, ainda vigora – é a Lei francesa da Separação, de 09 de dezembro de 1905.

Na sua luta histórica⁷¹ pela afirmação da laicidade, tem a **França** empreendido uma batalha constante pela limitação/restrrição da liberdade religiosa e acaba por ser réu com frequência na instância jurídica regional. Dos decisórios pesquisados que envolvem a França, a quase totalidade dá como válido o entendimento dos tribunais franceses e confirma por legítima a restrição por eles imposta à Liberdade de Religião.

Todavia, aqui devemos também mencionar que casos mais marcantes, como a da nova lei francesa que proíbe o uso de determinadas modalidades de véu islâmicos em locais públicos daquele país, ainda não chegaram à apreciação e decisão por parte da corte regional, suscitando a dúvida de qual será o posicionamento adotado pelo TEDH.

Destaca ADRAGÃO (2002), que a França é uma sociedade de maioria monoconfessional, onde mais de 80% da sua população é católica - ainda que rigorosamente apenas 15% sejam praticantes – e que o islamismo é a segunda religião em seguidores no país, com cerca de 04 (quatro) milhões de fiéis. As demais religiões não alcançam 01 (um) milhão de fiéis cada. Deste quadro, é possível ter-se a dimensão de como duelam no cenário francês o afastamento de uma religião *versus* a prática considerável de uma religião “importada”.

A parte majoritária dos processos na instância regional onde a França é demandada estão

70 Texto do artigo: *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée. La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales.* Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-de-1958.5074.html&usg=ALkJrhgi5pxgUOBzxU4huJ9ctkxPcknMnw> (acesso em 01 de setembro de 2011).

71 ... ao peso histórico do princípio da separação entre o Estado e as Confissões, elemento estruturante do Estado republicano (francês) desde a lei da separação de 1905. ALVES, Pedro Delgado. *Sinais de identificação e simbologia religiosa na escola pública – Um olhar sobre a recente evolução jurisprudencial europeia*. In Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos. Volume II. Coordenação Jorge Miranda, Luís de Lima Pinheiro, Dário Moura Vicente. Almedina. Coimbra. 2005. p. 255.

ligados à comunidade islâmica, que é bem numerosa, fruto do passado colonialista daquele país. No caminho que culminou com a aprovação e entrada em vigor em 11 de abril de 2011 da lei francesa⁷² que proíbe os véus integrais⁷³ em locais públicos, a França foi ao longo dos anos proibindo a exibição ostentatória de símbolos religiosos nas escolas públicas, terminando mesmo com a expulsão⁷⁴ dos alunos que se recusaram a cumprir as suas previsões legais.

O TEDH, na sua função subsidiária a dos tribunais nacionais, tem entendido até o presente momento pela não violação do artigo 9º por parte da República Francesa nos casos examinados. Resta aguardar, como já dissemos, para saber qual entendimento manifestará a Corte regional quando do exame da nova legislação sobre a utilização de véus integrais em locais públicos.

Conclui ADRAGÃO (2002) que as limitações rigorosas existentes no ordenamento jurídico francês acerca da liberdade de religião demonstram a importância da superioridade das convenções internacionais frente às disposições internas, pois somente assim se compensará as insuficiências da tutela à liberdade religiosa naquele país.

O que impera, ainda, quanto a França é identificar que no nível interno o país tem seguido rigorosamente com o quanto exigido pela CEDH para a legitimidade das restrições impostas, inclusive com a ativa produção legislativa em matéria de restrições ao direito fundamental existente no artigo 9º. As leis francesas acabaram por ser produto de longos debates públicos - não por isso incontroversos - e utilizaram também documentos que não seriam lei em sentido estrito, tão somente atos administrativos⁷⁵

72 Precedida pela lei sobre o uso de símbolos religiosos na escola pública laica, de 15 de março de 2004.

73 Ler matéria jornalística intitulada: *França: Entrou em vigor a proibição do uso do véu islâmico*, do jornal eletrônico Voz da América, datada de 11 de abril de 2011 e Disponível em http://www.voanews.com/portuguese/news/04_11_11_france_veil_ban-119612674.html (acesso em 14 de abril de 2011).

