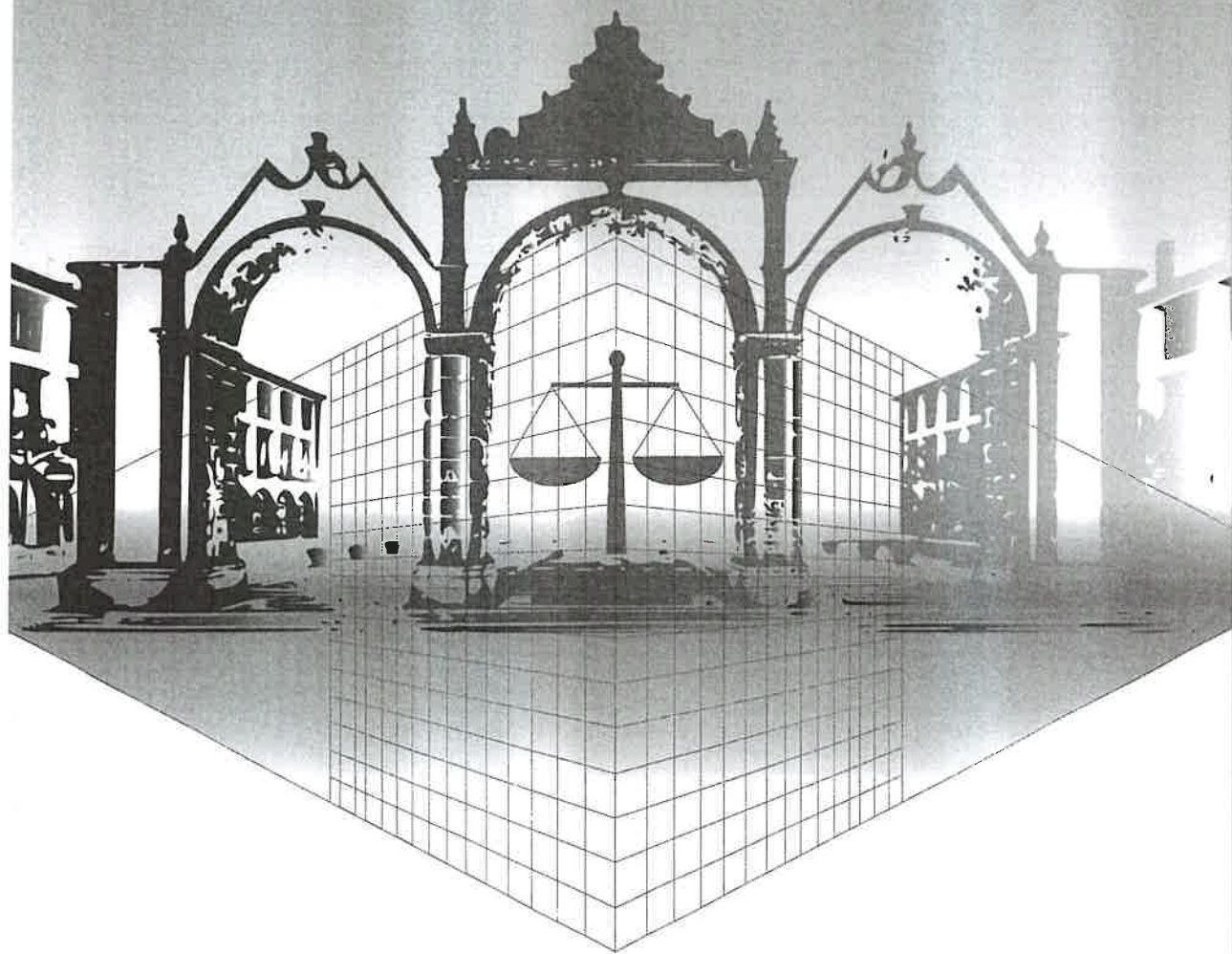


IV JORNADAS DE DIREITO DO TRABALHO Açores



GOVERNO
DOS AÇORES

A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TJUE* SOBRE SÍMBOLOS RELIGIOSOS NO LOCAL DE TRABALHO: DENSIFICAÇÃO E CONVERGÊNCIA COM O TEDH**.

BRUNO ANTÓNIO OLIVEIRA MESTRE¹
Juiz de Direito

*Resumo***: com o presente trabalho, pretendemos apresentar uma análise da evolução da jurisprudência do TJUE sobre a liberdade religiosa no local de trabalho após os acórdãos “Wabe” (C-804/18) e “MH Müller” (C-341/19). Acreditamos que o TJUE densificou o conceito de discriminação e a identificação de um elemento de comparação nas situações de discriminação religiosa e desenvolveu o seu teste de justificação em situações de discriminação indirecta, colocando requisitos acrescidos para a avaliação da proporcionalidade. Clarificou também a relação entre a ordem jurídica europeia e nacional, admitindo a contemplação das normas constitucionais nacionais no teste de proporcionalidade e reconhecendo uma margem de discricionariedade aos estados membros, embora sujeita a revisão judicial. Consideramos que esta posição contribuiu para a aproximação com a jurisprudência do TEDH e que a proteção da liberdade religiosa no local de trabalho é abrangente e equivalente em ambos os tribunais europeus.*

I. INTRODUÇÃO

Nos últimos 10 anos, os mais altos tribunais das jurisdições nacionais e internacionais tiveram de lidar com a complexa questão do conflito entre as exigências dos trabalhadores

* Tribunal de Justiça da União Europeia

** Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

*** Texto escrito ao abrigo do antigo acordo ortográfico

¹ Mestre e Doutor em Direito (PhD) em Direito do Trabalho Europeu e Comparado pelo Instituto Universitário Europeu de Florença. Mestrado em Direito nos Tribunais Portugueses.

de manifestação das suas crenças religiosas no local de trabalho (sobretudo o véu muçulmano) em face dos desejos dos empregadores de implementar uma política de neutralidade religiosa. E.g: - *exempli gratia*, abreviatura do latim que significa 'por exemplo' - o TEDH emitiu vários acórdãos nesta matéria, nomeadamente os casos *Eweida e outros contra Reino Unido* (n.º 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10) e *Ebrahimiar. contra França* (n.º 64846/11); o SCOTUS também se pronunciou sobre este tema mais recentemente no caso *EEOC contra Reino Unido. Abercrombie & Fitch Stores* (575 US_(2015)); a Cour de Cassation francesa também emitiu uma declaração nos casos conhecidos como "*Baby Loup*" (*Cassation de 19/03/2013, proc n.º 11-28845 e 25/06/2014, proc n.º 13-28369*); a decisão do BverfG alemão de 27/01/2015 (*BvR 71/10 e BvR 118/10*) contribuiu ainda para a extensa jurisprudência deste país sobre o assunto;² finalmente, o TJUE teve a oportunidade de declarar o seu entendimento sobre o assunto nos acórdãos "*Samira Achbita*" (C-157/15), "*Asma Bougnaoui*" (C-188/15), "*Vera Egenberger* (C-414/16)", "*IR v. IQ* (C-68/17)" e mais recentemente nos processos apensos "*Wabe*" (C-804/18) e "*MH Müller*" (C-341/19).³

