
PROIBIÇÃO LEGAL DO USO DO VÉU
ISLÂMICO INTEGRAL (BURCA E NIQAB)
NA FRANÇA: ANÁLISE DA DECISÃO
DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS
HUMANOS SOBRE A QUESTÃO, À LUZ DO
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

*LEGAL PROHIBITION OF THE WEARING OF THE FULL
ISLAMIC VEIL (BURQA AND NIQAB) IN FRANCE: ANALYSIS
OF THE DECISION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN
RIGHTS ON THE ISSUE, IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE
OF PROPORTIONALITY*

Nicole Mazzoleni Facchini

*Procuradora Federal em exercício na PSF/Passo Fundo, Bacharel em Direito pela
Universidade de Passo Fundo e Mestre em Direito Público pela PUC/RS*

SUMÁRIO: Introdução; 1 As circunstâncias do caso S.A.V. *versus* França; 2 O princípio da proporcionalidade aplicado ao julgamento do caso da proibição legal do uso do véu islâmico integral na França; 2.1 O subprincípio da adequação; 2.2 O subprincípio da necessidade; 2.3 O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito; 3 Breve análise crítica da decisão da Corte Europeia sobre o caso da proibição do véu integral; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Um dos atuais desafios enfrentados pela Europa consiste na promoção do diálogo multicultural e da liberdade de expressão. Havendo embate de direitos, deve-se empreender a oportunidade de celebrar essa rica diversidade e procurar soluções que respeitem todos os direitos envolvidos. A dificuldade surge, porém, em como equalizar conflitos concretos em que temas controvertidos e princípios polissêmicos estão em jogo, como é o caso da dignidade da pessoa humana, da identidade pessoal e cultural, da autonomia da vontade, da autoafirmação das mulheres e do direito à interação social. O presente artigo se debruça sobre essa problemática, ao focar na análise – à luz do princípio da proporcionalidade – do caso intitulado *S.A.V versus França*, apresentado à Corte Europeia de Direitos Humanos. O centro da controvérsia é a Lei francesa nº 1192/2010, que proíbe o uso de roupas destinadas a dissimular a face no espaço público, sob os argumentos, em síntese, de que tal prática afronta os princípios do secularismo, do ‘viver em conjunto’ e da dignidade das mulheres, bem como consiste em uma questão de segurança pública. Adotou-se o método de abordagem indutivo, que parte do estudo de caso para chegar a conclusões generalizadas (breve análise crítica da decisão da Corte Europeia), aliado a uma técnica de pesquisa documental bibliográfica. Ao final, o artigo suscita a reflexão sobre quais seriam os contornos da atuação estatal que limita o exercício de direitos, concluindo que o princípio da dignidade da pessoa humana representa um dos possíveis critérios para orientar o debate.

PALAVRAS-CHAVE: Véu islâmico integral. Corte Europeia de Direitos Humanos. Princípio da proporcionalidade. Princípio da dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: One of the current challenges facing Europe is the promotion of multicultural dialogue and freedom of expression. Having rights clash, it should undertake the opportunity to celebrate this rich diversity and seek solutions that respect all the rights involved. The difficulty arises, however, in how to equalize specific conflicts in which controversial issues and polysemic principles are at stake, as is the case of human dignity, personal and cultural identity, autonomy of the will, self-assertion of women and the right to social interaction. This article focuses on this problem by analysing - in the light of the principle of proportionality - the case entitled *S.A.V versus France*, submitted to the European Court of Human Rights. The center of the controversy is the French Law No. 1192/2010, which prohibits the use of clothing intended to conceal the face in the public space, under the arguments, in essence,

that such practice infringes the principles of secularism, of 'living together' and of women's dignity and consists of a matter of public safety. It was adopted the inductive method of approach, that starts from the case study to reach general conclusions (brief critical analysis of the European Court decision), together with a bibliographic research. Finally, the article raises the reflection on what are the contours of state action that limits the exercise of rights, concluding that the principle of human dignity is one of the possible criteria to guide the debate.

KEYWORDS: Full Islamic veil. European Court of Human Rights. Principle of proportionality. Principle of human dignity.

INTRODUÇÃO

A União Europeia e os países europeus vêm enfrentando nos últimos anos grandes desafios na condução da sua política interna e de relações exteriores, considerando a intensa imigração de pessoas que não compartilham das suas mesmas ideologias e convicções religiosas, o que vem (re)suscitando ou enaltecendo o debate sobre temas polêmicos como tolerância, democracia e respeito aos direitos humanos.

Não se pode olvidar, todavia, que o fenômeno do embate entre culturas diferentes acompanha a Europa há muito mais tempo. A França (juntamente com a Alemanha)¹ é o país com a maior comunidade muçulmana na Europa, e um dos daqueles que historicamente mais restringe a expressão de fé em ambientes públicos. Aliás, os muçulmanos em território francês oferecem um importante panorama para a análise não apenas do fenômeno migratório e de seus desafios, mas igualmente para a compreensão da formação de uma minoria que *"se define pela identidade religiosa em um Estado republicano e laico, que rejeita perspectivas comunitaristas e multiculturais em seu espaço público"*².

1 Conforme informação disponível em: <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2016/07/19/5-facts-about-the-muslim-population-in-europe/>. Acesso em 10.08.2016.

2 SAMPAIO, Daniella Portella. Muçulmanos na França: um retrato da política migratória francesa e a constituição de uma minoria. Disponível em: http://www.academia.edu/8743937/MU%C3%87ULMANOS_NA_FRAN%C3%87A_UM_RETRATO_DA_POL%C3%8DTICA_MIGRAT%C3%93RIA_FRANCESA_E_A_CONSTITUI%C3%87%C3%83O_DE_UMA_MINORIA. Acesso em: 10.08.2016. A autora realça também que, com relação ao fenômeno migratório concernente à França, esse país, por muito tempo, caracterizou-se como um Estado de emigração, tendo milhares de colonos franceses se instalado em seus territórios na América durante a primeira fase de colonização (que se estende do século XVI ao XVIII). Durante o século XIX, na fase da descolonização, as disputas por possessões coloniais, principalmente contra a Inglaterra, levaram à extensão do império à África, Ásia e Oceania. Posteriormente, a necessidade por trabalhadores no território francês europeu foi preenchida pela vinda de estrangeiros ao país, sendo que, a partir da 2ª Guerra Mundial, a França passa a receber trabalhadores provenientes do antigo império colonial, como os muçulmanos norte-africanos.

O presente artigo propõe-se a abordar alguns aspectos relacionados a essa problemática, focando no exame do caso ‘S.A.V *versus* França’, apresentado à Corte Europeia de Direitos Humanos em 11 de abril de 2011 (nº 43835/11). O cerne do debate é a Lei francesa nº 1192/2010, que entrou em vigor em 11 de abril de 2011 e foi a primeira lei em solo europeu (seguida pela Bélgica) a banir o uso do véu islâmico integral (burka e *niqab*³), sob os argumentos, em síntese, de que tal prática afronta os princípios do secularismo, do ‘viver em conjunto’ e da dignidade das mulheres, bem como consiste em uma questão de segurança pública. Após analisar – à luz do princípio da proporcionalidade – os argumentos favoráveis e contrários à lei, o estudo pretende emitir um breve juízo de valor sobre a decisão da Corte Europeia, lançando a discussão sobre quais seriam os limites, os deveres e as possibilidades da atuação estatal que restringe o exercício de direitos, sob os fundamentos da preservação da ordem pública e da dignidade da pessoa humana.

