

**NOVAS GEOMETRIAS JURÍDICAS E A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO COMUM PLURALISTA: UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO PELO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM**

**NEW GEOMETRIES LEGAL AND CONSTRUCTION OF A PLURALIST COMMON LAW: AN ANALYSIS OF THE APPLICATION OF NATIONAL MARGIN OF APPRECIATION BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

**Jânia Maria Lopes Saldanha<sup>1</sup>**  
**Maria Beatriz Oliveira da Silva<sup>2</sup>**  
**Rafaela da Cruz Mello<sup>3</sup>**

**Resumo:** Em tempos de mundialização, a seara jurídica se assemelha a um mosaico, no qual um caos aparente se instala em razão da multiplicidade de regras e instituições de hierarquias diversas. Sob esse panorama, utilizando-se como terreno a Europa, o presente trabalho se propõe a analisar a possibilidade de construção de um direito comum pluralista, averiguando a figura hermenêutica da Margem Nacional de apreciação. Utiliza-se o método dedutivo de abordagem e o método de procedimento monográfico e, para melhor trabalhar com o tema, divide-se o trabalho em duas grandes partes: a primeira analisa o instituto da margem no contexto da internacionalização do Direito e, a segunda, por sua vez, observa o modo como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem aplica a ferramenta da margem, no sentido de observar se esta efetivamente contribui para a criação de um direito comum pluralista, harmonizando o universalismo dos direitos do homem e o relativismo das particularidades culturais.

**Palavras-chave:** Europa; Universalismo; Relativismo; Direito Comum; Margem Nacional de apreciação.

**Abstract:** In times of globalization, the legal harvest resembles a mosaic, in which an apparent chaos ensues because of the multiplicity of rules and various hierarchies of institutions. Under this scenario, using as ground Europe, this study aims to examine the possibility of building a pluralist common law, checking the hermeneutic figure of the

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela UNISINOS. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito e do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria – RS. Coordenadora do CCULTIS/UFSM – Centro de Culturas Jurídicas Comparadas, Internacionalização do Direito e Sistemas de Justiça – UFSM. Pesquisadora Sênior do IHEJ – Institut des Hautes Études sur la Justice – e da Université Paris-Sorbonne (Paris II). Bolsista CAPES. Advogada.

<sup>2</sup> Doutora em Direito Ambiental pelo CRIDEAU (Centro de Pesquisa Interdisciplinar em Direito Ambiental e Urbanismo) da Universidade de Limoges, França. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito e do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Direito e Sustentabilidade, vinculado ao PPGD da UFSM e ao CNPQ.

<sup>3</sup> Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria - Linha de pesquisa de Direitos na Sociedade em Rede. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Membro do CCULTIS/UFSM – Centro de Culturas Jurídicas Comparadas, Internacionalização do Direito e Sistemas de Justiça da Universidade Federal de Santa Maria.

National Margin of Appreciation. Using the deductive method of approach and the method of monographic procedure and to better work with the theme, the work is divided into two main parts: the first analyzes the edge of the institute in the context of the internationalization of law and the second in turn, notes how the European Court of Human rights applies to edge tool, to see if this actually contributes to the creation of a pluralist common law, harmonizing the human rights universalism and relativism of cultural particularities

**Keywords:** Europe; Universalism; Relativism; Common Law; National Margin of Appreciation.

## 1. Introdução

No início do século XX, Hans Kelsen defendeu a tese de que, para entender a ciência jurídica era necessário observá-la de modo dissociado de outras ciências (KELSEN, 1996). O autor propôs a compreensão do Direito a partir da famosa pirâmide kelseniana: a norma fundamental – Constituição – estaria no topo da pirâmide e seria capaz de dotar de validade o restante do ordenamento jurídico. Abaixo desta norma fundamental estariam as demais leis e regras do Direito, sendo que tal formulação estagnada e sistemática da ordem jurídica adequava-se aos anseios de organização de uma sociedade industrial.

Todavia, por trabalhar com conflitos sociais, o Direito não fica alheio às vicissitudes do século XX, sendo que a Europa apresenta-se como um interessante laboratório de observação de mudanças. Após a Segunda Guerra Mundial, emergem na sociedade pós-industrial e, posteriormente, informacional, novas estruturas jurídicas que não mais são capazes de se adequar à inflexível lógica hierárquica kelseniana. Estamos na era do que Losano (2005, p. 268) denomina de “direito turbulento”, que se move, se agita e muda de modo veloz, assim como a sociedade que o cerca, embora não tão rapidamente quanto esta sociedade.