Como ponto preliminar, é preciso referir que, para qualquer pessoa interessada na evolução do fenómeno religioso nas sociedades contemporâneas, este não é um desenvolvimento surpreendente. Muitos pensadores de renome - sobretudo o filósofo alemão Jürgen Habermas - chamaram a atenção para a imprecisão das premissas passadas que vaticinavam que o desenvolvimento económico, educacional e social levaria a um processo de secularização progressiva da sociedade e reduziria lentamente o significado das expressões religiosas⁴. A realidade demonstrou o contrário: *a emergência de conflitos e a sua judicialização revelaram que os Estados secularizados não implicam populações secularizadas*; a religião é um fenómeno civil emergente que deve ser equilibrado com os valores constitucionais que subjazem à maioria das sociedades modernas. Isto levanta vários problemas e preocupações porque a regulamentação das questões religiosas dentro de um determinado Estado sofre em grande medida de um fenómeno conhecido como *path dependency* (no sentido da influência da inserção histórica e cultural na evolução de certas regulamentações) que não pode ser descurada na análise. O objectivo deste documento é tentar demonstrar como a jurisprudência do TJUE evoluiu, quando confrontada com o extenso conjunto de casos emitidos pelo TEDH e como conseguiu esse equilíbrio em relação aos Estados-membros modernos.

2 (Adam, 2013; Leiss, 2015; Mahlmann, n.d.; Mestre, 2020)

3 *Samira Achbita e Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v G4S Secure Solutions NV*, 14/03/2017 (C-157/15); *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) v Micropole SA, antiga Micropole Univers SA*, 14/03/2017 (C-188/15); *Vera Egenberger v. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, 17/04/2018 (C-414/16); *IR v. IQ*, 11/09/2018 (C-68/17); *IX v WABE eV* (C-804/18), e *MH Müller Handels GmbH v M* (C-341/19), 15/07/2021.

4 (Habermas, 2009)

* .

II. BREVE RESUMO DOS ACÓRDÃOS: REGULAMENTOS VS INSTRUÇÕES E DISCRIMINAÇÃO DIRECTA VS DISCRIMINAÇÃO INDIRECTA

O TJUE teve a oportunidade de expor a sua compreensão da questão do uso de símbolos religiosos no contexto das relações laborais num conjunto de casos compostos pelas decisões “*Samira Achbita*” (C-157/15), “*Asma Bougnaoui*” (C-188/15), “*Vera Egenberger* (C-414/16)”, “*IR v. IQ* (C-68/17)” e, mais recentemente, nos processos apensos “*Wabe*” (C-804/18) e “*MH Müller*” (C-341/19); em todos estes processos, que devem ser analisados em conjunto, as questões prejudiciais foram legalmente enquadradas à luz da Directiva 2000/78/CE (Directiva-Quadro). Com excepção dos casos “*Vera Egenberger* (C-414/16)” e “*IR v. IQ* (C-68/17)” que tratam do problema sensível do emprego em organizações religiosas, os restantes casos ocupam-se do véu de mulheres muçulmanas no local de trabalho; no entanto, alguns pequenos pormenores, não insignificantes, influenciariam consideravelmente as questões referidas e as decisões tomadas.

No acórdão “*Asma Bougnaoui*” (C-188/15), a questão em causa tratava de uma *instrução interna* (no sentido de uma ordem directa dada a uma trabalhadora subordinada) para que uma trabalhadora retirasse um lenço; a empresa explicou que, uma vez que o seu trabalho envolveria contacto directo com clientes, tanto interna como externamente, o uso do lenço islâmico não seria permitido devido à preferência do empregador em manter uma imagem de neutralidade em relação aos clientes.

Em “*Samira Achbita*” (C-157/15), “*Wabe*” (C-804/18) e “*MH Müller*” (C-341/19), a questão dizia respeito a um regulamento interno que impedia os trabalhadores de usarem símbolos religiosos no local de trabalho. Contudo, existem várias diferenças não negligenciáveis entre estes casos: no acórdão “*MH Müller*” (C-341/19), a proibição só se aplicava a símbolos religiosos ostensivos, enquanto que em todos os outros casos, a proibição se estendia a todo o tipo de artigos religiosos. Nos casos “*Samira Achbita*” (C-157/15) e “*Wabe*” (C-804/18), os empregadores justificaram o regulamento devido ao interesse de preservar uma imagem de neutralidade face aos clientes (*neutralidade externa*) enquanto que em “*MH Müller*” (C-341/19), o objectivo do regulamento era manter a neutralidade no local de trabalho, no meio dos trabalhadores, a fim de preservar a paz social na empresa (*neutralidade interna*).

Em contraste, nas decisões “*Vera Egenberger* (C-414/16)” e “*IR v. IQ* (C-68/17)”, o problema respeitava ao direito das organizações religiosas empregarem somente pessoas que aderem ao seu *ethos*. Em “*Vera Egenberger*”, o caso discutia o direito de uma *Diakonie* alemã (uma organização protestante) publicar um anúncio de emprego onde se esperava

que o candidato revelasse a sua confissão religiosa e contratasse uma pessoa da sua fé; em “*RI v. IQ (C-68/17)*”, a discussão tratava do direito de um hospital despedir um médico que se tivesse divorciado e casado novamente em termos civis.

Como podemos ver, as questões levantadas em todos estes casos foram consideravelmente diferentes. A começar pelos casos do *véu muçulmano*, em “*Asma Bougnaoui (C-188/15)*”, o TJUE teve de responder se um empregador podia dar uma ordem directa a um empregado para remover um véu; em todos os restantes casos, a questão residia em determinar se uma empresa podia manter um regulamento interno que impedisse os trabalhadores de usar símbolos religiosos (ostensivos ou discretos) devido ao desejo de impor uma política de neutralidade interna e externa em matéria de fé. As questões remetidas ao TJUE podiam ser resumidas da seguinte forma: o Tribunal tinha de responder (a) se a proibição de usar símbolos religiosos no local de trabalho, através de um regulamento ou instrução, equivalia a uma *discriminação directa ou indirecta*, à luz do artigo 2º, n.º 1, a) e b) da Directiva 2000/78/CE, (b) se as preferências dos clientes por trabalhadores neutros do ponto de vista religioso podiam ser consideradas um *requisito profissional* genuíno à luz do artigo 4º, n.º 1 da Directiva 2000/78/CE, (c) se o desejo do empregador de manter uma política de neutralidade interna e/ou externa puder ser considerado como uma *justificação legítima* para a proibição do uso de símbolos religiosos no local de trabalho e (d) como conciliar a sua compreensão da Directiva 2000/78/CE com as disposições constitucionais nacionais que regem a liberdade de religião. Nos casos de *organizações religiosas*, a questão referida poderia ser resumida como (e) determinar em que termos poderia a religião ser um requisito profissional genuíno para um determinado trabalho, nos termos do artigo 4º, n.º 2 da Directiva 2000/78/CE.

As respostas dadas revelam um refinamento da interpretação do conceito de discriminação consubstanciado na Directiva 2000/78/CE, bem como uma convergência progressiva com a jurisprudência do TEDH sobre a liberdade religiosa nas relações de trabalho.

