



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional
Curso de Mestrado

GUSTAVO REBELO DE CAMPOS

**ANÁLISE DO SISTEMA REGIONAL EUROPEU DE SALVAGUARDA AOS
DIREITOS HUMANOS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E O TRATAMENTO
DISPENSADO ÀS MINORIAS RELIGIOSAS POR MEIO DA (NÃO) EFETIVAÇÃO
DE SUAS GARANTIAS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS**

FORTALEZA/CE

2023

GUSTAVO REBELO DE CAMPOS

ANÁLISE DO SISTEMA REGIONAL EUROPEU DE SALVAGUARDA AOS DIREITOS
HUMANOS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E O TRATAMENTO DISPENSADO ÀS
MINORIAS RELIGIOSAS POR MEIO DA (NÃO) EFETIVAÇÃO DE SUAS GARANTIAS
E LIBERDADES FUNDAMENTAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior.

FORTALEZA/CE

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Sistema de Bibliotecas

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- C212a Campos, Gustavo.
ANÁLISE DO SISTEMA REGIONAL EUROPEU DE SALVAGUARDA AOS DIREITOS HUMANOS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E O TRATAMENTO DISPENSADO ÀS MINORIAS RELIGIOSAS POR MEIO DA (NÃO) EFETIVAÇÃO DE SUAS GARANTIAS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS / Gustavo Campos. – 2023.
107 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2023.

Orientação: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior.

1. Direitos Humanos. 2. Direito internacional. 3. Pluralismo. 4. Tolerância. I. Título.

CDD 340

GUSTAVO REBELO DE CAMPOS

ANÁLISE DO SISTEMA REGIONAL EUROPEU DE SALVAGUARDA AOS DIREITOS
HUMANOS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E O TRATAMENTO DISPENSADO ÀS
MINORIAS RELIGIOSAS POR MEIO DA (NÃO) EFETIVAÇÃO DE SUAS GARANTIAS
E LIBERDADES FUNDAMENTAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia
Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)

AGRADECIMENTOS

Não poderia deixar de começar agradecendo à minha noiva Natália (provavelmente a pessoa que mais ouviu minhas reclamações quando enfrentei momentos difíceis). Sem sua paciência e compreensão, a experiência durante esses mais de dois anos de Mestrado não teria sido a mesma.

À minha família, que, sempre presente, me deu todas as condições de alcançar meus objetivos profissionais.

Ao Prof. William Marques, pelo aprendizado colhido no curso de duas disciplinas e, posteriormente, pela excelente orientação.

Aos professores participantes da banca examinadora, Profa. Raquel e Prof. Marcos, agradeço antecipadamente pelo tempo, pelas valiosas colaborações e sugestões, desde o momento de minha qualificação.

RESUMO

A idealização de mecanismos de proteção aos direitos humanos, fiscalização dos Estados e a preocupação com a criação de disposições, na comunidade internacional, que prevejam um rol de garantias, teve sua origem no período pós-Segunda Guerra Mundial, com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Como consequência, a Europa desenvolveu um avançado e sofisticado sistema de proteção aos direitos humanos, que é subdividido, atualmente, pelo sistema regional, encabeçado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, e pelo sistema comunitário, cuja instância final é o Tribunal de Justiça da União Europeia. Em que pese a sofisticação da jurisdição internacional europeia, a diversidade cultural das nações contemporâneas (que decorre de fenômenos como globalização, guerras, migração, unificação de sociedades autônomas etc.) demonstra um verdadeiro desafio àquela sistemática (construída ao longo de quase oito décadas) e à efetivação e aplicação dos direitos humanos em casos específicos. São exemplos de situações levadas ao sistema jurisdicional internacional aqueles que tratam sobre o descumprimento da garantia de expressão religiosa de minorias islâmicas no continente europeu, que sofrem com uma busca pela padronização e standardização cultural por parte dos Estados soberanos que se comprometeram a cumprir a disposição dos tratados internacionais dos quais foram signatários (postura que vem sendo chancelada pelo Tribunal Europeu). Surge, então, a necessidade de buscar respostas, no decorrer do desenvolvimento do estudo, quanto a possibilidade de acomodação e proteção à garantia de expressão cultural de minorias religiosas, à luz dos direitos e liberdades fundamentais previstos pela Convenção Europeia. Chega-se, então, ao reconhecimento de que, em uma sociedade extremamente globalizada e culturalmente diversificada, existe a necessidade do reconhecimento da tolerância para permitir uma convivência pacífica entre culturas diversificadas, sob um ponto de vista pluralista de direitos humanos.

Palavras-chave: direitos humanos; direito internacional; pluralismo; sistema regional europeu de direitos humanos; tolerância; tratados internacionais; standardização cultural; minorias religiosas; islamismo; liberdade religiosa.

ABSTRACT

The creation of mechanisms for the protection of human rights, monitoring of States and the concern with the creation of provisions, in the international community, that provide for a list of guarantees, has its origins in the post-Second World War period, with the proclamation of the Universal Declaration of Human Rights. Therefore, Europe has developed an advanced and sophisticated system of human rights protection, which is currently subdivided into the regional system, headed by the European Court of Human Rights, and the community system, whose final instance is the Court of Justice of the European Union. Despite the sophistication of European international jurisdiction, the cultural diversity of contemporary nations (which arises from phenomena such as globalization, wars, migration, unification of autonomous societies, etc.) demonstrate a real challenge to that system (built over almost eight decades) and the implementation and application of human rights in specific cases. Examples of situations brought to the international jurisdictional system are those that disregard the guarantee of religious expression of Islamic minorities on the European continent, which suffer from what's call as the cultural standardization on the part of sovereign States that have committed themselves to the provision of international treaties, of which they were signatories (a stand that has been endorsed by the European Court). There then arises the need to seek answers, during the development of the study, regarding the possibility of accommodation and protection for the guarantee of cultural expression of religious minorities, considering the fundamental rights and freedoms provided for by the European Convention. We then come to the recognition that, in an extremely globalized and culturally diverse society, there is a need to recognize tolerance to allow peaceful coexistence between diverse cultures, from a pluralistic point of view of human rights.

Keywords: human rights; international right; pluralism; European regional human rights system; international treaties; cultural standardization; religious minorities; Islam; religious freedom.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CDFUE	Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia
CE	Comunidades Europeias
CEDH	Convenção Europeia de Direitos Humanos
DUDH	Declaração Universal de Direitos Humanos
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TL	Tratado de Lisboa
UE	União Europeia

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	NUANCES HISTÓRICAS E CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS ACERCA DO SISTEMA EUROPEU DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS	16
2.1	A gênese dos mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos	16
2.2	O sistema regional europeu de proteção aos direitos humanos: a formação do Conselho da Europa e a Criação da Convenção Europeia de Direitos Humanos	20
2.2.1	<i>Os Protocolos à Convenção Europeia de Direitos Humanos</i>	23
2.2.1.1	<i>Protocolo de nº 11</i>	24
2.2.1.2	<i>Protocolo de nº 14</i>	26
2.3	O sistema comunitário europeu de proteção dos direitos humanos	26
2.3.1	<i>Os instrumentos comunitários para salvaguarda dos direitos humanos</i>	30
2.4	O Tratado de Lisboa e a adesão da União Europeia à CEDH	33
2.4.1	<i>A difícil questão da adesão e o parecer nº 2/13 do TJUE</i>	36
3	PARA UMA VISÃO PLURALISTA DOS DIREITOS DAS MINORIAS RELIGIOSAS: A NECESSIDADE DE ACOMODAÇÃO DA DIVERSIDADE CULTURAL	42
3.1	O multiculturalismo: do reconhecimento da diversidade ao retorno da assimilação.....	42
3.2	Os processos de globalização: hegemonia e contra-hegemonia	46
3.3	Os direitos humanos sob um viés pluralista: dignidade, cosmopolitismo e cidadanização	53
3.3.1	<i>A ideia de dignidade como razão para a luta pelos direitos humanos</i>	53
3.3.2	<i>A superação de barreiras sob o ponto de vista do cosmopolitismo.....</i>	53
3.3.3	<i>A cidadanização das minorias como um parâmetro pluralista para as relações interculturais</i>	61

4	A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS E A GARANTIA DE LIBERDADE DE RELIGIÃO	69
4.1	O Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a violação dos direitos de minorias religiosas	76
4.1.1	<i>Caso Lautsi v. Itália</i>	<i>76</i>
4.1.2	<i>Caso S.A.S. v. França</i>	<i>79</i>
4.1.3	<i>Caso Sahin v. Turquia</i>	<i>82</i>
4.4	A garantia da liberdade de religião: uma abordagem da religião muçulmana no continente europeu	88
4.4.1	<i>Dos conflitos históricos à secularização do Estado</i>	<i>88</i>
4.4.2	<i>O processo de “de-secularização” e o fundamentalismo Islâmico</i>	<i>90</i>
4.4.3	<i>O alcance da liberdade de religião: o “forum internum” e o “forum externum”</i>	<i>92</i>
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	96
	REFERÊNCIAS	102

1 INTRODUÇÃO

A prospecção de mecanismos de proteção e fiscalização dos Estados e a preocupação com a previsão de um rol de direitos inerentes à dignidade humana tem seu prefácio logo no período pós-Segunda Guerra Mundial, com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), que, de forma abrangente, servia como um paradigma global a ser seguido. Paralelamente, para que fosse conferido efeito prático à DUDH, cabia às nações, no âmbito doméstico, legislarem de modo a criar um rol de garantias fundamentais bastantes que servissem como camada protetora aos direitos arraigados à condição humana.

Porém, e se os Estados (internamente) tomassem atitudes que contrariassem os direitos que a Declaração Universal e as normas constitucionais domésticas previam? A quem caberia salvaguardar os direitos que foram tão impiedosamente desconsiderados durante a Segunda Guerra?

Esses questionamentos fizeram com que as nações, ao redor do mundo, se mobilizassem a fim de criar organismos internacionais cujo objetivo primordial era o de criar instituições que agissem como uma instância superior aos Estados, que pudessem lançar um olhar protetor aos direitos humanos, acaso fossem consultadas.

Como solução, surgem os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, talhados pela conscientização dos Estados – que não mais poderiam se esconder sob o manto de sua soberania – de que uma integração supranacional era mais do que necessária para que se contornassem as situações capazes de engatilhar novos conflitos a nível regional ou mundial. É o caso do sistema regional e o sistema comunitário europeu de proteção aos direitos humanos, o mais desenvolvido, refinado e complexo ao redor do mundo.

Esse fato deriva, provavelmente, dos desafios enfrentados naquele continente, decorrentes da diversidade cultural – oriunda da troca multicultural e da miscigenação de povos, causada por diversos fenômenos que se alastram pelo mundo (pelas mais diversas razões) – e das tensões sociais características da sociedade pós-moderna, que criam dúvidas acerca da possibilidade de efetivação e adequada aplicação das garantias fundamentais previstas nos tratados internacionais e nas Constituições domésticas.

Nesse contexto, a luta por reconhecimento encontra novos paradigmas outrora não conhecidos. São exemplos dessa constatação países como Canadá – que teve de equilibrar três

culturas distintas, com a necessidade de adequar território, termos políticos e linguísticos – e Estados Unidos, cuja realidade social é a de incorporação de minorias como imigrantes, descendentes de latinos, índios americanos etc.

No continente europeu, por seu turno, a miscigenação cultural se apresenta de formas ainda mais distintas, com um cenário cada vez mais hostil às minorias. Na Alemanha originou-se um debate acerca de uma política de identidade denominada *Leitkultur*, que se apresenta como um fenômeno neorracista cujas raízes se interligam com o *Nouvelle Droit* francês que, desenvolvido a partir do final dos anos 1960, adota um racismo cultural que perverte seu conceito mais relativista para um paradigma de submissão das minorias¹.

Como consequência desse comportamento, o pluralismo cultural (fruto dos constantes processos de globalização e imigração, resultantes de um mundo cada vez com menos fronteiras que deriva da livre circulação de pessoas e mercadorias) desafia as normas já positivadas no âmbito do Direito Internacional – sejam aquelas previstas na Declaração Universal dos Direitos do Homem ou na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) – que consagram o dever de respeitar os direitos e a proibição de discriminação fundada em sexo, raça, cor, língua, religião, opinião política, origem nacional ou social, pertencimento a uma minoria nacional etc.

Se a estratificação de uma relação cultural hierarquizada com base na diversidade étnico-cultural e religiosa, principalmente de uma forma não democrática, justificou a ideologia racista que pregava a superioridade de um determinado povo sobre os demais (na Alemanha), percebe-se um retrocesso na análise dos próprios mecanismos criados com intuito de proteger as garantias fundamentais de minorias (a exemplo da DUDH e da Convenção Europeia de Direitos Humanos).

Em um cenário onde os fenômenos globais influem e criam empecilhos à concretização e cumprimento das regras positivadas relativas aos direitos humanos (mais especificamente, o das minorias) – e enquanto os Estados não criam ferramentas que incentivem o diálogo cultural ou mecanismos de efetivação das mencionadas regras – surge como destaque a atuação das Cortes Internacionais de Direitos Humanos (em destaque, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos) como meio de fiscalização e efetivação das normas constantes nas Convenções Internacionais.

¹ PAUTZ, Hartwig. *The Politics of Identity in Germany: The Leitkultur Debate*. *Race & Class*, vol. 46, no. 4, Apr. 2005, pp. 39–52.

Ocorre que, conquanto haja a previsão de um exercício voltado para a proteção de direitos humanos, nem sempre a atuação daqueles Tribunais se dá de forma a efetivar aquela que é sua função precípua: notadamente quando se fala em direitos culturais de minorias no âmbito de nações com características mais hostis àquelas comunidades, que se encaminharam, ao longo do tempo, para um momento de “standardização” e canibalização cultural.

O ciclo de não cumprimento daqueles instrumentos pode ser atribuído a inúmeros motivos, como os processos de globalização, avanço de ideários de extrema direita e nacionalismo ao redor do mundo (cada vez mais reforçados pela crise econômica mundial que afeta o estado de bem estar social que passou a ser o objetivo das nações após a eclosão da Segunda Guerra Mundial) não fornecem escolha àquele indivíduo que, como minoria, deve se submeter aos padrões culturais pré-estabelecidos pela maioria, com o único objetivo de se adequar à vida em sociedade.

Eis o objetivo principal do Tribunal Europeu, portanto: reconhecer os direitos humanos considerando as diferenças culturais, algo que vai de encontro à assimilação cultural e a ideação de uma cultura guia (característica das maiorias nacionais), representada por uma parametrização que vem sendo adotada pelos Estados (tanto na Europa, quanto nas Américas), e um rompimento com instrumentos protetores das garantias e liberdades fundamentais que se comprometeram a cumprir.

É o caso do continente europeu que, diante do avanço e fixação, cada vez maior, de minorias islâmicas em seu território (seja por conta da crise de refugiados que gera constantes movimentos migratórios), vem atuando de modo a minimizar e relativizar os direitos de expressão religiosa e cultural daqueles grupos.

Como tendência, com relevante frequência surgem casos oriundos do conflito de culturas que afetam os direitos de expressão cultural de minorias religiosas, de modo que, indivíduos a ela pertencentes sofrem com uma atuação predatória dos Estados, culminando em denúncias que, não raramente, chegam ao conhecimento das Cortes Internacionais, com o intuito de garantir a efetivação e cumprimento de garantias e liberdades fundamentais previstas nas Convenções internacionais e nas Constituições domésticas.

Portanto, o cenário de descumprimento de garantias fundamentais de minorias religiosas torna necessária a busca de proteção, em um primeiro momento, no âmbito doméstico e, em um segundo momento (diante da ausência de reconhecimento de eventual

descumprimento às normas constitucionais domésticas), no âmbito da justiça internacional, com amparo na regulamentação prevista pelas Convenções regionais.

É diante desse paradigma que o presente trabalho se apoia, razão pela qual, em seu primeiro capítulo, é realizado um estudo eminentemente bibliográfico onde será tratada a evolução do sistema regional europeu de proteção aos direitos humanos. Por sistema regional, entende-se como o caminho trilhado após a criação do Tribunal Europeu de Direitos do Homem (órgão judicial vinculado ao Conselho da Europa), a entrada em vigor da Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, bem como a atuação, em paralelo, do Tribunal de Justiça da União Europeia (denominado sistema comunitário), os instrumentos de proteção por ele aplicados para análise dos casos que envolvem a violação de direitos fundamentais e o início dos procedimentos que tratam sobre sua adesão à CEDH.

Ato seguinte, no segundo capítulo, a pesquisa bibliográfica e descritiva é primordial para analisar a gênese e o reconhecimento dos direitos humanos no período pós-Segunda Guerra Mundial, o período imediatamente seguinte de acomodação de minorias, seu retrocesso e o caminho pavimentado até os dias de hoje, de retorno à assimilação (que culminam, em última instância, na necessidade de intervenção dos Tribunais internacionais de direitos humanos), especialmente por meio do amparo nos estudos desenvolvidos por Boaventura de Sousa Santos, Will Kymlicka, Jürgen Habermas e Martha Nussbaum.

Mais adiante, em pesquisa eminentemente bibliográfica, utilizando-se dos métodos qualitativo e exploratório, aborda-se uma visão de direitos humanos sob um ponto de vista plural das sociedades, confrontando conceitos como dignidade, cosmopolitismo e multiculturalismo, por meio de um diálogo crítico com os julgados das Cortes internacionais e com a conjuntura interna de assimilação cultural das minorias em populações nacionais que são cada vez mais heterogêneas.

Como objeto do terceiro capítulo, é realizada a análise documental de julgados do TEDH – prolatados ao longo dos anos – que versam sobre casos decorrentes do descumprimento da garantia de liberdade religiosa prevista na CEDH (nomeadamente, os casos *Lautsi v. Itália*, *S.A.S. v. França* e *Sahin v. Turquia*). As decisões da Corte Europeia, nos mencionados casos, serão utilizadas como forma de recortar e exemplificar o período de delicada polarização afetado pela assimilação e unificação cultural a nível doméstico. Nomeadamente, os casos estudados terão concatenação com o objeto da pesquisa, eis que voltados, unicamente, para as hipóteses de descumprimento das garantias fundamentais de

minorias religiosas.

A avaliação de cada um dos casos ora citados – que representam meros arranhões na superfície de inúmeros descumprimentos diários de garantias fundamentais de minorias religiosas – culmina no inafastável reconhecimento de que um olhar de maior acuidade dos direitos humanos sob uma perspectiva pluralista, tendo como guia o reconhecimento de que diferentes culturas hão de conviver de forma pacífica em um mesmo território.

2 NUANCES HISTÓRICAS E CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS ACERCA DO SISTEMA REGIONAL EUROPEU DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Antes de tratar das dificuldades e complexidades decorrentes da pluralidade das sociedades contemporâneas, detém-se nas nuances históricas do Sistema Regional Europeu de Proteção aos Direitos Humanos, que culminaram em uma estrutura jurídica única. Compreender a gênese e a evolução desse sistema é essencial para contextualizar as dinâmicas atuais e avaliar plenamente o impacto que ele exerce sobre a salvaguarda dos direitos fundamentais no continente europeu. Este capítulo se propõe a traçar um percurso propedêutico, oferecendo uma visão panorâmica das raízes históricas, das modalidades de acesso à justiça internacional e dos pilares que sustentam o sistema regional de proteção dos direitos humanos na Europa.

2.1 A gênese dos mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos

Preambularmente, necessária é uma espécie de introdução no que concerne ao histórico da soberania dos Estados que, aos poucos, passou a ser mitigada por conta da introdução e reconhecimento do conceito de direitos humanos, após a Segunda Guerra Mundial.

A partir do século XIII, passou-se a conceber a soberania dos Estados como um exercício da vontade geral², ou seja, um ponto onde as sociedades convergem, possibilitando sua coexistência. A vontade, ou é do corpo do povo, ou apenas de uma de suas partes³. Assim, o poder soberano não ultrapassa e nem deveria transgredir os limites das convenções gerais, tendo como regra básica a de que sua limitação ocorria para que não sobrecarregasse os cidadãos de coisas inúteis à comunidade, devendo fazer exigências iguais a todos os súditos.

Com a difusão destas facetas da soberania, e o cenário excessivamente bélico em que se encontrava a Europa no século XIX, a doutrina que pregava que os Estados poderiam recorrer à guerra como reação a uma violação do direito internacional foi sendo abrandada, ocorrendo, assim, a criação dos organismos internacionais que buscavam pregar uma convivência pacífica entre as nações. Esta situação, juntamente com o fenômeno da

² Com efeito, se não é impossível fazer concordar uma vontade particular com a vontade geral, em torno de algum ponto, é pelo menos impossível fazer com que esse acordo seja durável e constante; porque a vontade particular, por sua natureza, tende às preferências, e a vontade geral, à igualdade. (ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social e os Princípios do Direitos Político**. São Paulo: Editora Pilares. 2013. p. 37.)

³ *Idem*. p. 38.

globalização (ou globalizações), acarretou a necessidade de integração supranacional, que vai muito além da mera cooperação entre os Estados⁴.

Mencionado fenômeno, muito embora tenha conduzido à necessidade de inclusão de um cenário de integração internacional, se desvela em um conjunto de relações sociais que (da qual deriva a necessidade de utilização de um termo plural: globalizações) que pressupõem a existência de conflitos, cuja consequência é a existência de vencedores e vencidos⁵.

Essa tendência teve sua gênese quando o uso de ideologias racistas e de superioridade de um povo e cultura sobre as demais foram utilizadas por Hitler, durante a Segunda Guerra Mundial. Como consequência, vieram a luta pela descolonização (1948-1965); a luta contra a segregação racial e discriminação (movimento por direitos civis dos negros norte-americanos), em 1955-1965; e a luta pelo multiculturalismo e pelos direitos das minorias⁶.

Voltemos, no entanto, alguns anos para a segunda década do século XX. Com o término da Primeira Guerra Mundial, difundiu-se o Direito Humanitário (primeira expressão utilizada, no plano internacional, que gerou um direcionamento e preocupação com os direitos individuais), de sorte que as nações chegaram à conclusão de que a liberdade e autonomia dos Estados não eram irrestritas, ainda que diante de um conflito armado, com vistas a impor limites à sua atuação e garantir a sobrevivência dos direitos fundamentais⁷.

A contradição trazida pelo paradigma da busca de convivência pacífica no âmbito interno e internacional é decorrente do reconhecimento de que, internamente, todo Estado detém autonomia e poder absoluto para gerir seu próprio território, porém, no plano internacional, não mais é possível que a soberania atue como uma espécie de barreira a ponto de mitigar o direito de minorias (ou mesmo dos indivíduos, como um todo) estabelecido na ordem jurídica internacional⁸.

⁴ Não só o Estado contrairia obrigações vinculantes (caso dos tratados internacionais clássicos) ou, mais do que isto, se submeteria ao controle de organismos supranacionais quanto ao seu cumprimento (como é o caso das Convenções Européia e Americana de Direitos Humanos), transferindo poderes a estes organismos, que se converteriam em titulares de competências que antes pertenciam ao Estado: o poder deste, portanto, se “esvaziaria” paulatinamente. (CRUZ, P. M. Soberania, estado, globalização e crise. *Novos Estudos Jurídicos*. São Paulo, dez. 2002. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/323>).

⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Contexto Internacional*, v. 23, n. 1, p. 7-34, 2001.

⁶ KYMLICKA, Will. Multiculturalismo: o sucesso, o fracasso e o futuro. *Interfaces Brasil/Canadá*, v. 14, n. 1, p. 123-174, 2014.

⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 203-204.

⁸ Atualmente a soberania não é mais entendida em seu sentido absoluto, pelo contrário, ela é tomada como dependendo da ordem jurídica internacional. Estado soberano deve ser entendido como sendo aquele que se

Para exemplificar a tendência que aos poucos vinha se moldando, foram criadas a Liga das Nações, cujo objetivo não era outro senão o de relativizar a soberania dos Estados, fomentando cooperação, paz e segurança internacional, e a Organização Internacional do Trabalho (fundada em 1919), fato que registra o fim de um período no qual o Direito Internacional se limitava a regular relações entre os Estados, passando para um período no qual as obrigações internacionais transcendiam o interesse daqueles sujeitos, migrando para o polo da proteção aos direitos do ser humano⁹.

Apesar dos avanços, o mundo retrocedeu uma vez mais. Em um período traumático, a Segunda Guerra Mundial foi deflagrada com base em projetos que visavam subjugar povos supostamente inferiores, deixando um legado de destruição quase insuperável: enquanto a Primeira Guerra Mundial deixou um total de 10 milhões de mortos (em sua maioria, de militares) e, aproximadamente, 4 milhões de refugiados, o Segundo grande conflito global ceifou um total de quase 60 milhões de vidas (civis, em sua maioria) e deslocou, voluntária ou forçadamente, mais de 40 milhões de pessoas¹⁰.

Foi aí que o Estado se apresentou como o grande violador dos direitos humanos: o nazifascismo difundido por Hitler marca um período no qual a vida humana se releva como meramente descartável, deixando como legado, nas palavras de Flavia Piovesan¹¹, o condicionamento da “*titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça – a raça ariana*”.

Enfim conscientizadas, as nações chegaram à conclusão de que a sobrevivência da humanidade passaria a exigir a colaboração dos povos por meio de uma reestruturação das relações internacionais, de modo a impedir o desrespeito à dignidade humana, condição *sine qua non* para a convivência pacífica das nações¹².

Assim, passa-se a, por meio do direito internacional dos direitos humanos, buscar não somente a salvaguarda dos direitos do Estado, ou mesmo um mero equilíbrio entre as nações. Busca-se, também, remediar os efeitos do desequilíbrio e disparidades entre os envolvidos - Estado e indivíduo - com o único fito de proteger esse último, como forma de

encontra subordinado direta e imediatamente à ordem jurídica internacional, sem que exista entre ele e o DI qualquer outra coletividade de permeio. (MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000)

⁹ PIOVESAN, *op. cit.*, 2018, p. 204, 206-207.

¹⁰ Fato que, para Fábio Konder Comparato (em A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. p. 219), remetia ao episódio das conquistas e descobrimento das Américas, momento de subjugação e imperialismo engendrado pelos europeus.

¹¹ PIOVESAN, *op. cit.*, 2018, p. 210.

¹² COMPARATO, *op. cit.*, p. 210.

harmonização de interesses superiores e da realização da justiça¹³. É dizer, por mais que haja a necessidade de regulação na relação entre as nações, seus direitos não mais surpassavam o direito de seus cidadãos (ou mesmo dos cidadãos de outras nações), que passaram de meros coadjuvantes para os sujeitos centrais no direito internacional (aqui, leia-se, sujeitos de direito no plano internacional, inclusive com capacidade postulatória).

A ideia de que a proteção dos direitos humanos não haveria de se restringir ao âmbito interno ganha força, de modo que a noção tradicional de soberania absoluta do Estado é mitigada por meio da possibilidade de monitoramento e responsabilização internacional em caso de descumprimento e violação de direitos do indivíduo¹⁴.

Foi nesse momento que a capacidade processual internacional dos indivíduos teve sua gênese. Em um intervalo de poucos meses, no ano de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (dezembro de 1948) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (abril de 1948) fazem com que as nações caminhem em direção ao reconhecimento de que a generalização da proteção internacional dos direitos humanos é o objetivo a ser atingido¹⁵.

Portanto, a projeção normativa daqueles instrumentos internacionais representou um processo em que, segundo Cançado Trindade, passou-se “*a visar a proteção do ser humano como tal, e não mais sob certas condições ou em setores circunscritos no passado*”¹⁶.

Seguindo esse panorama, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi que surgiram, regionalmente, instrumentos que, à exemplo daquela, não somente alçavam os indivíduos à condição de sujeitos de direito, conferindo-lhe capacidade processual no plano internacional, como também criando organismos próprios e especializados, voltados para a

¹³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos (Volume I). Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997, p. 26.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *A judicialização do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas*. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, p. 35-50, 2002.

¹⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vol. I. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 55.

¹⁶ *Idem*, p. 62-63. Aqui se faz um paralelo às condições especiais de proteção e tratamento aos direitos humanos e individuais previstos por organizações internacionais como a OIT, que havia aprovado 67 Convenções até o início da Segunda Guerra Mundial (Comparato, *op. cit.*, p. 67), cujo caráter humanitário buscava “*promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar*” (PIOVESAN, *op. cit.*, 2019, p. 205). Por mais que representasse um considerável avanço em relação à total ausência de previsão de direitos individuais no plano internacional, nos instrumentos daquela organização, as garantias se resumiam às condições de trabalho, não encarando os indivíduos como destinatários de amplos direitos, que derivam do reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

proteção dos direitos humanos que as futuras Convenções juraram proteger¹⁷. Passa-se, então, paulatinamente, do momento de previsão de direitos para o momento de sua efetivação.

2.2. O sistema regional europeu de proteção aos direitos humanos: a formação Do Conselho da Europa e a criação da Convenção Europeia de Direitos Humanos

Paralelamente aos movimentos a nível global e regional (Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU, elaboração e aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a criação da Organização dos Estados Americanos), de uma reunião de nações no denominado Congresso Europeu (realizado em Haia, no ano de 1948) - onde, apesar de uma certa desconfiança por parte dos governos¹⁸ - surge uma verdadeira ebulição de movimentos sociais que tinham como ideia principal a de criar uma organização internacional cujos membros não atuassem como representantes de seus Estados, mas sim como defensores dos valores e interesses comuns do continente.

Foi de forma consciente que um grupo de países da Europa ocidental buscou implementar a integração regional, com o fim de estabelecer parâmetros mínimos de proteção à dignidade humana e a criação de mecanismos de supervisão dos direitos e liberdades fundamentais previstos nas convenções internacionais que, à época, foram proclamadas¹⁹.

Com esse pensamento em comum (de necessidade de ampliação da integração e de criação de mecanismos de proteção eficaz aos direitos humanos no âmbito da Europa) nasce o primeiro esboço do sistema europeu de proteção aos direitos fundamentais, com a proclamação do Tratado de Londres, em 5 de maio de 1949²⁰, quando foi fundado um organismo internacional bicameral (composto pelo Comitê de Ministros e pela Assembleia Parlamentar)

¹⁷ Flavia Piovesan (*op. cit.*, 2002) sustenta que os sistemas regionais de proteção não geram qualquer dicotomia com o sistema global de proteção, tratando-se, a bem da verdade, de instrumentos jurídicos que, apesar de distintos, coexistem e se complementam, na medida em que, no caso concreto, se aplica a norma que melhor protege a vítima.

¹⁸ SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Manual das organizações internacionais**. 5. ed. rev., atual. e amp. 2. Tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 241.