1 AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO S.A.V VERSUS FRANÇA

O caso S.A.V *versus* França foi apresentado à Grande Câmara da Corte Europeia de Direitos Humanos, tendo em vista a gravidade da questão discutida (o teor da Lei francesa nº 1192/2010), a qual remete à interpretação de dispositivos da Convenção Europeia de Direitos Humanos, bem como ao risco de contradição com decisão previamente tomada por esta mesma Corte.

Assim reza o diploma legal controvertido:

Lei nº 2010-1192

Art. 1º. Nenhuma pessoa pode, no espaço público, usar roupas destinadas a dissimular a face.

Art. 2º. Para os efeitos do artigo 1º, o espaço público é composto de vias públicas, bem como de locais abertos ao público ou afetados a um serviço público.

A proibição prevista no artigo 1º não se aplica se a conduta é exigida ou autorizada por lei ou regulamento, se for justificada por motivos de

3 O niqab e a burca “são tipos de véus integrais, que cobrem todo o corpo e rosto da mulher. A diferença entre estes é que o niqab deixa a área dos olhos à mostra, enquanto a burca contém apenas uma espécie de painel que permite a visão, sendo o tipo de véu que mais esconde a fisionomia da mulher. Geralmente tais tipos possuem cores escuras, como preto. Enquanto o niqab é mais comum no Golfo Pérsico, a burca é encontrada, principalmente, no Afeganistão e em certas regiões do Paquistão. Na França, é o niqab o tipo de véu integral mais comum. Entretanto, muitas vezes, as políticas ou a própria mídia fazem referência ao termo ‘burca’ para designar o conjunto dos véus integrais” (ANDRADE, Camila Sombra Muiños de. Direitos Humanos, Imigração e Diversidade: um estudo de caso sobre o uso do véu na França. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, fl. 50. Disponível em: file:///C:/Users/nicole.facchini/Downloads/Dissertacao_Camila_Sombra_Muiños_de_Andrade_Corrigida.pdf. Acesso em: 11.08.2016).

saúde ou por motivos profissionais, ou se estiver em parte de atividades esportivas, festas ou eventos artísticos ou tradicionais.

Art. 3º. A violação da proibição prevista no art. 1º é punível com uma multa por infrações de segunda classe.

A obrigação de realizar o curso de cidadania a que se refere o artigo 8º 131-16 do Código Penal pode ser imposta conjuntamente ou em lugar da multa.

[...]

Art. 6º. Esta lei aplica-se a todo o território da República.

Art. 7º. O Governo apresentará ao Parlamento um relatório sobre a aplicação da presente Lei 18 meses após a sua promulgação. Este relatório avalia a implementação desta Lei, as medidas desenvolvidas pelo governo e as dificuldades encontradas.

Previamente à edição da lei, o Ministério do Interior francês, em 2009, conduziu uma pesquisa visando mapear o uso do véu islâmico integral no país (*Rapport d'Information n° 2262*). A investigação estimou em, no máximo, duas mil mulheres portando o véu integral na França; uma minoria, considerando o universo de 65 milhões de habitantes no país. Contudo, afirmou-se que o fenômeno não era existente na França até o ano de 2000, de forma que mereceria a atenção o seu crescimento recente. Relativamente ao perfil das mulheres que usavam o véu, concluiu-se que metade tinha menos de trinta anos e 90% menos de quarenta, dois terços tinham nacionalidade francesa e um quarto delas foi convertida ao Islã. Em outras palavras, o estudo revelou que se trata de uma vestimenta associada à juventude e que não se restringe às estrangeiras, mas, ao contrário, é majoritariamente escolhida pelas francesas. Quanto às motivações para utilizá-lo, a enquete destacou, em especial: a conformidade com valores familiares e comunitários, a coerção e o desejo de purificação por meio de uma prática religiosa mais austera⁴.

Importante registrar que, já em 15 de março de 2004, havia sido aprovada na França uma lei proibitiva do uso de símbolos religiosos ostensivos nas escolas públicas. A lei n° 1192/2010, todavia, revela um âmbito de aplicação mais vasto, uma vez que se dirige a todo espaço público.

Antes da aprovação dessa segunda medida legislativa, representantes do Conselho da Europa manifestaram-se desfavoráveis à proibição do uso do véu integral, sob os argumentos de que isso poderia resultar em uma maior alienação social das mulheres que a lei almejava proteger, bem como

4 ANDRADE, *op. cit.*

que uma proibição de caráter geral constituiria uma invasão na privacidade individual, incompatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Não obstante, a lei foi aprovada pela Assembleia Nacional em 13 de julho de 2010 com 335 votos a favor, um contra e três abstenções. Restou aprovada também pelo Senado em 14 de setembro do mesmo ano, com 246 votos a favor e uma abstenção. Por fim, o Conselho Constitucional francês (*Conseil Constitutionnel*), em 07 de outubro de 2010, entendeu que a lei era compatível com a Constituição.

Essa legislação continuou sendo alvo de grandes debates e foi questionada junto à Corte Europeia de Direitos Humanos em Estrasburgo. A autora da ação nasceu na França em 1990 e afirmava usar o *niqab* para viver conforme sua cultura, sua fé e convicções pessoais, e não por pressão de seus familiares. Acrescentou que não o usava de forma sistemática, evitando-o em situações que exigissem controle de segurança, e que lhe assistia o direito de usá-lo quando desejasse. Alegou que a lei viola os artigos 3^o, 8^o, 9^o, 10^o e 11^o da Convenção Europeia de Direitos Humanos, isolados ou lidos em conjunto com o artigo 14^o da mesma Convenção.

- 5 ARTIGO 3^o. Proibição da tortura. Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.
- 6 ARTIGO 8^o. Direito ao respeito pela vida privada e familiar. 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção as infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.
- 7 ARTIGO 9^o. Liberdade de pensamento, de consciência e de religião. 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem.
- 8 ARTIGO 10^o. Liberdade de expressão. 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.
- 9 ARTIGO 11^o. Liberdade de reunião e de associação. 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação, incluindo o direito de, com outrem, fundar e filiar-se em sindicatos para a defesa dos seus interesses. 2. O exercício deste direito só pode ser objeto de restrições que, sendo previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros. O presente artigo não proíbe que sejam impostas restrições legítimas ao exercício destes direitos aos membros das forças armadas, da polícia ou da administração do Estado.
- 10 ARTIGO 14^o. Proibição de discriminação. O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua,

A Corte Europeia, em sua fundamentação, pontuou que o diploma legal impugnado submete a requerente ao seguinte dilema: atender aos ditames da lei e, então, abster-se de se vestir de acordo com sua orientação religiosa; ou recorrer-se a cumpri-la, enfrentando as sanções penais dela decorrente. Indicou também que a limitação ou interferência decorrente da medida legislativa não seria compatível com a Convenção Europeia, a menos que visasse a um ou mais objetivos legítimos previstos na mesma Convenção e fosse necessária em uma sociedade democrática para alcançar justamente o(s) objetivo(s) almejado(s). Em outras palavras, deduz-se que a Corte analisou a questão sob o crivo do princípio da proporcionalidade, reconhecendo que o julgamento, mesmo que não encontrasse nenhuma violação, deveria buscar uma abordagem equilibrada, ponderando cuidadosamente a argumentação invocada pelas partes e pelos terceiros intervenientes.