*

III. CONVERGÊNCIA COM O TEDH (I): SIGNIFICADO DE “RELIGIÃO E CRENÇA”.

Em primeiro lugar, é importante observar como o TJUE começou por enquadrar legalmente a questão em causa em todos estes casos, porque seguiu uma abordagem muito consistente, susceptível de influenciar jurisprudência posterior. Neste contexto, o TJUE recordou que, apesar da Directiva 2000/78/CE reconhecer “*religião e crença*” como um motivo proibido de discriminação, não definiu o que se entende por esse conceito; tomando então como fonte interpretativa o considerando (1) da Directiva, que apela à arte. 6º do TUE, o

qual, por sua vez, vincula a UE aos direitos fundamentais tal como são protegidos na CEDH e nas tradições constitucionais comuns dos Estados-membros, entre outros instrumentos, como princípios jurídicos, o TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia, importou esta definição da arte. 9º da CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem e do art 10º, n.º 1 da CFREU - *Charter of Fundamental Rights of the European Union*; relativamente a este último, é de notar que, de acordo com o seu Preâmbulo, a CFREU reafirma os direitos fundamentais tal como resultam das tradições constitucionais comuns dos Estados-membros, referidos no considerando (1) da Directiva 2000/78/CE, bem como da CEDH, entre outros; o TJUE concluiu, então, sublinhando que, em virtude das explicações contidas no preâmbulo e das disposições do art. 52º, n.º 3 da CFREU, os direitos garantidos no art. 10º, n.º 1 da CFREU e do art. 9º da CEDH devem ter o mesmo conteúdo e alcance.

Em segundo lugar, esta integração em branco da jurisprudência do TEDH - *Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*, em matéria de religião não é de forma alguma insignificante porque clarificou a relação entre ambas as ordens jurídicas e forneceu uma pista sobre a possível evolução da jurisprudência do TJUE. Uma vez que todos os Estados-membros da EU - *União Europeia*, são igualmente membros da CEDH, a relação entre ambos os tribunais não tem sido sempre confortável, especialmente desde que o TJUE emitiu o seu acórdão no Parecer n.º 2/13 (18/12/2014), o qual declarou que o acordo sobre a adesão da União Europeia à CEDH não era compatível com o artigo 6º, n.º 2 do TUE - *Tratado da União Europeia*, ou com o Protocolo n.º 8 relativo ao artigo 6º, n.º 2 do TUE. Interpretando o significado de “*religião e crença*” à luz do artigo 10º e utilizando a cláusula prevista no artigo 52º, n.º 3 da CFREU como um cânone interpretativo, na realidade o TJUE contornou o obstáculo e incorporou todo o corpo de jurisprudência desenvolvido pelo TEDH, no âmbito da ordem jurídica europeia. Uma vez que o conceito de “*religião e crença*” deve ser interpretado à luz da CFREU, e se os direitos consagrados na última têm o mesmo significado e alcance que os previstos na CEDH, deve ter-se em conta todo o corpo de jurisprudência desenvolvido na segunda para determinar correctamente o conteúdo da primeira, que deve ser considerado na interpretação da Directiva 2000/78/CE.

Este raciocínio não é tão complexo como parece inicialmente se se contemplar uma *perspectiva integrada* sobre a protecção dos direitos fundamentais à medida que estes emergem de vários instrumentos jurídicos. Uma vez que os Estados-membros estão vinculados à protecção da liberdade dos direitos fundamentais e emergem das suas tradições constitucionais comuns, a CFREU e a CEDH, utilizando o artigo 52º, n.º 3 da CFREU como meio de integrar a interpretação do TEDH sobre os direitos previstos na CEDH, o TJUE evitou a possibilidade de contradição entre os dois tribunais superiores e de um conflito entre as duas ordens jurídicas.⁵

(Witte, 2005)

Em terceiro lugar, a posição adoptada pelo TJUE é também muito significativa porque abriu as portas à possibilidade de introduzir restrições no exercício desses direitos sem correr o risco de um conflito entre as duas ordens jurídicas. O TJUE afirmou repetidamente em todos os casos que, da forma idêntica à jurisprudência relativa ao artigo 9º da CEDH, o termo “*religião e crença*” utilizado na Directiva deve ser interpretado num sentido lato, abrangendo tanto o chamado “*forum internum*” (o direito a ter crenças religiosas) como o “*forum externum*” (o direito a manifestar essas crenças). O Tribunal acrescentou ainda, no acórdão “*Wabe*” (C-804/18), que este entendimento estendeu-se tanto às crenças religiosas como às crenças filosóficas ou espirituais (§§49). Isto é muito importante porque enquanto o *forum internum* é inatingível, o *forum externum* pode ser regulado e sujeito a várias restrições: por outras palavras, enquanto ninguém pode interferir com o direito de possuir uma crença religiosa, a manifestação dessas crenças pode estar sujeita a várias restrições, impostas pelo Estado, tendo em conta a necessidade de salvaguardar outros interesses. A legitimidade dessas restrições é verificada através de uma análise de proporcionalidade utilizada no contexto da compressão dos direitos fundamentais. Isto proporciona uma margem de manobra considerável para que o TJUE faça uma avaliação sem estar demasiado vinculado ao TEDH, porquanto essas restrições devem ser consideradas à luz dos direitos e obrigações previstos no contexto de um instrumento jurídico específico da UE. O TJUE disse-o claramente nas decisões “*Wabe*” (C-804/18) e “*MH Müller*” (C-341/19), quando se referiu repetidamente à *análise de proporcionalidade* realizada no acórdão *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e Outros* (C-336/19), o qual dizia respeito a um conflito entre as leis de bem-estar animal e o abate ritual; o TJUE destacou as obrigações emergentes para os Estados-membros da primeira quando examinou a restrição que impuseram ao exercício das crenças religiosas. Isto é conhecido no Direito Constitucional comparado como “*concordância prática*”, o que significa que todos os direitos fundamentais em conflito devem ser interpretados de uma forma que proporcione a cada um deles o máximo grau de expressão. Ao fazê-lo, o TJUE abriu as portas à consideração das regras que emanam da ordem jurídica da UE, ao avaliar a legitimidade das restrições.

Em quarto lugar, esta posição adoptada pelo TJUE foi também extremamente relevante porque, tal como o TEDH, permitiu a possibilidade de reconhecer uma *margem de apreciação* aos Estados-membros em matéria de religião. Como veremos mais adiante, isto foi conseguido ao abrir as portas à contemplação dos valores constitucionais nacionais no contexto da *análise de proporcionalidade* levada a cabo pelo TJUE. Isto é muito importante porque os Estados-membros têm regulamentações muito divergentes em matéria de religião na esfera pública, as quais são fortemente influenciadas por factores históricos e sociais. A tradição francesa de *laicidade* e a tradição alemã de *neutralidade* não são equivalentes e nenhuma é melhor do que a outra, foram os meios que cada Estado desenvolveu para regular questões religiosas tendo em conta a sua evolução cultural.

* *

IV. VARIEDADES DE DISCRIMINAÇÃO: DISCRIMINAÇÃO DIRECTA VS INDIRECTA

O TJUE também fez várias considerações nestes casos que, lidas em conjunto, equivalem a um refinamento do conceito de discriminação consubstanciado na Directiva 2000/78/CE, no que diz respeito à religião, como um motivo de discriminação. Como ponto preliminar, é de salientar que o conceito de discriminação previsto no artigo 2º, n.º 2, a) e b) da Directiva 2000/78/CE consiste numa codificação da jurisprudência desenvolvida pelo TJUE (então TJUE) no contexto do artigo 157º TFUE (antigo artigo 141º TEC), que por sua vez foi fortemente influenciado pelas decisões do tribunal anglo-americano sobre discriminação.