Em razão disso, novas geometrias são criadas para tentar explicar o panorama jurídico da sociedade atual. Na Europa, por exemplo, em que temos convivendo sistemas jurídicos de origens e de ordens diversas – sistema internacional, nacional, supranacional – autores determinam que se vive o tempo do Estado em Rede (CASTELLS, 1999, p. 164) ou dos anéis disformes com a proximidade de guirlandas (DELMAS-MARTY, 2006), ocasionando ao mais despercebido leitor da realidade um sentimento de caos jurídico.

Nesse sentido, é possível destacar o pensamento de Mireille Delmas-Marty (2004a), que revoluciona as premissas kelsenianas. Segundo ela, essa falta de sistematização, aparentemente anárquica, é solo fértil para a construção de um direito comum pluralista em matéria de direitos humanos. A sociedade em tempos de globalização precisa resistir ao

processo de desumanização e de coisificação do homem, de modo que a base para a construção desse direito comum pluralista devem ser os direitos humanos.

Sob esta ótica emerge a figura central desse estudo: a Margem Nacional de Apreciação (MNA), bem como sua contribuição para a construção de um direito comum e para a harmonização entre universalismo e relativismo no contexto da Europa. Este recurso hermenêutico trata-se de uma construção jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante também referido como Tribunal de Estrasburgo ou TEDH) com a finalidade de conferir algum espaço de deferência para que os tribunais nacionais dos Estados possam decidir questões atinentes às suas particularidades locais.

Almeja-se neste trabalho responder os seguintes questionamentos: a doutrina da MNA aplicada pelo TEDH contribui para a construção de um direito comum dentro do sistema europeu de proteção dos direitos do homem? Em sua aplicação prática, a margem se mostra como um recurso eficaz para harmonizar o universalismo dos direitos humanos e o pluralismo advindo das diversidades culturais e religiosas dos diferentes países que fazem parte do Conselho da Europa?

Para responder tais questionamentos, utilizou-se o método dedutivo como método de abordagem e o método monográfico de procedimento, através da leitura e fichamento das diferentes construções teóricas e doutrinárias sobre o tema, bem como análise de alguns julgamentos paradigmáticos do Tribunal de Estrasburgo. Dividiu-se este trabalho em dois capítulos, com a parte 1 se ocupando na análise pura do instituto da Margem Nacional de Apreciação, através da apuração do histórico de sua criação, das definições acerca de seu conceito e do papel desejado no contexto de criação de um direito comum pluralista. A parte 2, por sua vez, tem como objetivo avaliar, a partir da análise de alguns julgamentos do Tribunal de Estrasburgo, se tal ferramenta hermenêutica se demonstra eficaz no processo de harmonização das tensões entre universalismo e relativismos e se pode ser relevante no processo de criação de um direito comum cuja base são os direitos humanos.

## **2. Síntese entre o relativo e o universal? Uma análise da proposta de Margem Nacional de Apreciação para a criação de um Direito Comum Pluralista**

A mundialização vivenciada em meados do século XX e século XXI de modo muito pertinente foi descrita por Boaventura de Sousa Santos. Para o autor (2005, p.89), independentemente do campo que se observe – econômico, social, tecnológico -, a transformação mais profunda da mundialização deu-se nas alterações das concepções de

tempo e de espaço. Estes hoje não mais se limitam às esferas nacionais, mas ultrapassam fronteiras, criando temporalidades e ritmos incompatíveis com o tempo dos Estados Nacionais.

Por óbvio, a seara jurídica também é visivelmente afetada pela pressão do espaço-tempo emergente, global e instantâneo. O panorama em que o Direito de um modo geral se insere, hoje não pode mais ser concebido conforme a lógica clássica kelseniana (KELSEN, 1996), altamente atrelada a estruturas nacionais. Os rearranjos da mundialização e a consequente internacionalização do Direito fazem com que novas estruturas permeiem o atual cenário jurídico mundial.

Seja uma concepção de trapézio, cujos vértices superiores são ocupados, em igual nível pelas constituições estatais e pelos tratados ou convenções internacionais protetivos dos direitos humanos, como é a visão de Flávia Piovensan (2012), seja uma visão de nuvens fluidas e descontínuas, com um Direito de sistemas interativos complexos, marcados por geometria de pirâmides inacabadas e anéis normativos como guirlandas, defendida por Delmas-Marty (2003), demonstram que a internacionalização traz tentativas de recomposição de um pluralismo de normas e de sistemas jurídicos.