74 Ver *Dogru vs. França* (Queixa n.º 27058/05) e *Kervanci vs. França* (Queixa n.º 31645/04).

75 Exemplo, a famosa *Circular Jospin*, a *Circular Bayrou* e a Parecer n.º do *Conseil d'Etat* francês, acerca da admissão de símbolos religiosos discretos e a proibição dos ostentórios. Para mais, acerca da circular e de outras decisões administrativas em França acerca da utilização de símbolos religiosos nas escolas públicas laicas, ler ALVES, Pedro Delgado. *Sinais de identificação e simbologia religiosa na escola pública – Um olhar sobre a recente evolução jurisprudencial europeia*. In Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos. Volume II. Coordenação Jorge Miranda, Luís de Lima Pinheiro, Dário Moura Vicente. Almedina. Coimbra. 2005. Páginas 248-256. Também ler o *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, do Conselho de Estado francês, disponível em inglês e francês, no sítio <http://www.conseil-etat.fr/cde/fr/rapports-et-etudes/possibilites-juridiques-d-interdiction-du-port-du-voile-integral.html> (acesso em 30 de agosto de 2011).

Todavia, há de se evidenciar que aos olhos mais desatentos incidirá em certa contrariedade o Tribunal Europeu de Direitos do Homem quando faz utilização recorrente da *Teoria da Margem de Apreciação*, deferindo concordância ao quanto decidido nas instâncias nacionais acerca das demandas que chegam às suas portas. Do entendimento de que escolas não devem ostentar símbolos religiosos que identifiquem qualquer patrocínio a uma determinada confissão, o TEDH tem reconhecido o não consenso europeu sobre o assunto⁷⁶.

A contrariedade fica descartada quando se tem presente distinções como quem é o portador do símbolo religioso contestado. Na esteira do quanto mencionado por ALVES (2005), é total a nossa concordância de que a depender de quem ostente o símbolo religioso – se discente, docente, funcionário público ou particular - este terá uma implicação maior ou menor, e assim é o entendimento, por exemplo, dos vários tribunais internos da Alemanha.

Esta, a **Alemanha**⁷⁷, por não ter tão acirrada separação entre estado e confissões⁷⁸, como demonstra ALVES (2005), inclusive havendo disposições variadas nas legislações dos *Länder*, tem postura diversa⁷⁹ da francesa quanto ao uso dos símbolos religiosos por discentes, demonstrando maior amplitude no atendimento das vertentes que decorrem da Liberdade de Religião, com a inexistência de restrições específicas à liberdade de religião no texto constitucional de 1949.

76 Caso Lautsi vs. Itália, decisão da Grande Câmara do TEDH, § 70: *The Court concludes in the present case that the decision whether crucifixes should be present in State-school classrooms is, in principle, a 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 (see paragraphs 26-28 above) speaks in favour of that approach. This margin of appreciation, however, goes hand in hand with European supervision (see, for example, mutatis mutandis, Leyla Şahin, cited above, § 110), the Court's task in the present case being to determine whether the limit mentioned in paragraph 69 above has been exceeded.* Disponível em: http://www.echr.coe.int/echr/resources/hudoc/lautsi_and_others_v_italy.pdf (acesso em 01 de setembro de 2011).

77 *As condições sociais da religião na Alemanha revelam a existência de duas confissões religiosas mais importantes: a Igreja Evangélica, e a Igreja Católica, com 28,9 milhões e 28.1 milhões, respectivamente. Os muçulmanos são 2.5 milhões.* ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade Religiosa e o Estado*. Coleção teses. Almedina. Coimbra. 2002. p. 185. Deste quadro vê-se que a problemática de conciliação francesa com credos de matrizes distintas é mais sentida que na realidade alemã.

78 Elucida ADRAGÃO (2002) que dada a estrutura federal do poder político alemão, a matéria das relações entre as confissões e o Estado são, em grande medida, da competência dos Estados federados (*Länder*).

79 *Na Alemanha, não só a questão da utilização de lenço pelas alunas de religião muçulmana nunca foi posta em causa, como se admite com naturalidade a dispensa das aulas de educação física mista das alunas cujos cânones de vestuário não possam ser respeitados.* ALVES, Pedro Delgado. *Sinais de identificação e simbologia religiosa na escola pública – Um olhar sobre a recente evolução jurisprudencial europeia*. In Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos. Volume II. Coordenação Jorge Miranda, Luís de Lima Pinheiro, Dário Moura Vicente. Almedina. Coimbra. 2005. Páginas 255.

Importa aqui nomear que é principalmente em relação às escolas públicas que verifica-se a distinção de tratamento e que na Alemanha, foram inúmeras as convenções assinadas⁸⁰ entre os Estados federados e as confissões religiosas, e tratam basicamente sobre a *garantia de aulas de religião no ensino público; assistência religiosa nas Forças Armadas; financiamento das igrejas*; entre outras tantas disposições.