Em primeiro lugar, começando pelo conceito de *discriminação directa*, o TJUE fez algumas observações interessantes sobre se, e em que termos, uma regra interna de uma organização poderia ser considerada directa ou indirectamente discriminatória em matéria de símbolos religiosos. O TJUE considerou que se as regras de uma organização interna exigiam que todos os trabalhadores se vestissem de forma neutra, independentemente da religião e crença ou falta delas, então não se podia dizer que essa regulamentação interna introduzisse uma diferença de tratamento devido à religião, pelo que não havia discriminação directa (ver §§22-32 do processo “*Samira Achbita*” (C-157/15) e §§43-55 do processo “*Wabe*” (C-804/18)).

Algumas palavras de esclarecimento: o conceito de discriminação directa consubstanciado no artigo 2º, n.º 2, a) da Directiva 2000/78/CE e a jurisprudência que a influenciou exige a verificação de uma *relação de causalidade* entre o tratamento efectuado e o motivo de discriminação; nos seus termos, isto impõe a existência de um *elemento de comparação*, real ou hipotético: alguém é discriminado se for tratado de forma diferente do que alguém foi ou teria sido se não fosse devido a um motivo de discriminação (*X foi discriminado porque foi ou teria sido tratado de forma diferente de Y por motivos religiosos*). O TJUE esclareceu em §§49-52 de “*Wabe*” (C-804/18) a identidade do comparador em casos de discriminação: considerando que a regra em questão não limita o círculo de pessoas em relação às quais pode ser feita uma comparação a fim de identificar discriminação com base na religião ou crença, não protege os direitos dos crentes em relação aos não-crentes, protege a crença ou falta dela como um motivo de discriminação em si mesma. Por outras palavras: *não é correcto dizer que o regulamento em questão discrimina entre crentes e não crentes porque todos eles são abrangidos pela mesma proibição (o uso de símbolos que revelam a sua crença ou falta dela)*; a única exigência feita pelo TJUE foi que a regra fosse aplicada de uma forma geral e *indiferenciada*, o que significa que deveria aplicar-se igualmente a todos os trabalhadores (§§52).

A este respeito, é de salientar que o raciocínio do TJUE foi fortemente influenciado pelo conceito de religião corporizado no artigo 9º da CEDH, o qual abrange expressamente

o direito de não ter uma religião ou crença (o que significa que crentes e não crentes são colocados numa posição equivalente). O motivo de discriminação “religião e crença” protegido na Directiva 2000/78/CE protege os direitos de todos a ter ou não ter uma crença. Uma vez que se depreende dos factos do caso que os sinais que promovem ou revelam ateísmo, agnosticismo, sentimentos irreligiosos e tais também não seriam permitidos, o TJUE concluiu que o regulamento em questão se aplicava de forma geral e indiferenciada a todos os trabalhadores, independentemente da crença ou falta dela e, por conseguinte, não havia discriminação directa porque não havia tratamento diferenciado devido à religião.

Em segundo lugar, é também importante compreender o raciocínio do TJUE em “*MH Müller*” (C-341/19), onde analisou um regulamento que proibia somente os símbolos religiosos ostensivos (§§71-78). Nesta situação, o TJUE concluiu que, quando o critério de usar sinais ostensivos e de grande dimensão de crenças políticas, filosóficas ou religiosas estiver inextricavelmente ligado a uma ou mais religiões ou crenças específicas, a proibição imposta por um empregador aos seus trabalhadores de usar esses sinais com base nesse critério significará que alguns serão tratados menos favoravelmente do que outros com base na sua religião ou crença, e que a discriminação directa, na acepção do artigo 2º, n.º 2, alínea a), da Directiva 2000/78, pode, portanto, ser estabelecida.

Tendo em conta as explicações acima expostas, este raciocínio do TJUE torna-se mais fácil de compreender. Uma vez que a Directiva 2000/78/CE proíbe qualquer tratamento diferenciado *devido à religião*, se a regra em questão só se aplica a certos símbolos religiosos ostensivos, então deve-se concluir que é directamente discriminatório porque introduz um tratamento diferente directamente baseado na religião ou crença: *se a pessoa não fosse de uma determinada religião, então ter-lhe-ia sido permitido usar um sinal religioso discreto*. Contudo, poderíamos também responder que todas as fés ou falta delas eram igualmente proibidas de usar sinais ostensivos da sua crença. Aqui reside a originalidade da questão: a discriminação directa só ocorre quando o uso de tais sinais ostensivos fizer *parte integrante da religião ou crença em questão* (o Tribunal utilizou a expressão “*está indissociavelmente ligado a uma ou mais religiões ou crenças específicas*”). Por outras palavras: se a religião exige o uso de sinais ostensivos indicativos da sua fé, então a proibição de tais sinais implica uma discriminação directa porque o crente é colocado numa posição menos favorável do que outros crentes cuja fé lhe permite o uso de sinais religiosos mais discretos.

Isto levanta uma série de questões: em primeiro lugar, uma discussão teológica sobre se certos comportamentos por parte dos crentes estão intimamente ligados à sua religião ou equivalem simplesmente a uma manifestação voluntária da sua fé: o Islão exige realmente que as mulheres usem um véu ou se é antes um fenómeno cultural, por parte de algumas comunidades de fé predominantemente islâmica ou mesmo um sinal voluntário de modéstia, inspirado mas não necessariamente comandado por sentimentos religiosos? Por outro lado, esta posição do TJUE ecoa a adoptada pelo TEDH nos processos *Eweida*

e outros contra o Reino Unido (n.º 48420/10, 55842/10, 51671/10 e 36516/10), onde o TEDH considerou que o Estado tinha dado demasiada relevância ao desejo de uma empresa de prosseguir uma política de neutralidade *em relação aos* clientes, exigindo a um trabalhador que removesse uma cruz cristã, ao passo que permitia aos trabalhadores muçulmanos e sikh ouvir as vestes de cabeça se estas correspondessem a um comando religioso.

Em terceiro lugar, o TJUE também considerou que mesmo que formulados de forma neutra, os regulamentos que proibem o uso de símbolos religiosos no local de trabalho poderiam equivaler a uma *discriminação indirecta*. Isto foi respondido em §§33-34 “*Samira Achbita*” (C-157/15) e §§59 de “*Wabe*” (C-804/18). É importante notar que o TJUE não se declarou expressamente que tais regras eram indirectamente discriminatórias mas assentou nessa premissa para analisar as possíveis justificações para a restrição. Por outras palavras, embora tenha relegado para o tribunal de reenvio a decisão final quanto ao carácter indirectamente discriminatório da regra em causa, o restante do seu raciocínio foi sustentado no pressuposto de que essa regra era efectivamente discriminatória, uma vez que afectava sobretudo as mulheres de uma determinada religião. Este é um segmento importante das decisões porquanto o TJUE não disse que as regras que proibem o uso de símbolos religiosos no local de trabalho eram discriminatórias *per se*, limitando-se a dizer que *podiam ser* discriminatórias em certas situações, que cabia aos tribunais nacionais determinar. Uma questão importante a avaliar seria se as ditas regras eram discriminatórias em termos de género - porque em todos os casos de “*véu muçulmano*”, os queixosos eram mulheres - mas uma vez que o “*sexo*”, como motivo de discriminação, se encontra fora do âmbito da Directiva 2000/78/CE, não podia examinar essa questão (§§58 de *Wabe*” (C-804/18)). Talvez tenha sugerido uma outra referência preliminar.