Nesse contexto, razoável pensar em um conjunto ordenado para a desordem, uma vez que, a aparente anarquia que existe, favorece ao pluralismo e à construção de novas geometrias jurídicas (DELMAS-MARTY, 2006). Nesse novo paradigma, por exemplo, o ideário de ordem “deslegalizada”, toma corpo, uma vez que a sobrevalorização da lei e das grandes codificações perde espaço, havendo, em contrapartida, a crescente incorporação dos precedentes (certa ruptura de fronteiras entre common law e civil law) e dos princípios como espécie de código cultural do processo de interpretação e criação do Direito (FERREIRA, 2013).

A internacionalização reflete, desta forma, uma nova realidade jurídica, de sistemas complexos, fluidos, descontínuos e interativos, os quais levam à mutação da própria concepção tradicional de ordem jurídica, que não é mais fechada dentro de si mesma. A tradicional pirâmide kelseniana é desconstruída gradativamente, dando lugar a novas geometrias cuja hierarquia não é tão rígida, mas nem por isso deixa de ser complexa.

No topo encontram-se as constituições, juntamente com elementos do Direito Internacional (*jus cogens*, tratados relativos ao direito internacional dos direitos humanos). No corpo do que seria a antiga pirâmide kelseniana, encontra-se o crescimento e a consolidação de um direito jurisprudencial, através de um jogo de referências recíprocas, em que um sistema observa o outro, mas não há um centro, ao lado das normas produzidas no legislativo

(a intensa produção jurisprudencial para os *hard cases* culmina em adição de conteúdos advindos de “outros direitos”) e a base passa a ser composta por decretos e regulamentos que resultam de administrações policêntricas, corroborando para a crença de que o processo de internacionalização vem acompanhado de descentralização e privatização de fontes do Direito (FERREIRA, 2013, p.20).

Neste contexto, Delmas-Marty (2006, p.10) atesta que a internacionalização do Direito apresenta um grande paradoxo: ordenar o plural, ou seja, colocar em ordem o que é múltiplo, mas sem redução de identidades. Deste modo, para ir da desordem à ordem, é necessário fortalecer as correlações da formação jurídica, trazendo estabilidade à presença de divergências, através da aproximação entre ordens jurídicas distintas. Essa aproximação, porém, não pode ser concebida senão em relação a uma referência comum e, neste campo, a utilidade dos instrumentos protetivos de direitos humanos traz a coerência de conjunto capaz de indicar uma direção a seguir, um norte para a criação de um direito comum, cujo pluralismo é ordenado.

Desta feita, Delmas-Marty (2006) apresenta a preocupação com a construção de um direito comum pluralista, destacando três espécies de processo de interação, para se chegar a este: coordenação por entrecruzamento; harmonização e unificação. Cabe, no entanto, a observação de que o direito comum aqui referido não tem a pretensão de unificar o Direito no texto, pois isso seria uma tarefa praticamente utópica. A ideia com que Delmas trabalha, na realidade, vincula-se à premissa de que um direito mundial pluralista é aquele acessível a todos e comum aos diversos Estados, sem que haja abandono de identidades. Justamente em função disso, o alicerce para sua criação é a aproximação dos sistemas jurídicos tendo por base os direitos humanos em sua perspectiva básica, qual seja: o mínimo ético universal a todas as culturas e o irreduzível humano. Logo, esses carregariam a característica da universalidade, que advém do compartilhamento de sentidos e do enriquecimento pela troca.

Nos processos aludidos, a coordenação por entrecruzamento caracteriza-se por ter uma dinâmica horizontal em que a autoridade das decisões será reforçada pelo jogo de referências cruzadas de uma jurisdição à outra. Essa é uma fase transitória na construção de uma verdadeira ordem jurídica mundial, e, em âmbito global, percebem-se traços da coordenação nos diálogos entre cortes e tribunais das mais diferentes ordens (NEVES, 2009).

Se o primeiro processo de interação é a coordenação, o último é a unificação. Esta seria do ponto de vista formal, o processo perfeito por unir ordens jurídicas regionais sob um mesmo modelo hierárquico e coerente das ordens nacionais tradicionais. Entretanto, sob o enfoque empírico, essa perfeição está longe de ser garantida, vez que a unificação consiste na

transferência pura e simples do regramento jurídico de um país para outro, em uma espécie de verticalização ordenada, que pode gerar a dominação hegemônica de uma ordem sobre outra, sem, portanto, respeito à pluralidade.