No próximo item, assim, proceder-se-á ao exame dos diversos argumentos tecidos durante o julgamento, sistematizando-os de acordo com o princípio da proporcionalidade, que se tornou um princípio ou postulado¹¹ de máxima importância, e talvez até o mais importante¹², no âmbito do tema da colisão de direitos fundamentais, mormente nas hipóteses de restrição legislativa a esses direitos. Desde já é bom salientar que a decomposição do princípio da proporcionalidade em subprincípios tem o mérito de facilitar a compreensão da sua aplicabilidade, o que reduz sensivelmente o seu grau de imprecisão. De forma bastante sintética, o princípio da proporcionalidade requer que os meios sejam adequados para atingir o fim (subprincípio da adequação), necessários dentre os disponíveis (subprincípio da necessidade) e que as vantagens da sua utilização superem as desvantagens (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito). Definir em que consiste a referida adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito diante do caso concreto, todavia, se traduz em um exercício de raciocínio complexo e imbuído de escolhas ou reflexões filosóficas e políticas.

religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

11 Dadas as limitações físicas desse trabalho, optou-se por não adentrar na discussão acerca da natureza da proporcionalidade. Por ora, é suficiente afirmar que, para a maioria da doutrina brasileira e estrangeira, trata-se de verdadeira norma principiológica. Em sentido contrário, dentre nós, posiciona-se Humberto Ávila, para quem há de se falar no postulado da proporcionalidade. Segundo esse autor, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, ou seja, "normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos" (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios e da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 89). Partindo dessa conceituação, Ávila advoga a ideia de que a proporcionalidade deve ser considerada postulado, e não princípio.

12 STEINMETZ, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 145.

2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO AO JULGAMENTO DO CASO DA PROIBIÇÃO LEGAL DO USO DO VÉU ISLÂMICO INTEGRAL NA FRANÇA

A origem do princípio da proporcionalidade¹³ remonta ao direito administrativo prussiano do século XIX, mais especificamente ao âmbito do poder de polícia. Heinrich Scholler¹⁴ informa que a vinculação do legislador a esse princípio alcançou reconhecimento doutrinário e jurisprudencial com a Lei Fundamental da Alemanha de 1949. A partir de então, alguns passaram inclusive a defender uma evolução do princípio da “reserva de lei” para princípio da “reserva de lei proporcional”, pelo que se iniciou a admitir a possibilidade de impugnação e de eliminação não apenas das “medidas administrativas desproporcionais, mas também das leis que, ofensivas à relação entre meios e os fins, estabelecem restrições aos direitos fundamentais”¹⁵.

Assim, se historicamente o princípio surgiu como técnica para controlar o poder de polícia da Administração Pública, com o tempo se expandiu para abarcar a fiscalização sobre os limites aos direitos fundamentais, vinculando também os demais poderes públicos¹⁶.

A decomposição do princípio da proporcionalidade em princípios parciais ou subprincípios, conforme antecipado acima, facilita a sua compreensão e aplicabilidade. É claro que essa maneira de conceber o princípio, apesar de auxiliar o hermenêuta, não elimina todos os problemas. Humberto Ávila¹⁷, nesse contexto, externa que existe aparente clareza quanto à circunstância do postulado exigir o exame dos seus subprincípios. O dilema está em como interpretá-los diante do caso concreto. Em que pese essa dificuldade, as etapas de aplicação do princípio da proporcionalidade revelam-se úteis para conduzir o raciocínio do hermenêuta, e é em razão disso que serão aqui analisadas¹⁸.

13 Suzana de Toledo Barros afirma que “o germe do princípio da proporcionalidade foi a ideia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII” (BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 35).

14 SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. In: Revista de Interesse Público, n. 2, 1999, p. 93-105.

15 Ibid, p. 97.

16 STEINMETZ, op. cit., p. 147.

17 ÁVILA, op. cit., p. 113.

18 A propósito do tema, uma organização não-governamental que atuou como terceira parte interveniente no julgamento mencionou que a relatora especial das Nações Unidas sobre a liberdade de religião ou crença, no seu relatório datado de 2006, havia colocado um conjunto de diretrizes para a consideração da necessidade e da proporcionalidade das restrições ao uso de vestimentas ou símbolos religiosos e teria

2.1 O subprincípio da adequação

O primeiro subprincípio ordena que se perquirira, diante da situação em exame, se a decisão restritiva a um dos direitos fundamentais em jogo oportuniza o alcance da finalidade perseguida¹⁹. Observe-se que a restrição pode ocorrer tanto pela via legislativa como pela jurisdicional. Cuida-se aqui de verificar, então, se o meio empregado é apropriado para atingir o fim pretendido²⁰.

Consoante os ensinamentos de Luiz Calil de Freitas, o princípio da adequação – também conhecido como princípio da conformidade ou da idoneidade – estabelece que, na análise do caso concreto, é necessário perquirir se a afetação desvantajosa do direito fundamental foi produzida com o emprego do meio que de forma mais adequada promoverá o atingimento do fim pretendido²¹. Em outras palavras, impõe-se examinar se o meio eleito, “*conquanto produza limitação ou restrição a direito fundamental, é útil, idôneo, apto, apropriado à promoção do resultado pretendido, não se exigindo que de modo absoluto ele se mostre desde logo capaz de o produzir*”²².

Aplicando-se o subprincípio da adequação à lei em análise, cumpre aferir se a política que está sendo examinada é apta a promover os objetivos a que se destina. Assim, de início, impõe-se indagar qual é a finalidade da norma em questão.

Conforme o governo francês, a Lei nº 1192/2010 visa à segurança pública, bem como à garantia do respeito pelo mínimo conjunto de (três) valores em uma sociedade aberta e democrática²³, a saber: igualdade entre homens e mulheres, dignidade humana e os mínimos requerimentos de uma vida em sociedade (‘living together’). Esses objetivos estariam contemplados no segundo parágrafo dos artigos 8º e 9º da Convenção.

Nesse ponto, vale sinalizar que, previamente à edição da lei, a conferência de Presidentes da Assembleia Nacional estabeleceu uma comissão parlamentar com a tarefa de realizar um relatório sobre o uso do véu integral no território nacional, o qual enfatizou que essa vestimenta

recomendado que as seguintes questões fossem respondidas pela administração ou pelo judiciário ao fazer essa avaliação: a) é apropriada a restrição em causa, tendo em conta o interesse legítimo que visa proteger?; b) é a menos restritiva?; c) é provável para promover a intolerância religiosa e evitar a estigmatização de qualquer comunidade religiosa em particular? (CASE OF S.A.S v. FRANCE. Disponível em: http://unirep.rewi.hu-berlin.de/doc/or/2014/0827/Rspr_EGMR_zu_Burqaverbot.pdf. Acesso em 11.08.2016).