*

IV. JUSTIFICAR A DISCRIMINAÇÃO: A NEUTRALIDADE RELIGIOSA COMO UM REQUISITO PROFISSIONAL GENUÍNO, COMO UM INTERESSE LEGÍTIMO E AVALIAÇÕES DE PROPORCIONALIDADE

Uma das partes mais importantes das decisões consistiu na análise da possibilidade de justificação de regras e comportamentos discriminatórios porque o TJUE usou a possibilidade de desenvolver a sua interpretação de alguns conceitos-chave comuns a todas as directivas sobre discriminação, tais como os *requisitos profissionais genuínos* e a ponderação de valores conflituosos na *avaliação da proporcionalidade* em situações de discriminação indirecta.

Em primeiro lugar, quanto à justificação da discriminação directa, as decisões “*Asma Bougnaoui*” (C-188/15), “*Vera Egenberger* (C-414/16)” e “*IR v. IQ* (C-68/17)” levantam questões muito diferentes. No sistema da Directiva 2000/78/CE, a discriminação directa pode ser justificada em várias circunstâncias: se ignorarmos os motivos de discriminação “*deficiência*” e “*idade*”, que têm regras próprias (arts. 5º e 6º da Directiva 2000/78/CE), na “*religião*” um tratamento desigual poderá teoricamente ser justificado através da chamada cláusula geral de “*exigência profissional genuína e determinante*”, que tem uma regra complementar que prevê a situação específica das organizações religiosas (ponto 23 e art. 4º, n.º 1 e n.º 2 da Directiva 2000/78/CE). Em qualquer destes casos, existe a possibilidade de justificar um tratamento directamente discriminatório se este puder ser *objectiva e proporcionalmente* justificado em virtude da *natureza* das actividades particulares em causa cu do contexto em que são realizadas. O TJUE também decidiu que não é o motivo em que se baseia a diferença de tratamento mas uma *característica* relacionada com esse motivo que deve constituir uma exigência profissional genuína e determinante (ver §§37 de “*Asma Bougnaoui*” (C-188/15) e a jurisprudência citada). Apesar da aparente abertura da disposição (porque se estende tanto à natureza como ao contexto das actividades e tem em conta as características relacionadas com o motivo de discriminação), o TJUE tem vindo a interpretá-lo de forma tão restritiva a ponto de a sua invocação se tornar uma tarefa difícil.

O TJUE tem um extenso corpo de jurisprudência sobre “*idade*” como um requisito profissional genuíno e tem interpretado consistentemente o artigo 4º, n.º 1 da Directiva 2000/78/CE de uma forma restritiva: nos acórdãos *Collin Wolf* (C-225/08), *Vital Pérez* (C-416/13), *Salaberria Sorondo* (C-258/16) e *Prige* (C-447/19), o TJUE admitiu que a idade poderia constituir uma exigência profissional genuína para algumas profissões em que se pudesse demonstrar que exigiam um certo grau de aptidão física que se iria deteriorar com o tempo; a medida em que essas exigências podiam ser impostas dependia de uma avaliação da proporcionalidade, que variava de acordo com as circunstâncias de cada um desses casos.

No que diz respeito à “*religião*” como um *requisito profissional genuíno*, em termos do artigo 4º, n.º 1 da Directiva 2000/78/CE, o TJUE rapidamente afastou a possibilidade de invocar as *preferências dos clientes* para sujeitar os trabalhadores a um tratamento díspar devido à religião nos §§34-41 de “*Asma Bougnaoui*” (C-188/15). Isto não constituirá surpresa para ninguém que tenha acompanhado a jurisprudência do TJUE sobre discriminação por duas razões: por um lado, as “*preferências do cliente*” não são uma característica relacionada com a religião; por outro lado, o TJUE já tinha posto de lado esse argumento no acórdão “*Firma Feryn*” (C-54/07), em termos de “*v*” como motivo de discriminação. Não havia razão para decidir aqui de forma diferente, pelo que o TJUE manteve uma interpretação consistente.

Esta interpretação foi mantida quando o TJUE considerou os direitos das organizações religiosas: o artigo 4º, n.º 2 da Directiva 2000/78/CE regula a “*religião*” como um *requisito profissional genuíno* no contexto das organizações religiosas: os requisitos da excepção são

essencialmente os mesmos que os previstos no n.º 1, com a nota adicional de que a disposição também exigia que a diferença de tratamento fosse implementada tendo em conta as disposições e princípios constitucionais dos Estados-membros, bem como os princípios gerais do Direito da União Europeia, não devendo justificar a discriminação por outro motivo. Isto é muito importante para Estados-membros como a Alemanha, onde as disposições constitucionais nacionais proporcionaram uma considerável margem de manobra às organizações religiosas sob os auspícios da chamada “lei da igreja” (Kirchenrecht).

O TJUE manteve essa interpretação restritiva nos acórdãos “*Vera Egenberger (C-414/16)*” e “*IR v. QI (C-68/17)*”, exigindo essencialmente uma razão preponderante objectivamente verificável para que uma organização religiosa utilize a “religião” como um motivo justificativo para um tratamento díspar. O TJUE densificou a disposição e colocou vários requisitos para que os tribunais nacionais pudessem utilizar esta excepção: começou por exigir a existência de uma *ligação directa* objectivamente verificável entre a religião como requisito profissional exigido pelo empregador e a *natureza das actividades* em causa, a qual poderia decorrer tanto da natureza da actividade, como do *contexto* em que é exercida; exigiu ainda que a pertença a uma determinada comunidade de credo fosse considerada *necessária* devido à importância da actividade profissional em causa para a afirmação dessa ética do exercício pela organização da sua autonomia religiosa; no que respeita aos requisitos de *legitimidade e justificação*, o TJUE impôs ainda que a excepção religiosa não fosse invocada para justificar objectivos que ultrapassassem a protecção da sua ética e que o ónus da prova do cumprimento destas condições prévias recaísse sobre a organização religiosa, a qual deveria demonstrá-las de forma objectivamente verificável (ver §§42-60 de “*Vera Egenberger (C-414/16)*” e §§38-61 de “*IR v. IQ (C-68/17)*”).

Esta interpretação extremamente restritiva levou a algumas críticas, especialmente por parte da doutrina alemã, devido à percepção de que o TJUE não tomou em consideração o artigo 17º do TFUE, o qual constitucionaliza o reconhecimento pela UE do estatuto das igrejas e associações ou comunidades religiosas nos Estados-membros ao abrigo das suas respectivas legislações nacionais. Isto é particularmente verdade face ao §9º, n.º 2 da Lei Geral de Igualdade alemã (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*), a qual concedeu às organizações religiosas o direito de exigir um comportamento “leal e sincero” (*loyales und aufrichtiges Verhalten*) aos seus trabalhadores, uma disposição que tem sido utilizada generosamente pelos tribunais alemães para dar às organizações religiosas algum grau de liberdade nas suas exigências aos seus subordinados. O TJUE também declarou nos §§56-58 de “*Vera Egenberger (C-414/16)*” e §48 de “*IR v. IQ (C-68/17)*” que o artigo 17º do TFUE (correspondente à Declaração n.º 11º sobre o estatuto das igrejas e organizações não confessionais, anexoado à Acta Final do Tratado de Amesterdão) tinha sido contemplado na elaboração da Directiva 2000/78/CE, como se depreende do seu considerando 24 e que a autonomia das organizações religiosas não as isenta de cumprir as exigências de um controlo judicial efectivo.