O modelo⁸¹ de relação entre Estado e confissões na Alemanha conjuga principalmente o termo neutralidade, segundo ADRAÇÃO (2002), que ele define naquele sistema como: 1- Não identificação entre Igreja e Estado, já que não há uma igreja do Estado, conforme artigo 137º, nº 1 da *WeimarerReichVerfassung*; 2- Não diferença entre as confissões religiosas e por isso sendo tidas como quaisquer outros agrupamentos sociais – o que proíbe a adoção oficial do ateísmo pelo Estado; 3- Não intervenção, quando o Estado não deve tomar decisões nos assuntos próprios das comunidades religiosas – é o Direito de Autodeterminação da Confissões (artigo 137º, n. 3 da *WeimarReichVerfassung*). Os artigos citados da Constituição de Weimar foram recepcionados pela constituição atual.

Vê-se portanto que comparativamente à atuação do estado francês no tocante à liberdade de religião, a Alemanha tem conduta muito mais pacificadora e harmônica com os diversos atores sociais e as confissões, não sendo de surpreender que a França seja muitas vezes demandada na esfera regional por questões religiosas. Passemos ao exame da Itália.

A **Itália** é um país que já destoa dos demais por uma característica que lhe é própria, abriga no seio de sua capitão o Estado Soberano do Vaticano, representação estatal máxima da Igreja Católica no mundo. Todavia, em que pese essa proximidade com a Confissão católica, o Estado italiano é um estado laico⁸² e seu ordenamento jurídico prevê

80 Jónatas Machado (1993) destaca o papel dos acordos bilaterais - genericamente chamados concordatas – entre a Igreja Católica, originalmente, demais confissões religiosas e os Estados da Alemanha (onde levam o nome de *Kirchenvertrage*) e da Itália (chamados *Intesi*). Para mais, ler a obra do autor. *O regime concordatário entre a Libertas Ecclesiae e a liberdade religiosa : liberdade de religião ou liberdade da Igreja?* Coimbra. Coimbra Editora. Argumentum 6. 1993. p. 58-74.

81 *O estatuto de corporação de direito público, de que hoje beneficiam as confissões religiosas com maior número de membros, bem como muitas pequenas confissões, é tradicional no Direito alemão. As confissões que revestem esta forma jurídica não passam por isso a pertencer ao aparelho do Estado: é um modo de o poder político reconhecer o significado das Igrejas para a vida pública; alguns direitos derivam exclusivamente deste estatuto como, por exemplo o direito de cobrar impostos (artigo 137º. n.º 6, da WeimarerReichVerfassung). Qualquer confissão religiosa pode obter, a seu pedido, o referido estatuto, desde que, pela sua constituição e pelo número dos seus membros, ofereça garantias de duração (artigo 137º, n.º 5, da WeimarerReichVerfassung).* ADRAÇÃO, Paulo Pulido. A Liberdade Religiosa e o Estado. Coleção teses. Almeidina. Coimbra. 2002. p. 191.

82 Ver sentença n.º 203 de 11 de abril de 1980 da *Corte Costituzionale della Repubblica Italiana* em que há o

que as relações com as confissões religiosas podem se dar com variados regimes jurídicos, a depender dos acordos – na Itália chamados *intesi* – entre o governo italiano e as confissões presentes no país.

Das *intesi* decorrem inúmeras previsões legais, como por exemplo a forma de financiamento das confissões⁸³ (doações, contribuições, entre outras modalidades), em qual estatuto jurídico se enquadra a confissão, e tais acordos são fruto da vasta previsão constitucional sobre religião – nomeadamente a previsões do artigos 7º e 8º. Nestas previsões constitucionais, ao contrário do caso alemão, estão incluídas já as restrições à liberdade religiosa.

O relacionamento entre o Estado e a Igreja católica remonta à formação da Itália⁸⁴, e tem esta confissão ali regime jurídico de Direito Público, ainda que não seja propriamente uma instituição pertencente ao Estado. Acrescente-se a isso a previsão do artigo 8º, n.º 1, da Constituição Italiana de 1948, que todas as confissões são iguais perante o estado italiano. O significado do vocábulo “igual” do texto constitucional foi interpretado pelo Tribunal Constitucional italiano como igual liberdade de culto⁸⁵, o que não implica em igual relação com o estado, dada a bilateralidade com que cada *intese* é formulada entre o estado e a respectiva confissão religiosa.

Sem perder de vista a jurisprudência do TEDH, julgamos enriquecedora a menção do caso *Lautsi vs. Itália*, que trata da fixação de crucifixos nas escolas estatais italianas. A requerente, Sra. Soile Tuulikki Lausti – cidadã italiana e finlandesa – ingressou nos tribunais italianos contra a presença de crucifixos na escola estatal de Abano Terme, cidade localizada na província Pádua.