19 STEINMETZ, op. cit., p. 149.

20 ÁVILA, op. cit., p. 116.

21 FREITAS, Luiz Fernando Calil. Direitos fundamentais: limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 208.

22 Ibid, p. 208.

23 Tradução livre para “to ensure respect for the minimum set of values of an open and democratic society”.

infringe o princípio da liberdade, por ser um símbolo de subserviência e violência desumanizadora, e representa a negação da fraternidade e do contato com outros (princípio do “*vivre ensemble*”). Além de violar a dignidade da mulher que porta o véu, o seu uso violaria igualmente a dignidade de terceiros que compartilham do mesmo espaço público e que são impedidos de efetuar uma relação de troca com o outro, mesmo que apenas visual.

O governo apontou, ainda, que o estudo apresentado por duas das partes intervenientes no julgamento – segundo o qual as mulheres que usam ou usavam o véu o faziam voluntariamente – foi baseado em uma pequena amostra de mulheres (27 em um caso, e 32 em outro), recrutadas usando um método não confiável²⁴.

A autora, ao seu turno, defendeu que o argumento do ‘respeito pelos mínimos requerimentos de uma vida em sociedade’ não levava em consideração tanto as práticas culturais das minorias que não necessariamente compartilhavam dessa filosofia como o fato de que existem outras formas de comunicação, além da visual. Sublinhou, outrossim, que o argumento da igualdade de gênero era simplista, devendo ser considerado, inclusive, que – de acordo com uma posição feminista bem estabelecida – o uso do véu frequentemente denotava a emancipação e autoafirmação das mulheres e sua participação na sociedade, sendo uma questão não de agradar aos homens, mas de satisfação pessoal e da própria consciência.

Importante sinalizar, nesse compasso, a opinião da ‘National Advisory Commission on Human Rights’²⁵, referida no julgamento, que enfatizou o risco de a lei provocar a estigmatização dos muçulmanos e que uma proibição geral poderia ser prejudicial às mulheres, especialmente porque poderia redundar em privação do acesso às áreas públicas e às instituições de ensino por parte daquelas obrigadas a usar o véu integral.

Quanto à questão da igualdade de gênero, a Corte, por sua vez, argumentou que o Estado não pode invocar essa finalidade para banir uma prática defendida pelas mulheres. Da mesma forma, afastou a tese da dignidade da pessoa humana como justificativa legítima, uma vez

24 The snowball method, o qual consiste na escolha de várias pessoas que se encaixam no perfil do assunto e, em seguida, através deles, atingir um número maior de pessoas que geralmente compartilham os mesmos pontos de vista. Tradução livre para “is consisted in targeting various people fitting the subject profile and then, through them, reaching a greater number of people who generally shared the same views”. O Governo concluiu que os relatórios em causa oferecem uma visão muito parcial da realidade e que sua relevância científica deve que ser vista com cautela.

25 Nesse mesmo sentido, a ‘Resolution 1743 (2010) and Recommendation 1927 (2010) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe and Viewpoint of the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe’, também citados no julgado.

que a vestimenta em questão é expressão de uma identidade cultural que contribui para o pluralismo inerente à democracia.

O órgão julgador considerou, porém, o argumento de que a face desempenha um importante papel nas interações sociais, e que o véu corresponde a uma barreira levantada diante dos outros, tolhendo-lhes o direito de viver em um espaço de socialização que torna mais fácil a vida em sociedade²⁶. Em outras palavras, entre os ideais republicanos, “foi a Fraternidade escolhida como o fundamento adequado para a legislação, e não a Igualdade ou a Liberdade, argumentos dos discursos. O discurso de direitos humanos, assim, cedeu lugar àquele de ordem pública”²⁷.

Sendo a legislação adotada idônea à finalidade prevista, conforme entendimento esposado pela Corte Europeia, deve-se indagar, na sequência, a respeito da sua necessidade.

2.2 O subprincípio da necessidade

O *princípio da necessidade* diz com a proibição da adoção de meio excessivamente oneroso, quando for possível a aplicação de outro meio menos gravoso e igualmente apto a produzir o resultado almejado²⁸. Na verdade, a necessidade de uma medida de ordem restritiva impõe um juízo positivo, uma vez que não basta simplesmente afirmar que o meio escolhido não é o que causa menor lesividade²⁹. O juízo “há de indicar qual o meio mais idôneo e por que objetivamente produziria menos consequências gravosas, entre os vários meios adequados ao fim colimado”³⁰.

Humberto Ávila registra que o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação. A primeira delas requer o exame dos meios alternativos de modo a verificar se eles promovem igualmente o fim; a segunda demanda o exame do meio menos restritivo, para verificar se os meios alternativos são menos desvantajosos aos direitos fundamentais colateralmente afetados³¹. Ainda segundo esse autor

o exame da necessidade não é, porém, de modo algum singelo. Isso porque, como foi mencionado, a comparação do grau de restrição

26 É a ideia que pode ser extraída do seguinte trecho do julgamento: “The Court is therefore able to accept that the barrier raised against others by a veil concealing the face is perceived by the respondent State as breaching the right of others to live in a space of socialisation which makes living together easier.”

27 ANDRADE, op. cit., fl. 201.

28 FREITAS, op. cit., p. 209.

29 BARROS, op. cit., p. 80.

30 Ibid., p. 80.

31 ÁVILA, op. cit., p. 122.

dos direitos fundamentais e do grau de promoção da finalidade preliminarmente pública pode envolver certa complexidade. Quando são comparados meios cuja intensidade de promoção do fim é a mesma, só variando o grau de restrição, fica fácil escolher o meio menos restritivo. Os problemas começam, porém, quando os meios são diferentes não só no grau de restrição dos direitos fundamentais, mas também no grau de promoção da finalidade. Como escolher entre um meio que restringe pouco um direito fundamental, mas, em contrapartida, promove pouco o fim, e um meio que promove o fim mas, em compensação, causa muita restrição a um direito fundamental? A ponderação entre o grau de restrição e o grau de promoção é inafastável. Daí a necessidade de que o processo de ponderação, como já afirmado, envolva o esclarecimento do que está sendo objeto de ponderação, da ponderação propriamente dita e da reconstrução posterior da ponderação³².

Contextualizando as ideias acima no âmbito da legislação que proíbe o uso do véu islâmico integral, há que se aquilatar a eventual existência de alguma outra medida alternativa que repercuta da mesma maneira sobre a finalidade perseguida, mas que prejudique, em menor grau, outros bens jurídicos relevantes.

Segundo a autora da ação, mesmo partindo do pressuposto de que os objetivos perseguidos pela legislação são legítimos, existiriam outros meios menos restritivos. Acrescentou que a lei adotada era imbuída de intenção paternalística, além de refletir a intenção de punir as próprias mulheres que, em tese, deveriam ser protegidas de uma pressão patriarcal.