Contudo, as dúvidas permanecem: tendo em conta a jurisprudência remanescente sobre o artigo 4º, n.º 1 da Directiva 2000/78/CE, fica-se com a sensação de que o TJUE essencialmente tornou o n.º 2 redundante porque uma interpretação tão restritiva tornou a sua aplicação fundamentalmente idêntica àquela que poderia ser alcançada através do n.º 1. Qual a finalidade de ter dois parágrafos e prever a situação específica das organizações religiosas se os requisitos de ambos os parágrafos forem idênticos? Por outro lado, temos algumas dúvidas sobre até que ponto esta restrição respeita as autonomias das igrejas nacionais, uma matéria em que os Estados-membros têm regulamentações e tradições muito divergentes moldadas por um conjunto de circunstâncias históricas únicas a cada Estado membro. Uma interpretação mais benevolente não impediria os Estados-membros mais secularistas de imporem requisitos mais rigorosos para a activação dessa cláusula; é um princípio do Direito da UE que os Estados-membros podem sempre implementar e aplicar disposições mais favoráveis, enquanto que o contrário não é verdade. A jurisprudência futura dará uma resposta a estas questões.⁶

Em segundo lugar, no que respeita à justificação da *discriminação indirecta*, o TJUE empreendeu uma análise de proporcionalidade e concluiu que o desejo dos empregadores de implementar uma política de neutralidade em relação aos clientes (neutralidade externa) e dentro da força de trabalho (neutralidade interna) poderia ser reconhecido como um objectivo legítimo capaz de justificar um tratamento indirectamente discriminatório, desde que fossem preenchidas algumas condições. É manifesta uma evolução na fundamentação do TJUE de “*Samira Achbita*” para “*Wabe*”: enquanto no primeiro, o TJUE ficou convencido de que a política de neutralidade do empregador era protegida pela liberdade de conduzir um negócio prevista no artigo 16º do CFREU, no segundo, o TJUE desenvolveu esta jurisprudência e *impôs ao empregador o ónus de demonstrar uma necessidade genuína da sua parte de implementar tal política de neutralidade*, tendo em conta os desejos legítimos desses clientes ou utilizadores e as consequências adversas que esse empregador sofreria na ausência dessa política, dada a natureza das suas actividades e o contexto em que são levadas a cabo; as palavras do TJUE não deixam dúvidas quanto à evolução da sua jurisprudência quando afirmou no §64 de “*Wabe*” que,

“o mero desejo de um empregador de prosseguir uma política de neutralidade - embora em si mesmo um objectivo legítimo - não é suficiente, enquanto tal, para justificar objectivamente uma diferença de tratamento indirectamente baseada na religião ou crença, uma vez que tal justificação só pode ser considerada como objectiva quando existe uma necessidade genuína por parte desse empregador, o que cabe a esse empregador demonstrar”.

6 (Jacobs, 2018; Mestre, 2020)

i
l
f
d
et
di

Tendo isto em mente, o TJUE procedeu a fazer recair sobre o empregador o ónus de demonstração de que essa política de neutralidade é *adequada* ao objectivo perseguido, o que significava que o empregador tem ainda o ónus de provar que tal política é implementada de uma forma coerente e sistemática; finalmente, no que respeita ao critério da *proporcionalidade* (no sentido da proibição do excesso), o empregador precisa ainda de demonstrar que a proibição em questão não vai além do estritamente necessário, tendo em conta a escala real e a gravidade das consequências adversas que procura evitar ao adoptar essa proibição (“*Samira Achbita*” (C-157/15) (§§36-43), “*Wabe*” (C-804/18) (§§56-70) e “*MH Müller*” (C-341/19) (§74-78)).

Podemos observar aqui uma evolução clara na interpretação do TJUE no sentido de impor um ónus mais pesado de justificação para as políticas de neutralidade. Estas decisões não passaram um cartão em branco aos empregadores para implementar políticas de neutralidade externa e interna, porque *criaram um ónus de prova do seu lado de demonstração de uma necessidade real de tais políticas*. Isto não é totalmente original porquanto espelha o entendimento da jurisprudência alemã sobre liberdade religiosa no local de trabalho, que exige dos empregadores a demonstração de uma necessidade real de interferir com o direito constitucionalmente protegido à liberdade religiosa por parte dos trabalhadores. Este é um encargo muito pesado para o empregador, porque a redacção dos casos tornou muito difícil distinguir quando essas necessidades são consideradas legítimas.

Temos de ter em mente que o TJUE acrescentou ainda que estas situações não reflectem as encontradas em “*Asma Bougnaoui*” (C-188/15) e “*Firma Feryn*” (C-54/07), ambas lidando com situações de discriminação directa, em que o TJUE estabeleceu que as “*preferências do cliente*” não eram uma justificação suficiente para a discriminação directa com base na religião e raça. Por outro lado, em “*MH Müller*” (C-341/19), o TJUE deu uma resposta que ficou em aberto em “*Samira Achbita*” (C-157/15) de saber se as políticas de neutralidade religiosa podiam ser implementadas dentro da empresa. Neste sentido, o TJUE parece ter ido além da jurisprudência do TEDH na sua avaliação da proporcionalidade, colocando requisitos mais rigorosos para o teste da discriminação indirecta. Consequentemente, parece que o TJUE optou por ir além do limiar oferecido pela interpretação do artigo 9º da CEDH e oferecer um maior grau de protecção à luz do direito da UE.

Várias questões permanecem: quando é legítimo para um empregador satisfazer o desejo dos seus *stakeholders* de um local de trabalho sem manifestações religiosas? Como pode um empregador demonstrar uma necessidade real de implementar uma política de neutralidade? Em “*Asma Bougnaoui*” (C-188/15) e “*Firma Feryn*” (C-54/07), as preferências dos clientes foram consideradas uma justificação ilegítima porque se tratava de situações de discriminação directa (os clientes não desejavam trabalhar com pessoas de uma determinada religião ou etnia). Contudo, em “*Wabe*” (C-804/18), o TJUE reconheceu como objectivo legítimo o direito dos pais a assegurar que a educação e ensino dos seus filhos, de acordo com as suas crenças reli-

gias, filosóficas e pedagógicas reconhecidas no art 14º CFREU ou o seu desejo de ter os seus filhos supervisionados por pessoas que não manifestam a sua religião ou crença quando estão em contacto com as crianças, com o objectivo de garantir o desenvolvimento livre e pessoal das crianças no que diz respeito à religião, crença e política. Isto levanta mais questões do que aquelas que resolvem porque, no final, a questão reside na legitimidade do desejo de qualquer pessoa de um ambiente profissional livre de religião. Se os pais podem querer educar os seus filhos num ambiente sem religião, é *legítimo, apropriado e proporcional* que um empregador não corra o risco de ofender as crenças de ninguém e, portanto, introduza uma política de neutralidade religiosa *em relação aos* clientes e outros trabalhadores da sua força de trabalho? Qualquer uma destas questões dificilmente passaria no teste de proporcionalidade mas o mesmo se poderia dizer sobre os “*casos do jardim de infância*” (“*Wabe*” (C-804/18) e *Dahlab v. Suíça* (n.º 42393/98)): o Tribunal Constitucional alemão decidiu no seu acórdão de 27/01/2015 (*BvR 471/10 e BvR 118/10*) que uma simples ostentação de símbolos religiosos por professores não poderia ser considerada como pondo em perigo *per se* o princípio da neutralidade do Estado em termos de educação religiosa; pelo contrário, era uma manifestação da pluralidade da sociedade civil que os estudantes deveriam ser capazes de enfrentar e, portanto, não deveria ser permitida se não fosse demonstrada a existência de um perigo concreto para os estudantes. Poder-se-ia discutir que tanto o TEDH como o TJUE deram muita margem de manobra aos desejos dos pais por uma educação sem religião? Acreditamos que isto terá de ser respondido em mais referências preliminares e, por conseguinte, a discussão está longe de estar concluída.

