

## A leveza insustentável dos lenços islâmicos na União Europeia

*Filipa de Andrade*

Doutora em direito da União Europeia

O anúncio feito por Marine Le Pen, em França, de que aprovaria uma lei que proibisse o uso do lenço islâmico em público, caso fosse eleita, fez soar as campainhas de alerta para a eventual incompatibilidade de uma medida desta natureza com a ordem jurídica da União Europeia (UE).

Esta lei, a ser aprovada, constituiria o culminar de uma trajetória em curso neste Estado-membro (EM), uma vez que a França, um país laico, já sujeitou os funcionários públicos ao princípio da "neutralidade" e proibiu o uso de sinais religiosos visíveis, tais como os véus, nas escolas<sup>1</sup>.

O primeiro problema a enfrentar seria, desde logo, a questão de saber se uma lei desta natureza era abrangida pelo direito da UE, dado que a cultura, a religião e a defesa da identidade nacional são domínios que, em grande medida, se inserem nas competências dos EM.

Com efeito, e no que respeita à cultura, o artigo 6.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) refere que a União só dispõe de competência para “desenvolver ações destinadas a apoiar, coordenar ou completar a ação dos Estados-Membros”.

Ademais, o n.º 2 do artigo 4.º do Tratado da União Europeia (TUE) estipula que a União respeita a identidade nacional dos seus EM, identidade esta que está refletida nas suas estruturas políticas e constitucionais fundamentais.

---

<sup>1</sup> Acresce que foram, igualmente, proibidos os fatos-de-banho que cubram a totalidade do corpo, incluindo o burquíni, um fato-de-banho em duas peças que é usado por muitas muçulmanas e que deixa apenas à vista o rosto, as mãos e os pés.

Acresce que o artigo 17.º TFUE declara a neutralidade da União no que respeita à organização pelos EM das suas relações com as igrejas e as associações ou comunidades religiosas, embora esta disposição não possa ser invocada no sentido de excluir, de um modo geral, este domínio do âmbito de aplicação do direito da União<sup>2</sup>. De facto, estas disposições dos Tratados não visam isentar totalmente os mencionados domínios da aplicação do direito da União, nem significam que os EM possam regular estas matérias como bem entenderem, se tal acarretar a violação de uma disposição do direito da UE que seja suscetível de ser aplicada em complemento das disposições nacionais pertinentes. Como aduz o advogado-geral Tesauro<sup>3</sup>, é possível afirmar com certeza que estes domínios não constituem ilhas impermeáveis à influência do direito da União.

Com efeito, o Tribunal de Justiça (TJUE) tem vindo a apreciar a compatibilidade com o ordenamento da UE de algumas medidas nacionais adotadas em áreas da competência dos EM, analisando-as à luz da sua conformidade, quer com os princípios estabelecidos nos Tratados, quer com o mercado interno da União, quer com outros atos juridicamente vinculativos (essencialmente diretivas).

No caso em apreço, coloca-se a interessante questão de saber se uma medida nacional de proibição do uso do lenço islâmico em público poderia ser justificada com o argumento de que visava assegurar a defesa da identidade nacional, em conformidade com o n.º 2 do artigo 4.º do TUE. A ser assim, este objetivo constituiria um interesse legítimo do EM que seria suscetível de justificar uma restrição à aplicação da ordem jurídica da UE.

Contudo, mesmo que se conclua, e parece ser o caso, que esta norma nacional é abrangida pelo conceito de política de defesa da identidade nacional, tal não nos conduz a um entendimento de que uma eventual restrição ao direito da União é

---

<sup>2</sup> Ac. de 2 /2/2023, *Freikirche*, C-372/21.

<sup>3</sup> Conclusões de 16/9/1997, nos ac. C-120/95 e C-158/96.

automaticamente justificada, pelo que importa, desde logo, começar por verificar a escassa jurisprudência do TJUE a este respeito.

De facto, até à data o TJUE não aprofundou este conceito, nem a sua natureza ou o âmbito de aplicação, pelo que ainda não ficou claro se este artigo poderia ser interpretado no sentido de introduzir uma cláusula horizontal ou geral a que os EM recorreriam para invocar validamente derrogações à aplicação da regulamentação da UE<sup>4</sup>.