A Comissão Nacional Consultiva dos Direitos do Homem (França) – CNCDH, por sua vez, advogou que uma maneira de combater qualquer forma de obscurantismo consistia no encorajamento da promoção de uma cultura de diálogo, abertura e moderação, bem como no patrocínio de um melhor conhecimento da religião e dos princípios republicanos. Levantou a necessidade de cursos de fortalecimento de educação cívica para homens e mulheres, bem como da aplicação rigorosa dos princípios da laicidade e da neutralidade dos serviços públicos. Além disso, expressou o desejo de que, em paralelo, estudos sociológicos e estatísticos deveriam ser realizados a fim de acompanhar a evolução do uso do véu de rosto inteiro. Sobre o assunto, Camila S. M. De Andrade refere que, conforme a CNCDH, “já existiam regulamentações em tema de ordem pública e neutralidade dos serviços públicos, de modo que a proibição do véu integral, limitada no

³² Ibid., p. 122.

tempo e espaço, já era aplicada em vários casos³³. Nesse mesmo sentido seria o entendimento do Conselho de Estado, segundo o qual

o uso do véu integral, seja enquanto tal ou como forma de dissimulação da face, já era limitado, segundo determinadas circunstâncias de tempo, lugar e pessoas, por dispositivos de natureza e alcance diversos. São vários os exemplos trazidos pelo Conselho de Estado, podendo-se destacar os seguintes: proibição dos agentes públicos de manifestação das crenças religiosas em suas funções; a lei de 15 de março de 2004 (proibição de símbolos religiosos ostensivos nas escolas³⁴); a decisão do Conselho de Estado que valida a recusa do Ministro do Interior de pedido de aquisição de nacionalidade francesa por mulher que usava burca; na área cível, o uso do véu islâmico tomado em consideração para fins de divórcio, por ser considerado um excesso da prática religiosa; dispositivos que proíbem a dissimulação voluntária da face, de maneira genérica, especialmente por motivos de segurança e necessidade de identificação das pessoas. Para o Conselho de Estado, haveria também meios indiretos para sancionar a coerção ao uso do véu integral, como os delitos de violência física ou psicológica ou, no caso de menores, jurisprudência sobre a suspensão do direito à visita de pais em razão de pressão moral para o uso do véu integral³⁵.

Nesse contexto, importante traçar rapidamente o *background* da legislação em apreço, em particular o relatório determinado pela conferência de presidentes da Assembleia Nacional francesa, em junho de 2009, segundo o qual o uso do véu integral era um fenômeno recente na França e que o uso desta vestimenta já existia antes do advento do Islã (portanto, não decorrente do Alcorão) e não tinha a natureza de um preceito religioso, mas derivava de uma afirmação radical de indivíduos na busca de identidade social e de uma ação de movimentos fundamentalistas extremistas. O relatório advogava a necessidade de três frentes de ação: convencer as mulheres, protegê-las e proibir o véu. Para tanto, ofereceu as seguintes propostas: (1) adoção de uma resolução que reafirmasse os valores republicanos e condenasse como contrária a tais valores a utilização do véu de rosto inteiro; (2) inicialização de um levantamento geral dos fenômenos de fusão, discriminação e rejeição de pessoas por conta de sua origem ou fé, e das condições de representação justa da diversidade espiritual; (3) reforço das ações de sensibilização e educação sobre respeito mútuo e diversidade e a generalização de mecanismos de mediação; (4) e

33 ANDRADE, op. cit., p. 91.

34 Conforme citação de Camila S. M de Andrade, tanto a CNCNDH como a Assembleia Nacional entendem que o uso do véu nas escolas e o uso do véu integral nos espaços públicos constituem problemáticas distintas, uma vez que o princípio da laicidade – no primeiro caso – pode servir de fundamento por se tratar de um serviço público, a educação. O segundo, porém, não se trata de uma relação entre os indivíduos e serviços públicos, mas de relações entre indivíduos (op. cit., p. 161).

35 ANDRADE, op. cit., p. 92.

a promulgação de uma legislação que garantisse a proteção das mulheres vítimas de coação, a qual iria coibir tais práticas e reforçar a atuação dos funcionários públicos envolvidos neste fenômeno.

O Governo francês considerou que as opções da mediação e de resoluções parlamentares não eram suficientemente efetivas e que a proibição do véu limitada a certos lugares ou circunstâncias – além da dificuldade de sua implementação – não seria um meio apropriado de salvaguarda dos princípios em questão. Sublinhou, também, que restringir as sanções apenas àqueles que obrigassem as mulheres a usarem o véu integral não seria eficiente porque as muçulmanas em causa poderiam hesitar em denunciar essa prática. Acrescentou, ainda, que a Lei foi aprovada na Assembleia Nacional e no Senado por unanimidade dos que votaram (menos um voto), bem como sua necessidade foi reconhecida pelo Conselho Constitucional e pela Corte de Cassação.

A Corte, em sua decisão, enfatizou o papel fundamentalmente subsidiário da Convenção face à legitimação democrática direta das autoridades nacionais, as quais, em tese, estão em melhores condições do que uma Corte internacional para avaliarem as necessidades e condições locais. Relativamente ao artigo 9º da Convenção, entendeu que o Estado, em princípio e com a supervisão da Corte, conta com uma ampla margem de apreciação em decidir se e em qual medida a limitação de um direito de manifestação da religião ou crença é necessária.

Fixada esta premissa, a Corte asseverou a imprescindibilidade de verificar se a legislação impugnada é necessária em uma sociedade democrática para fins de segurança pública (dentro do significado dos artigos 8º e 9º da Convenção)(1) ou para a proteção dos direitos e liberdades de terceiros (2).

Com relação ao primeiro ponto (1), asseverou a Corte ser essencial ao Estado identificar indivíduos de forma a prevenir situações perigosas. Todavia, acrescentou que o banimento do uso do véu integral somente poderia ser proporcional em um contexto de ameaça geral à segurança pública, requisito não preenchido pela legislação impugnada, uma vez que tal objetivo poderia ser alcançado por uma mera obrigação de mostrar a face em situações de risco à segurança das pessoas ou do patrimônio.

No que diz respeito à segunda finalidade (2), a Corte entendeu ser aceitável que o Estado reconheça ser essencial atribuir um peso especial à interação entre indivíduos, e que tal interação possa ser afetada pelo uso do véu integral. Consequentemente, a Corte Europeia concluiu que a proibição encontra-se justificada (necessária) se garantir as condições do ‘living together’³⁶.

36 Nesse ponto, extrai-se do julgado o seguinte trecho: “142. 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

2.3 O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito

Por fim, parte-se para a análise do *princípio da proporcionalidade em sentido estrito*. O que se investiga aqui consiste na relação custo-benefício existente entre o resultado obtido pelo emprego do meio escolhido e a restrição a direito fundamental dele decorrente³⁷. Isso porque, certas vezes, os juízos da adequação e da necessidade não são suficientes para aferir a justiça de uma determinada medida restritiva adotada, tendo em vista que dela pode resultar uma sobrecarga ao direito atingido que não se harmoniza com a ideia de justa medida³⁸. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade *strictu sensu* revela-se de suma importância “para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A ideia de equilíbrio entre valores e bens é exalçada”, como alerta Suzana de Toledo Barros³⁹.