*

V. VARIEDADES DE DISCRIMINAÇÃO: VALORES CONSTITUCIONAIS NACIONAIS E CONVERGÊNCIA COM O TEDH (II):

O TJUE forneceu igualmente uma resposta, nos processos apensos “*Wabe*” (C-804/18) e “*MH Müller*” (C-341/19), à difícil questão da relação entre as disposições constitucionais nacionais e a interpretação que fez da Directiva 2000/78/CE (§§79-90). Quanto à questão de determinar se os comandos constitucionais nacionais poderiam ser considerados no teste de proporcionalidade, o TJUE começou por observar que quando o tribunal nacional inicia tal teste em casos de discriminação indirecta, deve necessariamente ter em conta os vários direitos, liberdades e interesses envolvidos no caso e limitar a restrição ao mínimo possível, estabelecendo um justo equilíbrio entre os vários direitos e interesses em conflito. Quanto à questão específica referida pelo tribunal nacional, o TJUE declarou simplesmente que essa necessidade já tinha sido estabelecida na avaliação da proporcionalidade imposta pela Directiva 2000/78/CE, deixando assim a questão sem resposta.

Em relação à questão de saber se as disposições nacionais poderiam ser consideradas “*disposições mais favoráveis*” à luz do artigo 8º, n.º 1 da Directiva 2000/78/CE, o TJUE forneceu uma resposta redonda: considerou que a própria Directiva 2000/78/CE regulou a questão relativa aos conflitos entre a liberdade de pensamento, consciência e religião e os objectivos legítimos que podem ser invocados para justificar um tratamento desigual; na ausência de um consenso a nível da UE sobre essa matéria, optou por prever uma *margem de discricionariedade* para os Estados-membros, que poderia ser sujeita a revisão judicial pelo TJUE; terminou concluindo que as disposições nacionais que protegem a liberdade de religião poderiam ser tidas em conta como disposições mais favoráveis, na acepção do art. 8º, n.º 1, no contexto do teste de adequação.

Algumas palavras: em primeiro lugar, constitui um princípio estabelecido do Direito da União Europeia que quaisquer medidas relativas à política social adoptadas a nível da UE equivalem simplesmente a requisitos mínimos, a fim de assegurar condições equitativas (*floor of rights, level playing field*): os Estados-membros são livres de adoptar disposições mais favoráveis desde que compatíveis com os Tratados (art. 154º, n.º 4º, §2 do TFUE). Se a lei constitucional nacional coloca requisitos mais exigentes para passar no teste de proporcionalidade, então devem ser tidas em conta essas disposições desde que sejam aplicadas de forma consistente com o direito da UE. Embora tal pareça um truísmo, era extremamente importante que o TJUE o dissesse expressamente, especialmente após o acórdão do Tribunal Constitucional alemão de 05/05/2020, o qual lançou um terramoto em toda a Europa quando questionou a primazia dos Tratados e a jurisdição do TJUE. Não existe conflito entre o nível de protecção proporcionado pelo Direito da União Europeia e o direito nacional, porque os Estados-membros devem sempre aplicar o regime mais protector. Isto é muito importante porque contribuiu ainda mais para a discussão em curso sobre a protecção dos direitos fundamentais em regimes a vários níveis.

Em segundo lugar, no que diz respeito à escolha das palavras pelo TJUE quando confrontado com regulamentações nacionais muito divergentes relativas à liberdade religiosa, a expressão “*margem de discricionariedade*” faz estranhamente lembrar a doutrina da “*margem de apreciação*” adoptada pelo TEDH no contexto da CEDH. Aqui podemos observar uma tentativa explícita de convergência entre a jurisprudência e as abordagens empreendidas por ambos os tribunais internacionais em matéria de religião. A ideia principal é que os Estados-membros são livres de regular as questões religiosas nas relações laborais no contexto da CEDH e da CDFUE e que o TEDH e o TJUE realizariam simplesmente um acto de revisão judicial a fim de colocar limites.

Assumindo os rigorosos requisitos de justificação colocados pelo TJUE em “*Wabe*” (C-804/18), se ensaiarmos a sua aplicação na jurisprudência existente do TEDH, talvez a solução tivesse sido a mesma: em *Dahlab v. Suíça* (n.º 42393/98), um caso paralelo à situação em “*Wabe*” (C-804/18), o TEDH reconheceu que uma lei nacional que exigia a neutra-

lidade religiosa por parte das pessoas que trabalhavam em escolas primárias públicas era uma restrição *legítima, apropriada e proporcional* ao direito de exercer a liberdade religiosa, porque a protecção das crianças e as leis suíças relativas à igualdade de género eram consideradas objectivos legítimos. Em *Eweida vs Reino Unido* (n.º 48420/10), um caso muito semelhante à situação discutida em “*MH Müller*” (C-341/19), o TEDH decidiu que o desejo de uma empresa de projectar uma imagem de neutralidade para os seus clientes falhou no teste de proporcionalidade porque a política da empresa só se aplicava a alguns símbolos (uma cruz cristã discreta) enquanto que outros símbolos religiosos eram permitidos. Em *Ebrahimián vs França* (n.º 64846), *Kurtulmus vs Turquia* (n.º 65500/01) e *Ladele vs Reino Unido* (n.º 51671/10) e *MacFarlane vs Reino Unido* (n.º 36516/10), o TEDH considerou que era legal para um Estado impor um princípio de neutralidade confessional nos serviços públicos (um hospital, uma universidade pública, um escrivão e um conselheiro matrimonial) e exigir que as requerentes do sexo feminino retirassem o lenço de cabeça ou realizassem casamentos (em *Ladele*) ou aconselhamento (em *MacFarlane*) a casais homossexuais; foi reconhecida uma margem de apreciação ao Estado nesta matéria e o TEDH considerou que o Estado não tinha ido além disso.⁷ Tendo em conta os direitos e princípios reconhecidos na CFREU e a “margem de apreciação” expressamente reconhecida aos Estados-membros, consideramos que a decisão do TJUE teria sido idêntica em todos estes casos. O futuro dirá se a abordagem empreendida por ambos os tribunais continuará a convergir ou a seguir caminhos distintos. No entanto, os Estados-membros serão sempre obrigados a aplicar o regime mais protector, de acordo com as suas leis nacionais.