Com efeito e como refere o advogado-geral Nicholas Emiliou<sup>5</sup>, “[...] não compete à União Europeia determinar, para cada Estado-Membro, os elementos que fazem parte desse núcleo de identidade nacional. Os Estados-Membros dispõem de uma ampla margem de apreciação a este respeito. No entanto, esta não pode ser ilimitada. Caso contrário, o artigo 4.º, n.º 2, TUE constituiria uma cláusula derogatória das regras e princípios dos Tratados da União à qual seria fácil recorrer, podendo ser acionada a qualquer momento por qualquer Estado-Membro. A obrigação da União Europeia de «respeitar» as identidades nacionais dos Estados-Membros não pode equivaler ao direito de um Estado-Membro de violar o direito da União sempre que lhe convier”.

E acrescenta que apesar de não ser tarefa fácil, para um juiz supranacional, compreender a importância de um determinado elemento da identidade nacional e identificar o nível de proteção pretendido pelas autoridades nacionais, o juiz deverá, ainda assim, verificar, por um lado, se as normas em causa são compatíveis com o quadro jurídico da UE, nomeadamente com os seus valores fundadores (artigo 2.º TUE) e com os seus objetivos (artigo 3.º TUE) e, por outro, se existe uma relação razoável entre o objetivo prosseguido e os meios utilizados para atingir esse fim.

Assim, em primeiro lugar (e recorrendo a esta jurisprudência sobre a análise da compatibilidade das normas nacionais com os valores fundadores da UE), ter-se-ia de concluir que uma norma nacional que impedisse o uso do lenço islâmico em público

---

<sup>4</sup> Conclusões de 8/3/2022, no ac. C-391/20.

<sup>5</sup> Conclusões de 8/3/2022, no ac. C-391/20.

infringiria, desde logo, o n.º 1 do artigo 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) que proíbe qualquer discriminação em razão da religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, e que reveste carácter imperativo enquanto princípio geral de direito da União<sup>6</sup>. De facto, esta medida ao incidir, unicamente, na proibição do uso do lenço islâmico, e não de qualquer sinal visível de convicções religiosas, constituiria uma discriminação direta em razão da religião.

A este propósito cumpre recordar que, segundo a jurisprudência do TJUE, o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião, protegido pelo n.º 1 do artigo 10.º da CDFUE, implica, designadamente, a liberdade de qualquer pessoa de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individual ou coletivamente, em público ou em privado, através do culto, do ensino, de práticas e da celebração de diferentes ritos daquela<sup>7</sup>.

Acresce que, como tem sido sublinhado pelo TJUE, a liberdade de religião representa um dos pilares de uma sociedade democrática e constitui um direito humano fundamental, pelo que as condutas proibidas, e as violações à liberdade de religião que daí resultam, não estão isentas de uma fiscalização jurisdicional<sup>8</sup>.

Ora se, no caso da proibição única e exclusiva do uso do lenço islâmico, a determinação da incompatibilidade com a ordem jurídica da UE seria uma tarefa acessível, a mesma tornar-se-ia muito mais complexa na hipótese de a proibição incidir sobre o uso visível, em público, de qualquer sinal de natureza religiosa, pois nesta situação estaríamos na presença de uma norma que, para além poder prosseguir um objetivo legítimo de interesse geral – a proteção da identidade nacional –, se inseria num contexto de uma política de neutralidade em relação às convicções religiosas.

---

<sup>6</sup> Ac. de 17/4/2018, *Egenberger*, C-414/16.

<sup>7</sup> V., neste sentido, os acs. de 14/3/2017, *G4S Secure Solutions*, C-157/15, de 14/3/2017, *Bouagnaoui e ADDH*, C-188/15 e de 29/5/2018, *Liga van Moskeeën*, C-426/16.

<sup>8</sup> Conclusões de 25/7/2018, no ac. C-56/17.

Perante uma norma com esta abrangência, importaria desde logo avaliar se a existência de um objetivo legítimo e não discriminatório justificaria, por si só, uma limitação de outros direitos ou liberdades protegidos pelo direito da UE, tal como a liberdade religiosa. Com efeito, como defende o TJUE, deverá existir uma ponderação equilibrada entre, por um lado, o objetivo de interesse geral e, por outro, os restantes direitos e liberdades em causa, uma vez que os mesmos não constituem prerrogativas absolutas, devendo ser tomados em consideração face à sua função na sociedade.