Humberto Ávila⁴⁰, ao comentar o princípio em apreço, ressalta que o seu exame requer a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. No seu entender, alguns questionamentos devem ser formulados, quais sejam: “as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?”⁴¹. Trata-se, ainda segundo o autor, de um exame complexo, que envolve uma forte carga subjetiva por parte do intérprete⁴².

Segundo Robert Alexy⁴³, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito – que se confunde com o mandado da ponderação – diz

of “living together”. Os juízes Nussberger e Jäderblom, que proferiram votos dissonantes nesse ponto, expressaram que o Governo não explicou porque seria impossível aplicar medidas menos restritivas, como a sensibilização e educação para desencojarem o recente fenômeno do uso do véu integral.

37 FREITAS, op. cit., p. 211.

38 BARROS, op. cit., p. 82-83.

39 Ibid., p. 83.

40 ÁVILA, op. cit., p. 124.

41 Ibid., p. 124.

42 Sobre as objeções ao princípio da proporcionalidade, cf., dentre outros, STEINMETZ, op. cit., p. 193-207. Ainda nesse contexto, vale referir que, à inafastável dose de discricionariedade na apreciação do justo para o caso concreto, principalmente nos chamados hard cases do direito constitucional, Daniel Sarmento opõe a maior responsabilidade decisória quando da ponderação de interesses. Serão justamente esses interesses, sem olvidar das dimensões normativas da Constituição e os resultados concretos da decisão, que orientarão o intérprete para a busca da justiça do caso concreto. Além disso, segundo o autor, a jurisprudência vai consolidando com o passar do tempo certas orientações a propósito dos conflitos principiológicos, criando parâmetros que reduzem a margem de subjetividade dos futuros operadores do direito quando da apreciação de casos similares, o que não gera, porém, a perspectiva de desaparecimento das ponderações ad hoc. (SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 109-111).

43 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 112.

respeito às possibilidades *jurídicas* do meio eleito. Se uma norma de direito fundamental de carácter principiológico entra em rota de colisão com um princípio oposto, então a possibilidade jurídica de realização da norma de direito fundamental depende do princípio contrário. Para se obter uma decisão, faz-se necessária uma ponderação que leve em consideração a lei da colisão. Ainda segundo o mestre alemão, da máxima da proporcionalidade em sentido estrito segue que os princípios são mandados de otimização com relação às possibilidades jurídicas. As máximas da necessidade e da adequação, a seu turno, resultam do carácter dos princípios como mandados de otimização com relação às possibilidades *fáticas*⁴⁴. Em outras palavras, a diferença entre os subprincípios da adequação e da necessidade, de um lado, e o da proporcionalidade em sentido estrito, de outro, reside no fato de que os primeiros dizem respeito às possibilidades fáticas do meio empregado e dos outros meios passíveis de utilização, ao passo que no segundo são analisadas as possibilidades jurídicas do meio eleito⁴⁵.

No tocante à política de vedação do uso do véu integral, cuida-se de sopesar os interesses em jogo sob a ótica dos valores envolvidos, para verificar se as vantagens dessa medida superam ou não os ônus que decorrem da sua imposição.

O Governo indicou que a lei era a resposta a uma prática considerada incompatível, na sociedade francesa, com as regras básicas de comunicação social e, mais amplamente, com os requisitos do “viver juntos” e da proteção dos direitos e liberdades de outrem. A partir dessa perspectiva, advogou que estaria tentando proteger um princípio de interação entre os indivíduos, o que – na sua opinião – seria essencial para a expressão não só do pluralismo, mas também da tolerância e da abertura de espírito que fundamentam uma sociedade democrática. Dessa forma, a proibição em questão constituiria uma escolha da sociedade francesa, o que estaria em sintonia com o papel subsidiário autoatribuído pela própria Corte Europeia.

Para a autora da ação, por outro lado, sopesando os interesses conflitantes – aqueles titularizados por quem desaprovava o uso do véu e aqueles ostentados pelas muçulmanas em questão, que, como ela, foram forçadas a escolher entre agir de forma contrária às suas crenças, ficar em casa ou violar a lei – esses últimos teriam sido mais seriamente afetados.

Os votos dissonantes dos juízes Nussberger e Jäderblom acolheram a argumentação da autora, assentando que a lei impugnada sacrifica direitos individuais concretos garantidos pela Convenção em nome de princípios abstratos. Consideraram vago, ainda, o que poderia constituir o conceito de ‘direitos e liberdades de terceiros’, e acrescentaram que a razão para a

44 ALEXY, op. cit., p. 112.

45 FREITAS, op. cit., p. 211.

não tolerância do véu integral estaria baseada em interpretações do seu significado simbólico, sendo que não existe um direito a não ser chocado ou provocado por diferentes modelos de identidade cultural ou religiosa. Apontaram, ainda, que a comunicação (que não se restringe à interação visual) é essencial para a vida em sociedade, mas o direito ao respeito pela vida privada compreende o direito de não se comunicar e de não entrar em contato com terceiros em ambientes públicos (o direito de ser um ‘outsider’). Com relação à proporcionalidade em sentido estrito, defenderam a dificuldade de argumentar que os direitos protegidos pela lei superam os direitos por ela infringidos. Nesse ponto, sublinharam que mesmo os valores supostamente alvo de proteção – pluralismo, tolerância e abertura de espírito – poderiam justificar não apenas a vedação do véu integral, mas justamente o contrário, ou seja, o uso desta vestimenta. Sustentaram, nessa linha de raciocínio, que o Estado tem o dever de assegurar tolerância mútua entre grupos opostos e, ao invés de remover a causa de tensão, eliminando o pluralismo (conduta adotada pelo legislador francês), deveria garantir que os grupos concorrentes tolerassem uns aos outros. Por fim, ressaltaram que apenas um pequeno número de mulheres usava o véu integral, o que reduzia muito a possibilidade de terceiros serem afetados nos seus direitos de interação social.

A Corte Europeia, por maioria, considerou os argumentos de que apenas uma pequena parcela das mulheres usava o véu, e que a vedação produzia um impacto negativo na situação dessas muçulmanas que haviam escolhido usá-lo por razões de crença, restringindo sua autonomia e liberdade ou isolando-as do convívio social. Mencionou, igualmente, que essas mulheres poderiam conceber a vedação como uma ameaça à sua própria identidade. Ponderou, porém, que a Lei apenas impedia o uso de vestimentas que escondessem a face, permitindo o uso de qualquer outro vestuário – com ou sem conotação religiosa –, sendo que as sanções impostas em caso de descumprimento estavam entre as mais leves que poderiam ser previstas. Em síntese, entendeu que os argumentos da segurança pública, do respeito pela igualdade entre homens e mulheres e da dignidade humana não poderiam legitimamente justificar a proibição da ocultação da face em locais públicos. Todavia, acolheu a argumentação do governo francês no sentido de que a imposição do veto ao uso do véu integral, com vistas à garantia do “viver juntos” na sociedade francesa, era um meio idôneo, necessário e proporcional. Concluiu, assim, que a Lei nº 1192/2010 não violava os artigos 8º e 9º da Convenção⁴⁶, bem como do artigo 14, combinado com esses mesmos artigos⁴⁷.