¹⁹ Para Flavia Piovesan, o Conselho nasce como uma resposta aos horrores vistos durante a Segunda Guerra Mundial, com uma perspectiva de estabelecer parâmetros protetivos mínimos atinentes à dignidade humana, evitar e prevenir a ocorrência de violações a direitos humanos, sendo verdadeiro marco do processo de integração europeia e da afirmação dos valores da democracia, do Estado de Direito e dos direitos humanos. (PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 127)

²⁰ Do qual foram signatários Bélgica, Dinamarca, França, Noruega, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Suécia e Reino Unido.

denominado Conselho da Europa, situado em Estrasburgo (em cujo seio nasce a Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais)²¹.

O Comitê de Ministros consistia em órgão intergovernamental que tinha como representantes os Ministros das Relações Exteriores dos Estados-parte, cabendo-lhe a função de organização e executiva do Conselho, que consistia na apresentação de recomendações aos Estados, e, mais adiante, acompanhar sua implementação e a conclusão de convenções e acordos necessários para a consecução dos objetivos do Conselho da Europa. A Assembleia Parlamentar, por outro lado, era um órgão político e deliberativo, com a prerrogativa de debater quaisquer assuntos de interesse do Conselho, cabendo-lhe encaminhar recomendações ou dossiês ao Comitê de Ministros²².

É nesse cenário que se desenvolve a Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (CEDH), utilizada como o arcabouço jurídico dos direitos fundamentais no âmbito da Europa, que, no futuro, passaria a ser peça paradigma para todo o sistema regional de proteção dos direitos humanos, naquele continente.

Surgida como um mecanismo de internalização temática dos direitos humanos - e para dissociar os Estados da Europa ocidental do mundo comunista soviético -, após longos 15 meses de inúmeras negociações na Assembleia Parlamentar, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais é firmada no ano de 1950²³, em Roma, com a estirpe de primeiro trabalho multilateral consolidado no âmbito do Conselho da Europa²⁴.

Para idealização da Convenção, as mencionadas negociações tratavam acerca de uma delimitação do alcance do instrumento, que, em um primeiro momento, preveria a proteção dos direitos políticos e civis, para, posteriormente, abranger, de forma mais ampla, também os direitos econômicos, sociais e culturais²⁵.

Apesar do grande avanço da criação de uma Convenção regional para a proteção dos direitos humanos, ainda havia um pensamento geral – com o movimento iniciado no Congresso Europeu de 1948 – transmitido internamente, no âmbito do Conselho da Europa, no

²¹ Sem embargo, com os problemas que foram produzidos no triste período da história (Segunda Guerra Mundial) em relação aos direitos humanos sentiu-se a necessidade de criar um sistema de proteção aos citados direitos no plano europeu. Com a fundação do Conselho Europeu, em Estrasburgo, é que tem início esse processo, culminando com a Convenção de 1950. (GUERRA, S. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 176)

²² SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. Manual das organizações internacionais, 2012, p. 242.

²³ Ratificada por Dinamarca, Alemanha, Islândia, Irlanda, Luxemburgo, Noruega, Suécia e Reino Unido.

²⁴ RAMOS, A.D. C. **Processo internacional de direitos humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 170.

²⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. Vol. III, Sergio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 119.

sentido de que necessário se fazia um órgão institucional voltado para a salvaguarda e supervisão dos direitos previstos não somente na CEDH, como também na Declaração de Direitos Humanos, proclamada pela ONU²⁶.

Assim, quando da entrada em vigor da CEDH, em 3 de setembro de 1953, os Estados-parte acordam na criação de dois órgãos que seriam atrelados ao Conselho da Europa: a Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH) e a Comissão Europeia de Direitos Humanos, que, com atribuições bem delimitadas, compunham o sistema jurisdicional regional de proteção dos direitos humanos.

Enquanto a Comissão Europeia de Direitos Humanos - instituição semijudicial que monitora e verifica o cumprimento da CEDH no âmbito dos Estados-parte - funcionava como um órgão intermediário entre o queixoso e o Tribunal (realizando uma triagem das denúncias apresentadas (exame de admissibilidade), investigando os fatos, manifestando sua opinião acerca da ocorrência, ou não, de violações de direitos humanos), cabia à Corte EDH (Órgão jurisdicional do Conselho da Europa), a rigor, julgar os casos a ela encaminhados pela Comissão.

Diz-se, então, que a Convenção previa a possibilidade de formulação de denúncias – que somente seriam recebidas acaso apresentadas contra um Estado que, previamente, reconhecesse a competência da Comissão para processá-las²⁷ - por violações de direitos humanos por um Estado-parte, por qualquer pessoa, organização não governamental ou grupo de indivíduos, contra outro Estado-parte.

Para Valerio Mazzuoli, esse sistema foi desenvolvido para institucionalizar e padronizar a proteção aos direitos humanos na Europa, com a assunção do compromisso, pelos Estados-parte do Conselho, de em primeiro lugar, não adotarem quaisquer disposições em seu ordenamento jurídico interno que, porventura, contrariassem o teor da Convenção, sob pena de ter contra si movidas demandas no âmbito da Corte EDH, e, em segundo lugar, não criar qualquer embaraço ou imbróglio quanto ao exercício do direito de petição, a ser exercido pelos indivíduos que pertençam a sua jurisdição²⁸.

²⁶ Idem, p. 122.

²⁷ COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 276.

²⁸ DE OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio. O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 2, n. 13, 2010. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrazil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2684>. Acesso em 11Jun 2021.

Essa ideia era consagrada logo no artigo 1º da CEDH, que estabelecia a obrigação dos Estados-parte de assegurarem a “todas as pessoas sob a sua jurisdição os direitos e as liberdades enunciados na Seção I desta Convenção”.

Havia, portanto, uma vinculação a que se submetiam os Estados, no sentido de se adequarem às normas convencionais, seja por intermédio da implementação de medidas que visassem salvaguardar os direitos ali consagrados, ou até revogando normas incompatíveis com a Convenção²⁹.

2.2.1 Os Protocolos à Convenção Europeia de Direitos Humanos

Apesar de os Estados-parte assumirem o compromisso de se adaptarem às determinações da Convenção Europeia e, em último caso, ao crivo de um Tribunal supranacional, a natural mudança de contexto naquele continente acarretou num robustecimento das normas convencionais, que, paulatinamente, foram incrementadas com mecanismos de controle, supervisão e funcionamento do sistema jurisdicional de proteção aos direitos substantivos.

Em seus 16 Protocolos, a Convenção Europeia de Direitos Humanos alargou consideravelmente seu rol normativo originário. Dentre eles, pode-se citar: o direito de propriedade (Protocolo nº 1), o direito à educação (Protocolo nº 2); proibição da prisão civil por dívidas e a liberdade de circulação (Protocolo nº 4); a abolição da pena de morte em tempo de paz (Protocolo nº 6); a garantia ao duplo grau de jurisdição em matéria criminal e o direito à igualdade entre os cônjuges (Protocolo nº 7); o direito à não discriminação (Protocolo nº 12) e a abolição da pena de morte em tempo de guerra (Protocolo nº 13)³⁰.

Nesse contexto de evolução, em 1965 entra em vigor a Carta Social Europeia, com a intenção de que fossem implementados, progressivamente, os direitos econômicos, sociais e culturais, bem como uma sistemática de supervisão realizada por intermédio da elaboração de relatórios periódicos, pelos Estados-parte, que seriam, doravante, encaminhados para a apreciação de um Comitê Europeu de Direitos Sociais, a quem cabia averiguar os avanços alcançados³¹.

²⁹ PIOVESAN, F. **Direitos humanos e justiça internacional**, São Paulo: Editora Saraiva: 2019, p. 130.

³⁰ DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *op cit.*

³¹ PIOVESAN, F. **Direitos humanos e justiça internacional**, São Paulo: Editora Saraiva: 2019, p. 131.

Porém, com praticamente 70 anos de vigência da CEDH, dentre os incrementos efetivados para adequação ao contexto extremamente dinâmico do continente europeu, alguns Protocolos podem ser citados como verdadeiros marcos históricos para o próprio funcionamento do sistema regional de proteção aos direitos humanos. São eles: os Protocolos de nº 11 e 14.

2.2.1.1 Protocolo de nº 11

O protocolo de nº 11, que entrou em vigor no ano de 1998, gerou uma verdadeira revolução na forma como o sistema regional europeu de proteção aos direitos humanos funciona, ao substituir os regramentos dispostos nos Protocolos de nº 2 (no que concerne à jurisdição consultiva da Corte Europeia de Direitos Humanos), 3, 5, 8, 9 e 10, e extinguir a Comissão Europeia de Direitos Humanos³².

Ocasionou, assim, uma significativa modificação no procedimento de julgamento internacional dos Estados signatários da Convenção Europeia de Direitos Humanos, gerada pela fusão entre os órgãos – Comissão e Corte – a fim de criar uma Corte Europeia, de caráter permanente, que passou a ser composta por 39 juízes (hoje são 47), dentre eles, os comissários da extinta câmara³³.

A substancial alteração foi prevista logo no artigo 1º do Protocolo, que, com a revogação integral de dois Títulos da Convenção³⁴, extinguiu algumas cláusulas (artigos 25 e 46) de caráter facultativo que atribuíam o direito de petição perante a Comissão Europeia de Direitos Humanos, e a competência jurisdicional da Corte para apreciar os casos que lhe eram submetidos.

Passaram a vigorar, então, três cláusulas obrigatórias que remodelaram o sistema jurisdicional: os artigos 33 e 34, que estabeleceram o direito de petição de qualquer Alta Parte Contratante, pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se

³² A derrocada da Comissão e do procedimento bifásico europeu ocorre após a queda do Muro de Berlim, com o ingresso de novos membros da Europa do Leste no Conselho da Europa (dentre eles a própria Rússia), o que culminou num desejo dos Estados capitalistas de estipular os indivíduos a questionarem o “entulho autoritário” do antigo bloco comunista. (RAMOS, *op. cit.*, p. 176)

³³ *Idem*, p. 172.

³⁴ Artigo 1.º O texto actual dos títulos II a IV da Convenção (artigos 19.º a 56.º) e o Protocolo n.º 2, que atribui ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a competência para emitir pareceres, são substituídos pelo seguinte título II da Convenção (artigos 19.º a 51.º). (**Protocolo nº 14** à CEDH. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/rar21-1997.pdf>)

considere vítima de violação, e o artigo 32, que atribuiu a competência exclusiva do Tribunal às questões relativas à interpretação e aplicação da Convenção e seus protocolos.

Nada obstante, para Comparato, muito embora se tenha gerado uma verdadeira democratização do acesso ao sistema jurisdicional regional de proteção aos direitos humanos, a ausência de um órgão intermediário (como era o caso da Comissão Europeia de Direitos Humanos) culminou na sobrecarga da Corte EDH (a despeito dos inúmeros requisitos para a aceitação de uma denúncia), que se viu sem condições de desempenhar suas atribuições a contento, em tempo razoável³⁵.

Por outro lado, a sobrecarga do Tribunal Europeu de Direitos Humanos - como consequência da fusão dos órgãos jurisdicional e consultivo do Conselho da Europa – é um preço razoável a se pagar pelos benefícios trazidos pelas mudanças geradas pelo Protocolo 11.

Esse contraponto é bem exposto por Ramos, ao ponderar que o sistema bifásico era demasiadamente lento e desestimulante, o que se demonstra por uma breve comparação entre o número de julgamentos proferidos pela CEDH até o ano de 1998 (837 casos dos 45 mil submetidos à Comissão) e doravante, quando houve um crescimento exponencial de julgados: em aproximadamente 10 anos, o Tribunal comemorou a marca de 10.000 julgamentos³⁶.

Alastair Mowbray fez comparação semelhante: entre novembro de 1998 (criação do Protocolo de nº 11) e dezembro de 2000, a Corte proferiu 838 decisões. Quantidade superior àquela proferida pela Corte predecessora, em 39 anos de existência (837 decisões). Em dezembro de 2012, se estimava uma média de 50.000 novos casos que eram submetidos por ano à Corte Europeia³⁷.

Não significa, no entanto, que a garantia de acesso direto dos indivíduos ao Tribunal culmina, necessariamente, no proferimento de um julgamento, isso porque, em estudo feito pela própria Corte EDH, em 2016, foram-lhe apresentadas um total de 38.505 denúncias, das quais 82% foram declaradas inadmissíveis e só 5% foram julgadas. As razões para a rejeição das denúncias, por sua vez, eram das mais variadas: manifestamente mal fundadas; não exaurimento dos remédios internos; propostas após o prazo preclusivo previsto pela Convenção; o entendimento da CEDH de que não atua como uma corte de apelação dos Tribunais domésticos; e por incompatibilidade com as previsões da Convenção e seus protocolos³⁸.

³⁵ COMPARATO, *op. cit.*, p. 277.

³⁶ RAMOS, *op. cit.*, p. 178.

³⁷ PIOVESAN apud MOWBRAY, 2019, *op. cit.*, p. 138.

³⁸ Estudo disponível em: <http://app.echr.coe.int/CheckList/?cookieCheck=true>.

2.2.1.2 Protocolo de nº 14

No mesmo contexto de significativas adições à CEDH (e para contornar o congestionamento de demandas da Corte), o Protocolo nº 14 (entra em vigor no ano de 2010) previu duas inovações principais, que alteram a forma de processamento das denúncias no âmbito da Corte EDH, cujo objetivo não era outro senão permitir que o Tribunal concentrasse esforços em casos que se verifiquem uma grave violação de direitos. A primeira é a introdução da figura do juiz singular, que tem o poder de indeferir sumariamente as demandas, sem que seja garantido o direito de recurso à vítima; a segunda inovação consistiu na inserção de novos fundamentos de indeferimento sumário³⁹.

Para além da alteração no processamento das demandas no âmbito da Corte, o Protocolo nº 14 se mostra como um dos marcos do reconhecimento da necessidade de se chegar a um nível superior de proteção aos direitos humanos, quando, em seu artigo 17, prevê a inserção do item 2 ao artigo 59 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, com o seguinte texto: “A União Europeia poderá aderir à presente Convenção”⁴⁰.

Nada obstante, muito embora signifique um passo para garantir uma nova camada de proteção aos direitos humanos no continente, a adesão da União Europeia à CEDH, na qualidade de signatária, é cercada de complexidade e controvérsias, na medida em que há dissenso interno (entre suas instituições) acerca da compatibilidade da obrigação (de adesão) contida no Protocolo 14 e no Tratado de Lisboa.

Assim, é de extrema relevância que se traga a evolução do sistema de proteção aos DH no âmbito da UE, que foi idealizado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) – atualmente, com a entrada em vigor do Tratado de Maastricht (1992), Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) – por intermédio de sua jurisprudência, na falta de dispositivos comunitários que tratassem do tema. É o que se pretende mostrar a partir de agora.

2.3 O sistema comunitário europeu de proteção dos direitos humanos

³⁹ RAMOS, *op. cit.*, p. 184.

⁴⁰ Protocolo nº 14 à CEDH. Disponível em <https://dre.pt/application/dir/pdf1s/2006/02/037A00/13461355.pdf>.

Em sentido diverso àquele que deu origem ao Conselho da Europa (muito embora em contexto idêntico), a criação das Comunidades Europeias⁴¹ ocorreu como fruto de aspirações de natureza integrativa, econômica e política, como forma de garantir paz no continente⁴².

Foi em observação aos seus objetivos principais que as Comunidades Europeias, a princípio, não fizeram qualquer alusão aos direitos humanos, salvo, segundo Deitos⁴³, algumas previsões inerentes à sua própria finalidade, no âmbito do Tratado de Roma, especialmente no que concerne à proibição de discriminação em relação à nacionalidade, igualdade de remuneração entre homens e mulheres e a livre circulação.

Para Andrew Clapham⁴⁴, era um momento paradoxal, em que as Comunidades eram munidas de direitos sem responsabilidades, ao se considerar que possuíam o direito de demandar aos Estados-parte que aderissem aos regramentos por elas impostos, sem a obrigação de implementá-las de modo a salvaguardar os direitos fundamentais, o que era relegado aos maquinários de proteção nacional e internacional.

Foi nesse contexto que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, instituído pelo Tratado de Paris de 1951, passou a exercer papel fundamental para o processo de integração europeu, conferindo força constitucional à legislação da comunidade e estimulando o desenvolvimento de novas políticas⁴⁵

A atuação do Tribunal de Justiça como instituição que busca salvaguardar os direitos fundamentais – no momento de avaliação de validade do direito comunitário - pode ser dividida em três fases, segundo Cátia Martins Duarte⁴⁶: 1) num primeiro momento, houve a total recusa de levar em consideração os direitos fundamentais consagrados nas constituições

⁴¹ A Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), criada por intermédio do Tratado de Paris de 1951, e, posteriormente, a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia de Energia Atômica (Euratom), foram criadas com a proclamação do Tratado de Roma de 1957.

⁴² MARTINS DUARTE, Cátia Sofia. **Contra quem formular uma queixa perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem depois da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem?**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2012.

⁴³ DEITOS, M. A adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 7, n. 24, p. 113-133, 30 set. 2013.

⁴⁴ CLAPHAM, Andrew. **Human Rights and the European Community: a critical overview in European Union, The Human Rights Challenge**, vol. 1, Baden-Baden: Nomos, 1991. p. 17.

⁴⁵ COSTA, Olivier. **A União Europeia e sua política exterior (história, instituições e processo de tomada de decisão)**. Fundação Alexandre de Gusmão, 2017, 978-85-7631-667-1. ffhalshs-01590474fA. p. 115.

⁴⁶ MARTINS DUARTE, Cátia Sofia. **Contra quem formular uma queixa perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem depois da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem?**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2012.

dos Estados-parte como parâmetros a serem observados⁴⁷; 2) posteriormente, abandona essa posição rígida para dar espaço às tradições constitucionais dos Estados-parte, por entender que as normas que consagravam os direitos fundamentais não se poderiam submeter à primazia do ordenamento jurídico comunitário; 3) por fim, em um último momento, o Tribunal de Justiça passa a utilizar como paradigma, em suas decisões, instrumentos internacionais de proteção aos direitos fundamentais, caso da CEDH.

O desinteresse inicial do TJCE em ceder espaço para a característica vinculadora dos direitos fundamentais se dava pela imposição do primado das normas comunitárias como forma de eliminar quaisquer exceções que o pudessem relativizar, ainda que derivassem de preceitos constitucionais do Estados-parte, culminando no não reconhecimento daquelas garantias na apreciação de validade dos atos comunitários:

Colocado perante o dilema de ceder sobre a questão do primado para abrir espaço à vinculatividade dos Direitos Fundamentais ou de não abdicar da natureza incondicional e absoluta da exigência do primado, o Tribunal de Justiça escolheu a via do que temos designado por agnosticismo valorativo – por mais relevantes que fossem os Direitos Fundamentais na sua fenomenologia constitucional ou internacional, o Juiz comunitário não os reconhecia como parâmetro de apreciação da validade dos actos comunitários.⁴⁸

A fase inicial se caracterizava pela preocupação do TJCE de não abrir qualquer brecha ou relativização à imposição do primado e do efeito direto da norma comunitária, culminando no problema da exigência de sua aplicação em detrimento do ordenamento jurídico interno (ainda que conflitante), de modo a afetar o indivíduo enquanto titular de direitos devidamente reconhecidos pela Constituição nacional e pelas convenções internacionais aplicáveis⁴⁹.

Esse entendimento não passou despercebido, no entanto. Tribunais Constitucionais de países como Alemanha e Itália - em confronto à rígida atuação do TJCE que impunha, sem qualquer exceção, a primazia do direito comunitário – em decisões emblemáticas que declararam a inconstitucionalidade das normas das Comunidades, passaram a vincular a sua

⁴⁷ Para Russowsky (em A Relação entre Direito Comunitário e Direito Internacional Regional – A Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos.) nesse momento, limitava-se o TJCE a proferir decisões que implementavam a liberdade de mercado e de concorrência.

⁴⁸ DUARTE, Maria Luisa. O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem: uma defesa do “triângulo judicial europeu”. In: **ESTUDO em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques**. Disponível em: https://hip.lisboa.ucp.pt/edocs/cde/2005_10694.pdf. Acesso em 21 Jul 2021. p. 9.

⁴⁹ *Idem*, p. 8-9.

implementação à criação de mecanismos, por parte do TJCE, que respeitassem os direitos fundamentais consagrados no âmbito das Constituições domésticas⁵⁰.

Foi de forma paulatina e cadenciada que o Tribunal de Justiça foi lançando aos direitos fundamentais já consagrados no ordenamento jurídico doméstico dos Estados-membros, no momento de implementação das normas comunitárias, o que ocorreu por intermédio de diversas decisões por ele proferidas ao longo dos anos⁵¹.

Como exemplo, cita-se o acórdão proferido no caso *Stauder*, de 1969, que marcou a passagem da fase “agnóstica” ao momento de “comunitarização” dos direitos fundamentais⁵², pelo Tribunal, que evocou a desnecessidade de análise do modo de violação do direito, reconhecendo que a observação aos direitos fundamentais passa a fazer parte dos princípios gerais do ordenamento jurídico comunitário⁵³.

Mais adiante, o acórdão no caso *Internationale Handelsgesellschaft*, de dezembro de 1970, a salvaguarda dos direitos humanos perpassaria à qualidade de princípio geral do direito comunitário a ser buscado nas tradições constitucionais dos Estados-parte⁵⁴.

Mais adiante, no caso *Nold II*, de 1974, a jurisprudência comunitária vai além, de modo a, também, reconhecer as convenções internacionais que versam sobre a salvaguarda aos direitos humanos como parte integrante do direito das Comunidades, criando o critério da “adequação funcional” para aplicação da norma naquele âmbito⁵⁵.

A solução encontrada, portanto, veio como uma forma de conciliar a agenda protetiva dos direitos fundamentais do Conselho da Europa à ausência de um rol de direitos pré-definido pelas normas das Comunidades, tornando-se clara a insustentabilidade da posição inicial do Tribunal de Justiça, que partiu, por meio de sua jurisprudência, para um momento de salvaguarda dos direitos fundamentais já consagrados nas tradições constitucionais domésticas dos Estados-parte e no Direito Internacional dos Direitos Humanos, em especial, na Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais⁵⁶.

⁵⁰ RUSSOWSKY, *op. cit.*

⁵¹ GUERRA, *op. cit.*, p. 175

⁵² DUARTE, *op. cit.* p. 10.

⁵³ GUERRA, *op. cit.*, p. 175.

⁵⁴ DEITOS, *op. cit.*

⁵⁵ DUARTE, *op. cit.*, p. 11-12.

⁵⁶ MARTINS, Ana Maria Guerra. *Constitucionalismo Europeu e direitos fundamentais após o Tratado de Lisboa. Instituto de Ciência Jurídico-Políticas*, v. 14, 2013. Também sobre o assunto, o acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-260/98, datado de 18 de junho de 1991, reconheceu que a “Convenção Europeia de Direitos do Humanos reveste-se, a este respeito, de um significado particular”, significando dizer que “não podem ser

Nada obstante, o cenário que se desenhava gerava certa insegurança jurídica às decisões do TJ, na medida em que o exercício de sua função jurisdicional (no que concerne à proteção dos direitos inerentes à dignidade humana) não se baseava em regramentos positivados, mas sim na internalização das tradições constitucionais dos Estados-parte e dos preceitos contidos na CEDH.

2.3.1 Os instrumentos comunitários para salvaguarda dos direitos humanos

Dessa forma, um longo caminho foi percorrido a fim de garantir, no âmbito das Comunidades, a previsão de normas que reconhecessem e implementassem, a proteção dos direitos já consagrados na CEDH, de modo que ao Tribunal de Justiça foi possibilitada a ampliação de sua competência a partir de dispositivos que foram incluídos no Tratado da União Europeia⁵⁷.

É o caso do Ato Único Europeu de 1986, que passa a entender que a promoção dos objetivos das Comunidades se daria com base nos direitos fundamentais devidamente reconhecidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos⁵⁸, figurando como uma “*fórmula genérica de declaração de direitos*”⁵⁹.

Posteriormente, com o Tratado de Maastricht de 1992, constitui-se a União Europeia, e se procede com a inclusão do art. F, §2º, das Disposições Comuns dos Tratados, que previa o respeito aos “direitos fundamentais” tal como os garantem a CEDH e as “tradições comuns aos Estados-membros”, reconhecendo-os como princípios gerais do direito comunitário:

A partir dos anos noventa do século passado, a questão dos direitos fundamentais alojou-se definitivamente no centro nevrálgico de controle do presente e do futuro da União Europeia. A questão adquiriu esta importância por razões que, por um lado, são próprias ao processo singular de aprofundamento da integração política e jurídica no quadro da União Europeia, por outro lado, são ditadas por concepções hodiernas a respeito da relação entre o poder político e as pessoas, cujas repercussões extravasam o

admitidas na Comunidade medidas incompatíveis com o respeito dos direitos do homem reconhecidos e garantidos por esta forma”.

⁵⁷ GUERRA, *op. cit.*, p. 174.

⁵⁸ Em seu preâmbulo determinava que os Estados-parte se comprometiam a trabalharem juntos para promover a democracia, com base nos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e legislações dos Estados-membros, na Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais e na Carta Social Europeia.

⁵⁹ DUARTE, *op. cit.*, p. 7.

âmbito tradicional da atuação unilateral e interna do Estado e se fazem sentir, com crescente acuidade, no plano transnacional⁶⁰.

O Tratado de Amsterdam de 1997, por sua vez, incorpora a Carta Social Europeia⁶¹, configurando-se como um salto considerável no combate à discriminação de “*raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência e orientação sexual*”, “*na medida em que conferia à Comunidade poderes para adotar ações de combate*” em novas áreas⁶².

Esse árduo caminho desaguou na redação da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), com texto que foi aprovado em 2000 e, posteriormente, foi considerado como vinculativo, quando da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 2009.

Assinada em Nice, a Carta é, provavelmente, o texto mais ambicioso que trata da salvaguarda de direitos fundamentais do âmbito europeu, ao passo que reúne toda sorte de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais previstos, separadamente, nas legislações nacionais, convenções internacionais do Conselho da Europa, das Nações Unidas e Organização Internacional do Trabalho⁶³. Serve, então, como um primeiro passo para desenvolver, com profundidade, a proteção àqueles direitos e conferir maior legitimidade à jurisprudência do Tribunal de Justiça⁶⁴.

Apesar de não proclamar novos direitos, incorpora, no âmbito comunitário, os direitos humanos clássicos previstos na CEDH, porém, com um lastro de aplicação consideravelmente maior, reafirmando direitos e princípios que decorrem das tradições constitucionais e obrigações dos Estados-parte, assim como estabelecidos nos Tratados constitutivos e idealizado ao longo do tempo pela jurisprudência da UE⁶⁵.

Em um primeiro momento, a Convenção que elaborou a CDFUE tinha o objetivo de lhe conferir efeito vinculativo, de modo a ser inserida no Tratado da União Europeia, o que, de logo, se viu ser impossível, ante a baixa adesão e o pouco consenso dos Estados-parte nesse sentido, o que, por outro lado, não impediu que suas normas fossem invocadas por inúmeros

⁶⁰ GUERRA (apud DUARTE), *op. cit.*, p. 175.

⁶¹ Instrumento que introduziu os direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito do Conselho Europeu e, apesar de não se equiparar à CEDH, tinha a finalidade de aperfeiçoar os sistemas domésticos de proteção aos direitos humanos.

⁶² GUERRA, *op. cit.*, p. 176.

⁶³ GUERRA, *op. cit.*, p. 178.

⁶⁴ ANTUNES, Carla Patrícia Formiga. **É possível desatar o nó? Como articular os mecanismos do reenvio prejudicial e do Protocolo n.º 16 de modo a permitir a adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos**. 2018. Dissertação. Mestrado em Direito Internacional e Europeu da Universidade Nova. p. 11.

⁶⁵ ALVES, Dora Resende. **Referências à evolução dos textos de protecção dos direitos fundamentais no direito da União Europeia**. Instituto Politécnico do Porto. IJP - Artigos em Revistas Nacionais / Papers in National Journals, 2014.

atores internacionais, a exemplo da Comissão, dos Advogados-Gerais do Tribunal de Justiça, do Tribunal de Primeira Instância⁶⁶ e pelo próprio Tribunal de Justiça, em tempos mais recentes⁶⁷.

Assim, ao juiz não cabia invocar a Carta como instrumento autônomo, mas sim utilizar suas disposições como *fonte complementar* dos direitos que já eram reconhecidos e recebidos pelo ordenamento jurídico comunitário, de sorte que seriam um instrumento de socorro e uma *diretriz de interpretação* das normas comunitárias e nacionais⁶⁸.

Ao se considerar que no território da União Europeia existem três sistemas de proteção aos direitos humanos⁶⁹, a fim de garantir o acesso às instâncias comunitárias e conferir segurança jurídica às decisões que ali seriam proferidas, viu-se a necessidade de reger, por intermédio do artigo 52º, nº 3, da Carta, o modo de relação dos sistemas entre si. No que concerne à coincidência de direitos entre a CDFUE e a CEDH, acaso o primeiro instrumento possua lastro de proteção maior, será sempre ele aplicado no âmbito comunitário⁷⁰.

Ao Tribunal de Justiça, por sua vez, confirma-se o papel central que sempre exerceu na proteção aos direitos fundamentais, bem como a criação de um espaço constitucional europeu, gerado pela autonomia de interpretação dos preceitos da Carta, de forma concomitante à Convenção Europeia de Direitos Humanos⁷¹.

Percebe-se, portanto, o compromisso assumido pela União Europeia na proteção aos direitos fundamentais, como um dos pilares do ordenamento jurídico comunitário, de modo que a aplicação das normas sancionadas em seu âmbito, agora, no momento de sua implementação passaria por um crivo de adequabilidade e fiscalização que tinha como parâmetro dispositivos positivados nos Tratados constitutivos, bem como amparados nas diretrizes fixadas na CDFUE.

Com o Tratado de Lisboa de 2007 a Carta ganhou caráter vinculativo, ao passo que a Comissão, o Conselho, o Parlamento e os Estados-parte assumem o compromisso de garantir a salvaguarda dos valores e princípios insculpidos no documento. A partir desse momento,

⁶⁶ No futuro, veio a ser rebatizado pelo Tratado de Lisboa, passando a ser chamado de Tribunal Geral.

⁶⁷ MARTINS, *op. cit.*

⁶⁸ DUARTE, *op. cit.*, p. 20.

⁶⁹ Nomeadamente, aquele no âmbito do Conselho da Europa e regido pela CEDH, o sistema da própria UE, que possui como norma regente a própria Carta de Direitos Fundamentais, e, por último, aquele previsto nas constituições dos Estados-parte.

⁷⁰ MARTINS, *op. cit.*

⁷¹ ALVES, *op. cit.*

portanto, as instituições comunitárias, passam a poder aplicar a Carta em suas atividades⁷².