O processo intermediário de harmonização, por sua vez, tende a aproximar os sistemas com um propósito coordenativo, porém sem a intenção unificadora. Tal processo limita-se a uma integração imperfeita, cuja chave é a preservação das Margens Nacionais de Apreciação (MNA). De modo diferente da coordenação, que é marcada pela horizontalidade da comunicação entre conjuntos jurídicos, a harmonização instaura uma relação do tipo vertical, que implica o reconhecimento de algumas hierarquias, entre, por exemplo, direito internacional e nacional, direito supranacional e nacional, dentre outras formas. Todavia, a inversão destas hierarquias e o reconhecimento mútuo fazem parte do movimento de harmonização.

As Margens Nacionais de Apreciação são as grandes novidades desse processo, vez que elas envolvem tanto a obrigação de conformidade em relação às normas internacionais quanto à apreciação soberana dos Estados, sendo delineada por princípios comuns. A resistência dos direitos internos e os avanços do processo de harmonização são, portanto, as condições de possibilidade para a aplicação da MNA (SALDANHA et MELLO, 2014).

Deste modo, imperioso reconhecer que em um continente plural como é o europeu, com países com aspectos linguísticos, culturais, religiosos e políticos diferentes, a figura da MNA apresenta-se como uma importante chave para o desenvolvimento e consolidação de um direito comum pluralista em matéria de direitos humanos, sendo uma ferramenta relevante para o estabelecimento de um pluralismo ordenado, uma vez que as peculiaridades culturais de cada Estado são respeitadas.

Neste sentido, a Europa pode ser vista como um laboratório de experiências e o surgimento da MNA possui hoje um importante papel dentro do continente europeu. A origem mais remota do instituto encontra-se no interior dos sistemas de Direito, vez que era ferramenta capaz de auxiliar o juiz, enquanto receptor da norma, a interpretar determinado caso concreto, em uma espécie de código cultural que determina o senso da norma (DELMAS-MARTY et IZORCHE, 2000).

No processo de internacionalização, contudo, a noção de margem ganha o adjetivo “nacional” e passa a ser um elemento de tentativa de aproximação com a finalidade de atingir um direito comum com bases humanistas. Logo, a MNA teria a finalidade de proceder a uma espécie de síntese entre os anseios de unidade jurídica e o desejo de separação proveniente de uma autonomia estatal. A margem, portanto, sob o viés da internacionalização, corresponderia

ao caminho do meio entre o pressuposto de universalização dos direitos humanos e o relativismo ou os particularismos culturais de cada Estado.

No contexto europeu, em que tanto sob o viés comunitário quanto sob a perspectiva do sistema regional, os Estados apresentam pluralidades significativas em relação à religião, à cultura, à política, dentre outros campos, a figura da MNA serve como um importante instrumento para aproximar o universal e o relativo (DELMAS-MARTY, 2004b). Dessa maneira, teria a função de, no processo de construção de um direito comum apresentar como horizonte a universalidade dos direitos humanos, mas sem perder de foco os relativismos culturais que formam a identidade das mais diferentes sociedades.

Nítido, portanto, que o caminho para a construção de um “comum” em matéria de direitos humanos relaciona-se não só com a proteção destes em sua esfera ética e mínima, como também com a preservação da pluralidade. Como instrumento do processo de harmonização a margem carrega em seu âmago a noção de convergência em torno de princípios comuns, mas garantindo o respeito a uma espécie de direito à divergência, uma vez que se garante a cada Estado a particularidade de lidar com questões atinentes às suas diferenças.

O TEDH se utiliza pela primeira vez do recurso à MNA no caso *Lawless vs. Irlanda*. Na discussão cerne deste conflito estava a possibilidade de prisão provisória no caso dos atentados terroristas relacionados ao grupo extremista IRA (Irish Republic Army)<sup>4</sup>. No julgamento do caso, em 1961, o Tribunal de Estrasburgo, pela primeira vez fez alusão, mesmo que de modo não explícito, à possibilidade de margem nacional de apreciação, ao deixar ao Estado Irlandês margem para decidir, fundamentando-se nas prerrogativas do artigo 15 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Embora haja uma referência tímida à MNA no caso exposto anteriormente, é no contencioso linguístico belga que se percebe uma manifestação mais concreta da Corte de Estrasburgo em relação à deferência de julgamento aos Estados, precisando alguns dos fundamentos da doutrina da MNA. No caso belga, julgado em 1968, pais que falavam francês questionaram o sistema educacional da Bélgica, que dividia o país em quatro regiões linguísticas distintas.