46 Voto por maioria.

47 Voto por unanimidade.

3 BREVE ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO DA CORTE EUROPEIA SOBRE O CASO DA PROIBIÇÃO DO VÉU INTEGRAL

A edição da Lei francesa nº 1192/2010 é apenas a ponta de um iceberg, cujos bastidores refletem uma série de questões de ordem filosófica, política, social, religiosa e ideológica que permeiam o debate da (des)integração de culturas tão diferentes que ocupam o mesmo espaço no território francês. Além disso, os atos terroristas, a denominada ‘islamofobia’⁴⁸, o fenômeno atual da forte imigração verso países europeus e o cenário político-eleitoral têm acrescentado novos ingredientes a essa discussão, exaltando ânimos e provocando a reação da comunidade nacional e internacional.

Sempre que se está diante de uma problemática complexa, envolvendo direitos e interesses contrapostos, torna-se inviável emitir um juízo de certo ou errado; o que ocorre, em realidade, é a adoção de um ou outro ponto de vista, o qual estará inevitavelmente ligado às próprias concepções ideológicas e culturais. Como demonstrado no julgamento do caso do véu integral pela Corte Europeia de Direitos Humanos⁴⁹, os mesmos argumentos podem ser utilizados para fundamentar posições antagônicas; tudo depende da forma pela qual as ideias são apresentadas e concebidas. Além disso, não se pode olvidar que os debates são travados geográfica e historicamente. Dependendo do local e do contexto histórico – bem como dos detalhes que os caracterizam –, pode-se chegar a conclusões distintas. E esse raciocínio revela-se extremamente importante quando medidas jurídicas são adotadas por um determinado Estado, visando normatizar práticas religiosas ou culturais. Quais são os limites, deveres e possibilidades da atuação estatal que restringe o exercício de direitos, sob os fundamentos da preservação da ordem pública e da segurança, da igualdade de gênero, da dignidade da pessoa humana etc? Quais as possíveis consequências práticas, jurídicas e filosóficas dessas medidas?

O presente artigo não pretende se debruçar sobre essa complexa problemática, mas apenas suscitar o debate. O caso da proibição do uso do véu integral (burca ou *niqab*) é um exemplo da dificuldade de se chegar a uma resposta consensual a essas indagações. Conforme entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos, essa proibição é idônea, necessária e proporcional com vistas à proteção dos direitos e liberdades de outrem,

48 O presente trabalho não adentrará na polêmica do uso do termo ‘islamofobia’.

49 Cite-se, por exemplo, a preocupação endossada pela CNCDH (Comissão Nacional Consultiva dos Direitos Humanos – França) no sentido de que a lei francesa nº 1192/2010 poderia vir a “ser percebida como uma medida ‘antimuçulmana’. De maneira oposta a este entendimento, a Assembleia Nacional concluiu que o uso do véu integral, em si, era uma forma de discriminação. Para a Assembleia, esta prática ‘nutre a estigmatização de uma parcela de nossa população que considera fazer plenamente parte da comunidade nacional e leva sua vida e, possivelmente, vive sua fé com respeito às leis da República’” (ANDRADE, op. cit., p. 86).

uma vez que o véu impede a interação social, considerada essencial à democracia e à sociedade francesa. Com efeito, apesar da controvérsia que rege a matéria, é muito difícil interagir com alguém totalmente coberto com uma vestimenta (com apenas e eventualmente os olhos à mostra).

A Corte, porém, afastou o argumento da desigualdade de gênero, assentando que o Estado não pode invocar essa finalidade para banir uma prática defendida pelas mulheres, o que, no nosso entender, mereceria uma análise mais aprofundada e contextualizada. Nesse ponto, poder-se-ia indagar quantas jovens muçulmanas foram obrigadas por suas próprias mães e sogras a usarem o véu, e, como a psicologia de repetição de modelos explica, impuseram oportunamente essa mesma conduta às respectivas filhas e noras? Ademais, considerando que a família é um bem extremamente importante e vital para os muçulmanos, quantas mulheres – para não fugir à tradição e às práticas religiosas e culturais que permeiam as relações familiares –, acabam por aderir a essa tradição, supostamente de forma consciente e volitiva? Da mesma forma, o uso do véu integral – mesmo que se entenda que ele represente uma identidade cultural (o que é controvertido) – acaba por retirar a identidade *peçoal* da muçulmana que o usa, tornado-a ‘invisível’, uma vez que apenas (e nem sempre) os olhos estão descobertos. E, sem identidade, perde-se a própria dignidade⁵⁰.

Em artigo referente à influência dos direitos fundamentais⁵¹ sobre o direito privado alemão, Jörg Neuner ressalta que o Constituição alemã⁵² (LF) estabelece que a “dignidade humana é ‘inviolável’, ou seja, um bem

50 Diferente, contudo, é o recente caso da proibição do uso do burkini (roupa de banho feminina utilizada pelas mulheres islâmicas, mas que não esconde o rosto) por cerca de 30 cidades litorâneas francesas, sob o argumento de que esta vestimenta representa uma provocação depois do atentado em Nice, em julho deste ano. A alta instância administrativa da França (o Conselho de Estado) suspendeu corretamente a interdição do burkini nas praias de Villeneuve-Loubet, uma vez que não restou comprovado que seu uso perturba a ordem pública e por esta medida representar uma grave violação das liberdades fundamentais (liberdade de ir e vir, de consciência e liberdade pessoal). Um aspecto interessante da decisão foi a consideração de que nenhuma outra razão, além do respeito pela lei e pela ordem pública, poderia ser utilizada para a adoção dessa interdição (o teor do decisum está disponível em: https://twitter.com/Conseil_Etat/status/769168986345005056/photo/1. Acesso em: 12.09.2016. Sobre o assunto, vide ainda: http://www.francetvinfo.fr/societe/religion/laicite/polemique-sur-le-burkini/burkini-apres-la-decision-du-conseil-d-etat-tous-les-arretes-devraient-maintenant-etre-annules_1796565.html. Acesso em 12.09.2016.) Devemos salientar que o burkini, ao contrário da burka ou do niqab, revela toda a face da mulher, garantindo sua identidade, dignidade e a possibilidade de interação social. Em sua decisão, o Conselho de Estado também invocou o princípio da proporcionalidade, em sua tríplice divisão, concluindo que o poder de polícia adotado pelo Poder Executivo de uma cidade litorânea, visando regulamentar o acesso à praia e as práticas de banho, deve ser adequado, necessário e proporcional no que diz respeito às exigências da ordem pública.

51 Sobre a problemática da delimitação conceitual de direitos humanos e direitos fundamentais, vide SARLET, I. W. A eficácia dos direitos fundamentais. 12 ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2015.

52 Em seu artigo 1º, par. 1º, alínea I.

jurídico absoluto, que não pode ser lesado por ninguém, nem mesmo por sujeitos de direito privado”⁵³.

Na realidade, hoje se reconhece que “os direitos fundamentais, e os direitos de personalidade que lhes correspondem, não são, no seu núcleo, renunciáveis”, uma vez que a renunciabilidade não é compatível com a dignidade da pessoa humana⁵⁴. Poder-se-ia fazer um paralelo, nesse caso, com a vedação, pelo direito infraconstitucional, da relativização da vida perante si próprio, como no caso da determinação do uso obrigatório de cinto de segurança⁵⁵.