Dentre as implementações trazidas pelo Tratado de Lisboa – para além da consolidação de carácter vinculativo à CDFU - convergindo com a intenção proclamada no Protocolo nº 11 à CEDH, previu-se a adesão da União Europeia àquela Convenção (ainda não concretizada), o que, em que pese a elevação da proteção dos direitos inerentes à dignidade humana a um degrau jamais alcançado por qualquer outro sistema regional, trouxe alguns questionamentos no que concerne à possibilidade e a viabilidade da obrigação assumida pela UE. É o que será discutido mais adiante.

2.4 O Tratado de Lisboa e a adesão da União Europeia à CEDH

Assinado em 13 de dezembro de 2007, com vigência iniciada no ano de 2009, o Tratado de Lisboa (TL) se inseriu num contexto de consolidação de direitos fundamentais no âmbito comunitário, seguindo um caminho já pavimentado pela União Europeia⁷³, não somente pelos Tratados anteriores, mas, também, pela própria jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Em boa verdade, ao alçar à CDFUE à condição equânime aos Tratados da UE⁷⁴, o TL implica na constitucionalização da União, ainda que se afigure como ente não estatal. Assim, seguindo o primeiro parecer negativo do TJUE – confeccionado no ano de 1996 (parecer 2/94) – pela segunda vez, os Estados-parte buscam operacionalizar e possibilitar a adesão da UE à CEDH, como ente dotado de personalidade jurídica.

Essa é a previsão do art. 6º, nº 2, do TL, cujo objetivo não é outro senão o de fazer se cruzarem os caminhos apartados que seguem os três sistemas jurisdicionais⁷⁵ para proteção aos direitos fundamentais existentes no velho continente (no âmbito doméstico, internacional regional – Conselho da Europa – e da União Europeia). Tratam-se, a rigor, segundo Fátima Pacheco⁷⁶, de duas Europas em uma só, que “*são unidas pelos valores, mas separadas institucionalmente*”.

⁷² TAPADAS, Gonçalo Miguel Sousa. **O tratado de Lisboa no projecto de construção europeia**. 2011. Dissertação. Mestrado em Ciência Política e Relações Internacionais, Universidade Nova de Lisboa. p. 93-94.

⁷³ MARTINS, *op. cit.*

⁷⁴ A disposição se encontra no artigo 6º, nº 1, do Tratado de Lisboa.

⁷⁵ Nos mesmos moldes, Maria Luísa Duarte (2004) defende a existência de um “triângulo judicial europeu” (termo alçado pela autora), representado pelas três possíveis instâncias judiciais que podem ser acessadas pelo indivíduo, quando da violação de um direito fundamental: o tribunal nacional (qualquer tribunal de um Estado-parte da União Europeia), o tribunal comunitário (TJUE) e o tribunal europeu (TEDH).

⁷⁶ PACHECO, Fátima. Em nome da autonomia da União: algumas considerações sobre um parecer polémico. **Debater a Europa**, n. 16, p. 57-87, 2017.

O objetivo, então, era o de assegurar os avanços alcançados pelos Tratados prévios com o compromisso da adesão formal da UE à CEDH. Caso contrário, implicar-se-ia em eventual impossibilidade de submissão das normas comunitárias ao controle externo do TEDH, à luz das normas convencionais adotadas pelo sistema regional de proteção aos direitos fundamentais, o que, inclusive, contribuía para o risco de eventual conflito jurisprudencial entre ambos os Tribunais⁷⁷.

Nesse mesmo sentido, Maria Luísa Duarte⁷⁸ há muito já entendia que essa incerteza jurídica se afigurava como nefasta, eis que se encontravam em jogo a segurança dos direitos e liberdades fundamentais. Para a autora, essa situação somente foi superada quando da aprovação de um catálogo próprio de normas, consubstanciado na CDFUE, e somente seria concretizada com uma adesão formal da União à CEDH.

Isso pois a CEDH é utilizada como paradigma pelo TJUE⁷⁹ e no próprio TEDH, de forma que denúncias que tratem da violação de direitos fundamentais quando da implementação de norma comunitária poderiam ser propostas perante ambos os sistemas (regional e comunitário), gerando decisões conflitantes entre si⁸⁰.

A ponderação guia para uma segunda problemática: o fato de o TJUE ser preterido para analisar as denúncias de violação de direitos fundamentais pelas normas comunitárias. É o que assevera André de Carvalho Ramos⁸¹:

Essa adesão colocará um ponto final em uma batalha histórica, na qual particulares processaram perante a Corte EDH vários Estados da União Europeia por violação de direitos humanos ocasionada por ato do Direito da Integração Europeia, em claro desprestígio do Tribunal de Justiça da própria União Europeia.

Enquanto membro da UE, existe a possibilidade de o Estado-parte (leve-se em consideração que todos os membros da União são, também, signatários da CEDH) ser demandado diretamente perante o próprio TEDH, desde que observados todos os requisitos de admissibilidade previstos na CEDH, sem que haja a necessidade de um primeiro crivo de adequação da norma comunitária pelo TJUE, instituição que, em tese, foi criada para esse desiderato.

⁷⁷ MARTINS DUARTE, *op. cit.*

⁷⁸ *Op. cit.* p. 17.

⁷⁹ Muito embora, atualmente, a CDFUE possua um lastro de alcance maior do que o da CEDH, é notória sua inspiração nesse documento.

⁸⁰ MARTINS DUARTE, *op. cit.*

⁸¹ RAMOS, *op. cit.*, p. 206. No mesmo sentido, Sidney Guerra (v. Curso de Direitos Humanos, 2020, p. 176).

Para Ramos⁸², ao se deparar com situações dessa natureza, o TEDH vinha praticando a autocontenção, muito embora no caso *Matthews* tenha afirmado que não aceitaria que um Estado descumprisse a CEDH sob a justificativa de que mencionado descumprimento se dava como consequência dos processos de integração e transferência de soberania.

Apesar de a aplicação da Convenção por ambos os Tribunais ter possibilitado uma relação harmoniosa e a criação de diálogo informal ter culminado, inclusive, na utilização da jurisprudência um do outro, a submissão à dupla jurisdição visa: 1) de um lado, garantir um grau de proteção ainda mais elevado dos cidadãos da UE, eis que sua legitimidade para impugnar ato do direito comunitário que viole os direitos fundamentais previstos na Carta é limitada pelos Tratados ao mecanismo do recurso de anulação; e 2) de outro, busca atribuir responsabilidade à União por tais atos violadores, cabendo-lhe proceder com a devida reparação⁸³.

A jurisprudência do TEDH, em alguns casos, já havia apresentado uma delimitação dos casos em que os Estados-parte poderiam ser demandados por violações à CEDH, isto é, tão somente quando o tal descumprimento decorresse de medidas internas por eles adotadas, de sorte que eventual atuação da UE não poderia ser submetida à fiscalização da Corte de Estrasburgo, e, via de consequência, também os Estados-parte⁸⁴.

Deriva daí a justificativa para a criação do “*co-respondent mechanism*” (mecanismo do corresponsável ou co-demandado), previsto no artigo 3º do Projeto de Acordo de Adesão, onde se previu que a União e os Estados-parte se tornariam corresponsáveis, ainda que eventual denúncia de descumprimento de um dos direitos do rol contido na CEDH fosse movida somente contra um deles, perante o TEDH.

A atribuição da corresponsabilidade deveria ser realizada pelo próprio TEDH, por intermédio de um convite à uma das Altas Partes Contratantes (no caso, Estado-parte ou a UE) a se tornar corresponsável, ou mesmo aceitando um pedido veiculado pelo denunciante. Acaso fosse deferida ou aceita a corresponsabilidade, o reconhecimento de violação à CEDH e suas consequências seriam atribuídas ao responsável e ao corresponsável⁸⁵.

A atribuição da corresponsabilidade deveria ser realizada pelo próprio TEDH, por intermédio de um convite à uma das Altas Partes Contratantes (no caso, Estado-parte ou a UE)

⁸² *Idem*, p. 206.

⁸³ ANTUNES, *op. cit.*, p. 15-18.

⁸⁴ MARTINS DUARTE, *op. cit.*

⁸⁵ ANTUNES, *op. cit.*, p. 31-32.

a se tornar corresponsável, ou mesmo aceitando um pedido veiculado pelo denunciante. Acaso fosse deferida ou aceita a corresponsabilidade, o reconhecimento de violação à CEDH e suas consequências seriam atribuídas ao responsável e ao corresponsável⁸⁶.

Apesar da busca de adequabilidade da revisão de atos e decisões proferidas no âmbito comunitário pelo TEDH, inúmeros foram os apontamentos realizados pelo TJUE, no parecer 2/13, que justificaram a impossibilidade da concretização da adesão da UE à CEDH, assim entendida pela incompatibilidade do Projeto de Acordo de Adesão com o ordenamento jurídico comunitário.

2.4.1 A difícil questão da adesão e o parecer nº 2/13 do TJUE

Ainda existem questionamentos acerca da viabilidade da superação de barreiras institucionais e técnicas que revestem a adesão da EU à Convenção⁸⁷. Algumas delas se referem ao próprio alcance da CEDH, que se limita aos direitos civis e políticos, enquanto a CDFUE abrange as três dimensões de direitos, outras, referem-se à necessidade de esgotamento de todas as vias jurisdicionais internas (dos Estados signatários) e, posteriormente, no âmbito da própria União, o que dificultaria em demasia o próprio acesso ao TEDH⁸⁸.

Acompanha a problemática o fato de que a adesão de uma Organização Internacional a um sofisticado aparelho de proteção aos direitos humanos, consubstanciado no sistema regional europeu, encabeçado pela CEDH, se mostra deveras trabalhosa, de modo que se revestiu de inúmeras e complexas negociações que tinham como fito o de garantir que a submissão do TJUE ao controle externo do TEDH resguardasse a autonomia do ordenamento jurídico comunitário⁸⁹, e culminaram na criação de um projeto de adesão da UE à CEDH.

Em que pesem as minúcias contidas no projeto de adesão terem buscado, cuidadosa e ordenadamente a mudança de alguns regramentos contidos na CEDH com a finalidade de adequar o sistema jurisdicional regional europeu para que, assim, fosse compatibilizado com o ordenamento jurídico comunitário e a atribuição de competências prefixadas no âmbito da União, eis que o Tribunal de Justiça, ao ser consultado pela Comissão Europeia acerca das disposições contidas no projeto, manifestou-se, por intermédio do parecer nº 2/13, de 18 de

⁸⁶ *Idem*, p. 31-32.

⁸⁷ MARTINS, *op. cit.*

⁸⁸ MARTINS apud FAUSTO DE QUADROS, *op. cit.*

⁸⁹ MARTINS DUARTE, *op. cit.*

dezembro de 2014, de forma a entendê-lo como incompatível, ao menos nos moldes que lhe foram apresentados.

Nomeadamente, o entendimento acerca da existência da possibilidade de lesão de algumas características arraigadas à União acerca da forma de interpretação dos direitos fundamentais (sua jurisprudência, construída através dos anos, em um ambiente cujo primado garante o processo de integração entre os Estados-parte) – à luz da Carta de Direitos Fundamentais, de interferência nas competências pré-definidas no direito comunitário e a submissão da União (leia-se, do próprio TJUE) e de seu sistema de contencioso ao crivo do TEDH fizeram com que o Tribunal de Justiça, uma vez mais, respondesse com um “não” à adesão da UE à CEDH. Ou, pelo menos, nas palavras de Fátima Pacheco⁹⁰, com “*um assim não*”.

À luz do que se expôs nas considerações introdutórias do parecer, percebe-se como notória a preocupação do TJUE de ressaltar, em demasia, por vezes, a necessidade de preservação das características e competências próprias da União, o que trilhou o entendimento adotado acerca da incompatibilidade do Projeto de Acordo com as normas comunitárias.

No primeiro aspecto de análise do TJUE, a validade de um acordo internacional somente poderia vincular a União acaso a autonomia de sua ordem jurídica não fosse prejudicada. No entanto, quando a UE (e suas instituições) aderir à CEDH, automaticamente se equipararia a qualquer das Altas Partes Contratantes, estando sujeita a uma fiscalização externa do TEDH no que concerne à observação aos direitos e liberdades fundamentais, em especial às suas decisões e acórdãos, que, por sua vez, possuem caráter vinculativo.

Então, caberia ao TJUE, forçadamente, em seu âmbito de atuação, aplicar a interpretação dos direitos fundamentais contidos na CEDH em conformidade com o entendimento adotado pelo TEDH. Como a situação inversa não poderia ser efetuada, notadamente no momento do exercício de interpretação dada pelo TJUE à Carta, a vinculação ao TEDH implicaria em uma interpretação daquele instrumento em conformidade com a compreensão da Corte de Estrasburgo, rompendo com a própria competência arraigada à Corte de Luxemburgo, no que concerne à unificação da jurisprudência no âmbito da União

Com esse raciocínio, em um segundo aspecto de análise, nos parágrafos 189 e 190, em observação ao que dispõe o artigo 53 da CEDH, que preveem a possibilidade de normas domésticas que podem ser proclamadas com o fito de conferir um alcance superior ao da

⁹⁰ *Op. cit.*

Convenção, abrem-se as portas para que os Estados-parte da União Europeia assim procedam em relação à CDFUE, cujo conteúdo é afirmado hodiernamente pela jurisprudência do TJUE.

Com efeito, a inexistência de um mecanismo que seja capaz de limitar a atuação dos Estados-parte, a fim de que não idealizassem, em seu ordenamento jurídico, direitos que alargassem o lastro de aplicação da CEDH contou muito para a opinião formulada pelo TJUE, no sentido da incompatibilidade do art. 53 da CEDH com as normas comunitárias. Isso porque, em cenário semelhante, poderia ocorrer uma ruptura com as previsões contidas na Carta, com o primado do direito comunitário e, talvez, um comprometimento com a unidade do direito da União, que é garantido pelo Tribunal de Justiça.

Sobre o assunto, Fátima Pacheco ressalta as diferenças contidas entre os sistemas jurisdicionais previstos nos Tratados da UE e na CEDH:

[...] não estando o sistema da União arquitetado com base no esgotamento das vias internas o princípio da cooperação a estabelecer entre os tribunais nacionais assume uma importância fulcral. Pelo que, havendo adesão, tornar-se-ia necessário adequar aquele requisito às especificidades do funcionamento da União, sob pena de se criar um requisito adicional de acesso ao TEDH. Os Tratados instituíram um sistema jurisdicional completo que tem por objectivo assegurar a unidade de interpretação do direito da União que o TJUE tem por obrigação preservar. Trata-se, portanto, de conciliar e articular modelos de funcionamento e atribuições institucionais e jurisdicionais muito distintas⁹¹.

Sob um terceiro aspecto de análise, o TJUE entendeu como incompatível o mecanismo do corresponsável no âmbito do TEDH, sobre o qual se ressaltou que, muito embora a Corte receba um pedido⁹² com base em argumentos bastantes que justifiquem a inclusão da União como co-demandada pela violação de eventual direito fundamental posto na CEDH, a decisão acerca da aceitação, ou não, daquele pedido, implicaria na apreciação, pelo TEDH, das normas de direito da UE, notadamente no que concerne à repartição de competências com os Estados-parte.

Entende-se, no entanto, que os argumentos em comento não seguem o caráter lógico que vem iluminando a relação cordial mantida entre as Cortes (assim como já mencionado no item anterior). É bem verdade que o TEDH, ao longo de sua jurisprudência – em momentos, um tanto tortuosa⁹³ – já praticou a autocontenção, a fim de preservar a competência da UE

⁹¹ Pacheco, *op. cit.*, p. 74.

⁹² Ressalte-se que o mecanismo do corresponsável, à luz do previsto no projeto de acordo de adesão, também poderia ser acionado de ofício pelo próprio Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, se assim entendesse, o que, por sua vez, não alterava seu caráter não vinculativo.

⁹³ A esse respeito, Cátia Sofia Martins Duarte (2013) menciona que a jurisprudência do TEDH não é uniforme

acerca da análise de violação de direitos fundamentais no momento de implementação de normas comunitárias, pelos Estados-parte, o que, ao menos, parece um indício de que a postura outrora adotada não seria radicalmente alterada simplesmente pela previsão do mecanismo da corresponsabilidade no projeto de acordo de adesão.

Nesse sentido, Carla Patrícia Antunes (2018, p. 33) bem asseverou que a corresponsabilidade é voluntária, ou seja, a apreciação do TEDH acerca de pedidos apresentados nesse sentido não é vinculativa às partes, instituições e órgãos atrelados à União Europeia. Logo, por uma questão de lógica, se um Estado “*formulou reservas relativamente àquela disposição não vai formular nem aceitar um pedido para se tornar corresponsável relativamente à violação de uma norma que não lhe é sequer aplicável*”, o que, invariavelmente, também se aplicaria à própria UE.

Num quarto aspecto de análise, nos parágrafos 197 e 198 do parecer 2/13, o TJUE apresentou algumas considerações acerca da entrada em vigor do Protocolo 16 à CEDH, ocorrida em 2 de outubro de 2013 (portanto, após o Tratado de Lisboa, que entrou em vigor em 2009). Acerca do instrumento, com o pensamento voltado para o futuro (PACHECO, 2017), muito embora a UE não aderisse às suas disposições (a considerar que sua entrada em vigor se deu após a entrada em vigor TL), como sua adesão faria com que a CEDH fosse parte integrante do direito da União, as disposições ali contidas poderiam afetar a unidade que é garantida pelo mecanismo do reenvio prejudicial, contido no artigo 267 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Ali se prevê a possibilidade de consulta do TJUE, pelas instituições judiciais domésticas dos Estados-parte, quando se deparam com situações que antevêm (1) a forma de interpretação dos Tratados e (2) a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições da UE.

Isso porque o Protocolo 16 à CEDH prevê a possibilidade de requerimento de um parecer consultivo ao TEDH, acerca da interpretação ou da aplicação das normas contidas na CEDH, o que, nomeadamente, poderia confrontar não somente a disposição do reenvio prejudicial do art. 267 do TFUE, como também a disposição do art. 344 daquele Tratado, que prevê que “*os Estados-Membros comprometem-se a não submeter qualquer diferendo relativo*

quando se trata da análise de casos que foram postos à sua apreciação, no que concerne a ocorrência de violação de direitos contidos na CEDH pela implementação de normas comunitárias pelos Estados-parte da UE. São exemplos dessa constatação as decisões contrastantes nos casos *Matthews*, *Bosphorus* e *Conolly*.

à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que neles estão previstos”.

Por fim, quanto ao último aspecto de análise efetuado pelo TJUE, aferiu-se a preocupação quanto ao procedimento de apreciação prévia contido no art. 3º, nº 6 do projeto de adesão, o qual, segundo Pacheco⁹⁴, não garantia à Corte de Luxemburgo a possibilidade de manifestação prévia àquela que seria proferida pelo TEDH, no que concerne a matérias que não foram objeto de seu crivo, o que colocaria em risco a competência exclusiva que lhe é atribuída, minaria o caráter subsidiário de fiscalização oriundo da CEDH e conferiria a possibilidade de interpretação da jurisprudência do TJUE pelo TEDH.

Portanto, com base nos argumentos lançados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no parecer 2/13, entende-se que, por vezes, se constata que, a bem da verdade, nas palavras de Ana Maria Guerra Martins⁹⁵, a UE se “*rodeou de cautelas para não ser ‘sugada’ por um Ordem Jurídica ‘especializada’ em direitos humanos*”.

Para Carla Patrícia Antunes⁹⁶, por outro lado, o TJUE teria assumido postura extremadamente inflexível, decorrente de sua preocupação única de manter intocáveis o ordenamento jurídico e as competências rigorosamente prefixadas na União, desaguando em um verdadeiro óbice para que o TEDH, enquanto órgão fiscalizador externo, se manifeste acerca da compatibilidade do direito comunitário com os direitos fundamentais à luz da CEDH.

É difícil a consolidação da obrigação consubstanciada no art. 6º, nº 2, do Tratado de Lisboa, na medida em que a negativa do TJUE em aceitar os termos do projeto de acordo de adesão apontam para um certo preciosismo acerca das competências da União e do próprio Tribunal, que parece ser pouco afeito à hipótese de que suas decisões poderão ser eventualmente revisadas por um órgão fiscalizador externo (nomeadamente, o TEDH), com vistas a submeter o ordenamento jurídico comunitário às disposições preexistentes, contidas na CEDH.

Esse cenário, por sua vez, faz transparecer que a realidade da adesão da UE à CEDH somente será concretizada acaso observadas as considerações lançadas pelo Tribunal de Justiça – tanto no parecer 2/94, quanto no parecer 2/13 – o que demonstra que se terá de aguardar o desfecho das negociações que foram retomadas em 2019. Que se encontram em curso até os dias atuais.

⁹⁴ *Op. cit.*

⁹⁵ *Op. cit.*

⁹⁶ *Op. cit.* p. 34.

No caso europeu, talvez seja essa a solução para a problemática questão de competência quanto à análise dos casos que tratam do descumprimento dos direitos consagrados tanto na CEDH quanto na CDFUE (de forma ainda mais ampla). Assim, ainda que se pareça, à primeira vista, um tanto estranho a adesão de um bloco econômico (como a União Europeia), enquanto signatário, a um Tratado Internacional de Direitos Humanos e, conseqüentemente, de submissão dos órgãos que dele fazem parte à estrutura que compreende o Conselho da Europa, uma apreciação cujo entendimento tome como base àquele que vem sendo continuamente aplicado pelo TEDH pode ser o caminho para evitar eventuais tropeços, anomalias ou disparidades no sistema regional europeu e na completude e força vinculante da Convenção.

3 PARA UMA VISÃO PLURALISTA DOS DIREITOS DAS MINORIAS RELIGIOSAS: A NECESSIDADE DE ACOMODAÇÃO DA DIVERSIDADE CULTURAL

No cenário contemporâneo, como conseqüência da diversidade cultural e religiosa que caracteriza as sociedades modernas, torna-se imperativo reexaminar os paradigmas tradicionais e promover uma abordagem pluralista no tratamento e proteção dos direitos das minorias religiosas, a nível nacional e internacional. Neste contexto, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos emerge como um ator central na busca por soluções que conciliem a liberdade religiosa com a preservação da coesão social. Este capítulo propõe uma análise crítica do papel desempenhado pelo Tribunal, destacando a necessidade premente de adaptar a interpretação das normas legais a fim de garantir uma verdadeira acomodação da diversidade cultural, em consonância com os princípios informacionais dos direitos humanos.

3.1 O multiculturalismo: do reconhecimento da diversidade ao retorno da assimilação

Inexistem dúvidas quanto à intrínseca ancestralidade da diversidade cultural, muito embora, apesar das constantes batalhas por reconhecimento no seio de uma sociedade, diferentes culturas sempre tenham procurado formas de coexistir pacificamente em um mesmo espaço territorial. Seguramente, como consequência da diversidade cultural inerente à raça humana e a miscigenação dos povos e a ideia de proteção aos direitos fundamentais concebidas ao longo do século XX, não foi antes dos anos 1960, no entanto, que os direitos humanos foram concebidos por meio de uma abordagem multicultural, envolvendo uma abordagem étnica e racial como consequência das transformações sociais nas democracias ocidentais, no período do pós-guerra⁹⁷.

Para Boaventura de Sousa Santos, o multiculturalismo, sob essa ótica, se caracteriza como uma relação equilibrada entre a “*competência global e a legitimidade local*”, sendo estes dois atributos de uma política que o autor entende como “*contra-hegemônica de direitos*

⁹⁷ Starting in the 1960s, however, we see a shift toward a more multicultural approach to state-minority relations. The public expression and political mobilization of minority ethnic identities is no longer seen as an inherent threat to the state but is accepted as a normal and legitimate part of a democratic society. In many cases, these mobilizations were not just tolerated but were politically effective. Across the Western democracies, we see a trend toward the increasing recognition of minority rights, whether in the form of land claims and treaty rights for indigenous peoples; strengthened language rights and regional autonomy for substate national minorities; and accommodation rights for immigrant-origin ethnic groups. (KYMLICKA, Will et al. **Neoliberal multiculturalism**. Social resilience in the neoliberal era, 2013, p. 99-125.)

humanos”, muito embora a história dos direitos humanos, no período pós-segunda guerra, tenha sido ditada pelos interesses econômicos e geopolíticos de Estados capitalistas hegemônicos⁹⁸.

Essa questão é retratada pelo fato de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, foi elaborada sem a participação da grande maioria dos povos, com o reconhecimento exclusivo de direitos individuais em detrimento de direitos coletivos (minimizados ao da autodeterminação, que se restringiu a povos subjugados pelo colonialismo europeu). Nesse viés, deu-se prioridade aos direitos civis e políticos, sem o reconhecimento de direitos econômicos, sociais e culturais (que, na Europa, advieram com a Carta Social Europeia – instrumento de caráter não vinculativo – e, posteriormente, foram amplamente positivados pela Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia).

Naquele período, as relações culturais oriundas da diversidade étnico-cultural e religiosa eram hierarquizadas de forma não liberal e não democrática, servindo para justificar ideologias racistas que pregavam a superioridade de alguns povos e culturas e seu direito de governar sobre os demais⁹⁹. O uso desses ideais por ideologias extremistas (como o fascismo) acabou gerando uma retração por parte das nações ao redor do mundo: momento em que é fundada a Organização das Nações Unidas (ONU), positivando-se em instrumentos internacionais a igualdade entre as mais diversificadas raças e povos e, como consentâneo dos ideais de proteção aos direitos humanos, criam-se organismos internacionais que buscavam a homogeneização da proteção daqueles direitos no âmbito regional¹⁰⁰.

No entanto, muito embora, dos anos 1970 à metade dos anos 1990, se tenha observado um respeito à acomodação da diversidade por meio de uma série de políticas multiculturais – que rejeitavam ideias anteriores de nacionalidade unitária e homogênea – é notório seu retrocesso, culminando na reafirmação dos ideais construtores da nação, entendidos como aqueles que buscam o reconhecimento de valores comuns de cidadania unitária pregados

⁹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma concepção multicultural dos direitos humanos**. Contexto internacional, v. 23, n. 1, p. 7-34, 2001, p. 16. Mencionado argumento, inclusive, é corroborado pelas definições de globalizações hegemônica e contra-hegemônica, idealizadas pelo autor.

⁹⁹ KYMLICKA, Will. **Multiculturalismo: o sucesso, o fracasso e o futuro**. Interfaces Brasil/Canadá, v. 14, n. 1, p. 123-174, 2014, p. 131.

¹⁰⁰ Em relação a outros povos, em seu percurso de formação e confirmação, a União Europeia é um exemplo que evidencia a notória problemática oriunda da diversificação de aspectos étnicos, culturais, religiosos que são característicos do continente. Por vezes, parece haver uma superação da diferenciação que em ebulição, por outras, a diferenciação se mostra mais em vigor do que nunca, dentro de um nacionalismo exacerbado que parece emanar de alguns dos Estados. (TREVISAM, ELISAIDE. **Direitos humanos na União Europeia: tolerância com diversidades**. in: Direito internacional em análise / Lívia Gaigher Bósio Campello (org.); coordenadores Claudio Finkelstein, Vladimir Oliveira da Silveira. - São Paulo: Clássica, 2013, p. 190)

por movimentos políticos populistas de direita, conduzidos pelo medo de que a acomodação da diversidade cultural “*tenha ido longe demais*”¹⁰¹.

Essa percepção faz com que surja a preocupação com a superação de um conceito universalista de direitos humanos, que perpassa pela transformação da teoria de direitos humanos sob o ponto de vista hegemônico de outrora para um projeto de natureza cosmopolita. É nesse cenário que Boaventura de Sousa Santos¹⁰² entende ser necessária a observação de determinadas premissas:

1) Superação do debate sobre universalismo e relativismo cultural: toda cultura é relativa e toda cultura busca preocupações e valores universais (porém, ambos, como atitudes filosóficas, são incorretos). Há de se promover diálogos interculturais sobre preocupações e critérios para distinguir política progressista de política conservadora, evitando um diálogo competitivo entre culturas diferentes sobre os princípios da dignidade humana (arraigados a cada uma delas).

2) O reconhecimento de que todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, mas nem todas a concebem em termos de direitos humanos.

3) Todas as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de dignidade humana, situação essa que é identificada como uma das tarefas mais cruciais para a construção de uma concepção multicultural de direitos humanos.

4) Todas as culturas têm versões diferentes de dignidade humana, algumas mais abrangentes do que outras, algumas com um círculo de reciprocidade mais largo e mais abertas a outras culturas.

5) Todas as culturas tendem a distribuir as pessoas e os grupos em conformidade com o princípio da igualdade (hierarquias entre unidades homogêneas: estratos sociais e econômicos) e o princípio da diferença (hierarquia entre identidades e diferenças únicas: etnias ou raças, sexos e religiões).

É necessário, para fins de adequação às premissas aqui transcritas, encontrar o ponto de contato e turbulência do choque entre culturas, de modo que as *minorias* podem ser identificadas como aquelas que, por critérios objetivos, compreendem grupos étnicos existentes

¹⁰¹ Na Alemanha e na França, por exemplo, um(a) imigrante pode ter negada a sua naturalização se for observado um apego excessivo à sua pátria ou religião. Nesses casos, a identidade nacional vincula-se de modo implícito a uma relação de soma zero com as identidades anteriores dos imigrantes. Os imigrantes não são convidados a acrescentar uma nova identidade às suas anteriores. Mais que isso, eles devem abandoná-las. (KYMLICKA, Will. **Multiculturalismo: o sucesso, o fracasso e o futuro**. Interfaces Brasil/Canadá, v. 14, n. 1, p. 123-174, 2014)

¹⁰² SANTOS, *op. cit.*, p. 18-19.

no interior da população de determinado Estado, com concepções religiosas e linguísticas diferentes do resto da população, com uma posição não dominante, ou, por critérios subjetivos, que abrangem o desejo de preservar “*os elementos particulares que os caracterizam, ou seja, a vontade comum de todo o grupo de conservar seus rasgos distintivos*”¹⁰³.

Por essas razões, a proteção aos direitos humanos (no âmbito nacional e internacional), sob o ponto de vista do multiculturalismo, perpassa por uma política dos direitos humanos que deve se alinhar ao reconhecimento do fato de que aqueles direitos são, em sua essência, eminentemente culturais e religiosos: isto é, ao falarmos de cultura, impossível é não falar de religião, de diferenças, de fronteiras ou mesmo de particularismos de determinados povos e nações que são levados (voluntariamente ou não) a conviver com culturas preponderantes¹⁰⁴.

A propósito, a concepção ocidental (e liberal) dos direitos humanos vem entendendo que o direito individual de liberdade de consciência e de adoração permite não somente a livre formação e manutenção de grupos religiosos, mas também a busca por novos membros para esses grupos, de sorte que o direito individual à liberdade de religião se mostra, ao longo do tempo, como uma experiência bem sucedida no sentido de permitir que os mais diversos grupos religiosos sobrevivam e prosperem em sociedades ocidentais¹⁰⁵.