Após as tramitações do caso nas cortes internas italianas, chegou até a Corte regional

reconhecimento da laicidade como princípio constitucional daquele estado. Disponível para pesquisa em: <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> (acesso em 03 de setembro de 2011).

83 Somente terá financiamento estatal – direto ou indireto – na Itália a confissão religiosa que tiver celebrado com o Estado italiano um acordo (*intese*) que preveja a forma de arrecadação de fundos adequada. Para mais, ler ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade Religiosa e o Estado*. Coleção teses. Almeidina. Coimbra. 2002. p. 207-232.

84 ... em vez de uma tradição de paridade no tratamento de diferentes confissões religiosas existe uma outra, bastante enraizada na história anterior do Estado italiano, de privilégio exclusivo, quase ininterrupto, de uma confissão dominante, a Igreja Católica, tradição que se afigura difícil de ultrapassar. MACHADO, Jónatas. *O regime concordatário entre a Libertas Ecclesiae e a liberdade religiosa: liberdade de religião ou liberdade da Igreja?* Coimbra. Coimbra Editora. Argumentum 6. 1993. p. 68.

85 Idem. p. 219.

Europeia, que em uma de suas decisões, datada de 03 de novembro de 2009, considerou a presença de crucifixos nas escolas estatais italianas como sendo violadora do artigo 9º da CEDH combinado com o artigo 2º⁸⁶ do Protocolo n.º 1 desta convenção, o qual trata sobre o direito de educação.

Posteriormente, por decorrência de recurso do governo italiano, em decisão data de 18 de março de 2011⁸⁷, a Grande Câmara do Tribunal Europeu de Direitos do Homem teve entendimento completamente diverso do outrora proferido. Decidiu a Corte que a presença de crucifixos em escolas estatais italianas em nada violava a Convenção Europeia de Direitos do Homem, tampouco seus protocolos.

Com as razões a nós trazidas por PALOMBINO (2011), de que, primeiro, a presença de crucifixos em escolas públicas italianas era uma escolha a qual estava legitimamente incumbido o estado italiano, sem ferir as garantias de liberdade religiosa negativa dos alunos e dos pais destes – quando da escolha da instrução que gostariam de dar aos filhos.

Assim, de acordo com o TEDH, o estado italiano decidiu em conformidade com suas possibilidades de escolha, haja vista o Tribunal reconhecer que não há consenso na Europa sobre a presença de símbolos religiosos no ambiente escolar⁸⁸ e nem que a presença dos mesmos – ainda que a religião católica tenha primazia no ordenamento jurídico italiano⁸⁹ - era suficiente para uma doutrinação católica.

O segundo motivo, ainda arrolado pelo jurista italiano, é de que o crucifixo em sala de aula apenas desempenharia uma função passiva, não tendo qualquer influência na educação e formação dos alunos, e não poderia ser comparado às atividades religiosas e o discurso a elas dirigido. Argumentações que são tidas por fracas pelo jurista e, que mencionando Benedetto Conforti, acredita que primeiro o TEDH chegou a uma conclusão, para a qual posteriormente buscou uma argumentação adequada.

86 *A ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas.* Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/009.htm> (acesso em 01 de setembro de 2011).

87 Disponível na íntegra em: http://www.echr.coe.int/echr/resources/hudoc/lautsi_and_others_v_italy.pdf (acesso em 01 de setembro de 2011).

88 Ver nota n.º 75.

89 Palavras da Corte, segundo PALOMBINO (2011).

Portanto, vê-se que se por um lado o TEDH legitimou a subtração dos símbolos religiosos quando da escolha do Estado francês pela laicidade e repetiu as decisões proferidas pelos tribunais nacionais daquele país no tocante às proibições de frequência às aulas com véus islâmicos, por outro lado entendeu adequadas com o a CEDH e seus protocolos a presença de crucifixos nas escolas estatais italianas, também legitimando os decisórios internos daquele país.

Por fim falemos da **Turquia** que, dado o grande desafio de afirmar um estado laico separado da forte interferência religiosa na sua atuação política e econômica, tem recebido por parte do TEDH um entendimento compreensivo e incentivador aos governantes daquele país, quando também fazendo uso da *Teoria da Margem de Avaliação*. Entende a Corte europeia como mais adequadas à realidade sócio-política que vivenciam as decisões que proferem os Tribunais turco, acerca das inúmeras demandas que envolvem a Liberdade Religiosa e que já pudemos aqui citar⁹⁰

Sobre a atuação dos tribunais turcos acerca da laicidade representada pelos símbolos religiosos, menciona ALVES (2005) que para além da França, o único país europeu que apresenta uma jurisprudência relevante sobre a matéria de utilização de sinais de identificação religiosa por discentes é a Turquia. Afirma ainda que se for tido em consideração o laicismo turco - enquanto princípio fundamental daquela República – este foi beber uma considerável influência ao modelo francês, se assemelhando em muito dos seus traços.