Em segundo lugar, e voltando à aplicação da jurisprudência inicialmente referida, mas agora incidindo na análise da compatibilidade de uma medida desta natureza (proibição do uso do lenço islâmico) com os objetivos da UE, poder-se-ia igualmente concluir que a mesma tornaria, sem dúvida, mais difícil e menos atrativo o exercício das liberdades do mercado interno consagradas no TFUE, podendo dar origem a uma restrição não justificada das mesmas.

Neste âmbito, quando um EM invoca o n.º 2 do artigo 4.º do TUE como justificação para uma eventual restrição às liberdades do mercado interno, resulta da jurisprudência, e a doutrina concorda de um modo geral, que a medida nacional deve ser apreciada segundo o tradicional critério da proporcionalidade, ou seja, dever-se-á proceder à apreciação da proporcionalidade da medida nacional em face dos fins que pretende atingir.

Neste sentido, é jurisprudência constante do TJUE<sup>9</sup> que uma restrição pode ser justificada, desde que se aplique sem discriminação em razão da nacionalidade e por razões imperiosas de interesse geral, se respeitar o princípio da proporcionalidade, ou seja, a medida nacional deverá ser adequada para garantir, de forma coerente e sistemática, a realização do objetivo prosseguido, sem ir além do necessário para o alcançar. Além disso, a medida nacional deve ser proporcional *stricto sensu* porquanto deve alcançar um equilíbrio justo entre os interesses em jogo, isto é, por

---

<sup>9</sup> V., entre outros, o ac. de 2/2/2023, *Freikirche*, C-372/21.

um lado, o interesse prosseguido pelo EM com a medida em questão e, por outro, o das pessoas lesadas.

Em suma, este princípio exige que se pondere se as normas nacionais excedem os limites do que é adequado e necessário para a realização dos objetivos legitimamente prosseguidos, pelo que, existindo várias medidas adequadas, se deve recorrer à menos onerosa. Em especial, torna-se fundamental saber: i) se as medidas contribuem significativamente para a consecução do objetivo visado; ii) se podem existir outras medidas igualmente em condições de o fazer, mas menos restritivas das liberdades do mercado interno; iii) se as medidas nacionais podem ter repercussões desproporcionais sobre as demais matérias em causa.

Aplicando ao caso concreto, e no que se refere ao caráter adequado, há que observar que a proibição do uso visível de sinais de natureza religiosa em público é adequada a garantir a boa aplicação de uma política de neutralidade e de defesa da identidade nacional, caso essa política seja verdadeiramente conduzida pelo Estado de uma forma coerente e sistemática. Neste aspeto, não parece que uma norma que proíba, exclusivamente, o uso do lenço islâmico, seja considerada uma política coerente e sistemática!

Quanto ao caráter necessário da proibição em causa, importa verificar se essa proibição se limita ao estritamente necessário para atingir o objetivo prosseguido. Uma vez que esta questão se centra na possibilidade de conceber uma medida que possa ser menos restritiva em relação aos cidadãos e que, ao mesmo tempo, seja suscetível de alcançar os objetivos prosseguidos por esta norma, é possível aduzir que uma medida menos restritiva, como a proibição de tapar o rosto ou de usar em público roupas que escondem todo o corpo, também poderia prosseguir, e de uma forma menos danosa, o mesmo objetivo.

Já a questão de saber se esta medida consegue proporcionar um justo equilíbrio entre os interesses legítimos prosseguidos e os restantes direitos em causa, procedendo a uma adequada conciliação entre a defesa das liberdades de religião, de circulação e

da identidade nacional, a resposta continua a não ser linear e muito menos óbvia, uma vez que estão em causa vários princípios dignos de proteção. Neste caso, as medidas menos gravosas por nós sugeridas revelar-se-iam, certamente, suscetíveis de alcançar um equilíbrio mais justo entre as liberdades em jogo.

Em conclusão poder-se-ia afirmar que, como refere a advogada-geral Kokott<sup>10</sup>, “Em última análise, os problemas jurídicos associados ao uso do lenço de cabeça islâmico são ilustrativos da questão mais fundamental de saber que medida de alteridade e de diversidade deve uma sociedade europeia aberta e pluralista tolerar no seu seio e que medida de adaptação pode ela exigir inversamente de certas minorias”.

---

<sup>10</sup> Conclusões de 31/5/2016, no ac. C-157/15.