De outro lado, a história vem demonstrando que a grande problemática oriunda da efetivação das garantias fundamentais desses grupos decorre da vastidão das minorias que os mecanismos internacionais de proteção internacional tentam abarcar¹⁰⁶, pois, enquanto as minorias – em muitas ocasiões – não cederão a fim de encontrar o “denominador comum”, as majorias nacionais não garantirão aos diferentes grupos minoritários (que vivem no território nacional) o “*máximo dos direitos demandados pelos grupos maiores e mais bem articulados*”¹⁰⁷.

O caso do Islã fundamentalista é um exemplo dessa teoria. O legado histórico e cultural do Islã – que adota uma posição de crítica radical ao imperialismo ocidental que permeia a vida pública e privada dos crentes – se estratifica como um processo amplo que Boaventura de Sousa Santos denomina como “*globalização das teologias políticas*”, muito

¹⁰³ LOPES, *op. cit.*, p. 55.

¹⁰⁴ SANTOS, *op. cit.*, p. 9.

¹⁰⁵ KYMLICKA, Will. **Direitos humanos e justiça etnocultural**. Meritum, v. 6, n. 2, p. 13-55, 2011, p. 18.

¹⁰⁶ Para citar, as minorias nacionais podem ser aquelas identificadas povos indígenas, imigrantes, refugiados, colonos, descendentes de escravos ou servos, grupos religiosos etc.

¹⁰⁷ KYMLICKA, Will. **Direitos humanos e justiça etnocultural**, p. 39-40.

embora se reconheça que a designação “Islã Político” seja amplamente utilizada para reintroduzir a visão de que as sociedades muçulmanas, “*além de retrógradas, não democráticas e violentas, são também monolíticas em termos de seus sistemas de crença*”¹⁰⁸.

Não somente a postura das nações europeias, mas também os votos do TEDH nos casos objeto do presente trabalho, demonstram que há uma preocupação com a difusão do Islã no continente, talvez pela concepção preconceituosa de que a religião parte de um ponto de vista retrógrado, estratificado e patriarcal de sociedade. Por essa razão, talvez, o olhar dos Tribunais (domésticos e internacionais) sobre o direito de expressão religiosa de minorias islâmicas seja construído por meio de ressalvas acerca da adequação das tradições daquele grupo às concepções contemporâneas de igualdade.

Esses argumentos, supostamente, amparam o entendimento de que os direitos individuais ofereceriam uma justiça sólida para todos os grupos, inclusive as minorias¹⁰⁹. Constatação que parece, também, encontrar amparo na Convenção Europeia de Direitos Humanos (e, nomeadamente, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos). Essa visão essencialmente ocidental e eurocentrista acredita que a proteção de direitos como liberdade de expressão, associação e consciência garantiria, também, a proteção aos membros de minorias nacionais, o que culminaria na desnecessidade de previsão de medidas excepcionais que garantissem o pleno exercício de sua cultura.

A visão ora atribuída encontra guarida nos processos de globalização decorrentes não somente do avanço tecnológico, que permite a difusão de informações pelo mundo (praticamente em tempo real), mas também de inúmeras relações transnacionais capazes de operar o entrave de culturas que se interceptam de modo a colidirem entre si.

3.2 Os processos de globalização: hegemonia e contra-hegemonia

O termo globalização foi cunhado em meados dos anos 1980, substituindo expressões como transnacionalização e internacionalização. Sua definição é de difícil consistência conceitual, perpassando, a prioristicamente, por um sentido econômico

¹⁰⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos**. 1. ed. São Paulo: Cortez, 2014. p. 44.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 62.

(liberalista), no qual predomina um sistema internacional autônomo e socialmente sem raízes, caracterizado por um mercado de bens e serviços que se tornou global (ao invés de local).

Como fenômeno socioeconômico, a globalização é definida pela interação de três processos distintos, que afetam as dimensões financeira, produtiva, comercial e tecnológica das relações internacionais: (a) a expansão dos fluxos internacionais de bens, serviços e capitais; (b) o acirramento da concorrência no mercado internacional; e (c) maior integração dos sistemas econômicos internacionais¹¹⁰.

Os principais autores do cenário global caracterizado pela globalização econômica são representados pelas grandes corporações internacionais, que não se vinculam a nenhum Estado, estabelecendo-se em função das vantagens oferecidas por meio de diferentes mercados, que muito representam o entendimento no sentido de *“que a única forma de evitar se tornar um perdedor – seja como nação, empresa ou indivíduo – é ser mais articulado e competitivo possível no cenário global”*¹¹¹.

Essa ideia de globalização se sustentou graças a setores que defenderam uma maior participação de países em desenvolvimento, em especial os Novos Países Industrializados da América Latina e da Ásia, na economia mundial¹¹².

A questão, no entanto, não afasta as incertezas geradas pelo cenário. Não restou alternativa às nações que não uma resposta voltada a enfrentar esses desafios por meio de uma criação de políticas liberais que atribuíssem ao mercado a prerrogativa de autorregulação econômica. Ideias que se tornaram hegemônicas nos anos de 1980, propagando-se não somente entre países em desenvolvimento, como também entre antigas nações comunistas, resultando na diminuição das barreiras nacionais e regionais outrora existentes.

Associou-se a esse aspecto a acelerada difusão de novas tecnologias da informação, que possibilitaram uma ruptura quanto à extensão e velocidade da comunicação, culminando em um sistema de intensa troca de informações entre os personagens do cenário global, sejam eles individuais ou coletivos, por meio da implantação e ampliação de canais, redes, organizações de geração, tratamento e difusão de informações, a nível mundial. Portanto:

A conjugação destes dois fenômenos - o crescente movimento de liberalização e desregulação dos mercados (sobretudo dos sistemas financeiros e dos

¹¹⁰ PRADO, Luiz Carlos Delorme. **Globalização: notas sobre um conceito controverso**. Seminário Desenvolvimento no Século XXI, 2006, p. 4.

¹¹¹ LASTRES, Helena MM et al. **Globalização e inovação localizada**, vol. 1. Nota técnica. Rio de Janeiro, 1999, p. 40.

¹¹² PRADO, *op. cit.*, p. 8.

mercados de capitais) e o advento do paradigma das tecnologias de informação - é vista como elemento catalisador do processo de globalização nas últimas décadas.¹¹³

Harbermas, por sua vez, adota o entendimento de que o trânsito da comunicação, da produção econômica, da transferência de tecnologia e do poderio bélico foram extremamente relevantes para o reconhecimento geral de que determinados problemas não mais poderiam ser resolvidos no âmbito dos Estados nacionais, o que, inclusive, nos encaminha para um cenário no qual sua soberania se esvazia para dar lugar a uma reestruturação e ampliação de “*capacidades de ação política em um plano supranacional*”¹¹⁴.

Esse, no entanto, é apenas um dos aspectos da globalização, cujo impacto se alastra, de forma concomitante, aos setores políticos, culturais, sociais, ambientais e demográficos, que passaram (e passam) por aceleradas transformações que decorrem da redução de custos no transporte, rapidez na entrega da informação e a facilidade de comunicação, ocasionando não somente evoluções em ritmos e características próprias (em cada frente), mas, também, um verdadeiro tensionamento entre esses setores¹¹⁵.

Ao aumentar o fluxo de informações a respeito de oportunidades e dos padrões de vida (sejam os existentes ou os imaginados) de países industrializados e desenvolvidos, a globalização parece incentivar a migração internacional, reforçando e refletindo as desigualdades sociais e econômicas entre as nações, desvelando-se como (um dos) fator(es) determinante(s) de ativação dos movimentos migratórios¹¹⁶.

Como consequência, não é raro a uma cultura afeita a uma nação em alto grau de desenvolvimento se estender para muito além de seu território (o que demonstra não ser ela um fenômeno monolítico). Assim o é, pois Boaventura de Sousa Santos a entende como um desdobramento de relações transnacionais decorrentes de uma “*teia de duas globalizações opostas que por vezes seguem paralelas e por vezes se interceptam*”¹¹⁷. Assim se pode dizer, portanto:

Aquilo que habitualmente designamos como globalização são, de fato, conjuntos diferenciados de relações sociais que, por sua vez, dão origem a diferentes fenômenos de globalização. Nesses termos, não há estritamente uma entidade única chamada globalização; existem, em vez disso,

¹¹³ LASTRES, *op. cit.* p. 5.

¹¹⁴ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro – estudos de teoria política**. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 123.

¹¹⁵ MARTINE, G. **A globalização inacabada: migrações internacionais e pobreza no século 21**. São Paulo Em Perspectiva, 19(3), 3–22, 2005, p. 5.

¹¹⁶ *Idem*, p. 5.

¹¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos**, p. 23.

globalizações - a rigor, este termo só deveria ser usado no plural. Qualquer conceito mais abrangente deve ser de tipo processual e não substantivo. Por outro lado, enquanto feixes de relações sociais, as globalizações envolvem conflitos e, por isso, vencedores e vencidos¹¹⁸.

A conceituação do autor, portanto, deriva na idealização das definições de *globalização hegemônica* (de cima para baixo) e de *globalização contra-hegemônica* (de baixo para cima).

A globalização hegemônica é consequência do capitalismo global, primando pelo princípio de mercado, liberalização do comércio, privatização da economia, precariedade das relações de trabalho, degradação da proteção social, mercantilização global da vida social e política. A esses modelos de globalização se contrapõe a globalização contra-hegemônica, que deriva de articulações que lutam contra a opressão colonialista característica do capitalismo, contra a desigualdade social e discriminação, a imposição de normas culturais ocidentais e a destruição daquelas de origem não ocidental (causada pela globalização hegemônica)¹¹⁹.

O processo de globalização é, portanto, dotado de assimetrias, razão pela qual deve ser referido no plural, dando conta de que existem quatro modos de produção de globalização¹²⁰:

1) Localismo globalizado: processo no qual um fenômeno local é globalizado, a exemplo de atividade de multinacionais, transformação da língua inglesa numa língua franca, globalização do *fast food* ou da música popular americana.

2) Globalismo localizado: é um impacto de práticas e imperativos transnacionais em condições locais, que são reestruturadas para atendê-los, a exemplo do comércio livre ou zonas francas, deflorestação e destruição de recursos naturais para pagamento da dívida externa, uso turístico de tesouros históricos, lugares e cerimônias religiosas, etnicização de trabalho (desvalorização do salário pelo fato de os trabalhadores serem de um grupo étnico considerado inferior ou menos exigente).

3) Cosmopolitismo: apesar das relações de dominação, os países subordinados se organizam estruturalmente, de forma transnacional, para a defesa de interesses percebidos como comuns.

¹¹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma concepção multicultural dos direitos humanos**, p. 2.

¹¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos**, p. 23-24.

¹²⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma concepção multicultural dos direitos humanos**, p. 17-20.

4) Patrimônio comum da humanidade: processos globais consubstanciados em temas que fazem sentido quando reportados ao globo em sua totalidade, regidos pela comunidade em prol das gerações futuras.

Enquanto a hegemonia se caracteriza por uma rede de relações econômicas, sociais, políticas, culturais e epistemológicas pautadas pela desigualdade, que se baseiam numa estrutura de poder e dominação oriunda do capitalismo, do colonialismo e do patriarcado, cuja legitimidade encontra amparo no entendimento liberal dos primados do direito, da democracia e direitos humanos; a contra-hegemonia busca eliminar ou reduzir relações desiguais de poder, por meio de discursos e práticas como a tradução intercultural e a articulação de ações coletivas que as transformem em relações de “*autoridade partilhada*”¹²¹.

Sob o ponto de vista hegemônico, portanto, pode-se dizer que o primado da igualdade é a base de uma utopia universalista que ignora desigualdades econômicas, culturais e sociais de indivíduos, amparada por normas de natureza formalista que favorecem a maioria. Na contramão desse entendimento, por meio de uma visão multicultural e pluralista de direitos humanos, o espaço social é heterogêneo, de modo que a implementação de qualquer lei que ignore às discrepâncias e trate os indivíduos como se em igualdade estivessem se reveste de um caráter eminentemente discriminatório¹²².

Em verdade, o próprio conceito de direitos humanos (à luz dos tratados internacionais que encontram amparo e inspiração na Declaração Universal) foi talhado com base em uma visão não pluralista e ocidental. Na qual havia pouco espaço para o reconhecimento do diferente, bem como para guarida de cidadãos que não fazem parte das majorias nacionais. Esse parece ser o caso no entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos quanto à proibição de utilização do véu integral no espaço público, pois, na medida em que são utilizados argumentos voltados para a securitização das relações sociais e defesa do direito das mulheres, certamente é lançado um olhar cuidadoso à situação sob o temor de que o amparo de costumes e tradições Islâmicas (por mais inofensivos que pareçam ser) abram espaço para a disseminação do fundamentalismo no continente europeu.

¹²¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos**, p. 25.

¹²² LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF, Senado Federal, ano, v. 45, p. 19-29, 2008. Nesse cenário, toda e qualquer regulamentação que favoreça ou reforce o entendimento de que a cultura de minorias religiosas deve ser (ainda que parcialmente) suprimida se revela como um movimento hegemônico cuja natureza formalista possui o condão de se sobrepor às próprias determinações decorrentes do reconhecimento dos tratados internacionais direitos humanos.

A contra-hegemonia que combate o ideal ocidental dos direitos humanos, por sua vez, encontra amparo em um entendimento multicultural dos direitos humanos que é contra o eurocentrismo, de modo a demandar uma releitura e desconstrução histórica a partir da noção de seres humanos diferenciados, na contramão da concepção de igualdade que procura suprimir interpretações da diversidade baseadas em concepções de uma unidade fictícia¹²³ (o ponto de partida para os movimentos de natureza hegemônica).

Travada essa distinção conceitual, percebe-se, na prática, que o tensionamento entre culturas ocorre nos pontos de contato entre as ideologias opostas.

A diferenciação oriunda do conflito entre globalização baseada no ocidente e a emergência de teologias políticas não cristãs (onde se insere o Islamismo) cria toda sorte de camadas e dimensões à cronologia das relações desiguais entre as diferentes culturas, tipos de conhecimento e inúmeras formas de ver o mundo que convivem conjuntamente em uma mesma nação. A essa questão se adere a globalização neoliberal que prossegue com seu projeto imperialista de cunho evidentemente ocidental e cristão, cujo amparo decorre dos direitos humanos convencionais, os quais, apesar de, em tese, garantirem a positivação da liberdade de expressão religiosa, se desdobram de modo a pregar a secularização e a distinção entre espaço público e espaço privado (ao qual pertence a religião)¹²⁴.

Não é estranho afirmar que a lógica colonialista a qual se afeiçoa a globalização de caráter eminentemente ocidental e eurocêntrico tenha desclassificado inúmeras formas de ser, viver e saber, considerados ignorantes, inferiores, exóticos ou perigosos¹²⁵. A desqualificação e o *status* de inferioridade das culturas minoritárias (e diferentes) decorre do que Lopes, ao se debruçar sobre a Teoria do Multiculturalismo de Will Kymlicka, entende ser a negativa aos direitos de autogoverno (autonomia política ou de jurisdição territorial), direitos de representação (participação no processo político) e direitos poliétnicos (de fomento à integração na sociedade) das minorias¹²⁶.

Na Europa, muito embora as instituições comunitárias busquem a promoção do diálogo intercultural, com o claro intuito de preservar e promover os direitos humanos (na medida em que a diversidade cultural é afirmada como patrimônio europeu desde o ano de 1993, durante a Primeira Cimeira de Chefes de Estado e de Governo dos Estados membros,

¹²³ *Idem*, p. 22.

¹²⁴ ¹²⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos**, p. 62.

¹²⁵ *Idem*, p. 63.

¹²⁶ LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Multiculturalismo, minorias e ações afirmativas: promovendo a participação política das mulheres**, p. 55.

decorrente do entendimento de que a tolerância garante uma sociedade aberta), é inequívoca a dificuldade de aceitação de culturas diversas e invasoras de outros povos dentro dos Estados europeus, o que configura a regionalização da multiculturalidade¹²⁷.

Pode-se identificar que os povos (dentre eles, os de origem Islâmica) que entraram em contato com o ocidente, o fizeram em condições manifestamente inferiores (a exemplo do que ocorreu no período do colonialismo europeu), pois foram (e ainda são) forçados a abandonar as concepções intrínsecas que os guiaram até a zona de contato entre culturas, de modo a lhes restar somente duas opções: assimilar ou se apropriar, de forma mais ou menos voluntária, dos novos princípios locais, conferindo-lhes sentido próprio. Nesse viés:

(...) entre todos os povos, culturas e sociabilidades não ocidentais que foram sujeitos a este projeto colonial e imperial, os povos islâmicos estão entre aqueles que mais claramente definiram a submissão a esse projeto como uma derrota histórica. (...) A derrota e a memória desta transmitida ao longo de gerações terão contribuído decisivamente para que os povos islâmicos tenham sentido de maneira particularmente radical e dilemática as suas opções históricas: imitar a modernidade ocidental, os seus princípios e monoculturas, mas com isso perder a identidade, rejeitar o seu passado glorioso, tornar-se estranho a si mesmo (imitação, alienação e estranheza); ou, pelo contrário, rejeitar radicalmente a modernidade e arcar com os custos de continuar a viver num tempo moldado há séculos por princípios e monoculturas que lhes são adversos, os dominam e humilham (rejeição e projeto social alternativo)¹²⁸.

Os pontos de contato que aqui referidos podem, por sua vez, gerar a necessidade de assimilação (voluntária ou não) das culturas locais, ocasião na qual as culturas minoritárias se deparam com duas hipóteses, nomeadamente, (a) abrir mão – por determinações legais, governamentais, regulamentos internos – de determinados culturais eventualmente não aceitos pela cultura predominante, ou (b) resguardar os traços culturais que lhes são intrínsecos e que lhe são característicos (os rasgos distintivos), ainda que estranhos às culturas locais.

A última hipótese, é bem verdade, precisa encontrar um ambiente propício para tanto, situação que parte de um princípio no qual os direitos e garantias fundamentais das minorias não de serem respeitados sob um olhar distintivo, que reconheça a possibilidade de manutenção de determinados traços culturais, a saber, por meio do reconhecimento do direito outro com o olhar de inclusão, garantia de dignidade e *cidadanização*.

¹²⁷ TREVISAM, ELISAIDE. *Op. cit.*, p. 188-189.

¹²⁸ Santos (*in Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*, p. 63) entende, inclusive, que, ao longo da história, “alternaram-se períodos de imposição mais ou menos violenta (entre guerra e a conversão, entre a pilhagem e o comércio, entre o assimilacionismo e multiculturalismo)”.

3.3 Os direitos humanos sob um viés pluralista: dignidade, cosmopolitismo e cidadanização

A teoria dos direitos humanos, enquanto pilar de igualdade, se manifesta como um viés para o reconhecimento do direito do outro, que transcende fronteiras, culturas e crenças, servindo como um parâmetro de dignidade que deve guiar o modo de agir das nações ao redor do mundo. Neste contexto, explorar a interseção entre a teoria dos direitos humanos e o imperativo de reconhecer e respeitar o direito inalienável de cada indivíduo é crucial para idealizar sociedades mais justas e inclusivas.

3.3.1 A ideia de dignidade como razão para a luta pelos direitos humanos

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a dimensão tradicional e hegemônica dos direitos confunde os planos da realidade e das razões, pois seu preâmbulo prevê que os direitos devem ser entendidos como um ideal a ser conseguido. Na visão de Joaquin Herrera Flores, a ideia tradicional anteposta no documento adota um discurso que prega a fórmula de que o conteúdo básico dos direitos é o “*direito a ter direitos*”. Quer dizer, a rigor, não há, numa visão clássica dos direitos humanos, uma preocupação sobre como alcançar (a) os bens que os direitos devem garantir, (b) as condições materiais para que possam eles serem colocados em prática, ou mesmo (c) com as lutas sociais que devem ser colocadas em prática a fim de garantir o acesso a uma vida digna¹²⁹.

Bem a propósito, Cançado Trindade¹³⁰ entende que as lutas sociais que não de serem colocadas em prática para serem alcançados os direitos, ocorrem como consequência da ideia de que cada ser humano vive na incessante busca pela realização de suas aspirações e de sua verdade, sendo o particularismo de cada cultura a forma de expressão e contato de cada ser humano com o mundo exterior e, muito embora nenhuma cultura seja detentora última da verdade, não de respeitar-se mutuamente na busca *ideal* de sua autorrealização.

Não se pode olvidar que história dos direitos humanos no período pós-guerra foi ditada pelos interesses econômicos e geopolíticos dos Estados capitalistas hegemônicos, *vide a*

¹²⁹ FLORES, Joaquin Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução de: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 26-27.

¹³⁰ CANÇADO TRINDADE. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**, vol. III, p. 305-306.

manipulação temática dos direitos humanos nos Estados Unidos (assim como mencionado por Richard Falk, em 1981, com a “política de invisibilidade” e uma “política de supervisibilidade”)¹³¹.

Isso se dá por meio da constatação de que a Declaração Universal foi elaborada sem a participação da grande maioria dos povos, com o reconhecimento exclusivo de direitos individuais em detrimento de direitos coletivos (esses limitados ao da autodeterminação, que se restringiu a povos subjugados pelo colonialismo europeu), de sorte que foi concedida prioridade aos direitos civis e políticos, sem o reconhecimento de direitos econômicos, sociais e culturais (na Europa, advieram com a Carta Social Europeia, de caráter não vinculativo, em que pese a existência da Carta de Direitos Fundamentais da UE).

Como contraponto à ideia lógica dos artigos 1º e 2º da Declaração, no entanto, parte-se do pressuposto de que *temos o direito a ter os direitos* antes mesmo de atingirmos as condições adequadas para poder exercê-los. No entanto, ao nos depararmos com as vias eleitas para reivindicá-los, acabamos por nos desencantar, pois, muito embora nos seja incutido que a eles teremos acesso e garantia de seu pleno exercício (desde a implementação dos tratados internacionais, amplamente amparados pelas Constituições nacionais), muitas vezes, essa não é a realidade, pelo simples fato de que não temos condições materiais para tanto¹³².

Muito embora a Declaração Universal tenha, eventualmente, alcançado um determinado grau de universalidade que a levou a ser aceita por seres humanos de todas as civilizações e culturas, a ponto de ser paradigma para o desenvolvimento das Constituições nacionais (e, a ver, também dos tratados regionais de direitos humanos), há de se ressaltar, porventura, que existem aqueles que preferiam que os redatores da Declaração tivessem levado mais em consideração, para sua criação e desenvolvimento, também, o legado das antigas civilizações asiáticas e distintas religiões¹³³.

É importante, no entanto, entender que não podemos partir, simplesmente, da concepção retrógrada do positivismo dos direitos humanos (habitual e hodiernamente aplicada quando da interpretação dos dispositivos dos tratados internacionais). Como tal, devem ser eles concebidos como “*o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida*”. Daí porque o que interessa para uma nova concepção dos direitos humanos não é, por si, o momento em que um direito se torna um

¹³¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma concepção multicultural dos direitos humanos**.

¹³² FLORES. *op. cit.*, p. 27.

¹³³ CANÇADO TRINDADE. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**, vol. III, p. 306-307.

direito humano, mas sim o caminho inverso: *quando um direito humano é reconhecido como direito*. Por essa razão, há de se começar por garantir os bens exigíveis para se viver com dignidade: expressão e convicção religiosa, educação, moradia, trabalho, meio ambiente etc.¹³⁴

Os direitos humanos, portanto, para Joaquin Herrera Flores, são “*dinâmicas sociais que tentem a construir condições materiais e imateriais necessárias para conseguir determinados objetivos genéricos que estão fora do direito*”. A construção dessas condições, no entanto, é alcançada por meio de lutas sociais que podem, em boa verdade, ser travadas com mais ou menos facilidade, a depender dos eventuais processos de divisão social, sexual, étnica ou territorial em que um dado indivíduo esteja inserido. É, no entanto, sintomático reconhecer que a batalha por um direito advém, bem a propósito, porque “*consideramos injustos e desiguais tais processos de divisão do fazer humano*”¹³⁵.

Não muito distante dessa conceituação, ao se debruçar sobre a concepção tridimensional dos direitos fundamentais (sob o ponto de vista de Gregorio Peces-Barba), Garcia disserta que a *realidade social* é uma das chaves para determinar se uma determinada garantia terá eficácia ou não. Fato que depende, diretamente, de inúmeros fatores, como a conscientização da sociedade em relação aos seus direitos e prerrogativas como cidadãos, a vontade política das autoridades e das políticas públicas que podem vir a ser implementadas, principalmente aos menos favorecidos (daí deriva a construção das condições para que se lute pelos direitos, na visão de Joaquin Herrera Flores), e, por fim, a existência de uma educação para a cidadania que faça reverberar a visão de que os direitos fundamentais são direitos inclusivos¹³⁶.

A questão aqui delineada pode ser analisada sob uma perspectiva de realização de prestações positivas ou ações negativas garantidoras de direitos fundamentais, amparadas pela teoria desenvolvida por Alexy¹³⁷, que dispôs que:

Todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação. Nesse sentido, o conceito de direito a prestações é exatamente o oposto do conceito de direito de defesa, no qual se incluem todos os direitos a uma ação negativa, ou seja, a uma abstenção estatal.

¹³⁴ FLORES. *op. cit.*, p. 27.

¹³⁵ *Idem*, p. 29-30.

¹³⁶ GARCIA, Marcos Leite. **A concepção dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba: um estudo preliminar**. Revista Direito E Justiça: **Reflexões Sociojurídicas**, v. 16, n. 26, p. 37-61, 2016, p. 13.

¹³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 442.

Assim, para o autor não existem “*garantias institucionais objetivas que sirvam à asseguaração de direitos fundamentais por meio da garantia de um conjunto básico de normas*” para que, somente então, sejam previstos “*direitos fundamentais como direitos subjetivos a serem garantidos*”, o que há, na realidade, é “*um direito subjetivo à existência de normas de direito privado que sejam necessárias para que aquilo que os direitos fundamentais garantem seja possível*”¹³⁸.

Esse conjunto de ações (negativas) ou omissões, por parte do Estado pode variar, inclusive dentro de um mesmo país, na medida em que se coaduna como uma “*combinação de capacidades para o exercício de liberdades políticas, civis, econômicas e culturais que determinará esse patamar de mínimo existencial*”¹³⁹. Segundo Amartya Sen, o exercício dessas capacidades se traduz num ideal de liberdade para se ter estilos de vida diferente:

A liberdade individual é essencialmente um produto social, e existe uma relação de mão dupla entre (...) as disposições sociais que visam expandir as liberdades individuais e (...) o uso de liberdades individuais não só para melhorar a vida de cada um, mas também para tornar as disposições sociais mais apropriadas e eficazes¹⁴⁰.

Delineados aqueles pontos, adentra-se na esfera da *dignidade humana*. Trata-se, aqui, de *dignidade* não como um fim abstrato, mas sim como um objetivo cuja finalidade, para além do simples acesso aos bens e ferramentas necessárias à luta por um direito, garanta que aquele acesso se dará de forma igualitária e não hierarquizada por processos de divisão originadas pelo contexto humano, por meio da não diferenciação entre aqueles que ocupam posição privilegiada para obtê-los *versus* aqueles que os obtêm em situação de opressão e subordinação¹⁴¹.

Esse fim, no entanto, não é (ou) será simplesmente alcançável. Há de se perceber que uma mobilização social com o fito de conceder apoio às possibilidades e exigências emancipatórias (oriundas de culturas que vivem em contexto de relações hierarquizadas e dominação) somente serão concretizáveis na medida em que forem elas absorvidas pelo contexto cultural local.

¹³⁸ *Idem*, p. 487.

¹³⁹ SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. Revista Argumentum - Argumentum Journal of Law, v. 6, p. 31-46, 2006.

¹⁴⁰ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. 3. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 46.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 31.

Absorvidas, no entanto, não por meio de *canibalização cultural*, mas por meio de um *diálogo intercultural*¹⁴² (aqui entendido como parte dos processos de luta pelo acesso aos bens e ferramentas necessários para se alcançar a dignidade humana).

3.3.2 A superação de barreiras sob o ponto de vista do cosmopolitismo

A autocompreensão nacional, como motor de identificação do indivíduo como pertencente à determinada nação, constituiu um contexto cultural local no qual os cidadãos se tornaram não somente politicamente ativos, mas puderam se identificar como uma coesão solidária e parte do Estado nacional, atuando como base para a legitimação e integração social. Foi nesse momento que a percepção dos cidadãos de um mesmo Estado, compartilhando uma ascendência, língua e história em comum, possibilitou o surgimento de uma consciência nacional¹⁴³.

Essa situação cria um ponto de interrogação acerca da identificação e legitimação do indivíduo como cidadão pertencente aos Estados nacionais que não possuem uma cultura homogeneizada. Para tanto, Habermas¹⁴⁴ idealiza um conceito de nação que se desdobra em duas faces: ao passo que (a) a nação de cidadãos ligados ao estado por fruto de sua vontade é derivada de uma legitimação democrática, constituindo, por força própria uma associação política entre os livres e iguais, (b) a nação dos compatriotas, gerada espontaneamente, provém de uma integração social decorrente de um grupo de indivíduos que compõem uma comunidade cunhada por uma língua e história em comum.

Diante desse cenário, o autor reconhece que a ambivalência do conceito de nação somente não oferece perigo enquanto o “*entendimento cosmopolita de nação de cidadãos vinculados ao Estado puder prevalecer sobre a interpretação etnocêntrica de uma nação que se encontra em um estado de guerra latente e duradouro*”¹⁴⁵. Sobre o assunto, Immanuel Kant¹⁴⁶, ao dissertar a respeito dos requisitos preliminares para a paz perpétua entre os estados, reconheceu que o estado de paz entre os homens que vivem juntos não se consubstancia como um estado de natureza, mas sim em um estado no qual há, sempre, uma ameaça constante de

¹⁴² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma concepção multicultural dos direitos humanos.**

¹⁴³ Importante mencionar que, aqui, Habermas (*op. cit.*, p. 128-129) faz a ressalva de que, originalmente, integrar o Estado significava, em verdade, a submissão do indivíduo ao poder estatal, cenário esse que somente foi modificado com a transição para o Estado democrático de direito.

¹⁴⁴ *Op. cit.*, p. 131-132.

¹⁴⁵ *Idem*, p. 132.

¹⁴⁶ *In A Paz Perpétua – Um Projecto Filosófico*. Tradução: Artur Morão. Covilhã: LusoSofia:press, 2008, p. 10

uma explosão de hostilidades. Não é, portanto, da omissão de hostilidades que decorre a garantia de paz, mas sim a instauração de um estado de paz.

O grande problema da dicotomia desse conceito, bem como da necessidade de manutenção de um entendimento cosmopolita de nação, é o fato de não encontrar amparo ao longo da história.