O próprio jurista constata, porém, que a diferença que separar as duas realidades sociais é notória, pois o problema francês, como já aqui referimos, prende-se com a dificuldade de integrar os imigrantes islâmicos à sua cultura cristã, enquanto que na Turquia⁹¹, conforme denotam as queixas junto ao TEDH anteriormente citadas⁹², o problema

90 Ver notas n.º 62, 67 e 88.

91 ... o Tribunal (turco) consegue construir uma linha argumentativa juridicamente convincente quanto à necessidade de preservar a total separação entre o religioso e o político, afastando as manifestações de integrismo dos estabelecimentos de ensino e preservando a emancipação da mulher na sociedade turca. ALVES, Pedro Delgado. *Sinais de identificação e simbologia religiosa na escola pública – Um olhar sobre a recente evolução jurisprudencial europeia*. In Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos. Volume II. Coordenação Jorge Miranda, Luís de Lima Pinheiro, Dário Moura Vicente. Almedina. Coimbra. 2005. p. 253.

92 *Karaduman v. Turquia* (Queixa n.º 16278/90) e *Leyla Sahin v. Turquia* (Queixa n.º 44774/98). Deve ser citado ainda o caso *Refah Partisi vs. Turquia*. Sobre este último, ler RANDAZZO, Barbara. *Turchia: Lo scioglimento del Refah Partisi turco: Strasburgo non ci ripensa*. (disponível em: http://www.forumcostituzionale.it/site/index3.php?option=com_content&task=view&id=917&Itemid=124. Acesso em 25 de agosto de 2011); e RANDAZZO, Barbara. *Ancora sullo scioglimento del Refah Partisi turco: La Corte dei diritti non ci ripensa*. Quaderni costituzionali, n.º 1

manifesta-se pela tentativa estatal de fincar a separação da confissão majoritária de sua população, o islã.

4- Teoria da Margem de Apreciação

4.1- Definição e origem.

A atuação do Tribunal Europeu de Direitos do Homem fez emergir um comportamento frequente por parte dos juizes de Estrasburgo, nomeadamente em casos mais particulares a uma nação e/ou ainda tidos por mais delicados. Este comportamento veio a ser identificado pela doutrina⁹³ como sendo a *Teoria da Margem de Apreciação* dos Estados e que vem a ser neste capítulo 4º o objeto de nossa análise.

GUERREIRO (2003) nos noticia a definição desta teoria pelo próprio TEDH, a exemplo do caso que cita, *Handyside vs. Reino Unido*⁹⁴, onde o Tribunal pontua que a sua atuação e o sistema de proteção à CEDH são subsidiários à atuação dos Estados membros, aos quais competiria primariamente a defesa pelo quanto tutelado na Convenção, daí a margem de apreciação que é dada aos mesmos.

BENVENISTI (1999) afirma que por esta doutrina todas as sociedades tem liberdade na resolução conflitos que nela ocorrem, entre os direitos individuais e aqueles que são os interesses nacionais e as convicções morais existentes.⁹⁵ De nossa parte, acrescentamos a observação de que, em que pese a reunião de vários estados num mesmo projeto de

del 2004, p. 173-174.

93 BENVENISTI, Eyal. *Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards*. International Law and Politics. Volume 31. 1999. p. 843-854. Disponível em: <http://www1.law.nyu.edu/journals/jilp/issues/31/pdf/31v.pdf> (acesso em 05 de setembro de 2011). Como também Paul Mahoney *apud* GUERREIRO, Sara Abrantes. *A Liberdade Religiosa e Proselitismo na Convenção Europeia dos Direitos do Homem: as fronteiras da tolerância*. Tese de mestrado junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

94 Este caso, oriundo da Queixa n.º 5493/72, e que obteve sentença em 1976, tratava da violação do artigo 10º da CEDH – Liberdade de Expressão – e pode ser consultado em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695376&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649> (acesso em 05 de setembro de 2011). Outros dois casos do TEDH são encontrados na obra de Eyal Benvenisti citada inicialmente na nota n.º 93: *James vs. Reino Unido* (1986), disponível em: <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof.nsf/1d4d0dd240bfee7ec12568490035df05/0ef9f8927a96c5a5c1256640004c2410?OpenDocument> (acesso em 05 de setembro de 2011); e *Stubbings e outros vs. Reino Unido* (1996), disponível em: <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof.nsf/e4ca7ef017f8c045c1256849004787f5/643671b37106db6ac1256640004c316e?OpenDocument> (acesso em 05 de setembro de 2011)..