Com relação a esse ponto, Daniel Sarmento pontua que a teoria contemporânea dos direitos fundamentais aponta que o Estado deve abster-se de violar tais direitos, mas também tem a incumbência de proteger seus titulares diante de lesões e ameaças, sendo que esse “dever de proteção envolve a atividade legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado, que devem guiar-se para a promoção dos direitos da pessoa humana”⁵⁶. O autor continua seu raciocínio, sublinhando que esse aspecto constitui um dos mais importantes desdobramentos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais⁵⁷, teoria que pode ser ilustrada com o multicitado caso do lançamento de anões, julgado pelo Conselho de Estado francês⁵⁸:

Na cidade de Morsang sur Orge, na Riviera francesa, uma boate organizara um grotesto concurso de lançamento de anão: sagrava-se vencedor da prova o cliente que conseguisse arremessar o anão mais longe, a partir do palco da discoteca. O prefeito interditou o espetáculo, explicitando seu poder de polícia fundamentado na tutela da ‘ordem pública’. Inconformados, a boate e o anão – este revoltado porque perdera o emprego – impugnaram o ato administrativo em questão, mas o Conselho de Estado, em solução definitiva da causa, manteve a decisão, criando o precedente no sentido de que o princípio

53 NEUNER, Jörg. A influência dos direitos fundamentais no direito privado alemão. In: *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito privado*. MONTEIRO, A.P.; NEUNER, J.; SARLET, I. (org). Coimbra: Almedina, 2007, p. 225.

54 FRADA, Manuel A. Carneiro. A vida própria como dano: perspectivas civis e constitucionais de um tema atual. In: *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito privado*. MONTEIRO, A.P.; NEUNER, J.; SARLET, I. (org). Coimbra: Almedina, 2007, p. 319.

55 NEUNER, op. cit., p. 320.

56 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 160-161.

57 *Ibid.*, p. 161.

58 *Ibid.*, p. 159.

da dignidade da pessoa humana condiciona a interpretação do conceito jurídico indeterminado de ‘ordem pública’⁵⁹.

O caso demonstra que a definição de ‘ordem pública’ foi interpretada no sentido da promoção da dignidade da pessoa humana, princípio esse que não seria passível de renúncia por parte de seu titular. Poder-se-ia objetar, nesse contexto, que esse mesmo princípio embasa a autonomia privada, ou seja, o poder de todo e qualquer sujeito de autorregulamentar seus próprios interesses, de decidir o que é bom ou não para si, guiando-se de acordo com suas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros e nem colidam com valores igualmente caros ao Estado Democrático de Direito⁶⁰. Sublinhe-se que essas próprias ressalvas demonstram que essa autonomia não é absoluta, devendo o Estado intervir em certos casos – como referido acima – para restringir a autonomia individual quando isso for necessário para a promoção da dignidade humana, que é um dos pilares da democracia. É dentro desse contexto que se admite que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, além de legitimar restrições aos direitos subjetivos individuais com fundamento no interesse comunitário prevalente, contribui também para a limitação (mas não restrição ao núcleo essencial) do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais⁶¹.

4 CONCLUSÃO

Os crescentes fenômenos migratórios e o contato com culturas diferentes, bem como a ameaça de atos terroristas e o desconhecimento do *modus vivendi* de outros povos, têm incentivado um clima de intolerância religiosa, insegurança e discriminação no contexto do mundo ocidental, o que tem levado alguns Estados europeus a adotarem medidas polêmicas, cujos fundamentos – dependendo da sua interpretação – podem ser utilizados tanto para a defesa dessas medidas como justamente para atacá-las.

O presente artigo abordou a questão da proibição legal do uso do véu islâmico integral pelo governo francês, analisando, à luz do princípio da proporcionalidade, os argumentos invocados durante o julgamento do caso S.A.V *versus* França pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Na sequência, suscitou-se brevemente o debate sobre quais seriam os limites, os deveres e as possibilidades da atuação estatal que restringe o exercício de direitos, sob os fundamentos da preservação da ordem

59 Ibid., p. 159.

60 Ibis., p. 188-189.

61 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 171.

pública e da dignidade da pessoa humana. Não se desconhece que este último embasamento é uma noção polissêmica e que há controvérsia sobre a existência de permissão ao Estado de julgar a dignidade das pessoas para protegê-las de si mesmas. No entanto, à luz da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e da teoria dos deveres de proteção, bem como da concepção de que a dignidade humana é irrenunciável, entendemos que esse princípio é um dos possíveis critérios para orientar o debate.

No caso em tela, entendeu-se que, muito embora a Corte Europeia tenha concluído que a imposição do veto ao uso do véu integral pela Lei nº 1192/2010 seja um meio idôneo, necessário e proporcional à garantia do “viver juntos” na sociedade francesa, os argumentos da desigualdade de gênero e da dignidade da pessoa humana mereceriam uma análise mais aprofundada e contextualizada. Com efeito, o uso da burca ou do *niqab* retiram a identidade *pessoal* da muçulmana que o usa, sendo que, sem identidade, perde-se a própria dignidade. Nesse ponto, parafraseando Boaventura de Souza Santos, “*temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza, temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza*”. Em um Estado democrático de direito, incumbe a esse mesmo Estado, imbuído dos seus deveres de proteção, a consagração desses direitos citados pelo professor português.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANDRADE, Camila Sombra Muiños de. *Direitos Humanos, Imigração e Diversidade: um estudo de caso sobre o uso do véu na França*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/nicole.facchini/Downloads/Dissertacao_Camila_Sombra_Muiños_de_Andrade_Corrigida.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios e da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000..

CASE OF S.A.S v. FRANCE. Disponível em: <http://unirep.rewi.hu-berlin.de/doc/or/2014/0827/Rspr_EGMR_zu_Burqaverbot.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2016.

FRADA, Manuel A. Carneiro. A vida própria como dano: perspectivas civis e constitucionais de um tema atual. In: *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito privado*. MONTEIRO, A.P.; NEUNER, J.; SARLET, I. (org). Coimbra: Almedina, 2007, p. 305-326.

FREITAS, Luiz Fernando Calil. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NEUNER, Jörg. A influência dos direitos fundamentais no direito privado alemão. In: *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito privado*. MONTEIRO, A.P.; NEUNER, J.; SARLET, I. (org). Coimbra: Almedina, 2007.

SAMPAIO, Daniella Portella. *Muçulmanos na França: um retrato da política migratória francesa e a constituição de uma minoria*. Disponível em: <http://www.academia.edu/8743937/MU%C3%87ULMANOS_NA_FRAN%C3%87A_UM_RETRATO_DA_POL%C3%8DTICA_MIGRAT%C3%93RIA_FRANCESA_E_A_CONSTITUI%C3%87%C3%83O_DE_UMA_MINORIA>. Acesso em: 10.08.2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. *Revista de Interesse Público*, n. 2, 1999, p. 93-105.

STEINMETZ, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