---

<sup>4</sup> Mais especificamente, o cidadão irlandês Gerard Richard Lawless, ex-membro do IRA, foi preso em julho de 1957 no momento em que estava prestes a viajar da Irlanda à Grã-Bretanha. Neste ato, foi detido sob especiais poderes de detenção indeterminada sem julgamento, sob alegações de ofensas contra o Estado irlandês. Lawless, fazendo o uso da prerrogativa de petição individual, demandou perante a Corte Europeia de Direitos do Homem alegando violação pelo Estado Irlandês dos artigos 5,6 e 7 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, mas especificamente direitos de liberdade, segurança, julgamento justo e o princípio de proibição de punição sem lei anterior que defina um delito.

O Tribunal de Estrasburgo aceitou uma margem de apreciação conferida às partes, em função de que os Estados possuíam discricionariedade em relação à regulamentação do direito à educação. A Corte argumentou que essa necessidade de concessão de uma deferência ou de um limite de discricionariedade ao Estado era proveniente da natureza do próprio direito discutido (regulamentação do sistema educacional), de modo que a regulamentação do direito à educação poderia variar de acordo com o local e com o tempo, consoante as necessidades e os recursos da comunidade e dos indivíduos.

Ainda é possível destacar nesse caso a vinculação da noção de margem de apreciação ao princípio de subsidiariedade dos tribunais internacionais em relação às cortes nacionais. Por isso o Tribunal manifestou-se asseverando que não desejava substituir as autoridades nacionais, pois se assim o fizesse perderia a característica de mecanismo internacional de garantia da ordem instaurada pela Convenção.

Essa subsidiariedade conduz à MNA duas noções (DELMAS-MARTY et IZORCHE, 2000): uma noção técnica e outra política. Na noção técnica, a razão para sua existência relaciona-se com a imprecisão de algumas normas que conferem certa liberdade ao juiz internacional. No campo político a relação se evidencia pela sensibilidade dos Estados em relação a temas polêmicos.

Há de se destacar ainda que, na esfera de construção de um direito comum pluralista, que tem como terreno aqui analisado o sistema europeu de proteção dos direitos humanos, embora em alguns casos o TEDH opte pela concessão da margem de deferência, essa só pode ser aplicada pelo Estado se este observar os princípios que regem o instrumento legal base da Corte, qual seja, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). Deste modo, o Estado não fica desobrigado do cumprimento da Convenção, pois em tese, apenas existirá margem para pontos sensíveis desta, os quais permitem interpretações diferenciadas de acordo com os particularismos nacionais e os desacordos culturais.

Nesse sentido, conforme se observou pelos casos citados, uma primeira aplicação da doutrina da margem vinculou-se ao processo de sedimentação do sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos. Em razão desse contexto, a utilização da MNA deu-se, por exemplo, em função de uma demanda que envolvia questão de segurança interna de um país (caso *Lawless vs. Irlanda*) e por isso, a aplicação da deferência de julgamento dá-se também como uma técnica política para evitar tensões entre esfera internacional e nacional (esta ainda arraigada ao conceito clássico de soberania) no âmbito de um sistema que tinha sido criado recentemente.

Sob tal viés, pode-se recorrer à explicação de Marcelo Varella (2012, p. 143), de que a margem deve ser aplicada para temas polêmicos em que abusos exegéticos por parte do tribunal de cariz internacional podem levar à perda de legitimidade deste. Contudo, com o desenvolvimento da teoria da MNA, tanto por doutrinadores como pela própria jurisprudência do tribunal que a criou, percebe-se que o seu uso em grande medida relaciona-se com o embate entre o universalismo dos direitos humanos e o relativismo nacional em matéria de desacordos culturais.

Não obstante a existência de críticas sobre a aplicação prática atual da MNA pelo TEDH, o que será objeto de análise na sequência, é com a figura da deferência da margem nacional que se torna possível um pluralismo de justaposição (DELMAS-MARTY et IZORCHE, 2000, p. 757), que tolera a coexistência de sistemas particularmente diferentes. Somente a possibilidade de acoplamento do adjetivo nacional ao substantivo margem, ou seja, uma transferência de conceito desse substantivo para outra esfera que não à interna de cada país já demonstra que uma ruptura com a lógica binária clássica do direito já iniciou e ainda está em curso.