95 Do original: *This doctrine, which permeates the jurisprudence of the ECHR, is based on the notion that each society is entitled to certain latitude in resolving the inherent conflicts between individual rights and national interests or among different moral convictions*. BENVENISTI, Eyal. *Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards*. International Law and Politics. Volume 31. 1999. p. 843.

busca pela tutela dos direitos do homem, como é o caso da CEDH, não há que se falar em plena identificação ou equivalência destes estados nos valores que os compõem.

E portanto, ainda que compartilhem de traços básicos exigidos à reunião - como a democracia e valores de liberdade - cada estado mantém características que o tornam peculiar suscitando tratamento diferenciado perante ao TEDH e mesmo o uso da *Teoria da Margem de Apreciação*.

Entendemos, portanto, da análise feita aos julgados do TEDH e da doutrina que aqui examinamos, que a *Teoria da Margem de Apreciação* é mesmo a conclusão pela Corte Europeia de que a despeito do atendimento de valores minimamente comuns – que são requisitos inderrogáveis aos projetos que compartilham, como a defesa dos direitos do homem – existem posicionamentos que tocam somente aos estados em suas particularidades históricas, sociais, culturais, políticas e econômicas.

Segundo ainda nos aponta BENVENISTI, a *Teoria da Margem de Apreciação* surgiu como mecanismo facultado aos estados para que mantivessem a ordem pública em seus territórios, blindando-os da por vezes perigosa ingerência externa. Todavia, afirma, que a teoria que começou pequena e setORIZADA à segurança pública espalhou-se por diversos campos, que vão hoje desde a alocação de recursos nacionais, até liberdades de falar em público, tornando-se verdadeiro mecanismo de política judicial⁹⁶.

Completariam ainda a origem da Teoria da Margem de Apreciação, segundo a doutrina⁹⁷, o entendimento de que os Tribunais Nacionais provêm do exercício democrático⁹⁸ do direito, onde as instituições julgadoras dos casos concretos, além do poder legislativo e executivo, foram formadas por meios democráticos e isentos, que encontram no cidadão, suas liberdades e direitos a origem mediata. Esse é o posicionamento de Paul Mahoney encontrado na obra de GUERREIRO (2003)⁹⁹

96 BENVENISTI, obra citada, p. 846.

97 MAHONEY, Paul. *Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?* Humam Rights Law Journal, Khel am Rhein. Vol. 19, n.º 1. **apud** GUERREIRO, Sara Abrantes. *A Liberdade Religiosa e Proselitismo na Convenção Europeia dos Direitos do Homem: as fronteiras da tolerância*. Tese de mestrado junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

98 Eyal Benvenisti sublinha ainda que a democracia dá-se pela intenção das maiorias, o que pode gravemente contribuir para a violação ou ao menos para o não atendimento dos direitos das minorias. Neste ponto, reitera o jurista a importância das instituições internacionais para contribuir para o respeito das minorias, sejam elas religiosas, culturais, raciais, entre outras. Obra citada, p. 849.

99 Obra supracitada, p. 199.

4.2- Críticas

A doutrina não é pacífica acerca da utilização desta Teoria, como bem observa GUERREIRO (2003)¹⁰⁰, enquanto por um lado muitos entendem conforme o TEDH de que a individualidade dos estados contratantes da CEDH deve ser respeitadas segundo suas próprias características, outra parte da doutrina entende a *Teoria da Margem de Apreciação* como um mecanismo do qual o TEDH faz excessivo e desmedido uso e que serve tão e só para desincumbi-lo de dizer o Direito e garantir o quanto tutelado na Convenção.

Paul Mahoney *apud* GUERREIRO (2003)¹⁰¹ critica ao dizer que a doutrina da Margem de Apreciação tem sido descrita como sinônimo de resignação e oportunismo por parte do TEDH, para abdicar de julgar casos difíceis ou particularmente sensíveis, ao nosso ver em referência à opinião pública e ao quadro regional.

BENVENISTI (1999)¹⁰² afirma que esta doutrina, ao reconhecer o relativismo dos princípios morais, mina o projeto universalista da proteção aos Direitos Humanos, pois pode servir no futuro a que os próprios estados recusem a jurisdição regional pela afirmação de que outrora foram reconhecidos como mais aptos a julgar os casos que tocam a suas particularidades e desde já fortalece a opressão da maioria sobre a minoria quando da violação de direitos tutelados na CEDH¹⁰³.