Ao mencionar o direito de um estrangeiro de não ser tratado com hostilidade quando de sua ida a um território de outro, Kant¹⁴⁷ faz a ressalva de que os Estados europeus, desde os períodos das grandes navegações, adotam condutas inospitais e injustas em suas visitas a países estrangeiros (na América, na África, na Ásia etc.), tratando-os como descobertos, de modo que os povos que os ocupavam pouco (ou quase nada) significavam.

Na contramão do entendimento predominante dos Estados europeus, a ideia de um direito cosmopolita deixa de ser uma representação extravagante (ou fantástica) do direito, se desdobrando como um complemento necessário e não escrito tanto do direito político como do “*direito das gentes, num direito público da humanidade em geral e, assim, um complemento da paz perpétua*”¹⁴⁸.

O entendimento de Kant sobre o reconhecimento da necessidade de adoção de um direito cosmopolita, portanto, não parte do pressuposto no qual haverá intervenção estatal no sentido de que os cidadãos não de serem compelidos a se reconhecerem como iguais, independentemente de suas origens. Em sentido contrário, assim devem fazer por meio de sua livre escolha.

Martha Nussbaum¹⁴⁹ vem de encontro a esse entendimento ao replicar a resposta de Diógenes, o Cínico, quando perguntado qual era sua origem: *kosmopolitês* (um cidadão do mundo). Ao assim se identificar, Diógenes inicia uma tradição cosmopolita que sugere a possibilidade de uma política (ou abordagem moral da política) que se concentra na humanidade que compartilhamos, a despeito dos cortes distintivos decorrentes do local de origem, *status*, classe ou gênero que dividem os seres humanos.

¹⁴⁷ *Idem*, p. 20-21.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 22.

¹⁴⁹ Para a autora (*in The cosmopolitan tradition: a noble but flawed ideal*. The Belknap Press of Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, 2019, p. 1-2), o cosmopolitismo Cínico/Estoico faz reconhecer o igual e incondicional valor de todos os seres humanos, baseado na capacidade de escolha moral daquela condição, ao invés da dependência de traços que dependem de arranjos sociais.

Na visão de Habermas¹⁵⁰, é imprescindível que a coexistência ocorra por meio de uma compensação da democracia pela garantia dos direitos à liberdade, direitos políticos, bem como dos direitos sociais e culturais ao compartilhamento.

Essa situação sugere que a opressão decorrente de posturas colonialistas contra resistências legítimas de minorias deriva de uma infração a direitos fundamentais individuais, de modo que o problema surge a partir do momento em que uma cultura majoritária, no exercício do poder político, impõe às minorias a sua forma de vida, privando-lhes da igualdade de direitos¹⁵¹.

Nesse viés, o reconhecimento de que a capacidade de escolha é infinitamente preciosa deriva do ideário de que todos os seres humanos são merecedores, igualitariamente, de respeito e preocupação. Na visão de Nussbaum¹⁵², o cosmopolitismo Estoico parte do pressuposto de que o local de nascimento de alguém não passa de um acidente, não devendo as diferenças de nacionalidade, classe, etnia ou de gênero serem as razões do soerguimento de barreiras entre as mais diversas culturas. O respeito pela humanidade, portanto, passa a ser um ideal regulador que deve ser base para toda a política.

Por mais que os Estoicos levem em consideração o fato de que a dignidade está intrinsecamente ligada à moral e à razão (capacidade de escolha) que move cada ser humano, par os fins desse trabalho, entende-se que todos os seres humanos são iguais simplesmente pelo fato de que assim o são. Em verdade, a ideia de cosmopolitismo ali idealizada não levava em consideração o contexto contemporâneo de inúmeras nações, compostas por Estados soberanos autônomos uns dos outros, que enfrentam problemas decorrentes do pluralismo religioso e intolerância.

A convivência cotidiana, portanto, demonstrou que o modelo de Estado nacional com culturas homogêneas se distancia da realidade, na medida em que a multiplicidade de formas culturais de vida, grupos étnicos e confissões religiosas tornou as sociedades cada vez mais pluralistas¹⁵³. Essa constatação deságua nas considerações de Nussbaum¹⁵⁴ sobre os estudos de Hugo Grotius, responsável por trazer a tradição cosmopolita ao mundo que hoje habitamos, de

¹⁵⁰ *Op. cit.*, p. 135-136.

¹⁵¹ *Idem*, p. 163-164. No cenário apresentado pelo autor, a problemática atinge o auto entendimento ético e a própria identidade dos cidadãos, essa situação sugere que as minorias não devem ser submetidas, de uma hora para outra, às regras da maioria.

¹⁵² *Op. cit.*, p. 75-76.

¹⁵³ Fato que, para Habermas (*op. cit.*, p. 134), só poderia ser afastado por meio do pagamento do alto preço das purificações étnicas.

¹⁵⁴ NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 100.

nações-Estados com autonomia considerável, todas com problemas que decorrem do pluralismo religioso e da falta de tolerância. Ao assim fazer, chegou à conclusão acerca de três elementos: (1) a soberania nacional passa a ser reconhecida como uma expressão fundamental da autonomia humana; (2) o indivíduo é o destinatário e sujeito da justiça moral e política, de modo que lhe devem ser garantidos determinados direitos independentemente de onde ele ou ela esteja; e (3) a sociedade internacional vai além e, em algumas vias, contra a legislação internacional tradicional, sendo impregnada por normas morais que respeitam a soberania e a autodeterminação.

Sob o ponto de vista cosmopolita, o Estado deve reconhecer ser inviável deixar os planos de formação política da vontade e da comunicação pública à ingerência de um grupo que possui um reconhecimento praticamente inato de sua homogeneidade. Nesse viés, a *fusão* da cultura de uma maioria com determinada cultura minoritária (independentemente de sua origem), que busca para si o reconhecimento por parte de todos os cidadãos, deve ser *dissolvida* e substituída pela coexistência (lado a lado) dessas formas diversas de vida cultural, étnica e religiosa¹⁵⁵.

No contexto de intensas migrações, por exemplo, inúmeras pessoas buscando asilo de desastres políticos e proteção contra violação de direitos humanos ao redor do mundo, se inserem os regramentos e leis discutidos no capítulo anterior, criados em uma contemporaneidade na qual as complexas interações sociais e culturais culminam na imposição de normas que impedem a uma determinada minoria de exercer traços e costumes que lhe são afeitos. Às majorias, restam duas opções: receber as minorias ou afastá-las¹⁵⁶.

A questão aqui apontada traz a reflexão no sentido de que “*somos todos concidadãos, unidos por um conjunto comum de preocupações morais*”. Indo além: o reconhecimento de que, “*se o que faço a B materialmente afeta a B, devo considerar a moralidade dessas ações*”, parece condição suficiente para levantar uma preocupação moral geral que considera o impacto causal das ações de um cidadão para com outro¹⁵⁷.

A consciência comum de um povo deve, portanto, gerar uma preocupação moral acerca de determinadas ações capazes de afetar materialmente um cidadão e perpassa pela ideia de que respeitar o outro significa respeitar sua escolha de viver sua vida da forma que lhe convier, pelas suas próprias doutrinas, desde que (é muito importante fazer essa ressalva) eles

¹⁵⁵ HABERMAS, *op. cit.*, p. 134-135.

¹⁵⁶ NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 208.

¹⁵⁷ *Idem*, p. 208-209 – tradução livre do autor.

não afetem os direitos de terceiros. Essa situação requer (a) uma proteção extensiva à liberdade de crença e prática religiosa, (b) sem olvidar a constante vigilância a qualquer forma de religião estabelecida que, muito embora não descumpra o direito dos não crentes, indique sinais de hierarquia e exclusão de forasteiros, de modo que (c) os princípios políticos básicos sejam formulados em linguagem neutra: nem de uma religião em particular, nem adotando lados em um cenário de disputa entre religião e não-religião¹⁵⁸.

Ao analisar os três pressupostos ora levantados, chama a atenção a problemática identificada a partir do olhar lançado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao julgar os casos *Sahin v. Turquia*, *S.A.S. v. França* e *Lautsi v. Itália*, sobre a garantia de liberdade religiosa prevista na Convenção Europeia. Aprioristicamente, não se vislumbra um comportamento estatal a fim de garantir proteção à liberdade de crença daquelas minorias.

De outro lado, também não se vislumbra a identificação das ações defendidas pelos denunciante (nomeadamente, a permissão da utilização de *niqab* em espaços públicos e o pedido de retirada de crucifixos das salas de aula de um instituto de educação ligado ao Estado) como defesa de uma prática religiosa que busque formar relações hierárquicas e de exclusão de forasteiros (necessário lembrar, no entanto, que se alguém há de ser identificado como forasteiro, seriam os autores das reclamações perante o TEDH, oriundos de minorias religiosas no âmbito de cada uma das nações denunciadas).

Por fim, as ações estatais atacadas pelos denunciante, em que pese o malferimento à garantia de liberdade e expressão religiosa, foram motivadas por (a) práticas que pendem para um comportamento que privilegia a não religião (amparado no princípio do Estado secular, nos casos da França e da Turquia) ou (b) pendem para a autorização de uma prática religiosa de origem Católica em detrimento de práticas culturais da religião Islâmica, pelo Estado italiano.

3.3.3 A cidadanização das minorias como um parâmetro pluralista para as relações interculturais

O temor gerado pela difusão do fundamentalismo Islâmico na Europa tem, de fato, feito com que os Estados produzam regramentos voltados especificamente para uma amenização de tradições e costumes decorrentes daquela religião. Soma-se a isso a constatação

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 215-216.

já anunciada anteriormente¹⁵⁹ de que as minorias também não estariam dispostas a ceder, a fim de encontrar o *denominador comum*, ao passo que as maiorias não estariam dispostas a garantir (aos primeiros) o máximo de direitos que, normalmente, a elas são garantidos.

O imaginário político de origem ocidental se adaptou a distinguir *espaço público* e *espaço privado*, de modo que a religião poderia ser exercida *livremente* somente nesse último. Como consequência, considerando que o fundamentalismo Islâmico traz consigo uma conotação verdadeiramente radical, a interpretação daquela religião para os países ocidentais, de modo geral, cria sentimentos islamofóbicos, muito embora o conceito de fundamentalismo tenha origem cristã (mais especificamente no sul da Califórnia, nos anos de 1920)¹⁶⁰.

A problemática daí decorrente não é de fácil solução. Kymlicka reconhece que, talvez, seja esse um problema insuperável¹⁶¹, pois os direitos de minorias não são passíveis de enumeração detalhada em tratados internacionais de direitos humanos (isso porque o artigo 9º da Convenção Europeia traz, de modo genérico, a garantia da liberdade de pensamento, religião e convicções, individual e coletivamente). Nesse viés, diante da conjuntura dos Estados atuais, a positivação daquelas garantias e liberdades fundamentais é insuficiente para garantir a necessidade de expressão dos traços culturais das minorias.

Porém, se não cabe à legislação internacional positivar o máximo possível dos reclamos e necessidades das minorias – a fim de garantir a não violação dos direitos daqueles grupos – essa árdua tarefa passa a ser destinada à legislação Estatal (enquanto signatários da CEDH), onde os casos de violação aos direitos de minorias (que vem a ser julgados pelos tribunais internacionais) deveriam ser analisados de forma a se reconhecer que as garantias de

¹⁵⁹ V. 170.

¹⁶⁰ O fundamentalismo, originalmente, foi difundido por meio de uma publicação religiosa intitulada *The fundamentals: a testimony of truth*, redigida por um grupo de protestantes evangélicos de diversas denominações. (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos**, p. 26-28)

¹⁶¹ Não vejo forma alguma de superar esse problema. Embora os direitos de minorias sejam de fato essenciais, a solução não é adicionar uma lista detalhada desses direitos às declarações de direitos humanos no âmbito do direito internacional. Pelo contrário, devemos aceitar que os direitos humanos tradicionais são insuficientes para garantir justiça etnocultural e, então, reconhecer a necessidade de complementá-los em cada país com os direitos de minorias específicos mais adequados para um dado país. (KYMICKA, Will. **Direitos humanos e justiça etnocultural**, p. 40)

expressão cultural daqueles grupos vêm sendo descumpridas¹⁶², sob o argumento da necessidade de adequação aos valores comuns e unitários característicos de uma maioria¹⁶³.

Diante da nebulosa conjuntura de violação estrutural de direitos fundamentais de minorias, surgem dúvidas acerca de qual órgão estaria sujeito a avaliar se a atuação governamental se dá de modo a proteger os direitos individuais de grupos minoritários. Enquanto alguns entendem que cabe à Suprema Corte de cada país exercer a função de garantir o cumprimento dos direitos humanos arrolados nas Constituições domésticas, alguns grupos minoritários¹⁶⁴ se recusam a submeter eventual atuação governamental potencialmente capaz de violar seus direitos ao crivo dos Tribunais nacionais. Esses grupos, especificamente, entendem que as nações devem ser submetidas à fiscalização de organismos internacionais, à luz dos tratados e convenções das quais são signatárias¹⁶⁵.

Teriam, então, os organismos internacionais legitimidade ou estariam suficientemente preparados e capazes de fiscalizar e monitorar as ações das nações signatárias dos tratados internacionais de direitos humanos, a fim de garantir seu estrito cumprimento quanto aos direitos das minorias nacionais? No caso estadunidense, por exemplo, enquanto a Suprema Corte, historicamente, legitima atos de colonização e nega os direitos individuais previstos nos tratados dos quais o país é signatário¹⁶⁶, o caso europeu parece ir além: a legitimação de ações que negam direitos previstos nos tratados internacionais perpassa, em um primeiro plano, pela ação Estatal e, em segundo plano, no âmbito do Tribunal Europeu, que, com um olhar deveras hegemônico dos direitos humanos, parece coadunar com a visão colonialista e imperialista que outrora dominava o continente.

Muito embora as instituições comunitárias europeias (lideradas pelo Conselho da Europa) busquem promover o diálogo intercultural – o que remete à elaboração da Convenção-

¹⁶² Segundo Caio Prado (em **Relativismo cultural e aplicação seletiva dos Direitos Fundamentais: a questão dos Direitos Humanos na Europa; à luz da “questão do véu” na França**. Revista do Programa de Direito da União Europeia, n. 5, p. 11-29, 2015), os Casos El Lorsli, Dorgu e Aktas, indicam que a França tem pouco apreço à cultura islâmica, muito embora países como Espanha, Bélgica, Dinamarca e Holanda contem com legislações domésticas que preveem alguma limitação à utilização da burca e do *niqab* em espaços públicos.

¹⁶³ Atento à preocupação ora assinalada, Marques Júnior (*in* **Reflexos do Direito Internacional dos Direitos Humanos na proteção aos refugiados: análise do caso brasileiro. Direito internacional dos direitos humanos** I. 01ed. Florianópolis: CONPEDI, 2017, v. 01, p. 38) bem asseverou que, na realidade atual, não existe preocupação em saber quais os direitos efetivamente positivados, ou mesmo de sua origem, natureza e fundamento, mas sim com uma forma efetiva de protegê-los de atos que, ao arrepio das declarações internacionais, continuamente os descumprem.

¹⁶⁴ É o caso dos indígenas norte-americanos (conselhos tribais nos Estados Unidos e as Primeiras Nações do Canadá), que defendem que as decisões de seus conselhos comunitários não devem se submeter ao crivo e revisão da Suprema Corte (americana ou canadense).

¹⁶⁵ KYMLICKA, Will. **Direitos humanos e justiça etnocultural**. Meritum, v. 6, n. 2, p. 13-55, 2011.

¹⁶⁶ *Idem*, p. 41-42.

Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais e a instituição da Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância, em 1995 – é notória a concepção de que está à espreita uma insatisfação oriunda da possível perda da identidade de um povo, decorrente da acomodação de diversificadas concepções trazidas por outras culturas para dentro de um território nacional (razão que ocasiona as dificuldades decorrentes da pluralidade cultural)¹⁶⁷.

Reflexo dessa insatisfação é o eurocentrismo que emana das nações do continente europeu, caracterizado por uma cultura exclusiva e não inclusiva, que baseia suas normas em um modelo que concede preferência aos nacionais denominados como os “*guias e autores da história*”¹⁶⁸.

É notório o sintoma que daí decorre: o multiculturalismo tende a se fragilizar, dentre outras razões, quando: (a) as relações entre Estado e minorias passam a ser vistas como uma questão de segurança e não como política social; (b) o Estado identifica grupos que não estão dispostos a respeitar e adotar as normas democráticas liberais; e (c) um Estado se depara com muitos imigrantes oriundos de um determinado país (ou professam a mesma cultura ou religião)¹⁶⁹.

Como solução para esse impasse, Kymlicka pende para a defesa de que “*precisamente quando os imigrantes são vistos como ilegais, não liberais e dispendiosos que o multiculturalismo pode ser mais necessário*”¹⁷⁰. Decerto, na contramão da *cidadanização* que propõe o multiculturalismo, a estandardização cultural acaba por colocar em xeque eventual contribuição de povos minoritários e dificulta sua adaptação no espaço territorial de uma nação que lhe é alienígena.

E não é somente da relação equilibrada entre uma “*competência global e uma legitimidade local*” que aflora o multiculturalismo, mas também do reconhecimento de que toda cultura é relativa, havendo de se evitar um diálogo competitivo entre culturas diferentes sobre os princípios da dignidade humana (que lhes é arraigado), reconhecendo-se que cada cultura tem uma versão diferente de dignidade humana (que, no entanto, nem sempre deságua nos termos de direitos fundamentais defendidos pelas constituições ocidentais)¹⁷¹.

¹⁶⁷ TREVISAM, ELISAIDE, *op. cit.*, p. 188.

¹⁶⁸ *Idem*, p. 194.

¹⁶⁹ KYMLICKA, Will. **Multiculturalismo: o sucesso, o fracasso e o futuro**. Interfaces Brasil/Canadá, v. 14, n. 1, p. 123-174, 2014.

¹⁷⁰ *Idem*.

¹⁷¹ SANTOS. **Para uma concepção multicultural dos direitos humanos**, p. 18.

O multiculturalismo se insere em um contexto no qual minorias étnicas, culturais se defendem da opressão, marginalização e desprezo, lutando pelo reconhecimento de suas identidades coletivas junto à uma cultura majoritária. No entanto, a luta aqui travada parte de um pressuposto que, para Habermas, se equipara à “*superação de uma cisão ilegítima da sociedade*”, de modo que a “*autocompreensão da cultura majoritária pode não sair ileso*”¹⁷².

Assim, superada eventual renúncia por tradições de exclusão e opressão no âmbito das próprias culturas minoritárias¹⁷³, passa-se para um momento de diálogo intercultural que visa não a mera aceitação dos traços culturais inerentes às minorias, mas sim a adoção de uma política denominada contra-hegemônica de direitos humanos, de modo a reconhecer que a completude é inalcançável, criando-se uma relação em que “*se mantenha um pé numa cultura e outro, noutra*”¹⁷⁴.

É importante reconhecer, no entanto, que o caminho é árduo: quanto mais acentuadas forem as discrepâncias de ordem religiosa, racial ou étnica e quanto mais desafiadores os assincronismos histórico-culturais, maior a complexidade que há de ser transposta. A magnitude do desafio impacta diretamente na intensidade do desconforto das minorias, especialmente quando as inclinações em direção à autoafirmação assumem uma natureza limitadora e, por vezes, fundamentalista. Isso ocorre quando uma minoria tende a buscar o reconhecimento de direitos que vão em direção a retrocessos, influenciada por experiências prévias de impotência¹⁷⁵.

Ao se pressupor que há uma relação de dominação preexistente (como sempre se desenvolveu ao longo da história), a defesa da diversidade cultural – pelas nações que tanto a evitam e pelos organismos internacionais cuja criação se deu diante dessa premissa – deve ocorrer de forma a buscar um equilíbrio entre culturas que se encontram em diferentes patamares dentro de um mesmo espaço territorial.

Esse equilíbrio passa, primeiro, pela legitimidade da ordem jurídica (porque não falar doméstica e internacional), que somente se configura quando assegura igual autonomia para todos os cidadãos. Essa ideia de autonomia, para Habermas¹⁷⁶, ocorre quando os destinatários do direito passam a se entender, também, como *autores do direito*, enquanto

¹⁷² HABERMAS, *op. cit.*, p. 238-239.

¹⁷³ Opressão que decorre no diferente tratamento dispensado às mulheres, homossexuais, indivíduos mestiços, desertores religiosos etc.

¹⁷⁴ SANTOS. **Para uma concepção multicultural dos direitos humanos**, p. 21.

¹⁷⁵ HABERMAS, *op. cit.*, p. 240.

¹⁷⁶ *Op. cit.*, p. 242-243.

participantes de processos legislativos, dos quais derivem regras que não somente mereçam, mas também encontrem concordância geral e motivada pela razão.

Em segundo lugar, deve-se esquecer o prisma de igualdade que supostamente garante a plena liberdade de expressão, religiosa e de consciência a todos, pois arraigada numa utopia universalista que ignora desigualdades econômicas, culturais e sociais, que prevê direitos cuja eficácia não ultrapassa a barreira do formalismo (o que certamente fortalece a maioria). Ou seja, aplicar uma lei (ou, no caso, tratados internacionais) que, em sua essência genérica, desconsidera as diferenças e trata a todos como se estivessem em igualdade culmina num tratamento indubitavelmente discriminatório¹⁷⁷.

Esse movimento se trata de uma “*cidadanização*” democrática e de transformação de relações hierárquicas em relações de cidadania democrática liberal¹⁷⁸. Não se está a tratar, portanto, de uma unificação cultural seguida pelos indivíduos (o que vem se provando impossível), mas sim da possibilidade de “filtrar” e “enquadrar” as reivindicações das minorias na linguagem dos direitos humanos, liberdades individuais e responsabilidade democrática.

Em seus comentários acerca da diversidade cultural na Grã-Bretanha, por exemplo, Yasmin Alibhai-Brown¹⁷⁹ chegou à conclusão de que o “*velho multiculturalismo*” – que não é suficientemente forte, flexível ou mesmo excitante – pode ter suas fronteiras transcendidas por meio da “*cidadania cultural*”, que tem a capacidade de resolver os debates polarizados acerca dos conceitos de diferença e igualdade, por meio dos chamados *binding values*, que servem como parâmetro para uma convivência pacífica entre as mais diversas culturas, ainda que se caminhe para a perda de alguns aspectos da multiculturalidade.

Ao que parece, a noção de diversidade deve abarcar o conceito de cidadania que abraça e conversa – não meramente “tolera” – com as diferenças, partindo do pressuposto de que as nações, ao longo do tempo, têm sido receptivas às minorias, ainda que por meio de

¹⁷⁷ LOPES, Ana Maria DÁvila. **Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo.**

¹⁷⁸ Segundo Kymlicka (em **Multiculturalismo: o sucesso, o fracasso e o futuro**), o multiculturalismo como cidadanização é um projeto profundamente (e intencionalmente) transformador, tanto para as minorias, quanto para as maiorias. Ele requer que tanto os grupos dominantes quanto os historicamente subordinados se engajem em novas práticas, iniciem novos relacionamentos e adotem novos conceitos e discursos – todos aqueles que transformam profundamente as identidades das pessoas.

¹⁷⁹ *The very concept of citizenship has the capacity to transcend these unresolved polarised debates and to start putting into place binding values that we can all agree to live by, even if these lead to some multicultural losses. It may help to push out the boundaries of old multiculturalisms (which are not Strong, flexible or exciting enough) and even older and more tired small island nationalisms. Citizenship values have na axpansiveness wich is indispensable in the modern world.* (ALIBHAI-BROWN, Yasmin. **After multiculturalism.** The Political Quarterly, v. 72, p. 47-56, 2001)

aquisições e conquistas¹⁸⁰. Nessa perspectiva, a construção de uma ponte na qual as relações dialéticas interculturais que se baseiam no primado do respeito à diversidade e dignidade dos indivíduos pode ser parte da resposta para que, na ordem internacional, os direitos humanos possam reverberar, primariamente, no plano constitucional por meio de uma farta previsão de direitos fundamentais que não sejam esvaziados de sentido e eficácia¹⁸¹.

Nota-se que não existem respostas óbvias ou mesmo fáceis para a busca de unidade em um Estado multinação, onde as minorias nacionais encontrem um equilíbrio de pertencimento à sua cultura com uma forte consciência nacional e senso de patriotismo e comprometimento com a nação da qual fazem parte.

Dessa forma, a busca por valores compartilhados deve andar conjuntamente com a identidade compartilhada, sendo essa uma das ferramentas capazes de manter uma nação diversificada unida. Isso é, uma sociedade que é construída sob profunda diversidade muito provavelmente não se manterá unida a não ser que as pessoas valorizem esse mesmo fator ao demonstrarem seu desejo de viver em um país com formas diversas de cultura e partidarização política¹⁸².

Certamente, ainda que a análise realizada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, nos casos em estudo, à luz do contexto interno das nações europeias, ao avaliar razões que justificam a criação de atos governamentais e legislações que sejam disruptivos e violadores de direitos de minorias nacionais, nota-se que o caminho seguido não se demonstra como o mais adequado para atingir a finalidade de cumprir o teor da Convenção Europeia.

Ainda que esses ideais perpassem por uma necessidade de mudança estrutural na forma como a população e os governos lidam com a diversidade cultural (que se encontra em um ponto cujo retorno é deveras complicado), cabe aos organismos e tribunais internacionais que fiscalizam (e fazem cumprir os direitos e liberdades fundamentais) apreciar questões que envolvam direitos de minorias à luz do reconhecimento da pluralidade das nações como

¹⁸⁰ *Idem.*

¹⁸¹ MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Reflexos do Direito Internacional dos Direitos Humanos na proteção aos refugiados: análise do caso brasileiro.** In: TOLEDO, Cláudia Mansani Queda De; CANOTILHO, Mariana Rodrigues; ARNAUD, Wanda Maria de Lemos. (Org.). *Direito internacional dos direitos humanos I.* 01ed. Florianópolis: CONPEDI, 2017, v. 01, p. 30-55.

¹⁸² Em convergência com a ideia de Yasmin Alibhai-Brown de que o velho multiculturalismo não é suficientemente excitante, razão pela qual teria falhado, ao citar Charles Taylor, Kymlicka (em **Multicultural citizenship: a liberal theory of minority right.** Londres: Oxford University Press, 2004. p. 190-191) levanta a sugestão que os cidadãos de um Estado multinação devem considerar excitante e motivo de orgulho o fato de que trabalham juntos para construir uma sociedade que é fundada em profunda diversidades, de sorte que estão dispostos a fazer sacrifícios para mantê-la unida.

implementador de uma cidadania nacional que deriva de valores e identidades compartilhados pelos membros de uma nação¹⁸³.

¹⁸³ *Idem.*

4 A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS E A GARANTIA DE LIBERDADE DE RELIGIÃO

A diversidade cultural, oriunda da miscigenação de povos causados por fenômenos que se alastram pelo mundo, apresenta desafios e tensões sociais que, por sua vez, geram dúvidas acerca da possibilidade de efetivação e adequada aplicação dos direitos e garantias fundamentais previstos nas Convenções Internacionais e consagrados nas Constituições de cada Estado.

A realidade de países como Canadá – que teve de equilibrar três culturas distintas, com a necessidade de adequar território, termos políticos e linguísticos – e Estados Unidos, cuja realidade social é a de incorporação de minorias como imigrantes, descendentes de mexicanos, índios americanos etc.

A miscigenação cultural desses países da América do Norte, no entanto, diverge da que presenciamos no continente sul-americano, notadamente no Brasil, que sofreu com o que Boaventura de Sousa Santos¹⁸⁴ chamou de multiculturalismo colonial (ou conservador), caracterizado por um forte sentimento eurocêntrico, que reconhecia as demais culturas que aqui conviviam (indígenas e africanos) somente para considerá-las como inferiores àquela cultura considerada hegemônica, por parte de seus colonizadores (portugueses).

No continente europeu, por outro lado, a miscigenação cultural se apresenta de formas ainda mais distintas, com um cenário, por vezes, mais hostil às minorias.

Por exemplo, na Alemanha – em uma clara representação do multiculturalismo colonial (conservador) – desenvolveu-se um conceito denominado *Leitkultur*, uma espécie de cultura guia, sob a qual as demais devem se subjugar, caso um indivíduo tenha a intenção de se tornar um cidadão alemão. É, em verdade, um fenômeno neorracista com raízes ligadas ao *Nouvelle Droit* francês, que prega um racismo cultural como forma de subjugar as minorias que habitam naquele território¹⁸⁵.

O multiculturalismo e a diversidade cultural, oriundos de um constante processo de globalização, desafiam as normas já positivadas no âmbito do Direito Internacional (e recepcionadas pelos Estados signatários), tais como o artigo 1º da Convenção Americana sobre

¹⁸⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma concepção multicultural dos direitos humanos**. Contexto internacional, v. 23, n. 1, p. 7-34, 2001.

¹⁸⁵ PAUTZ, Hartwig. **The Politics of Identity in Germany: The Leitkultur Debate**. Race & Class, vol. 46, no. 4, Apr. 2005, pp. 39–52.

Direitos Humanos e o artigo 14º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, que consagram o dever de respeitar os direitos e a proibição de discriminação fundada em sexo, raça, cor, língua, religião, opinião política, origem nacional ou social, pertencimento a uma minoria nacional etc.

A propósito, a luta travada pela defesa dos direitos humanos se desvela num contexto político e cultural. A consequência, em princípio, do reconhecimento da dimensão cultural e (porque não dizer) religiosa, que lhes são inerentes, se traduz no acolhimento de diferenças e de particularidades afetos ao contexto de determinadas culturas¹⁸⁶, sejam elas minoritárias ou não¹⁸⁷.

A realidade, no entanto, é que não há de se falar em diferença e pluralismo cultural sem o choque entre as culturas que convivem, na contemporaneidade, num mesmo espaço geográfico (no âmbito interno dos Estados). Seja pelo aumento da crise migratória (principalmente no continente europeu), ou pelo fenómeno das globalizações – no âmbito sociológico, se deflagra como uma extensão da influência de determinada cultura para todo o globo – observa-se que, apesar da possibilidade de se reconhecer como local uma nova condição social (ainda que sua origem seja externa)¹⁸⁸, a sobreposição cultural é uma realidade.

Em um cenário onde os fenómenos globais influem e criam empecilhos à concretização e cumprimento das regras positivadas relativas aos direitos humanos (mais especificamente, o das minorias) – e enquanto os Estados não criam ferramentas que incentivem o diálogo cultural ou mecanismos de efetivação das mencionadas regras – a atuação das Cortes Internacionais de Direitos Humanos como meio de fiscalização e efetivação das normas constantes nas Convenções Internacionais se desenvolveu de forma a atenuar a falta de acolhimento e proteção, pelo Poder Público interno, de etnias, povos nativos e grupos minoritários.