A ruptura com a concepção tradicional, unificada e estritamente hierarquizada de ordem jurídica leva a uma ruptura epistemológica com a lógica binária clássica do direito. Isso permite não só a existência e aplicação de uma MNA como demonstra a possibilidade de concretização do ideal de um direito comum, que por ser pluralista não pode ser projetado conforme o modelo tradicional e nem encontra campo para isso em função do novo mosaico jurídico existente, sobretudo na Europa.

Logo, é possível afirmar que a margem a que se refere esse trabalho não deixa de ser um reconhecimento jurisprudencial dessa mudança de ares trazida pelas novas configurações e estruturas jurídicas. Isso porque novas instituições emergem em meio de um caos jurídico que não passa despercebido pelas cortes internacionais. Prova disso é que a MNA não é mencionada somente pelo TEDH. Ainda que de modo muito tímido e em pequena medida, é possível o destaque de citação (e aplicação) da referida doutrina pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (POBLETE et ALVARADO, 2012).

Embora o continente latino americano seja tão ou mais plural e diversificado que o europeu e que o uso da margem como instrumento de síntese entre relativo e universal seja teoricamente indicado para sedimentar as bases de construção de um direito comum pluralista, a aplicação do instituto em solo americano ainda não ocorre de modo significativo. Sob esse

viés, o juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), Sérgio Garcia Ramirez<sup>5</sup> asseverou que a margem nacional de apreciação é uma ferramenta e um princípio europeu de relativismo relativo à execução que não é visto com simpatia pela CIDH. Isso em função não só do histórico de demandas que chegaram ao julgamento da Corte Interamericana – em grande parte envolvendo violações de direitos humanos perpetradas pelo Estado durante os períodos de ascensão de autoritarismos e ditaduras na América Latina – como também em razão das democracias latino-americanas ainda estarem em fase de consolidação.

Deste modo, em razão da ausência, até então, de casos envolvendo desacordos culturais e das recentes reinserções ou inserções democráticas de países do continente americano, temia-se que eventual aplicação de MNA poderia ser compreendida pelos Estados como um salvo-conduto para que houvesse violação de direitos humanos pelos países. A cautela e a percepção de paisagens diferentes entre os territórios separados pelo Atlântico fizeram e fazem com que ainda hoje a doutrina da margem tenha pouca ou quase nenhuma aplicação na América.

Deste modo, pode-se afirmar que a internacionalização do Direito - e seus reflexos na Europa - é a responsável pela criação de um espaço para o desenvolvimento da doutrina da MNA. Nesse sentido, embora a criação tenha sido jurisprudencial por parte do TEDH, é importante avaliar de que modo a doutrina conceitua o referido instituto.

A posição adotada por este trabalho é a de Mireille Delmas-Marty (DELMAS-MARTY et IZORCHE, 2000, p. 762), que salienta em suas obras a origem nacional do instituto, ainda como uma margem de interpretação capaz de conferir um pluralismo de valores, do tipo meta jurídico, em uma espécie de deferência para apreciação do juiz receptor de determinada norma. Todavia, a margem relativa à internacionalização liga-se ao reconhecimento da diversidade de sistemas jurídicos, os quais possuem algumas características peculiares ligadas às identidades do Estado em que se encontram.

Em razão disso, para a autora, a noção de margem nacional de apreciação além de ser uma síntese entre o universal e o relativo é uma chave do pluralismo ordenado. Desse modo, sua construção assemelha-se de um lado à expressão de uma dinâmica centrífuga, ou seja, uma resistência dos Estados à integração e o apego à noção clássica de soberania e, de outro lado, sendo ela limitada por princípios comuns, estabelece o mínimo de compatibilidade voltando-se ao centro em uma dinâmica centrípeta.

---

<sup>5</sup> Tal posicionamento de Sérgio García Ramirez foi constatado no evento intitulado “Sistema Internacional de Reconhecimento e Proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais” realizado entre as datas de 19 e 20 de agosto de 2014 sob a organização do Programa de Pós-Graduação em Direito – Metrado e Doutorado – da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS.

Há, portanto, um movimento duplo que, por vezes traduz as resistências dos direitos nacionais, por vezes os avanços rumo à harmonização do direito comum em matéria de direitos humanos. É justamente essa capacidade de oscilação que permite os ajustamentos com vistas a compatibilizar o interno com o comum, com o intuito nem de criar uma hegemonia do universal e nem de tornar inaplicável o direito comum em razão das particularidades. Desta forma, Delmas percebe a margem como uma técnica jurídica presente no âmbito do fenômeno da internacionalização do direito e que permite o reconhecimento da diversidade entre os sistemas jurídicos (DELMAS-MARTY et IZORCHE, 2000, p. 760).