Acrescenta ainda¹⁰⁴ que a sua larga utilização pode comprometer a credibilidade da atuação jurisdicional de órgãos internacionais¹⁰⁵ como o próprio Tribunal Europeu de Direitos do Homem, tendo efeito contrário para os quais estes órgãos foram concebidos. De nossa parte fica a indagação de qual a utilidade da delegação de jurisdição à um tribunal regional se este faz uso frequente de uma teoria que, em termos vulgares e práticos, equivale à própria negativa de jurisdição.

100 Obra supracitada. p. 198.

101 Obra supracitada. p. 198.

102 Obra supracitada. p. 844. Afirma ainda o jurista que o quadro de utilização da Teoria de Margem de Apreciação é agravado por posicionamentos inconsistentes – acrescentamos que até contrários – em casos semelhantes.

103 BENVENISTI. Obra supracitada. p. 847 e seguintes.

104 *Idem*. p. 845.

105 Aqui o jurista destaca a importância que o sistema regional europeu de proteção à CEDH tem na influência dos outros sistemas regionais, como o Interamericano e o Africano. Desta sorte, com o largo uso da Teoria da Margem de Apreciação, não somente órgãos do sistema regional europeu poderiam ser prejudicados.

A afirmação do Direito Internacional e dos seus mecanismos de proteção dos Direitos Humanos, com todo o aparato agora institucionalizado e jurisdicional de atendimento à Convenção Europeia, deve ser paulatino, para que também seja suficientemente solidificador de cada etapa cumprida. Todavia, não é possível admitir a confusão entre processo gradual e a excessiva discricionariedade com que por vezes o Tribunal admite algumas decisões dos tribunais nacionais, reiterando-as.

Lembre-se aqui que é o TEDH a última instância de fiscalização e promoção dos Direitos Humanos no contexto da CEDH e do Conselho da Europa, residindo, pois grande responsabilidade na sua atuação desde as reformas empreendidas pelo protocolo nº 11 à Convenção. Assim faz-se necessário que este Tribunal manifeste-se inequivocamente sempre que solicitado, ainda mais se identificar que o decisório nacional provém de um consenso maioritário que viola direitos de minorias, como é muito comum de acontecer no tocante às restrições à Liberdade Religiosa.

5 – Conclusões

A Liberdade de Religião, como defendida na CEDH e na esfera de atuação do Tribunal Europeu de Direitos do Homem, é daqueles direitos que estão intrinsecamente ligados à dignidade do homem, porque manifestam desde vertentes que provêm do foro particular do homem, como também vertentes da sua expressão exteriorizada.

A função delegada pelos Estados membros da CEDH à Corte Europeia é, assim, de grande responsabilidade, e aos nossos olhos, tem tido neste mister uma importante atuação este tribunal. Obviamente, críticas são devidas, na medida em que legitimam-se a aperfeiçoar o quanto produzido na jurisprudência que tivemos a oportunidade de brevemente analisar, como merece valoração a *Teoria da Margem de Apreciação*¹⁰⁶.

¹⁰⁶Uma tendência porém tem vindo a sobressair, sobretudo naquelas situações em que o contexto sócio-político do Estado acusado acaba por ser uma circunstância determinante sobre o juízo de inadmissibilidade ou de reparação razoável das queixas apresentadas. Neste sentido, a doutrina crítica tem sido muito frontal ao conotar alguns acórdãos como reflexo de uma opção política elástica do TEDH, ou, por outras palavras, aquilo que já foi designado por audácia calculada, de modo particular naqueles casos em que o reconhecimento efectivo da lesão do direito à liberdade religiosa se vê comprometido pela larga margem de apreciação das autoridades nacionais, como se os juízes de Estrasburgo estivessem a abdicar de se pronunciar sobre as grandes questões da sociedade. SAPUILE, Belchior do Rosário Loya. *Direito à Liberdade Religiosa na Jurisprudência do TEDH. Alguns leading cases*. Boletim da Faculdade de Direito. Volume 82. Coimbra. 2006. p. 800.

Entendemos que acerta o TEDH quando atenta às características peculiares dos inúmeros estados que compõem o Conselho de Europa e que são signatários da Convenção Europeia de Direitos do Homem, não colocando todos num ponto de equivalência e reconhecendo ser este um desafio que se põe tanto aos órgãos internacionais conjuntos, como aos estados membros. É de grande valia na persecução de um *standard* mínimo que demonstre e efetivamente se garanta a tutela pelos direitos humanos o reconhecimento de que ainda várias diferenças existem entre os estados acerca da Liberdade de Religião.

Porém, arriscamos afirmar que é chegado um estágio tal de desenvolvimento das ciências jurídicas, nomeadamente da prestação jurisdicional internacional, que possibilita dizer que retrocessos não serão admitidos na esfera regional do sistema de proteção dirigido à Liberdade de Religião. Condicionamos, todavia, essa garantia à atenção devotada pelo TEDH e pela doutrina ao papel que ambos tem no processo de afirmação do Direito Internacional e conseqüentemente da supracitada criação do *standard* mínimo.