*

VI. O QUE SIGNIFICAM ESTES CASOS PARA A LIBERDADE RELIGIOSA NAS RELAÇÕES LABORAIS?

O filósofo alemão Jürgen Habermas escreveu extensivamente sobre o tema da religião na esfera pública e sobre a evolução das sociedades modernas para sociedades pós-seculares.⁸ Se o lemos correctamente, acredita que as visões de mundo religiosas e secularistas precisam de evoluir e integrar-se mutuamente: as primeiras no sentido da tradução dos seus argumentos em argumentos secularistas e universalistas e do reconhecimento de perspectivas concorrentes tão válidas como as suas próprias; a segunda no sentido do reconhecimento e integração das visões de mundo religiosas como pontos de vista válidos dentro de

⁷ (Bamforth et al., n.d.; McColgan, 2005; Mestre, 2020)

⁸ (Habermas, 2009)

uma sociedade secularizada. Tendo isto em mente, a evolução da jurisprudência do TJUE e a sua posição pró-religiosa pode tornar-se mais fácil de compreender.

Acreditamos que a evolução da jurisprudência revela que é cada vez mais difícil para os empregadores justificar a discriminação directa ou indirecta com base na religião. Em primeiro lugar, existe uma equivalência de interpretação sobre o terreno protegido entre o TEDH e o TJUE, no sentido de que o objectivo das artes. 9º ECHR, 10º, n.º 1 CFREU e da Directiva 2000/78/CE não é proteger os direitos dos crentes *face aos* não crentes, mas sim a crença (no sentido de uma visão abrangente do mundo) *per se*. Isto é bastante importante em termos de identificação de um elemento de comparação em casos de discriminação, pois exige que qualquer política em termos de religião no local de trabalho seja aplicada de uma forma geral e indiferenciada. Tratamentos separados ou impactos díspares de regras formuladas de forma neutra devido à religião ou crença serão considerados uma forma de discriminação em si mesmos e, portanto, sujeitos a um teste de justificação, a fim de verificar a sua legitimidade. Isto equivale a um refinamento elaborado em termos de identificação de um tratamento discriminatório com base na religião, o que está de acordo com a restante jurisprudência sobre outros fundamentos de discriminação.

Em segundo lugar, a evolução do TJUE é mais visível em termos da justificação de tratamentos discriminatórios. No que respeita à discriminação directa, o TJUE manteve a sua jurisprudência anterior de não aceitar as “*preferências dos clientes*” como justificação para a discriminação directa, bem como a sua interpretação restritiva da verdadeira excepção das exigências profissionais, mesmo quando o empregador em causa era uma organização religiosa, exigindo nesta última situação uma ligação directa entre a actividade em causa e a religião em questão, a fim de justificar um tratamento discriminatório. Este foi um duro golpe para as organizações religiosas que tendiam a gozar de um certo grau de liberdade ao abrigo das regulamentações nacionais. Temos algumas dúvidas quanto a esta interpretação restritiva porque anulou fundamentalmente a excepção religiosa prevista no artigo 4º, n.º 2 da Directiva 2000/78/CE.

No que diz respeito às situações de discriminação indirecta, poder-se-ia perceber claramente uma evolução em termos do teste da justificação: enquanto a entidade patronal admitiu que as regras de neutralidade interna e externa poderiam, em princípio, justificar situações de discriminação indirecta, colocou exigências mais pesadas à entidade patronal em termos do teste da proporcionalidade, exigindo que esta justificasse a necessidade concreta de tal política e a razão pela qual não a podia alcançar através de meios menos restritivos. Isto implica que a neutralidade religiosa na empresa deixará de ser uma simples política da entidade patronal, devendo ser justificada e sujeita a um teste de proporcionalidade. Esta é uma viragem pesada no sentido do aumento da protecção da liberdade religiosa, em detrimento da liberdade de conduzir um negócio.

Em terceiro lugar, o TJUE também clarificou a relação entre os requisitos da UE e os

regulamentos nacionais, admitindo expressamente que os Estados-membros gozavam de uma margem de apreciação em matéria religiosa e que os requisitos constitucionais nacionais podiam ser considerados como elementos válidos no teste de proporcionalidade, embora o TJUE se tenha reservado o direito a um controlo judicial e a estabelecer limites. Isto é muito importante porque contribuiu para a clarificação da difícil relação entre a protecção dos direitos fundamentais a nível nacional e internacional.

No final, podemos ver que esta orientação é fortemente equilibrada no sentido da protecção da liberdade religiosa à custa das liberdades económicas. Será cada vez mais difícil para os empregadores justificar discriminações indirectas no local de trabalho, embora a cláusula de “*margem de discricionarietà*” possa permitir a consideração dos requisitos constitucionais nacionais no teste de proporcionalidade. Casos futuros revelarão os limites e a margem de manobra que o TJUE irá conceder aos Estados-membros.

*

BIBLIOGRAFIA

- Adam, P. (2013). Baby Loup: Horizons et défense d’une jurisprudence anethème. *Revue de Droit Du Travail*, 385-393.
- Bamforth, N., Malik, M., & O’Cinneide, C. (n.d.). *Lei da Discriminação. Teoria e Contexto*. Thomson Sweet & Maxwell.
- Habermas, J. (2009). Die Revitalisierung der Weltreligionen-Herausforderung für ein Säkulares Selbstverständnis der Moderne? In *Philosophische Texte* (Vol. 5, pp. 387-407).
- Habermas, J. (2009). Equal Treatment of Cultures and the Limits of Postmodern Liberalism (Igualdade de tratamento das culturas e os limites do liberalismo pós-moderno). In *Between Naturalism and Religion* (pp. 271-311). Apolítica.
- Jacobs, M. (2018). Aktuelle Entwicklungen im deutschen und europäischen Antidiskriminierungsrecht. *Recht Der Arbeit*, 5, 236-270.
- Leiss, J. R. (2015). One Court, Two Voices: Nota de Caso sobre a Ordem do Primeiro Senado sobre a Proibição do Lenço de Cabeça para Professores, de 27 de Janeiro de 2015: Processo n.º 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10. *Jornal de Direito Alemão*, 16(4), 902-916.
- Mahlmann, M. (n.d.). O Simbolismo Religioso e a Resiliência do Constitucionalismo Liberal: Sobre a Segunda Decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre o Lenço. *Jornal de Direito Alemão*, 16(4), 887-900.
- McColgan, A. (2005). *Lei da Discriminação - Texto, casos e materiais*. Hart.
- Mestre, B. (2020). *Direito Antidiscriminação. Uma perspectiva Europeia e Comparada. Vida Económica*.

Meyer, C. (2020). Das Kopftuch am Arbeitsplatz und unternehmerische Neutralitätskonzepte: Wie verändert Europäisches Gleichbehandlungsrecht den Umgang mit der Religionsfreiheit in Arbeitsverhältnissen zwischen Privaten? *Europäisches Zeitschrift Für Arbeitsrecht*, 207-233.

Neugebauer, F., & Sura, S. (2018). Das Verbot religiöser Kleidung und Symbolik am Arbeitsplatz-Unternehmerisches Freiheitsrecht und öffentliches Desiderat einer neutralen Beschäftigungsgestaltung. *Recht Der Arbeit*, 6, 350-359.

Witte, B. de. (2005). *A Trajectória dos Direitos Sociais Fundamentais na União Europeia. Nos Direitos Sociais na Europa*. Oxford.