Benvenisti (1999), por sua vez, visualiza no uso da MNA uma espécie de latitude que cada sociedade tem na resolução de conflitos inerentes entre os direitos individuais e os interesses nacionais ou entre diferentes convicções morais. Por conseguinte, alude que a doutrina da margem, respondeu inicialmente a preocupações de governos nacionais de que as políticas internacionais pudessem comprometer a segurança nacional, mas que, com a evolução da jurisprudência o uso desse instrumento passou a ser feito por outras razões, como gestão de recursos, discricionariedade em relação a questões concernentes à deliberação acerca de sistemas políticos, educacionais, entre outros, até passar a ser utilizada em temas relativos aos desacordos culturais.

Para Poblete & Alvarado (2012, p. 5) a margem nacional de apreciação liga-se à noção de fins e limites da jurisdição internacional ou supranacional em matéria de direitos humanos. Eles reconhecem que a doutrina da margem concede aos Estados signatários de convenções internacionais liberdade para apreciar as circunstâncias materiais que exigem aplicação de medidas excepcionais em situação de emergência. Outrossim, também possibilitaria aos Estados liberdade para limitar direitos reconhecidos em tratados internacionais quando outros direitos exigem respeito ou assim exigem os interesses da comunidade.

Vila (2013), por sua vez, percebe na doutrina da MNA uma espécie de “deferência” praticada pelo TEDH em relação aos Estados signatários da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Isso pelo fato de que o sistema de proteção dos direitos humanos na Europa é resultado de uma divisão de trabalho entre os Estados e a Corte, em que os primeiros são responsáveis primários desta proteção e a Corte possui um caráter subsidiário, atuando em âmbitos sensíveis como o da moralidade e da religião, em que não há consenso entre os Estados.

Nesse mesmo sentido se situa o pensamento de Roca (2007) que afirma que a doutrina da MNA é necessária para refletir uma realidade evidente, qual seja, a pluralidade

cultural dos Estados que fazem parte do Conselho da Europa. Da mesma forma, considera o autor que os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade<sup>6</sup> são imanentes à noção de MNA, visto que os Estados possuem certa margem de discricionariedade na aplicação e no cumprimento de obrigações impostas pela Convenção, bem como na ponderação de interesses mais complexos. Se houver excesso por parte dos Estados, há violação do princípio da proporcionalidade e, abre-se espaço para a intervenção do órgão jurisdicional internacional, sob as bases do princípio da subsidiariedade.

Contreras (2012) afirma que os tratados regionais de direitos humanos, embora contenham escopos de universalidade em relação a esses direitos, são acompanhados pela possibilidade de peculiaridades geográficas na execução das obrigações dos direitos do homem. As cortes internacionais têm a dificuldade de conciliar ou justificar a falta de conciliação entre diferenças morais e normativas de cada região. Em razão disso, uma das criações doutrinárias mais importantes é a da MNA, sendo esta, para o autor, um critério interpretativo desenvolvido tanto como deferência aos Estados para que possam regular o conteúdo dos direitos e suas restrições e para distribuir os poderes e níveis de decisões tomadas entre as autoridades domésticas e internacionais.

Visível, portanto, que na doutrina não há um consenso exato em relação a essa figura criada e aplicada na jurisprudência do TEDH. Enquanto para alguns estudiosos ela se configura como uma doutrina, para outros é um critério interpretativo ou hermenêutico usado pelos tribunais internacionais no sentido de revisar a decisão de um Estado ou conceder deferência a este para julgar conforme o direito interno coadunado com os princípios mínimos existentes nos tratados internacionais de direitos humanos.

Não obstante a divergência de conceituação no campo teórico analisar-se-á no próximo capítulo alguns casos emblemáticos de aplicação da MNA pelo TEDH, com o intuito de responder ao seguinte questionamento: é possível afirmar que, do modo como é aplicada a doutrina da margem nacional de apreciação pela Corte Europeia de Direitos do Homem, temos uma efetiva contribuição para o processo de harmonização entre universal e relativo e construção de um direito comum europeu em matéria de direitos humanos?