6 – Bibliografia

ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. Coleção Teses. Almedina. Coimbra. 2002. Páginas 13-24; 163-232.

ALVES, Pedro Delgado. *Sinais de identificação e simbologia religiosa na escola pública – Um olhar sobre a recente evolução jurisprudencial europeia*. In Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos. Volume II. Coordenação Jorge Miranda, Luís de Lima Pinheiro, Dário Moura Vicente. Almedina. Coimbra. 2005. Páginas 241-270.

BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem / anotada*. 4ª ed. Coimbra Coimbra Editora. Coimbra. 2010. Páginas 262-271.

BARRETO, Ireneu Cabral. *A jurisprudência do novo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*. Revista Subjudice. Justiça e sociedade. Nº 28 Coimbra. 2004. Páginas 09-32.

BENVENISTI, Eyal. *Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards*. International Law and Politics. Volume 31. 1999. p. 843-854. Disponível em: <http://www1.law.nyu.edu/journals/jilp/issues/31/pdf/31v.pdf> (acesso em 05 de setembro de 2011).

BUONOMO, Vincenzo. *La Libertá de Religione “Diritto del Citadino” e “Diritto della Persona” nel contesto del Diritto Internazionale e della normativa europea*. In Forum Canonicum. Lisboa. 2007. Páginas 57-90.

CONFORTI, Benedeto. *La tutela internazionale della libertà religiosa*. Rivista Internazionale dei Diritti dell’Uomo. 2. Anno XV. Maggio-Agosto. 2002. p. 269-283.

DUARTE, Maria Luísa. *Conselho da Europa*. In J. Mota Campos. (coord.), *Organizações Internacionais*, 3ª ed., Lisboa, FC Gulbenkian, 2008, p. 609-625.

DUARTE, Maria Luísa. *Convenção Europeia dos Direitos dos Homens*. In J. Mota Campos. (coord.), *Organizações Internacionais*, 3ª ed., Lisboa, FC Gulbenkian, 2008, p. 631-653.

GUERREIRO, Sara Abrantes. *Liberdade Religiosa e Proselitismo na Convenção Europeia dos Direitos do Homem. As fronteiras da tolerância*. Tese de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2003. Páginas 197-232.

MACHADO, Jônatas. *O regime concordatário entre a Libertas Ecclesiae e a liberdade religiosa : liberdade de religião ou liberdade da Igreja?* Coimbra. Coimbra Editora. Argumentum 6. 1993. p. 5-73; 87-112.

MACHADO, Jônatas. *Pré-compreensões na disciplina jurídica do fenómeno religioso*. Boletim da Faculdade de Direito. Volume 68. Coimbra. 1992. Páginas 165-180.

MACHADO, Jônatas. *Tomemos a sério a separação das igrejas do Estado: comentário ao acordo do Tribunal Constitucional nº 174/93*. Revista do Ministério Público. Ano 15. Nº 58 Lisboa. 1994. Páginas 45-78.

NASSER, Salim Hikmat. *Jus Cogens, ainda esse desconhecido..* Revista de DireitoGV 2. Volume 1. Nº 2. São Paulo. 2005. Páginas 161-178.

PALOMBINO, Fulvio Maria. *La decisione della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Lautsi: un uso incongruo della nozione di «simbolo passivo»*. Scritto in corso di pubblicazione nel fasc. 2/2011 della "Rivista di diritto internazionale". Facoltà de Legge. Università Federico II. Napoli. 2011.

RANDAZZO, Barbara. *Ancora sullo scioglimento del Refah Partisi turco: La Corte dei diritti non ci ripensa*. Quaderni costituzionali, n.º 1 del 2004. p. 173-174.

SAPUILE, Belchior do Rosário Loya. *Direito à Liberdade Religiosa na Jurisprudência do TEDH. Alguns leading cases*. Boletim da Faculdade de Direito. Volume 82. Coimbra. 2006. Páginas 757-803

TEROL BECERRA, Manuel José; ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, Fernando; BARRERO ORTEGA, Abraham. *Las Grandes Decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Librería Tirant lo Blanch, S.L. 1ª ed. 2005. Páginas 145-148.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Factsheet. Freedom of Religion (Jurisprudência selecionada sobre Liberdade de Religião)*. Versão em inglês. March. 2011. Disponível em http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/80119CA2-3425-43D9-9FEB-524829C637B1/0/FICHES_Libert%C3%A9_religion_EN.pdf (Acesso em 10 de abril de 2011).