Como exemplos da falta de efetividade dos Estados em concretizar e conferir eficácia aos direitos inerentes aos seres humanos, notadamente, às minorias, pode-se enumerar

¹⁸⁶ SANTOS, *op. cit.*

¹⁸⁷ Não se pretende, no presente trabalho, utilizar o conceito de minorias tal qual apresentado Francesco Capotorti (no aspecto quantitativo). Utilizar-se-á, para o enquadramento dos casos trazidos o entendimento sob o qual o conceito de minorias leva em consideração o sentimento de “pertença a determinado grupo ou a autoafirmação de identidade”. (SILVEIRA, Rebeca Costa Gadelha; FREITAS, R. C. *Definindo minorias: desafios, tentativas e escolhas para se estabelecer critérios mínimos rumo à conceituação de grupos minoritários*. Revista de Teoria e Filosofia do Estado. Maranhão, v. 3, n. 2, p. 95-116, 2017)

¹⁸⁸ SANTOS, *op. cit.*

uma gama de casos que, ao longo do século XXI, vêm sendo levados ao conhecimento das Cortes Internacionais.

É sintomático, portanto, que, no contexto das Américas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), tenha se debruçado sobre casos que versam sobre o descumprimento de direitos fundamentais garantidos às minorias. A título de exemplo, são emblemáticos os casos González e outras contra o México (que versa sobre violência e discriminação da mulher) e Karen Atala contra o Chile.

Nesse último, levou-se ao conhecimento da Corte IDH o caso de Karen Atala, no qual o Poder Judiciário daquele país determinou que a guarda de seus filhos, após o divórcio dos pais, ficasse com seu genitor, considerando que sua mãe (Atala) havia passado a viver uma relação com outra pessoa do mesmo sexo. No caso, imputou-se ao Estado chileno responsabilização sobre o caso por violação do princípio da igualdade e não discriminação.

Quanto às minorias étnicas, casos como o da comunidade indígena Mayagana Awás Ingni contra a Nicarágua (2001), das comunidades indígenas Yakye Axa (2005) e Xákmok Kásek (2010) contra o Paraguai, demonstram a enorme dificuldade de efetivação das garantias fundamentais de povos nativos, com quem os Estados latino-americanos possuem verdadeira dívida histórica.

No Brasil, por sua vez, em recente julgamento da Corte IDH, proferido no ano de 2018, reconheceu-se a culpa do Estado brasileiro diante da demora e parcial ineficácia do processo administrativo de titulação, demarcação e desintrusão do território indígena Xucuru, porquanto houve inequívoca demora na resolução de diversas ações interpostas por terceiros não indígenas que, como adquirentes de boa-fé, buscavam reaver as terras demarcadas como de propriedade da União para utilização exclusiva daquela comunidade indígena.

Nesse caso específico, muito embora a decisão proferida pela Corte Interamericana tenha, em tese, reconhecido a demora na atuação do Estado brasileiro, no que concerne à demarcação das terras da tribo indígena Xucuru, vislumbra-se uma certa inadequação nos prazos concedidos para a resolução das ações interpostas por terceiros de boa-fé que adquiriram parcelas daquele terreno, por não coincidirem com a demora natural do Poder Judiciário em conferir a prestação jurisdicional aos litigantes.

Na Europa, de modo diverso, muito embora o sistema regional de proteção aos direitos humanos e liberdades fundamentais tenha se transmutado em um instrumento avançado e refinado, do ponto de vista técnico e jurídico – tanto no seio do Tribunal Europeu de Direitos

Humanos, quanto no da União Europeia – em numeradas ocasiões, a Corte responsável por fiscalizar o cumprimento das normas contidas na Convenção Europeia de Direitos Humanos, por meio de seu poder de Órgão Julgador, não contribuiu para a proteção das minorias em casos de supressão de garantias fundamentais previstas para aqueles grupos.

É o caso de Soisle Lautsi e seus dois filhos (Dataico e Sami Albertin) contra a Itália, que, com origem muçulmana, contestaram a colocação de crucifixos em cada uma das salas de aula da escola onde Dataico e Sami estudavam. Após a contestação perante o conselho do Instituto não gerar frutos, o caso foi levado à Corte Administrativa de Veneto, sob o argumento de violação ao princípio do secularismo (laicidade) do Estado, bem como dos artigos 3 (princípio da igualdade), 19 (liberdade de religião) e 92 (imparcialidade das autoridades administrativas) da Constituição Italiana, bem como do art. 9 da CEDH. No entanto, sem sucesso.

Esgotadas as vias de reclamação judiciais domésticas, a denunciante e seus filhos apresentaram uma queixa perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, com base no descumprimento do art. 2 do Protocolo de nº 1, no que concerne à violação do direito à educação, bem como ao art. 9º da Convenção, consubstanciado no direito à liberdade de pensamento, consciência e religião.

Resultado: quando levado ao conhecimento da Corte Europeia de Direitos Humanos, esse Tribunal decidiu, por 15 votos contra 2, que a exposição dos crucifixos nas salas de aula das escolas italianas não violava o direito à liberdade de educação, considerando que não traria prejuízos aos pais, que ainda teriam o direito a criar seus filhos seguindo suas próprias convicções religiosas. Via de consequência, a liberdade de pensamento, religião e crença também não seria violada.

Em um continente como o europeu, onde há uma verdadeira ebulição cultural que, por vezes, coloca em xeque a relação pacífica entre os Estados e as minorias que ali residem, diferente não foi o caminho adotado pelo Tribunal Europeu no caso S.A.S. contra a França.

Com a entrada em vigor da Lei nº 2010-1192, de 11 de outubro de 2010, que proibia a utilização de qualquer vestimenta que ocultasse integralmente a face de uma pessoa, eis que uma jovem francesa de origem muçulmana recorreu ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos a fim de buscar o reconhecimento da incompatibilidade da legislação francesa com os artigos 3, 8, 9, 10, 11 e 14 da CEDH.

Mencionado descumprimento era oriundo da impossibilidade de utilização do véu integral (burca e *niqab*) – assim como era professado na fé muçulmana - nos espaços públicos e privados, ferindo a garantia de manifestação de sua crença religiosa.

Recebida em parte a denúncia, a Corte Europeia se debruçou sobre o caso e avaliou os argumentos trazidos pela jovem francesa e pelo governo francês, cuja defesa partiu de um pressuposto no qual a utilização do véu integral, por mulheres muçulmanas, significava uma representação de opressão e desigualdade entre homens e mulheres, que não encontrava amparo nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade que guiam a República francesa¹⁸⁹, o que afetaria frontalmente os princípios do *vivre ensemble*, que se tratam dos supostos requisitos mínimos para conviver em sociedade.

Assim, sopesando os argumentos apresentados pelo Estado francês, a Corte Europeia entendeu que os valores da sociedade (o *vivre ensemble*) se trata de uma maneira de tentar manter a ordem pública e a vida comunitária, o que seria comprometido pela utilização do *niqab*. Assim, por 15 votos contra 2, decidiu a Corte (de forma controversa) que a Lei nº 2010-1192 não violou qualquer dispositivo da Convenção Europeia de Direitos Humanos, mantendo sua eficácia no território francês.

Em caminho similar, mas se utilizando de fundamentação diversa, o Tribunal Europeu se debruçou sobre o caso de Leyla Sahin, estudante turca que ingressou com uma reclamação perante a Corte em razão da proibição do uso do véu Islâmico na Universidade de Istambul, onde cursou medicina.

Nesse caso, o TEDH colocou em oposição, de um lado, o princípio do secularismo e as garantias de igualdade e não discriminação, e, de outro, a garantia de liberdade religiosa. Como resultado, chegou à conclusão de que a utilização do véu Islâmico ia de encontro à laicidade do Estado turco, bem como implicava na garantia de igualdade entre homens e mulheres, na medida em que o uso da vestimenta consubstanciava na submissão das mulheres ao ideário de uma sociedade eminentemente patriarcal.

Diferentemente da questão latino-americana, na Europa se enfrenta cada vez mais o que muitos consideram como avanço da influência islâmica sobre os países, que muito se

¹⁸⁹ LOI n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public - EXPOSÉ DES MOTIFS – tradução livre do autor. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000022234691/?detailType=EXPOSE_MOTIFS&detailId=.

deve, também, à crise de refugiados e a constante imigração de pessoas de origem islâmica em direção aos Estados daquele continente.

A avaliação de cada um dos casos aqui citados – que representam meros arranhões na superfície de inúmeros descumprimentos diários de garantias fundamentais de minorias – culmina no inafastável reconhecimento de que um olhar de maior acuidade a teorias como o multiculturalismo, que tão antigo quanto a humanidade, se desenvolve ao redor do reconhecimento de que diferentes culturas hão de conviver de forma pacífica em um mesmo território.

Em um mundo de constantes mudanças, que se iniciaram após a Segunda Guerra mundial, quando a estratificação de uma relação cultural hierarquizada com base na diversidade étnico-cultural e religiosa, principalmente de uma forma não democrática, justificou a ideologia racista que pregava a superioridade de um determinado povo sobre os demais (na Alemanha), não há que se falar em retrocesso na análise dos próprios mecanismos criados com intuito de proteger as garantias fundamentais de minorias (Declaração Universal de Direitos Humanos e os instrumentos regionais que daí derivaram).

Eis o paradoxo: reconhecer os direitos humanos implica no reconhecimento das diferenças culturais, algo que vai de encontro ao conceito de “assimilação” cultural e pavimentação de uma cultura guia (principal) – naturalmente seguida pelas majorias – o que, como bem observado dos casos em recorte, representa uma certa parametrização cultural, que vem sendo adotada pelos Estados, e um rompimento com instrumentos protetores das garantias e liberdades fundamentais que se comprometeram a cumprir.

O ciclo de não cumprimento daqueles instrumentos – que decorre de uma doutrina cultural eurocentrista – pode ser atribuído a inúmeros motivos, como o processo de globalização (do qual não pode se dissociar o multiculturalismo), avanço de ideários de extrema direita e nacionalismo ao redor do mundo – cada vez mais reforçados diante da crise econômica mundial que afeta o estado de bem estar social que passou a ser o objetivo das nações após a eclosão da Segunda Guerra Mundial - não fornecem escolha aquele indivíduo que, como minoria, deve se submeter aos padrões culturais pré-estabelecidos pela maioria, com o único objetivo de se adequar à vida em sociedade.

Apesar da gradual evolução (e, de certa forma, do refinamento) do sistema regional europeu de proteção aos direitos e liberdades fundamentais, percebe-se, ainda, um certo distanciamento daquilo que é definitivamente pregado pela CEDH (e pela CDFUE) e o

entendimento do TEDH em casos específicos que envolvem a violação de direitos de determinados grupos minoritários.

Ora, ainda que se possa dizer que, no plano internacional (o que é uma das premissas básicas da integração perseguida pela criação do Conselho da Europa e da União Europeia), devido ao intenso processo de globalização e de miscigenação cultural, não mais é possível que a soberania atue como uma espécie de barreira a ponto de mitigar o direito de minorias estabelecido na ordem jurídica internacional, no entanto, todo Estado (internamente), até certo ponto, detém a autonomia e o poder absoluto para gerir seu próprio território¹⁹⁰. Ao menos é o que vem sendo contemporaneamente reconhecido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Como consequência dessa interação e miscigenação cultural (multiculturalismo), observa-se que os países de cultura dominante, em um claro exercício de seu poder soberano, primeiro, reconhecem a existência de outras culturas para, posteriormente, afirmarem sua inferioridade¹⁹¹.

A tendência é que surjam cada vez mais casos originados em razão do conflito de culturas que afetam os direitos inerentes à condição de ser humano, de modo que indivíduos pertencentes a minorias sofrem com uma atuação predatória do Estado, levando a casos que chegam ao conhecimento das Cortes Internacionais, com o intuito de garantir a efetivação e cumprimento de direitos fundamentais previstos nas Convenções internacionais e nas Constituições.

Eis, então, a necessidade de abordar, nomeadamente, parte dos casos ora citados, a fim de que, com o recorte jurisprudencial do Tribunal Europeu de Direitos Humanos – cujo desenvolvimento histórico já se tratou no capítulo anterior do presente trabalho – abra-se um diálogo entre as razões pelas quais o descumprimento de direitos de minorias vem se tornando uma constante nos países signatários das Convenções, e a efetividade da atuação daqueles organismos, como representantes do reconhecimento da diversidade como meio de proteção dos direitos fundamentais das minorias religiosas.

¹⁹⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

¹⁹¹ É uma cultura universal como toda cultura eurocêntrica de tradição e é ela que resume em si mesma tudo o que melhor foi dito ou pensado no mundo em geral. E, como tal, tem o direito a esta universalidade, tem o direito de se impor, não tem particularismos e, quando muito, pode ser enriquecida por adições de outras culturas (como a própria pintura moderna do princípio do século, que tem bastante adições da cultura africana, não para reconhecer a cultura africana enquanto tal, mas transformando a cultura africana numa matéria-prima e num motivo que pudesse depois ser transformada em termos de alta cultura, a única digna de nome neste período). (GANDIN, L. A.; HYPÓLITO, Á. M. **Dilemas de nosso tempo: globalização, multiculturalismo e conhecimento**. (entrevista com Boaventura de Souza Santos), Currículo sem fronteiras, v. 3, n. 2, p. 5-23, jul./dez 2003)

4.1 O Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a violação do direito de minorias religiosas

Fundamentado no descumprimento dos dispositivos que garantem a liberdade de expressão religiosa, os casos *Lautsi v. Itália*, *S.A.S v. França* e *Sahin v. Turquia* são fortes exemplos de como garantias de culturas minoritárias são tratados com outro olhar pelo TEDH, o que nos faz lançar um olhar de ressalva sobre o entendimento daquela Corte. Formula-se, então, o seguinte questionamento: afinal, há um tratamento igualitário para as culturas minoritárias, ou mesmo o reconhecimento da pluralidade e de suas diferenças, no âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos?

4.1.1 O caso *Lautsi v. Itália*

Os queixosos eram Soisle Lautsi e seus dois filhos, Dataico e Sami Albertin, que residem na Itália. Os filhos da primeira aplicante estudavam em uma escola estatal em Abano Terme (Istituto Comprensivo Statale Vittorino da Feltre), onde um crucifixo era fixado na parede de cada uma das salas de aula da escola.

A fixação de símbolos religiosos, na ocasião, foi objeto de contestação pelo marido de Soisle Lautsi em uma reunião com a diretoria da escola, no entanto, seu pedido para remoção dos crucifixos foi negado após uma decisão por parte do conselho do Instituto, que os manteve fixados.

Ao atentar para uma possível violação do princípio do secularismo (laicidade) do Estado, bem como dos artigos 3 (princípio da igualdade), 19 (liberdade de religião) e 92 (imparcialidade das autoridades administrativas) da Constituição Italiana, bem como do art. 9 da CEDH, Soisle Lautsi iniciou uma contenda na Corte Administrativa de Veneto, a fim de garantir a remoção dos símbolos religiosos das salas de aula do *Istituto comprensivo statale Vittorino da Feltre*.

Em defesa da manutenção dos crucifixos nas salas de aula do Instituto, o Ministro da Educação, Universidades e Pesquisa arguiu que a contenda movida na Corte Administrativa de Veneto era infundada, a considerar que a fixação dos símbolos religiosos era baseada no art. 118 do Decreto Real nº 965, de 30 de abril de 1934, bem como no art. 119 do Decreto Real nº 1297, de 26 de abril de 1928.

Em março de 2005, a Corte decidiu que, muito embora o princípio do secularismo seja parte considerável da herança legal da Europa e das democracias ocidentais, em

conformidade com o teor dos dispositivos suscitados pelo representante do Governo Italiano, a presença de crucifixos nas salas de aula das escolas estatais não ofendia a laicidade do Estado, isso porque esses símbolos, em tese, representavam o Cristianismo em geral, ao invés de simplesmente se caracterizarem como emblemas do Catolicismo. Destacou, também, que o crucifixo era uma representação histórica e cultural, identitária do povo italiano, que consubstanciava “de certa forma, o desenvolvimento histórico e cultural característico” da Itália e, em geral, da Europa.

Posteriormente, a apelação ao *Consiglio di Stato* (Suprema Corte Administrativa) teve como resultado o reconhecimento de que a manutenção dos crucifixos nas salas de aula de escolas estatais respeitava o art. 118 do Decreto Real nº 965, de 30 de abril de 1934, bem como no art. 119 do Decreto Real nº 1297, de 26 de abril de 1928. Foi além ao mencionar que o simbolismo por trás daqueles crucifixos era compatível com o princípio do secularismo (que estavam arraigados à própria origem dos valores do Cristianismo), sendo uma característica cultural da civilização italiana em si.

Esgotadas as vias de reclamação judiciais domésticas, a denunciante e seus filhos apresentaram uma queixa perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, com base no descumprimento do art. 2 do Protocolo de nº 1, no que concerne à violação do direito à educação, bem como ao art. 9º da Convenção, consubstanciado no direito a liberdade de pensamento, consciência e religião.

Após as apresentações de ponderações por parte das entidades interessadas, o caso foi trazido ao conhecimento da Corte, que analisou o pedido veiculado pelos denunciante sob o prisma da compatibilidade com os requisitos contidos no artigo 2 do Protocolo de nº 1, e com aqueles presentes no artigo 9 da CEDH¹⁹², de modo que seu julgamento não seria guiado pela análise do princípio do secularismo assim como entendido pela Constituição italiana.

¹⁹² CEDH - 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 colectivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.

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

Protocolo nº 1 - Artigo 2º Direito à instrução

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.

Isso significa que o caso deveria ser analisado de forma a manter em vista que a liberdade de religião entabulada no artigo 9º da CEDH, a ser garantida pelos Estados signatários da Convenção, deve observar, necessariamente, o respeito do “*direito dos pais a assegurar*” a educação e o ensino em conformidade com suas “*convicções religiosas e filosóficas*”, englobando, também a liberdade religiosa no sentido de “*não pertencimento*” a uma religião.

No cenário apresentado pela Corte, observa-se uma preocupação da análise do caso à luz da ideia de que os Estados signatários estão fadados a agirem de forma “*neutra e imparcial*”, de modo a garantir não só a liberdade de religião dos cidadãos, mas também o direito (a eles concedido) de educar seus filhos com base nas crenças de uma religião específica (no caso, o Islamismo), sem que eventual manifestação religiosa (com base na crença predominante, praticada pela maioria), por parte dos Órgãos vinculados ao Estado, interferisse naquelas garantias¹⁹³.

Por sua vez, a análise do caso reconheceu que a Itália, enquanto signatária da CEDH, deveria respeitar o contexto apresentado pelo art. 2º do Protocolo nº 1 não somente por intermédio da construção de uma matriz curricular (nas instituições de ensino estatal) que garantisse o respeito às crenças religiosas e filosóficas de grupos minoritários, mas também por meio da própria organização de um ambiente escolar, contexto no qual a presença dos crucifixos se insere (como um dever assumido pelo Estado, associado ao próprio direito à educação).

Apesar das considerações apresentadas pela Corte, entendeu-se, por meio da oposição de diversas considerações que garantem que a atuação do Estado quanto à decisão da colocação (ou não) de símbolos religiosos (vinculados a uma crença específica) nos institutos de educação a ele vinculados não violava a margem de apreciação e de atuação a ele conferida pelo artigo 2º do Protocolo de nº 1.

Por outro lado, em que pese o reconhecimento de que o Cristianismo se afigura como religião preponderante no estado Italiano e de que a colocação de símbolos, que lhe são característicos, nas escolas vinculadas ao Estado poderiam, eventualmente, figurar como um desrespeito às crenças dos pais dos alunos que não estão alinhados com os princípios religiosos

¹⁹³ In that connection, it should be pointed out that States have responsibility for ensuring, neutrally and impartially, the exercise of various religions, faiths and beliefs. Their role is to help maintain public order, religious harmony and tolerance in a democratic society, particularly between opposing groups (see, for example, *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, § 107, ECHR 2005-XI). That concerns both relations between believers and non-believers and relations between the adherents of various religions, faiths and beliefs. [...] The State is forbidden to pursue an aim of indoctrination that might be considered as not respecting parents' religious and philosophical convictions. That is the limit that the States must not exceed (see judgments cited above in this paragraph, §§ 53, 84 (h) and 52 respectively). (*Caso Lautsi v. Itália*, Corte Europeia de Direitos Humanos)

vinculados às tradições da maioria, não haveria prova de que um crucifixo, por si só, seria uma forma de doutrinação capaz de gerar uma ruptura com os princípios e valores objeto de uma crença diferente (caso do Islamismo).

A colocação de crucifixos nas salas de aula se afiguraria como a aposição de um “*símbolo passivo*” (assim como reconhecido pela *Grand Chamber* do Tribunal), de modo que não ofereceria uma influência considerável nos alunos, se comparadas a eventual incursão em um discurso didático ou participação em atividades religiosas afetas ao Cristianismo.

Como forma de fundamentar a decisão, o Tribunal, inclusive, traça um paralelo com o Caso *Dahlab v. Suíça*, onde a Corte considerou como compatível com a CEDH a proibição, pelas autoridades suíças, da utilização do véu islâmico pela denunciante (professora de uma instituição estatal), enquanto lecionava, como forma de proteger as crenças religiosas dos alunos (que possuíam tenra idade) e de seus pais, garantindo a neutralidade e a imparcialidade estatal quanto à garantia de educação prevista no artigo 2º do Protocolo nº 1.

Ainda que se perceba um tratamento diferenciado quanto à possibilidade (ou não) da utilização, pelos Estados signatários da CEDH, de símbolos das duas religiões colocadas sob análise do Tribunal (Cristianismo e Islamismo), seu entendimento enveredou para o fato de que, quando se trata da colocação de crucifixos nas salas de aula dos institutos educacionais vinculados ao Estado italiano, não se observa uma ruptura do direito dos pais dos alunos a lhes clarificar e aconselhar o atendimento à doutrina religiosa a que pertencem.

4.1.2 O caso S.A.S. v. França

O Caso de S.A.S contra o Estado francês teve sua origem após a entrada em vigor da Lei nº 2010-1192, de 11 de outubro de 2010, momento a partir do qual, em toda a França, proibiu-se, nos espaços públicos, a utilização de qualquer vestimenta que ocultasse integralmente a face de uma pessoa.

Nessa ocasião, uma francesa protocolou uma denúncia no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em que arguiu o banimento de vestimenta dessa natureza, a qual lhe privava da utilização do véu integral (burca e *niqab*) em conformidade com a fé muçulmana, o que acarretava a violação do teor dos artigos 3, 8, 9, 10, 11 e 14 da CEDH. Portanto, a questão colocada sob análise do Tribunal haveria de discutir se a proibição da utilização, em público, das vestes islâmicas acarretaria o descumprimento das garantias à liberdade de pensamento,

consciência, de religião, bem como da liberdade de reunião e de associação, ou mesmo um descumprimento à vedação da discriminação¹⁹⁴, pelos Estados signatários.

A tese apresentada fundamentou-se no argumento de que a utilização, pela denunciante, da burca e do *niqab* acontecia de acordo com sua fé, cultura e convicções pessoais, tendo sido enfatizado que nem seu marido ou qualquer outro familiar a pressionavam a se vestir daquela maneira. Assim, as vestes eram por ela utilizadas em público e em sua vida privada, mas não de forma sistemática, de forma que não se sentia obrigada a vesti-las a todos os momentos.

Assim, a edição e aprovação da legislação, pelo Estado francês, conseqüentemente, lhe privavam da liberdade de se vestir com a burca e o *niqab* de acordo com sua livre escolha e vontade de expressar sua religião, fé e cultura. O que se revestiria como uma ação que não buscava incomodar terceiros, mas, tão somente, manter a paz interior, de sorte que denunciante não se oporia acaso houvesse a necessidade de removê-las para fins de conferência de sua identidade, seja em aeroportos, órgãos públicos ou em ocasiões de revistas pessoais.

Superadas as questões preliminares eventualmente arguidas pelos representantes do Estado francês (possibilidade de caracterização da denunciante como vítima, à luz do art. 34 da CEDH, de abuso do direito individual de petição perante o Tribunal e o não esgotamento das vias judiciais domésticas), a Corte Europeia tratou, separadamente, acerca da admissibilidade dos termos da denúncia, debruçando-se sobre quais dispositivos da CEDH poderiam ser eventualmente violados pela legislação colocada em xeque.

Ao analisar os aspectos da denúncia que foram declaradas como admissíveis¹⁹⁵, o Tribunal coloca em evidência o fato de que a medida que emanou do Poder Público francês – que restringia a escolha de eventual utilização de uma vestimenta específica, como consequência de um traço cultural ou religioso – em princípio, poderia constituir uma interferência (ou mesmo limitação) às garantias de respeito à vida privada e de manifestação religiosa, à luz dos artigos 8 e 9, da CEDH.

¹⁹⁴ Fundada em sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou mesmo ao pertencimento a uma minoria nacional.

¹⁹⁵ Antes de receber a denúncia com base na fundamentação que alegava a violação das garantias dispostas nos artigos 8 (espeito pela vida privada e familiar), 9 (liberdade de pensamento, de consciência e de religião) e 10 (liberdade de expressão) da Convenção, o Tribunal entendeu que o nível mínimo de severidade da pena pelo descumprimento da lei (multa que poderia ser substituída por um curso de cidadania obrigatório) não culminaria no descumprimento do artigo 3, bem como considerou como inadmissível a denúncia quanto ao descumprimento do artigo 11 da Convenção (que trata da liberdade de reunião e associação), ao ponderar que a denunciante não indicou como a proibição trazida pela Lei ocasionaria seu direito à associação, gerando discriminação em seu desfavor, no que concerne ao gozo daquela garantia.

Ademais, ao traçar um paralelo com outros casos (cuja similaridade justificava a comparação)¹⁹⁶, no entanto, o Tribunal fez transparecer que a fundamentação legal e as razões que justificavam a violação do art. 9 da CEDH – apresentadas pela denunciante – não encontravam concatenação com o real intento da legislação francesa colocada em debate. Isso porque se levou em consideração que, diferentemente de outras leis de cunho similar em vigor no continente europeu, aquela em vigor na França não impedia a utilização do *niqab* e da burca com base na suposição de que as mulheres eram coagidas a vesti-los¹⁹⁷.

Portanto, a análise da compatibilidade da lei com o disposto no artigo 9 da Convenção seria realizada sob o seguinte ponto de vista: a interferência na vida dos particulares, causada pela lei, era “*necessária numa sociedade democrática*” ou era um meio de garantir a “*proteção dos direitos e liberdades de outros*”¹⁹⁸? Enquanto o Tribunal entendeu que o banimento da utilização do véu não se adequa aos princípios de uma sociedade democrática¹⁹⁹ - pois as mulheres diretamente afetadas pelas novas determinações estatais eram obrigadas a desistir, completamente, de um elemento de sua identidade que consideravam importantes – argumentou que cabia aos Estados signatários da Convenção a atribuição de regulamentar a forma com a qual os indivíduos poderiam conviver nos espaços públicos²⁰⁰.

Assim, muito embora o banimento do uso do véu integral pudesse ocasionar impactos negativos nas mulheres afetadas, limitando sua liberdade e autonomia de manifestar suas crenças religiosas, o escopo da lei era impedir sua utilização nos espaços públicos,

¹⁹⁶ Kurtulmuş v. Turquia, Köse e Outros v. Turquia, Leyla Şahin v. Turquia, Ahmet Arslan e Outros v. Turquia.

¹⁹⁷ A bem da verdade, a Lei n° 2010-1192, de 11 de outubro de 2010, contém uma “exposição de motivos” que apresentava as razões que justificavam o banimento da utilização do véu integral em espaços públicos: “A França nunca é tanto ela mesma, fiel à sua história, seu destino, sua imagem, quanto quando se une em torno dos valores da República: liberdade, igualdade, fraternidade. Esses valores constituem a pedra fundamental de nossa aliança social; garantem a coesão da Nação; sustentam o princípio de respeito pela dignidade dos indivíduos e pela igualdade entre homens e mulheres. Estes são os valores hoje questionados pelo desenvolvimento da ocultação do rosto em lugares públicos, em particular pelo uso do véu integral. [...] Mesmo que o fenômeno, no momento, se mantenha à margem da sociedade, o uso do véu completo é a manifestação sectária de uma rejeição dos valores da República. Voltando a negar o pertencimento à sociedade das pessoas em questão, a ocultação do rosto no espaço público é portadora de uma violência simbólica e desumanizante, que atinge o corpo social. [...] A ocultação voluntária e sistemática do rosto é problemática porque é simplesmente incompatível com os requisitos fundamentais do “viver juntos” em Sociedade francesa. [...] A ocultação sistemática do rosto em locais públicos, contrariando o ideal de fraternidade, também fica aquém do requisito mínimo de civilidade que é necessário para interação social. [...] Por fim, no caso do uso véu completo, apenas por mulheres, daí decorre o atentado à dignidade das pessoas, que anda de mãos dadas com a manifestação pública de uma recusa ostensiva da igualdade entre homens e mulheres”. (*LOI n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public - EXPOSÉ DES MOTIFS* – tradução livre do autor.)

¹⁹⁸ Corte Europeia de Direitos Humanos, Caso *S.A.S v. França*.

¹⁹⁹ Ao menos no que concerne como medida proporcional ao objetivo levantado pelo Estado francês: a segurança pública.

²⁰⁰ *Consequently, the Court finds that the impugned ban can be regarded as justified in its principle solely in so far as it seeks to guarantee the conditions of “living together”*. (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Caso *S.A.S v. França*)

aplicando-se, tão somente, a vestimentas que tivessem o efeito de ocultar a face dos indivíduos, sem se basear, ao menos de forma expressa, na conotação religiosa oriunda do véu integral.

A linha de raciocínio traçada pelo Tribunal chega a um ponto nodal: a de que, diversamente das alegações apresentadas pela denunciante e terceiros intervenientes, o banimento da utilização do véu integral – ainda que decorrente da intenção estatal de, supostamente, proteger a segurança e a ordem pública e o princípio do “*viver em sociedade*” – não afetaria o pluralismo característico da sociedade francesa. A conclusão de que a justificativa do Estado francês, consubstanciada na busca de uma forma de garantir proteção à interação entre indivíduos, é essencial não somente para a expressão do pluralismo, mas também de tolerância característicos de uma sociedade democrática, nos parece deveras contraditória.

O banimento de um traço cultural afeto a uma minoria demonstra situação diametralmente oposta, que culmina no reconhecimento de que, para pertencer a uma sociedade cujos costumes e ideais lhes sejam consideravelmente estranhos, uma cultura minoritária deve abdicar de crenças que são arraigadas em seu íntimo, características e condições estritamente necessárias para o exercício dos direitos expressados nos artigos 8 e 9 da Convenção.

As questões ora pontuadas se encontram em desacordo frontal com as conclusões adotadas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (que culminaram no improvimento da denúncia apresentada), isso porque não se entende o banimento de um traço cultural específico – afeto a uma porção minoritária da população francesa – como uma medida “*necessária numa sociedade democrática*”, como forma de garantir a “*proteção dos direitos e liberdades de outros*”, do qual deriva o princípio do “*viver em sociedade*”²⁰¹.

É das conclusões obtidas pelo Tribunal que partem as pressuposições do presente debate, principalmente sob o ponto de vista pluralista que se busca aplicar às sociedades, enquanto ambientes de expressão do pluralismo cultural, cujos caminhos e intrincadas conclusões, provavelmente, rechaçariam os argumentos lançados pelo Tribunal Europeu.

4.1.3 O caso *Sahin v. Turquia*

É de valia destacar as considerações do Tribunal Europeu quando reconhece que, não diferente de outras nações europeias – em um país que detinha, em determinado momento, o Islã como religião oficial do Estado, e que, em um movimento concatenado com a

²⁰¹ Caso *S.A.S v. França*. Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

democratização de inúmeros países ao redor do mundo – a Turquia, na emenda constitucional de 5 de fevereiro de 1937, adotou o princípio do secularismo como base de sua República²⁰². Esse reconhecimento não deixa de ponderar, no entanto, que a partir dos anos 1980, a utilização do véu Islâmico nas escolas e Universidades daquele país passa a ocorrer de maneira crescente, levando a um debate entre aqueles que partem do princípio de que o hábito não passa de uma forma de expressão de identidade religiosa, e outros (adotantes do princípio do secularismo) que entendem ser sua utilização um símbolo do Islamismo político²⁰³.

Desde 1981, veio à tona, na Turquia, a regulamentação que tratava da vestimenta de estudantes e do estafe de escolas, a qual proibia a utilização do véu. Esse regramento foi originalmente seguido pelo Alto Conselho de Educação (em 1982) e mantido pela Corte Administrativa Suprema do país²⁰⁴, não somente como uma forma de proteger a laicidade do Estado, mas também para promover a igualdade de gêneros. Muito embora, em 1988, o Parlamento tenha suavizado as determinações pretéritas a fim de permitir a utilização do véu Islâmico em universidades – desde que limitado a cobrir a cabeça e o pescoço – a Corte Constitucional da Turquia se manifestou no sentido de declarar que a lei violava os princípios do secularismo, igualdade perante a lei e liberdade de religião²⁰⁵.

Por fim, é importante contextualizar o entendimento do Tribunal Europeu: haja vista que a Corte se manifestou no sentido de reconhecer que, ao redor do continente, a questão da utilização do véu Islâmico englobava uma discussão travada nas escolas primária e secundária, unicamente. Sob diferente ótica, em países como Turquia, Azerbaijão e Albânia (predominantemente muçulmanos), sua utilização superava a mera questão da liberdade individual (o que derivava do significado político do véu), considerados os únicos países membros da Convenção que introduziram o banimento da vestimenta, também, nas universidades²⁰⁶.

Foi nesse contexto que Leyla Sahin, vinda de uma família que seguia a tradição de praticar a religião Muçulmana por meio da utilização do véu Islâmico (o que fez durante os

²⁰² SOCHACZEWSKI, Monique. De Atatürk a Erdoğan: A República da Turquia em três tempos. *Malala*, v. 6, n. 9, p. 70-90, 2018.

²⁰³ *Caso Sahin. v. Turquia*. Tribunal Europeu de Direitos Humanos, p. 9.

²⁰⁴ O reconhecimento de que a utilização do véu islâmico se traduzia como o símbolo de uma visão que passava a ser contrária à garantia de liberdade das mulheres e os princípios fundamentais da República que se formava desde a abolição do Califado, nos anos 1920.

²⁰⁵ REBOUCHE, Rachel. The substance of substantive equality: gender equality and Turkey's headscarf debate. *Am. U. Int'l L. Rev.*, v. 24, p. 711-737, 2008. Aqui a autora traça a consideração de que a lei que entrava em vigor trazia destaque e regulava (autorizava) a utilização a um símbolo religioso (o véu), ao invés de se manter neutra em relação a todas as formas de expressão religiosa.

²⁰⁶ *Caso Sahin. v. Turquia*. Tribunal Europeu de Direitos Humanos, p. 14.

quatro anos do seu curso de medicina na Faculdade de Medicina da Universidade de Bursa) se deparou com a impossibilidade de utilizá-lo quando se matriculou para cursar o quinto ano na Faculdade de Medicina de Cerrahpaşa, da Universidade de Istambul.

Em fevereiro de 1998, o Vice-Chanceler da Universidade publicou uma circular²⁰⁷ que vedava – com base na Constituição, na lei e suas regulações (que encontravam guarida no entendimento da Corte e da Comissão Europeia de Direitos humanos) – a participação, em aulas, cursos e tutoriais, de estudantes que tivessem barba e cujas cabeças estivessem cobertas (presumidamente, aquelas que utilizavam o véu Islâmico).

Como consequência, Leyla Sahin, muito embora ciente da publicação daquela circular, teve acesso negado, em quatro ocasiões diferentes (duas vezes em março de 1998, em abril de 1998 e em junho de 1998), à realização de provas e matrículas em disciplinas diversas, levando em consideração sua recusa a abandonar a utilização da vestimenta.

As contínuas recusas e negativas de participação em exames escritos e matrículas em disciplinas, fizeram com que, durante o mês de julho de 1998, Leyla Sahin ingressasse, no âmbito da Corte Administrativa de Istambul, com uma aplicação requerendo o desfazimento da circular do Vice-Chanceler da Universidade de Istanbul, com base no descumprimento dos direitos garantidos pelos artigos 8, 9 e 14, e do artigo 2 do Protocolo de nº 1, todos da Convenção.

Na sessão de julgamento daquela súplica, ocorrida em março de 1999, a Corte Administrativa negou provimento aos termos da aplicação, suscitando que o Vice-Chanceler, enquanto órgão executivo, tinha como atribuição regular a vestimenta dos estudantes com o objetivo de manter a ordem, de sorte que nenhum dos regramentos em vigor na Universidade de Istambul poderia ser considerado ilegal (decisão que foi posteriormente mantida pela Corte Administrativa Suprema, no ano de 2001).

²⁰⁷ By virtue of the Constitution, the law and regulations, and in accordance with the case-law of the Supreme Administrative Court and the European Commission of Human Rights and the resolutions adopted by the university administrative boards, students whose ‘heads are covered’ (who wear the Islamic headscarf) and students (including overseas students) with beards must not be admitted to lectures, courses or tutorials. Consequently, the name and number of any student with a beard or wearing the Islamic headscarf must not be added to the lists of registered students. However, students who insist on attending tutorials and entering lecture theatres although their names and numbers are not on the lists must be advised of the position and, should they refuse to leave, their names and numbers must be taken and they must be informed that they are not entitled to attend lectures. If they refuse to leave the lecture theatre, the teacher shall record the incident in a report explaining why it was not possible to give the lecture and shall bring the incident to the attention of the university authorities as a matter of urgency so that disciplinary measures can be taken. (*Caso Sahin. v. Turquia*. Tribunal Europeu de Direitos Humanos)

As negativas administrativas e judiciais, no sentido de reconhecer o descumprimento aos dispositivos da Convenção, motivaram a saída de Leyla Sahin (que, inclusive, teve seu direito de se matricular suspenso pelo período de um semestre, como conseqüência de sua recusa em se submeter à circular até então em vigor na Faculdade de Medicina de Cerrahpaşa – fato que ocorreu após uma audiência realizada em 13 de abril de 1999) da Universidade de Istambul, vindo-se obrigada continuar seus estudos na Universidade de Vienna, na Áustria.

Foi então que Leyla Sahin ingressou com sua denúncia perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, utilizando-se da argumentação no sentido de que o artigo 9 da Convenção impedia o banimento da utilização do véu Islâmico em instituições de ensino superior. Medida essa que era constituída como uma “*interferência injustificada na garantia de liberdade de religião, em particular, seu direito de manifestar sua religião*”²⁰⁸.

O Tribunal, então, analisou sua aplicação sob o seguinte prisma: (1) se houve interferência na garantia do artigo 9 da Convenção, por meio do banimento da utilização do véu islâmico em instituições de ensino superior, e, se fosse o caso, (2) se essa interferência possuía um objetivo legítimo (“*previsão legal*”), e se era considerada como (3) “*necessária em uma sociedade democrática*”, dentro do escopo do artigo 9, §2º, da Convenção²⁰⁹.

Sob primeiro prisma de análise, de um lado Leyla Sahin apoiou seus questionamentos na ausência de previsão legal que autorizasse o banimento específico da utilização do véu islâmico (muito embora reconhecesse a existência de precedentes acerca do assunto no âmbito da Corte Constitucional, bem como os inúmeros debates levantados desde os anos 1980 na Turquia); de outro, o Tribunal Europeu observou que a interpretação do termo “*lei*”, ao longo de sua jurisprudência, era realizada em seu sentido “*substantivo*” e não “*formal*”. Forçosamente, apesar da ausência de previsão legal para o banimento, toda a análise da Corte acerca dos argumentos apresentados seria feita por meio da interpretação de que o termo “*lei*” (aqui levando em consideração uma normatização interna que autorizasse a proibição do véu Islâmico nas instituições de ensino superior) se tratava de toda e qualquer previsão que tomasse por base um regramento em conformidade com o “*entendimento das cortes competentes*” em casos relevantes, como também no previsto na seção transicional 17 da Lei nº 2547²¹⁰.

²⁰⁸ *Caso Sahin. v. Turquia*. Tribunal Europeu de Direitos Humanos, p. 17-18.

²⁰⁹ *Idem*, p. 18-19.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 21.

Sob o segundo prisma de análise, a suplicante levantou o argumento no qual a estrutura do Poder Judiciário e do sistema universitário na Turquia foram estratificados pelos sucessivos golpes de estado militares ocorridos nos anos 1960, 1971 e 1980, de modo que haveria de se distinguir os termos “*república*” e “*democracia*”, pois, enquanto regimes totalitários se diziam Repúblicas, somente um Estado Democrático seria baseado nos princípios do pluralismo e da tolerância. Portanto, aos Estados-parte da Convenção não cabia uma grande margem de apreciação para regulamentar a vestimenta de estudantes²¹¹.

O Tribunal, contudo, traçou uma linha no alcance da garantia de liberdade de religião prevista no artigo 9 da Convenção, levantando a questão de que o dispositivo prevê inúmeras formas de manifestação religiosa (adoração, ensino, prática etc.), no entanto, não “*protege todo ato motivado ou inspirado por uma religião ou crença*”, pois em uma sociedade democrática, onde inúmeras religiões coexistem, “*pode ser necessário criar restrições sobre a liberdade de manifestação religiosa ou de crença, com a finalidade de reconciliar interesses de vários grupos e garantir que a liberdade de todos seja respeitada*”²¹².

O Tribunal sustentou, também, que o princípio do secularismo foi utilizado pela Corte Constitucional da Turquia como a base para o banimento da utilização do véu nas universidades turcas, no contexto de que os valores do pluralismo levam em consideração, particularmente, a “*igualdade de homens e mulheres perante a lei*”²¹³.

Muito embora os argumentos de ambas as partes (Leyla Sahin e os representantes do Estado turco) tenham se apoiado na perspectiva de liberdade religiosa (de um lado, houve a suscitação de que o banimento do véu Islâmico implicava numa escolha entre o dever de professar sua religião e a educação universitária; de outro lado, utilizou-se a justificativa de que a aludida proibição estava em concatenação com a laicidade do Estado e não discriminação entre as mais variadas religiões e crenças ali contidas), há, aqui, uma clara consideração do Tribunal sobre a questão “*igualdade de gênero*”, apoiada no entendimento da Corte Administrativa Suprema da Turquia que previu que o véu se traduzia num “*símbolo de uma visão que é contrária às liberdades das mulheres*”²¹⁴.

Logo, o Tribunal sustentou que a proibição do uso do véu nada mais era do que uma política para proteger o direito das mulheres, muito embora a Corte Europeia não tenha se

²¹¹ *Idem*, p. 23-24.

²¹² *Idem*, p. 25.

²¹³ *Idem*, p. 29.

²¹⁴ *Vide Id.* 3 *supra*.

debruçado sobre as razões pelas quais as particularidades do Islamismo, ou mesmo a incompatibilidade entre o cumprimento de determinados preceitos religiosos, minavam o direito de igualdade entre homens e mulheres, limitando-se a argumentar que o véu Islâmico trazia consigo um simbolismo arraigado à família patriarcal na qual as mulheres viviam subordinadas a seu pai, marido ou filho²¹⁵.

Essa foi a visão da maioria dos julgadores do Tribunal Europeu de Direitos Humanos para reconhecer a possibilidade de manutenção da proibição do uso do véu islâmico nas instituições de ensino superior na Turquia. O entendimento, no entanto, somente não foi unânime por não encontrar suporte na opinião da Juíza Françoise Tulkens acerca do assunto.

Em um voto dissidente que seguiu caminho diametralmente inverso ao da maioria dos julgadores do Tribunal, a Juíza Tulkens partiu do pressuposto de que “*em uma sociedade democrática, é necessária a busca pela harmonia dos princípios do secularismo, igualdade e liberdade, mas não os colocar em clara oposição uns com os outros*”²¹⁶. Para ela, em nenhum momento o voto predominante da Corte demonstrou como o banimento da utilização do véu influenciava na promoção da igualdade entre homens e mulheres, ou mesmo porque as razões pelas quais o uso do véu implicaria na submissão das mulheres perante os homens²¹⁷.

A grande questão levantada pelo voto dissidente se apoia no fundamento de que o Tribunal não poderia endossar o banimento do uso de um símbolo religioso sob a frágil presunção de que sua simples utilização ia na contramão à garantia de não discriminação, sem, no entanto, se preocupar em se ouvir a opinião das mulheres muçulmanas sobre o assunto²¹⁸, sejam aquelas que optam, espontaneamente, por utilizar o véu, sejam aquelas que optam por não o utilizar.

Portanto, ao confrontar as garantias da não discriminação, igualdade e o princípio do secularismo com a garantia de liberdade de religião – sob a preocupação de combater o Islamismo radical e fundamentalista – o Tribunal estaria cometendo uma injustiça com as mulheres que, até que se prove o contrário, optaram, de forma livre e espontânea, por utilizar o véu Islâmico como forma de expressão de sua crença religiosa.

²¹⁵ REBOUCHE, *Op. cit.* p. 721-723.

²¹⁶ *Caso Sahin. v. Turquia (voto dissidente – tradução livre do autor)*, p. 45.

²¹⁷ In this connection, I fail to see how the principle of sexual equality can justify prohibiting a woman from following a practice which, in the absence of proof to the contrary, she must be taken to have freely adopted. Equality and non-discrimination are subjective rights which must remain under the control of those who are entitled to benefit from them. *Caso Leyla Sahin v. Turquia (voto dissidente)*, p. 48.

²¹⁸ *Caso Sahin. v. Turquia (voto dissidente)*, p. 48.

4.4 A garantia da liberdade de religião: uma abordagem da religião muçulmana no continente europeu

Destarte, percebe-se a utilização das mais variadas argumentações, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, para justificar e validar o eventual descumprimento da garantia de liberdade de religião prevista no artigo 9 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Nesse sentido, para se entender as razões pelas quais esse fenômeno vem ocorrendo naquele continente, no entanto, servimo-nos do presente tópico para traçar breves considerações propedêuticas e históricas sobre aquela garantia, a fim de estabelecer mais adiante (nos próximos capítulos), as razões pelas quais o Islamismo é, por vezes, tão combatido na Europa.

4.4.1 Dos conflitos históricos à secularização do Estado

Ao traçarmos uma linha ao longo da história, é evidente (e, por vezes, até óbvio) que a intolerância e a perseguição religiosas foram ávidas motivadoras de toda sorte de conflitos nacionais e internacionais²¹⁹, o que, invariavelmente, guardou à liberdade de religião um espaço como protagonista no desenvolvimento da legislação internacional pública Europeia (tão logo, advinha o reconhecimento de que o dever de tolerância religiosa impõe limitações à soberania dos Estados). Foi no Artigo XXVIII do Tratado de Paz de Westphalia²²⁰ – proclamado logo após o fim da Guerra dos Trinta Anos – que se viu, pela primeira vez, o reconhecimento de que, em um cenário internacional pluralista do ponto de vista religioso, garantir parâmetros mínimos de observação à tolerância religiosa poderia prevenir o desenvolvimento de conflitos devastadores²²¹ (desse modo, a razão pela qual aquele documento tenha declarado um princípio de igualdade entre católicos e protestantes)²²².

²¹⁹ A exemplo das Cruzadas, das Guerras Religiosas, as Revoluções Liberais, a Guerra da Crimeia e o Holocausto.

²²⁰ Article XXVIII - *That those of the Confession of Augsburg, and particularly the Inhabitants of Oppenheim, shall be put in possession again of their Churches, and Ecclesiastical Estates, as they were in the year 1624. As also that all others of the said Confession of Augsburg, who shall demand it, shall have the free Exercise of their Religion, as well in publick Churches at the appointed Hours, as in private in their own Houses, or in others chosen for this purpose by their Ministers, or by those of their Neighbours, preaching the Word of God.*

²²¹ MACHADO, Jonatas EM. Freedom of religion: a view from europe. **Roger Williams University Law Review**, v. 10, n. 2, 2005, p. 453-454.

²²² Mais adiante, nos anos que sobrevieram, outros tratados buscaram garantir a liberdade religiosa, muito embora sua intenção fosse, *a priori*, a de garantir a paz, não se preocupando, de forma direta com a proteção direta de uma determinada minoria. LOPES, Ana Maria D'Ávila. Multiculturalismo, minorias e ações afirmativas: promovendo a participação política das mulheres. **Pensar, Fortaleza**, v. 11, p. 54-59, 2006.

Esse reconhecimento aconteceu, aprioristicamente, de forma pragmática, pois cabia ao monarca dotado de soberania, enquanto representante e primeiro membro da Igreja, escolher a religião do Estado e impô-la aos seus súditos, o que leva a crer que, apesar das preocupações oriundas dos inúmeros conflitos históricos iniciados com base na religião, enquanto no cenário internacional o dever de tolerância era visto como extremamente necessário, internamente, a perseguição religiosa ainda era uma realidade²²³.

Sob esse viés, o contexto ali representado foi um dos grandes motivadores para a futura secularização do Estado e sua dissociação da religião, ficando as bases do princípio da laicidade do Estado. Ideia essa que era, inclusive, defendida por Locke, que entendia ser necessário o dever de tolerância religiosa por meio da criação de uma linha tracejada para defender os limites de um e de outro, pois, acaso assim não fosse feito, não haveria fim às controvérsias que sempre surgiriam entre *“aqueles que têm, ou pelo menos pretendem ter, de um lado, uma preocupação pelas almas dos homens, e, de outro, zelo pela comunidade”*²²⁴.

Essa concepção pavimentou e influenciou diretamente o caminho da legislação pública Europeia, que, por meio da tradição que começou com a cultura anglo-americana (reminiscentes da Reforma Protestante prévia à Guerra dos Trinta Anos), deu conotação à concepção moderna de que a defesa da liberdade de religião é inseparável das liberdades de consciência e de expressão²²⁵, arraigadas à teoria do contrato social e da soberania popular, desaguando no processo de secularização, modernização e *“diferenciação da sociedade”*²²⁶.

Aborda-se, portanto, o conceito de neutralidade/imparcialidade do Estado em relação à liberdade de religião dos indivíduos que a ele pertencem, de modo que o secularismo, a fim de produzir os efeitos desejados, haveria de se apoiar em quatro princípios básicos: (1) a igualdade moral dos indivíduos, (2) a liberdade de consciência e religião, (3) a separação da Igreja e do Estado, por fim, (4) a neutralidade do Estado em relação à religião. Enquanto os

²²³ *Idem*, p. 454.

²²⁴ LOCKE, John, 1632-1704. A Letter Concerning Toleration. Buffalo, N.Y.: Prometheus Books, 1990, p. 6 (tradução livre).

²²⁵ Machado (ver p. 462) converge para a opinião de que a manifestação antirreligiosa foi fortemente detectada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, promulgada durante a Revolução Francesa (explicada a razão pela qual aquele movimento se apresentou de forma extremamente violenta), como consequência do pensamento racional oriundo do Iluminismo, que partia do pressuposto de que a religião se apresentava como uma forma deficiente de entender o mundo, que seria inevitavelmente substituída pela observação empírica e pela ciência (daí porque a liberdade de pensamento fincou as bases da livre manifestação, amplamente defendida nos séculos seguintes).

²²⁶ MACHADO, *op. cit.*, p. 456-462. O autor, inclusive, entende que algumas manifestações do processo de secularização e dissociação do Estado da religião permanecem até os dias atuais, a considerar que permitirão a criação de uma proteção constitucional da autonomia religiosa e a remoção da coerção e discriminação, por parte do Estado, no que concerne à religião (ver p. 463).

princípios (1) e (2) são considerados como “resultados essenciais do secularismo” ou mesmo os *fins* do secularismo, os princípios (3) e (4) ficam as bases institucionais e estruturais (são os *meios* do secularismo), sem os quais, impossível atingir seus *fins*²²⁷.

4.4.2 O processo de “de-secularização” e o fundamentalismo Islâmico

Apesar da gradual secularização do Estado oriunda do pensamento racional muito difundido durante o período do Iluminismo, não se pode dizer que não há nenhum contraponto ou movimento contrário. Ainda que o princípio da laicidade seja base do constitucionalismo pregado em muitos Estados, o processo de dissociação do Estado da religião, iniciado durante o século XVIII, foi seguido, na era moderna, de uma gradual “de-secularização”²²⁸, que é muito difundida em algumas culturas, muitas vezes culminando na radicalização religiosa. Trata-se, portanto, do fundamentalismo Islâmico, ideologia radical criada para combater o pensamento colonial eurocêntrico e os valores e os costumes oriundos do ocidente nos países de predominância Muçulmana²²⁹.

Em seu caso, o fundamentalismo e a radicalização do Islamismo superam os limites próprios da religião. Isso se fala, pois, seus costumes são caracterizados como competitivos e confrontacionais, professando a ideia de que é impossível se conviver em harmonia com as culturas de origem ocidental. O Islamismo fundamentalista, portanto, impede toda e qualquer manifestação cultural que não seja a do próprio Islã, que se vê como livre de toda e qualquer influência externa²³⁰. Quer dizer, a radicalização Islã se mostra como uma verdadeira proteção à probabilidade de influência da globalização e da ameaça do imperialismo (vindos do Oeste), servindo como um ideal de identidade cultural para os Estados Islâmicos²³¹.

²²⁷ MODOOD, Tariq; SEALY, Thomas. Freedom of Religion and the Accommodation of Religious Diversity: Multiculturalising Secularism. *Religions* 12: 868, 2021. Os autores, no entanto, asseveram que a neutralidade difere de Estado para Estado. Enquanto alguns Estados apresentam um secularismo mais *aberto*, outros, como o Estado francês apresentam um secularismo mais *assertivo*, denominado secularismo *republicano*. No caso francês, por exemplo, há uma preocupação exacerbada em relação à aparência dos empregados/servidores do Estado ou dos indivíduos que a eles pertencem, ao invés de se limitar em se concentrar no próprio Estado ou nos atos de seus empregados/servidores.

²²⁸ A última das narrativas secularistas se findou com o fim da Guerra Fria, que trouxe um fim ao comunismo, fato que desaguou no renascimento do sentimento religioso e, com ele, de antigos ressentimentos e de violência étnica (Machado, p. 463).

²²⁹ Aqui, importante mencionar que o fundamentalismo Islâmico se entende, também, como uma entidade política que regra todos os aspectos da vida e do comportamento da vida dos Muçulmanos MIRANDA, J. Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade. Observatório da Jurisdição Constitucional, [S. l.], n. 1, 2014, p. 40.

²³⁰ *Idem*, p. 41.

²³¹ MACHADO, *op. cit.*, p. 464.

Para Habermas, as visões de mundo fundamentalistas são dogmáticas na medida em que não concedem qualquer espaço para reflexão e conversas com imagens de mundo alheias ou “*mesmo com imagens de mundo com as quais partilham o mesmo universo discursivo, e contra cujas reivindicações de validação podem impor-se sem dificuldade, apenas com base em fundamentos racionais*”²³².

Se de um lado o fundamentalismo é apresentado como um traço de identidade cultural, ele não se reveste, por si, de um caráter “*monolítico*”²³³. Trata-se de uma ideologia que, por ser radical, interpreta a palavra do Alcorão de forma literal, impactando não somente na forma de professar a fé, mas também delimitando as relações sociais e políticas da comunidade. Esse impacto, vale dizer, se espalha em todas as áreas (pública e privada) da sociedade Muçulmana, seja por meio de segregação, reforma econômica, ou mesmo da fusão do pensamento Islâmico com as leis do Estado e, o mais preocupante, o tolhimento dos direitos das mulheres²³⁴.

O impacto aqui mencionado se dá no âmbito político e social²³⁵, que assim pode ser estratificado:

1) Impacto político: as mulheres, de forma estratificada e no seio de suas famílias, se submetem à autoridade centralizada na figura patriarcal, de modo que, provavelmente, não terão a chance de desempenhar um papel central e proeminente na sociedade;

2) Impacto social: a tradição patriarcal insiste em manter as mulheres muçulmanas isoladas de todo e qualquer contato com quaisquer homens, exceto seus pais, irmão ou aqueles que, eventualmente, se tornarão seus maridos²³⁶.

²³² HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro – estudos de teoria política. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 253.

²³³ BEGERES BISNETO, V. Uma perspectiva existencialista do fundamentalismo. Malala, [S. l.], v. 6, n. 9, p. 52-69, 2018. DOI: 10.11606/issn.2446-5240.malala.2018.148425, p. 54.

²³⁴ MIRANDA, *op. cit.*, p. 41. O autor, no entanto, traz como contraponto o caso do Hezbollah (p. 43), que se mostra como um exemplo de inclusão dos valores modernos na filosofia fundamentalista do Islã, por meio do tratamento igualitários entre homens e mulheres nos campos social e econômico e da ratificação dos tratados internacionais de direitos humanos. Isso somente é permitido pela difusão da ideia de que as mulheres têm o direito de assumir o papel e responsabilidades anteriormente negadas.

²³⁵ *Idem* p. 41. Aqui, o autor inclusive se utiliza da tradição Islâmica fundamentalista que autoriza que as mulheres sejam mortas acaso não sangrem em sua noite de núpcias, que são os chamados “honour killings”, muito utilizada pelo regime do Talibã em caso de qualquer comportamento sexual inadequado por mulheres.

²³⁶ A tradição Islâmica fundamentalista autoriza os chamados “crimes de honra”, termo utilizado para abarcar uma grande “*variedade de manifestação de violência contra mulheres, incluindo as chamadas ‘honour killings’, agressão, confinamento ou aprisionamento, (...) que encontra guarida na justificativa pública articulada da ordem social que requer a preservação de ‘honra’ que deriva do controle masculino (familiar e/ou conjugal) sobre as mulheres e especificamente sobre suas condutas sexuais: atuais, suspeitas ou potenciais*” (WELCHMAN, Lynn; HOSSAIN, Sara (Ed.). 'Honour': Crimes, Paradigms, and Violence Against Women. Zed

Nesse sentido, torna-se possível traçar um paralelo com o entendimento do Tribunal Europeu ao limitar a garantia de liberdade religiosa nos casos que são submetidos a sua análise, precipuamente aqueles que derivam da manifestação de fé, por parte de mulheres muçulmanas, por meio da utilização de uma vestimenta tratada como um símbolo do Islã (o véu, a burca ou o *niqab*): talvez impedir a difusão e idealização da conotação política que adere ao fundamentalismo Islâmico no seio do Velho Continente, como consequência do pluralismo cultural inevitável da região.

4.4.3 O alcance da garantia de liberdade religiosa: o “forum internum” e o “forum externum”

Interessante notar, no entanto, em que pese o renascimento do pensamento religioso como clara manifestação da liberdade de manifestação, que o processo de “de-secularização” encontra inevitável resistência no continente europeu, o qual, em movimento diametralmente oposto, caminha em direção ao princípio do secularismo, motivado pelo medo do Islamismo político derivada do fundamentalismo²³⁷. Ora, em boa verdade, apesar de as Constituições de cada Estado se apresentarem como o primeiro campo de proteção à liberdade religiosa²³⁸, essa garantia – seja por meio da disposição tracejada na Convenção Europeia (na forma do artigo 9, §§ 1º e 2º), ou até por meio da jurisprudência que vem sendo fixada pelo Tribunal Europeu – vem encontrando inequívocos limites que são justificados pelas mais variadas razões (manutenção da ordem interna, segurança nacional, proteção dos direitos de terceiros, igualdade entre homens e mulheres e não discriminação)²³⁹.

A própria formulação do artigo 9(2) da Convenção oferece uma justificativa para as limitações à liberdade de religião, ao mesmo tempo em que a divide em um par de definições: a crença (*forum internum*) e a prática/manifestação da crença (*forum externum*). No entanto, as

Books, 2005, p. 4 - *tradução livre do autor*). Considerando a vaga conceituação das chamadas “honour killings”, é perceptível que muitas vezes os tais “crimes de honra” não encontram qualquer motivação plausível, isso pois todo e qualquer comportamento que possa ser considerado como conduta sexual desapropriada pode ser penalizada, a exemplo da hipótese de aplicação de pena de morte às mulheres que não sangrem em sua noite de núpcias (como acontece no Afeganistão).

²³⁷ MACHADO, *op. cit.*, p. 466.

²³⁸ *Idem*, p. 467.

²³⁹ Muito embora a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em novembro de 1981 anota, em seu artigo II, que “ninguém será objeto de discriminação por motivos de religião ou convicções por parte de nenhum estado” (§1º), delimitando que a discriminação com base em religião como “toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência (...) cujo fim ou efeito seja a abolição ou o fim do reconhecimento, o gozo e o exercício em igualdade dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”.

limitações à garantia entalhadas no mencionado dispositivo apontam, tão somente, para a restrição do exercício dessa última²⁴⁰. Em sentido contrário, o *forum internum* encontra quase que irrestrita proteção pela legislação internacional (assim como pela Convenção Europeia), na medida em que todo e qualquer ato consubstanciado em imposição, doutrinação ou coerção (no contexto de restrição por parte do Estado) é tratado como proselitismo pelo Tribunal Europeu²⁴¹.

Nessa ordem de ideias, o *forum internum*, enquanto parte da esfera privada do indivíduo, encontra inequívoca proteção (e em qualquer circunstância) contra toda sorte de interferência por parte do Estado ou mesmo de terceiros²⁴², e se estende a partir da absoluta liberdade de escolha de religião ou crença, por parte do indivíduo. Seus limites e definição (que não aquela prevista no artigo 9 da Convenção²⁴³), no entanto, ainda não foram bem definidos, seja no âmbito dos Tribunais nacionais, seja no âmbito do Tribunal Europeu²⁴⁴.

É, no entanto, inafastável o reconhecimento de que, enquanto formas de manifestação do *forum externum*, os elementos de “*discurso, prática, comunidade e instituição são, geralmente, percebidos como componentes necessários da religião*”, de modo que as Constituições dos Estados têm a chance de defini-la de tal forma a garantir a proteção do exercício da liberdade de crenças consideradas como minoritárias, desconhecidas ou não convencionais para o público em geral (maioria), sendo essa uma “*máxima necessária para salvaguardar a liberdade de consciência, igualdade de direitos e neutralidade governamental no que concerne à religião*”²⁴⁵. Isso pois “*crenças religiosas não precisam ser aceitáveis, lógicas, consistentes ou compreensíveis para terceiros para que mereçam proteção constitucional*”, assim como há muito professado pela Suprema Corte dos Estados Unidos²⁴⁶.

²⁴⁰ ALIDADI, Katayoun; FOLETS, Marie-Claire. Framing multicultural challenges in freedom of religion terms: Limitations of minimal human rights for managing religious diversity in Europe. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, v. 30, n. 4, p. 388-416, 2012, p. 398.

²⁴¹ TAYLOR, Paul M. *Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice*. Cambridge University Press: New York, 2005, p. 26

²⁴² Nesse mesmo sentido, Locke (*op. cit.*, p. 7) entendia que ninguém poderia submeter sua fé às diretrizes de outrem, lançando mão do argumento de que o poder da verdadeira religião consistia na internalização da “*integral persuasão da mente*”, eis que a “*fé não seria considerada fé sem a crença*”, por parte do indivíduo.

²⁴³ Artigo 9(1), CEDH: *Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião (...)*.

²⁴⁴ TAYLOR, *op. cit.*, p. 119. Para o autor (p. 115), no entanto, a real dificuldade de identificar uma violação ao *forum internum* jaz na falta de critérios aceitáveis para que se estabeleça uma conduta que possa ser definida como interferência, muito embora traceje o contraponto de que essa forma de manifestação da liberdade religiosa é objeto de irrestrita proteção nos mais variados e importantes instrumentos internacionais.

²⁴⁵ MACHADO, *op. cit.*, p. 479.

²⁴⁶ U.S. SUPREME COURT. *Thomas v. Review Bd., Ind. Empl. Sec. Div.*, 450 U.S. 707 (1981) – *tradução livre do autor*.

Para Alidade e Foblets²⁴⁷, no entanto, muito embora seja de comum senso que a Convenção Europeia prioriza a proteção ao *forum internum* sobre a proteção ao *forum externum*, a distinção tracejada pela legislação internacional parece contraintuitiva, pois, alguns integrantes de religiões minoritárias entendem que a prática da fé é parcela indissociável de seu sistema de crença, identidade e de seu modo de vida. Conclui-se, portanto, que as tensões multiculturais que se inserem no continente europeu vêm cada vez mais invadindo os palcos ocupados pelos Tribunais internacionais, por meio do preceito de descumprimento de crenças Islâmicas oriundas de costumes associados à vestimenta (véu, *niqab* e burca) e expressão religiosa no espaço público.

Apesar de a perseguição religiosa se apresentar como uma questão extremamente rara na Europa, contemporaneamente, o fato de que o Islamismo e outras religiões, bem como outras tradições pouco familiares, vêm sendo inseridos no Velho Continente, por meio de imigração massiva (ou mesmo pela conversão), fomenta o debate entre aceitação do pluralismo religioso, assimilação cultural, integração regional e cidadania, eis que a quantidade de espaço que lhe vem sendo dado para expressão de sua identidade e prática religiosa depende, em parte, da interpretação e da limitação traçada pelos Estados e pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos²⁴⁸.

É notório que a questão do pluralismo cultural, do ponto de vista do exercício da liberdade de religião, vem sendo categorizado como parte indissociável da linguagem de direitos humanos, daí sua inserção no cenário internacional quando falamos de descumprimento de garantias fundamentais prescritas nos instrumentos internacionais.

O tratamento dispensado pelo Tribunal europeu aos direitos oriundos da multiculturalidade que permeia os Estados, percebe-se, vem sendo estabelecido com base num cuidadoso estudo, inicialmente, do contexto interno de cada Estado subscritor da Convenção Europeia. Porém, a interpretação dada à linguagem de direitos humanos, nos casos aqui apresentados, não encontra guarida sob o ponto de vista do reconhecimento da diversidade cultural e da proteção das minorias religiosas.

²⁴⁷ *Op. cit.*, p. 399.

²⁴⁸ *Idem*, p. 394. Em exemplo similar aos casos apresentados nos itens anteriores, os autores citam que, no Reino Unido, a requisição de um homem Hindu para que tivesse direito à cremação ao ar livre foi rejeitada pelas Cortes locais com base na legislação que trata da cremação de forma geral. No entanto, em sentido contrário, a Corte Superior entendeu como uma injustificável interferência do direito dos Hindus de manifestarem a garantia de liberdade religiosa.

Por essa razão ainda, talvez, ainda remanesçam grandes dúvidas acerca da possibilidade de equilíbrio entre os direitos das minorias nacionais com o das maiorias, os tribunais internacionais, no exercício de órgãos garantidores do cumprimento do teor convenções regionais, poderão analisar os casos que lhe são submetidos sob a ótica da busca pela cidadania democrática, subvertendo o olhar hierarquizado entre as diversas culturas que habitam em um mesmo Estado signatário daqueles instrumentos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na contemporaneidade, a proteção aos direitos humanos no continente europeu é, sem dúvidas, a mais sofisticada entre todos os sistemas regionais de proteção, o que se deu no âmbito de evolução de um contexto cujo preâmbulo ocorreu logo após o fim da Segunda Guerra Mundial. Esse fato, muito provavelmente, conscientizou os Estados (aprioristicamente, da Europa ocidental) de que mecanismos mais robustos haveriam de serem criados a fim de impedir o retorno àquele panorama anterior.

Essa sofisticação se deu não somente pelas mudanças implementadas no âmbito da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que acarretaram, ao longo do tempo, numa total remodelação do sistema jurisdicional internacional de salvaguarda às liberdades fundamentais, encabeçado pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

A democratização do acesso à Corte foi um passo importante para permitir a fiscalização das ações dos Estados signatários da Convenção, chegando ao ponto de avaliar o descumprimento de direitos e garantias fundamentais de um só indivíduo. Porém, na esteira da crescente integração havida na Europa e diante da necessidade dos Estados-parte da União Europeia (organismo internacional criado de forma concomitante ao Conselho da Europa) se adequarem às normas comunitárias por ela sancionadas, percebeu-se a grande possibilidade de violação aos direitos inerentes à dignidade humana no momento de sua implementação.

Foi, portanto, com a junção de esforços do Conselho da Europa e da União Europeia, que, por intermédio do Protocolo nº 14 à CEDH e do Tratado de Lisboa, previu-se, como medida para sanar a problemática surgida ao longo dos anos, a adesão daquela última à convenção regional de salvaguarda aos direitos humanos, como signatária.

Essa adesão, por mais complexa que seja, submeterá a União Europeia (agora dotada de verdadeira personalidade jurídica, como se Estado fosse) à fiscalização da Corte Europeia de Direitos Humanos, exatamente no momento de implementação das normas do direito comunitário pelos Estados-parte, ou mesmo por suas instituições.

O cenário que se apresentará, quando da conclusão da adesão, é o de uma proteção extremamente ampla aos direitos humanos no continente europeu, que garantirá aos indivíduos um maior leque de possibilidades de acesso às instituições com competência para tanto, sempre que entenderem que seus direitos forem violados pela implementação de normas domésticas ou comunitárias.

Gera-se um sistema de proteção quadridimensional, que poderá ser acessado pelo indivíduo quando seus direitos forem violados, seja pela atuação dos Estados enquanto signatários da CEDH, seja enquanto membros da União Europeia, no momento da implementação das normas e mecanismos de direito comunitário. Deverá a União Europeia (e, via de consequência, o Tribunal de Justiça) se submeter ao controle e fiscalização da Corte Europeia de Direitos Humanos, como instância última de salvaguarda aos direitos e liberdades fundamentais, conferindo uma camada extra de proteção nunca vista naquele continente, com repercussões no sistema de proteção internacional dos direitos humanos.

Esse cenário não deixa qualquer margem para dúvidas quanto ao fato de que o sistema regional europeu de proteção aos direitos humanos e liberdades fundamentais foi desenvolvido para ser o mais avançado e sofisticado (se tratado como paradigma para os demais ao redor do mundo). Um desenvolvimento cuja gênese se deu após os horrores vividos durante a Segunda Guerra Mundial, a fim de permitir que as garantias inerentes à condição de ser humano fossem respeitadas pelas nações europeias.

Muito embora aquelas garantias sejam amplas e busquem atingir a todos, não se tem a impressão de que foram elas positivadas com a finalidade de permitir que a diversidade cultural, cada vez mais crescente entre as nações, fosse acomodada pelos Estados sem maiores traumas e desrespeitos à diferença.

Prova desse ponto é a criação de mecanismos internos (seja por meio de regulamentações de Órgãos públicos, legislação ou o entendimento exarado pelos Tribunais domésticos) que colocam em xeque as liberdades de expressão de minorias religiosas no âmbito do continente europeu. Seja pela violação à livre manifestação da fé por meio da proibição de utilização do véu integral (*niqab*), ou pela criação de regramentos e ações do Estados que demonstram o desnivelamento entre o Islamismo e o Catolicismo (por exemplo), parece que a estruturação dos direitos humanos no sistema jurisdicional internacional não encontra espaço para acomodação de minorias culturais.

O contexto de secularização e dissociação do Estado de uma religião, por si só, não é suficiente para justificar a constante desimportância dada às garantias fundamentais de determinadas minorias, na medida em que se torna inequivocamente necessária a criação de um entendimento que traceje uma linha entre a defesa das garantias fundamentais e os limites dos direitos de uns e de outros (em um cenário de confronto entre maiorias e minorias).

Talvez seja por essa razão que algumas minorias se voltaram para si, por meio de visões fundamentalistas de sua religião, professando uma ideia de que impossível seria conviver em harmonia com culturas que pregam ideais ocidentais. É o caso do fundamentalismo

Islâmico, que tem sua origem após o longo histórico de sensação de derrota para os costumes vindos do Oeste.

Esse ponto de vista impede toda e qualquer manifestação que não seja a do próprio Islã, gerando impactos políticos e sociais que atingem principalmente as mulheres, que se veem não somente em uma sociedade estratificada na qual se submetem à autoridade centralizada na figura do patriarca, não tendo espaço que não àquele isolado de contato com figuras masculinas como a de seus pais, irmãos ou maridos.

Por óbvio que há de se diferenciar o tolhimento de direitos de expressão religiosa de minorias quando estes descumprirem garantias previstas a membros de um grupo minoritário. O que não se justifica, no entanto, é a generalização e não diferenciação entre visões radicais de determinada religião e os pontos de vista daqueles que simplesmente buscam a livre expressão religiosa por meio da adoção de determinado costume basilar de sua fé.

As minorias nacionais sentem o reflexo dessa constatação. Se, de um lado, o Islã fundamentalista adota uma posição de crítica radical ao imperialismo ocidental, defendendo sua posição no sentido de que não cederá para encontrar um denominador comum e adequar seus costumes a um mundo cada vez mais propenso à mudanças, de outro, como repercussão e reação a esse ponto de vista radical, as nações não estão dispostas a garantir às minorias nacionais o máximo de direitos por ela demandados a fim de possibilitar uma acomodação de traços culturais que são estranhos às maiorias ou ao ideário ocidental e capitalista.

Há, nesse entendimento, uma clara desqualificação do *status* de inferioridade de culturas minoritárias (sob a ótica interna de um Estado ocidental, eurocentrista e capitalista) por meio de uma negativa às garantias de autonomia política e autogoverno, de representação e participação no processo político, e de fomento à integração das minorias em uma sociedade. Quer dizer, não se está diante de um mundo no qual os Estados nacionais possuem uma cultura verdadeiramente homogeneizada, cuja autocompreensão nacional deriva de uma coesão na qual seus membros simplesmente compartilham de uma ascendência, língua e história em comum.

Como consequência, adota-se, internamente, um ponto de vista hegemônico que se apoia em um primado de igualdade que ignora as desigualdades econômicas, culturais e sociais de indivíduos, para se utilizar de normas cuja natureza formalista favorece as maiorias. Os exemplos dos casos em estudo no presente trabalho (*S.A.S. v. França*, *Lautsi v. Itália* e *Sahin v. Turquia*) comprovam essa constatação, que vem sendo confirmada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos: (a) a Lei nº 2010-1192 expressa o pensamento de que o uso do “*véu*

completo é a manifestação sectária de uma rejeição dos valores da república”²⁴⁹; (b) a circular de fevereiro de 1998 do Vice-Chanceler da Universidade de Istambul proibia a participação, em aulas, cursos e tutoriais de estudantes cujas cabeças estivessem cobertas pelo véu; e (c) o reconhecimento pela Suprema Corte Administrativa da Itália, de que a manutenção de crucifixos nas salas de aula de escolas estatais não desrespeitava a garantia de liberdade de religião e a laicidade do Estado (quando suscitados por membros da comunidade Islâmica), sob a argumentação de que se caracterizavam como uma manifestação cultural da civilização italiana em si.

As questões ali apontadas demonstram que a Convenção Europeia e o Tribunal Europeu, de um modo geral, muito embora priorizem a proteção ao aspecto interno (*forum internum*) da liberdade de religião garantida à comunidade Islâmica, a proteção à livre manifestação (como representação do *forum externum*) encontra limites, por vezes, intransponíveis, quando confrontados com a cultura geral de uma nação. A distinção no espectro de proteção da garantia de liberdade religiosa não se atenta ao fato de que alguns integrantes de religiões minoritárias entendem que a prática da fé é parcela indissociável de seu sistema de crença, identidade e de seu modo de vida.

As medidas e entendimentos do Estado (amparadas pelo Poder Judiciário) culminam em uma verdadeira relativização da garantia de liberdade de crença de minorias Islâmicas, cujo direito de expressão, por vezes, é tolhido para que não se sobreponha às manifestações culturais de uma maioria que é garantida sob o ponto de vista previsto pela Convenção Europeia. Como consequência, sua aplicação se dá de maneira confusa e em prejuízo dos próprios ideais que inspiraram a criação das normas internacionais de proteção aos direitos humanos.

A proposta original da comunidade internacional surge da necessidade, após um período de intensa batalha nas lutas pela descolonização (no caso das colônias europeias remanescentes) e contra a segregação racial e discriminação (movimentos por direitos civis dos negros norte-americanos), sofre uma retração, a partir do momento no qual as nações ao redor do mundo sentem que a acomodação da diversidade teria chegado ao ponto no qual o modo de vida e os valores dos Estados estariam ameaçados.

Movimentos ultranacionalistas e de extrema direita passam a ser uma realidade inquestionável em grande parte das nações europeias (e por quê não dizer nas Américas), de sorte que a garantia de expressão cultural de minorias é colocada em xeque por meio de movimentos que buscam, por assim dizer, uma standardização cultural, consubstanciada em ações estatais

²⁴⁹ v. 109.

que buscam obrigar minorias a abandonarem, ao menos em espaços públicos, traços intrínsecos à sua cultura e à sua identidade para que possam viver em comunidade.

É claro o contrassenso entre as ações nesse sentido e as décadas de luta contra a discriminação e de desenvolvimento de mecanismos de proteção (domésticos ou internacionais) que buscam evitar movimentos estatais capazes de violar garantias fundamentais de minorias, o que, por si só, coloca em dúvida a efetividade dos tratados internacionais e constituições que pregam a igualdade entre os cidadãos, levando-nos a levantar o questionamento sob qual ponto de vista se é analisada a igualdade por eles pregada.

Para caracterizar as complexas transformações da sociedade, de forma concomitante ao desenvolvimento dos tratados internacionais de direitos humanos, movimentos hegemônicos contrários à acomodação, caracterizados pela *canibalização* e *standardização* cultural são contrapostos por fenômenos sociológicos de debate e diálogo entre culturas, que trazem consigo a proposta de criar uma série de políticas capazes de não somente impedir a violação de direitos de minorias, mas buscar um denominador comum para as tensões sociais criadas da natural miscigenação de povos e choque de culturas que dela deriva.

Essa questão parte do pressuposto de que o reconhecimento dos direitos humanos vai além da garantia do *direito a ter direito*, pois há de se observar a perspectiva de que os Estados e (por quê não) a comunidade internacional, devem não somente fornecer, a todos, as ferramentas necessárias para lutar por um direito, mas assim fazê-lo de forma igualitária e não hierarquizada, considerando que as lutas sociais, de modo geral, são travadas com mais ou menos facilidade, a depender do contexto em que cada cidadão se insere. Quer dizer, a *dignidade humana* não é um fim abstrato, de modo que, para garanti-la, há de se diferenciar aqueles que ocupam uma posição privilegiada daqueles que vivem em uma situação de opressão e hierarquicamente inferior dentro de uma mesma sociedade.

No âmbito de uma cultura minoritária, ao serem colocadas em evidência as ressalvas consubstanciadas na luta pela descaracterização das hierarquias entre culturas em nome da igualdade e na luta pela renúncia às suas próprias tradições de exclusão e opressão, tem-se que a atuação dos tribunais internacionais de direitos humanos, ao se deparar com situações oriundas da violação de direitos culturais de minorias, (i) deve analisar os direitos e garantias fundamentais sob uma ótica que privilegie o um diálogo intercultural e (ii) reconhecer que o exercício do poder político como forma de opressão decorre de uma postura colonialista, eurocentrista e ocidental, que culmina na infração de garantias fundamentais individuais, por meio da imposição de uma forma de vida que priva a igualdade de direitos.

Como exemplo, muito embora o entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos caminhe para uma direção que um limite ao pleno exercício de uma liberdade fundamental garantida às minorias, a fim de permitir uma convivência pacífica nos Estados nacionais, é importante uma preparação para que situações dessa natureza sejam analisadas de modo a reconhecer que a diferenciação de nacionalidade, classe, etnia ou gênero não são razões para o soergimento de barreiras entre as mais diversas culturas, de modo que toda e qualquer *fusão* entre minorias e majorias deve ser *dissolvida* e substituída pela coexistência da diversidade cultural, étnica e religiosa.

O diálogo intercultural tem como proposta principal fomentar uma *cidadanização* que busca a convergência, entre a cultura majoritária e a minoritária, para um caminho no qual os valores e a identidade são compartilhados, com o objetivo de que o sentimento de patriotismo e pertencimento a uma nação não precise perpassar pela violação de traços culturais que, a rigor, não geram ofensa ao direito de minorias ou mesmo impeçam a vida em comunidade.

Essa tarefa, embora árdua, está de acordo com os princípios norteadores e nucleares dos tratados que garantem às cortes internacionais a função de atuar como moderadoras e fiscalizadoras de ações estatais capazes de ferir os direitos e garantias ali fulcrados²⁵⁰. Não à toa, o artigo 46 da Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais prevê que “as Altas Partes Contratantes se obrigam a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes”.

Daí a inequívoca necessidade de se lançar um olhar diferente aos casos que tratem da violação de direitos de minorias, com a finalidade de, ao incentivar um diálogo intercultural, garantir o fim da estrutura cultural hierarquizada outrora estabelecida no âmbito das nações, o que permitirá um passo para além da acomodação, no qual o sentimento de pertencimento, ao menos, possa buscar o comprometimento com uma identidade nacional por meio da garantia de convivência pacífica de diversas culturas dentro de um mesmo espaço geográfico, consagrando, desse modo, o multiculturalismo norteador da hermenêutica dos direitos humanos.

²⁵⁰ A esse respeito, os artigos 32 (competência do Tribunal), 33 (assuntos internacionais), 34 (petições individuais), 39 (resolução amigável) e 46 (força vinculativa e execução das sentenças) da CEDH.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006

ALIBHAI-BROWN, Y. **After multiculturalism**. In CRICK, B.(Ed.) *Citizenship: Towards a Citizenship Culture*, p. 47-63, 2001.

ALIDADADI, Katayoun; FOLETS, Marie-Claire. **Framing multicultural challenges in freedom of religion terms: Limitations of minimal human rights for managing religious diversity in Europe**. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 30, n. 4, p. 388-416, 2012. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/016934411203000403?journalCode=nqha>.

ALVES, Dora Resende. **Referências à evolução dos textos de protecção dos direitos fundamentais no direito da União Europeia**. Instituto Politécnico do Porto. IJP - Artigos em Revistas Nacionais / Papers in National Journals, 2014.

ANTUNES, Carla Patrícia Formiga. **É possível desatar o nó? Como articular os mecanismos do reenvio prejudicial e do Protocolo n.º 16 de modo a permitir a adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos**. 2018. Dissertação. Mestrado em Direito Internacional e Europeu da Universidade Nova.

BEGERES BISNETO, V. **Uma perspectiva existencialista do fundamentalismo**. *Malala*, [S. l.], v. 6, n. 9, p. 52-69, 2018. DOI: 10.11606/issn.2446-5240.malala.2018.148425. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/malala/article/view/148425>.

CRUZ, P. M. **Soberania, estado, globalização e crise**. *Novos Estudos Jurídicos*. São Paulo, dez. 2002. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/323>.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, vol. I. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

_____. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. Vol. III, Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

CLAPHAM, Andrew. **Human Rights and the European Community: a critical overview in European Union, The Human Rights Challenge**, vol. 1, Baden-Baden: Nomos, 1991.

CONSELHO DA EUROPA. **CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, Protocolo n.º 11, de 1.º de junho de 2010**. Disponível em <https://dre.pt/application/dir/pdf1s/2006/02/037A00/13461355.pdf>.

_____. **CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, Protocolo n.º 14, de 1.º de novembro de 1998**. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/rar21-1997.pdf>.

COSTA, Olivier. **A União Europeia e sua política exterior (história, instituições e processo de tomada de decisão)**. Fundação Alexandre de Gusmão, 2017, 978-85-7631-667-1. ffhalshs-01590474fA.

DEITOS, M. A adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 7, n. 24, p. 113-133, 30 set. 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v7i24.250>.

DE OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio. O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 2, n. 13, 2010. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2684>.

DUARTE, Maria Luisa. O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem: uma defesa do “triângulo judicial europeu”. In: **ESTUDO em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques**. Disponível em: https://hip.lisboa.ucp.pt/edocs/cde/2005_10694.pdf.

FLORES, Joaquin Herrera. A reinvenção dos direitos humanos. Tradução de: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FRANÇA. LOI n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 - interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000022234691/?detailType=EXP_OSE_MOTIFS&detailId=.

GARCIA, Marcos Leite. **A concepção dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba: um estudo preliminar**. Revista Direito E Justiça: Reflexões Sociojurídicas, v. 16, n. 26, p. 37-61, 2016 GUERRA, Sidney. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro – estudos de teoria política**. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

KANT, Immanuel. A Paz Perpétua – Um Projecto Filosófico. Tradução: Artur Morão. Covilhã: LusoSofia:press, 2008.

KYMLICKA, Will. **Direitos humanos e justiça etnocultural**. Meritum, v. 6, n. 2, p. 13-55, 2011.

KYMLICKA, Will. **Multiculturalismo: o sucesso, o fracasso e o futuro**. Interfaces Brasil/Canadá, v. 14 (O papel da Memória Social em territórios multiétnicos e transculturais como o Brasil e o Canadá), n. 1, p. 123-174, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/index.php/interfaces/article/view/6788>.

KYMLICKA, Will et al. Neoliberal multiculturalism. Social resilience in the neoliberal era, 2013, p. 99-125.

LASTRES, Helena MM et al. **Globalização e inovação localizada**, vol. 1. Nota técnica. Rio de Janeiro, 1999. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Jose-Cassiolato/publication/267703103_Globalizacao_e_Inovacao_Localizada/links/545a85360cf25c508c319553/Globalizacao-e-Inovacao-Localizada.pdf.

LOCKE, John, 1632-1704. *A Letter Concerning Toleration*. Buffalo, N.Y.: Prometheus Books, 1990.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Multiculturalismo, minorias e ações afirmativas: promover participação política das mulheres. **Pensar, Fortaleza**, v. 11, p. 54-59, 2006. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/774>.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo. **Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF, Senado Federal**, ano, v. 45, p. 19-29, 2008. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Ana-Maria-Lopes/publication/325472695_Protecao_constitucional_dos_direitos_fundamentais_culturais_das_minorias_sob_a_perspectiva_do_multiculturalismo/links/5b1000db0f7e9b4981fef431/Protecao-constitucional-dos-direitos-fundamentais-culturais-das-minorias-sob-a-perspectiva-do-multiculturalismo.pdf.

MACHADO, Jonatas EM. Freedom of religion: a view from europe. **Roger Williams University Law Review**, v. 10, n. 2, p. 8, 2005. Disponível em: https://docs.rwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1333&context=rwu_LR.

MARTINE, G. A globalização inacabada: migrações internacionais e pobreza no século 21. *São Paulo Em Perspectiva*, 19(3), 3–22, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/spp/a/ddmq64Q3LR7dwYJYcNR4pQf/?lang=pt#ModalHowcite>.

MARTINS, Ana Maria Guerra. Constitucionalismo Europeu e direitos fundamentais após o Tratado de Lisboa. **Instituto de Ciência Jurídico-Políticas**, v. 14, 2013.

MARTINS DUARTE, Cátia Sofia. **Contra quem formular uma queixa perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem depois da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem?**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2012. Disponível em: <https://igc.fd.uc.pt/data/fileBIB201782312268.pdf>.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Reflexos do Direito Internacional dos Direitos Humanos na proteção aos refugiados: análise do caso brasileiro**. In: TOLEDO, Cláudia Mansani Queda De; CANOTILHO, Mariana Rodrigues; ARNAUD, Wanda Maria de Lemos. (Org.). *Direito internacional dos direitos humanos I*. 01ed. Florianópolis: CONPEDI, 2017, v. 01, p. 30-55. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/pi88duoz/02b02e50/YZ2a1oZT5ZycDqed.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2022

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MIRANDA, J. Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, [S. l.], n. 1, 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/956>.

MODOOD, Tariq; SEALY, Thomas. **Freedom of Religion and the Accommodation of Religious Diversity: Multiculturalising Secularism**. *Religions*12: 868, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.3390/rel12100868>.

NUSSBAUM, Martha Craven. **The cosmopolitan tradition: a noble but flawed ideal**. The Belknap Press of Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, 2019.

PACHECO, Fátima. Em nome da autonomia da União: algumas considerações sobre um parecer polémico. **Debater a Europa**, n. 16, p. 57-87, 2017. Disponível em: https://impactum-journals.uc.pt/debatereuropa/article/view/16_3.

PAUTZ, Hartwig. **The Politics of Identity in Germany: The Leitkultur Debate**. Race & Class, vol. 46, no. 4, Apr. 2005, pp. 39–52.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

_____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

RAMOS, A.D.C. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

_____. **Processo internacional de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

_____. **Processo internacional de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

PRADO, Caio et al. Relativismo cultural e aplicação seletiva dos Direitos Fundamentais: a questão dos Direitos Humanos na Europa; à luz da “questão do véu” na França. *Revista do Programa de Direito da União Europeia*, n. 5, p. 11-29, 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rpdue/article/view/68226>.

PRADO, Luiz Carlos Delorme. Globalização: notas sobre um conceito controverso. Seminário Desenvolvimento no Século XXI, 2006. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4871134/mod_folder/content/0/Complementares/Globalizacao-LuisCarlosDelormePrado.pdf.

REBOUCHE, Rachel. The substance of substantive equality: gender equality and Turkey's headscarf debate. *Am. U. Int'l L. Rev.*, v. 24, p. 711, 2008. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/amuilr24&div=34&id=&page=3>.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social e os Princípios do Direitos Político**. São Paulo: Editora Pílares. 2013. p. 37.)

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. **A Relação entre Direito Comunitário e Direito Internacional Regional – A Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos**. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre*, v. 7, n. 1, dez. 2012. ISSN 2317-8558. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/34786>.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. **Contexto internacional**, v. 23, n. 1, p. 7-34, 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/gVYtTs3QQ33f63sjRR8ZDgp/?lang=pt>.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos**. 1. ed. São Paulo: Cortez, 2014.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. Revista Argumentum - Argumentum Journal of Law, v. 6, p. 31-46, 2006.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Manual das organizações internacionais**. 5. ed. rev., atual. e amp. 2. Tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. 3. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVEIRA, Rebeca Costa Gadelha; FREITAS, R. C. **Definindo minorias: desafios, tentativas e escolhas para se estabelecer critérios mínimos rumo à conceituação de grupos minoritários**. Revista de Teoria e Filosofia do Estado. Maranhão, v. 3, n. 2, p. 95-116, 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasfilosofias/article/view/2511>.

SOCHACZEWSKI, M. De Atatürk a Erdoğan: **A República da Turquia em três tempos**. *Malala*, [S. l.], v. 6, n. 9, p. 70-90, 2018. DOI: 10.11606/issn.2446-5240.malala.2018.148426. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/malala/article/view/148426>.

TAPADAS, Gonçalo Miguel Sousa. **O tratado de Lisboa no projecto de construção europeia**. 2011. Dissertação. Mestrado em Ciência Política e Relações Internacionais, Universidade Nova de Lisboa. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10362/7095>.

TAYLOR, Paul M. **Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice**. Cambridge University Press: New York, 2005.

TREVISAM, ELISAIDE. **Direitos humanos na União Europeia: tolerância com diversidades**. in: Direito internacional em análise / Livia Gaigher Bósio Campello (org.); coordenadores Claudio Finkelstein, Vladimir Oliveira da Silveira. - São Paulo : Clássica, 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão proferido no Processo nº C-260/98, 18 de junho de 1991**. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:05574ebb-3d4e-4dd6-b9f1-322b5aac8c7f.0009.02/DOC_1&format=PDF. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. **Parecer nº 2/13**, emitido em 18 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62013CV0002&from=EN>.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Lautsi. v. Itália**. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&w=4383511_27112013&language=la ng.

_____. **Caso Sahin. v. Turquia.** Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-70956%22%5D%7D>.

_____. **Caso S.A.S. v. França.** Disponível em: https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&w=4383511_27112013&language=lang.

UNIÃO EUROPEIA. **Ato Único Europeu.** Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:11986U/TXT&from=EN>.

_____. **Tratado de Lisboa, 2009.** Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT>.

_____. **Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia.** Disponível em: https://europa.eu/european-union/sites/default/files/docs/body/treaty_on_european_union_pt.pdf.

U.S. SUPREME COURT. **Thomas v. Review Bd., Ind. Empl. Sec. Div., 450 U.S. 707 (1981).** Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/450/707/>.

WELCHMAN, Lynn; HOSSAIN, Sara (Ed.). **'Honour': Crimes, Paradigms, and Violence Against Women.** Zed Books, 2005.