---

<sup>6</sup> É importante, sob essa ótica lembrar que embora o diferencial da Corte Europeia de Direitos Humanos seja o de permitir a petição individual de qualquer sujeito que denuncie uma violação de seus direitos básicos, assim como outros tribunais internacionais, tem a regra da exigência do esgotamento das vias internas de acesso à justiça para que a demanda seja recebida pelo TEDH. Se não houve satisfação do pleito por parte do Estado ou se a reparação obtida se revelara inidônea para uma proteção adequada ao direito violado, então à Corte Europeia é permitido revisar a decisão nacional ou substituí-la.

### **3. Assimetrias e entraves no uso da Margem Nacional de Avaliação pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos**

Embora a doutrina da MNA tenha nascido da tentativa de produção de uma síntese entre o universal e o relativo no espaço do sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos, sua aplicação prática, sobretudo pelo TEDH não é imune a críticas. Conforme afirmam Brum et Saldanha (2015), a margem ao ser compreendida e utilizada como uma forma de autocontrole, por meio do qual o órgão jurisdicional internacional evita o enfrentamento com poderes constituídos e legitimados desde outras premissas política, pode representar um risco de fragilização do direito internacional dos direitos humanos, caso seu uso se torne indiscriminado, sem critérios claros e limites precisos.

Neste viés, dentro de um panorama geral de análise da postura do Tribunal de Estrasburgo, um dos primeiros pontos de crítica se relaciona ao enfraquecimento da credibilidade do sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos. Para alguns estudiosos, o modo como a margem é aplicada reflete uma postura de evitar o enfrentamento com poderes constituídos e legitimados desde outras premissas políticas e isso, além do enfraquecimento mencionado pode levar ao reforço da noção clássica de soberania, em que o compromisso dos Estados com os instrumentos normativos de direito internacional era mitigado.

Embora seja a MNA um instrumento impreciso e de geometria variável, é consenso entre os doutrinadores que a ferramenta não é uma carta branca aos Estados para fazerem o que quiserem. Seu uso impõe autocontenção por parte da Corte, tendo em vista que sua função, segundo o princípio da subsidiariedade é somente de impor padrões mínimos comuns em matéria de direitos humanos. Entretanto, o nível de proteção dos direitos dos direitos e das diversas fórmulas para concretizá-los não são homogêneos, diante de nações com tradições jurídicas tão diversas.

Desta maneira, no campo jurisprudencial, com a finalidade de responder ao questionamento feito no capítulo anterior, se utilizarão, de modo, conjunto as classificações das decisões da Corte Europeia dos Direitos do Homem feitas por Contreras e por Roca. Para o primeiro doutrinador (CONTRERAS, 2012, p. 35), é possível dividir os casos de aplicação da margem nacional de avaliação pelo Tribunal de Estrasburgo em três grandes grupos.

O primeiro grupo abarca casos envolvendo direitos fundamentais e direitos políticos, dentre os quais se destacam a proibição da tortura ou a liberdade de expressão e associação. Nesse grupo, no que tange aos direitos fundamentais, há rigorosa supervisão por parte do

TEDH, negando qualquer margem nacional de apreciação aos Estados. Ainda dentro deste conjunto, no que concerne aos discursos políticos ou direito de partidos políticos, é, por vezes, concedida uma margem reduzida às autoridades domésticas para decisão ou execução de uma decisão.

O segundo grupo, por sua vez, relaciona-se aos direitos de propriedade, em que a Corte concede grande margem de deferência aos Estados. Isso porque o TEDH reconhece, em princípio, que as autoridades nacionais estão melhor situadas do que o juiz internacional no que tange a apreciação acerca do melhor interesse de uma comunidade em relação a políticas envolvendo direitos de propriedade.

Por fim, o terceiro grupo é o mais complexo para a apreciação do tipo de margem concedida pelo Tribunal de Estrasburgo, uma vez que contém temas que não apresentam consenso por parte do Tribunal. Neste grupo ficam evidentes as complexidades e as várias aplicações possíveis da MNA: casos como os de liberdade religiosa, liberdade de discurso, direitos dos homossexuais, dentre outros temas latentes e relevantes na paisagem jurídica, social e cultural europeia.

Do mesmo modo, Roca (2007, p. 134) divide a margem nacional de apreciação em três círculos concêntricos, tendo como base a natureza dos direitos cuja tutela é pleiteada junto ao órgão jurisdicional internacional do sistema europeu. O primeiro círculo de Roca relaciona-se com o segundo grupo de Contreras, vez que trata dos direitos de propriedade, que teriam uma margem de deferência ampla e um controle pouco intenso por parte da Corte. Esse círculo seria o maior e englobaria os demais.

No círculo menor estariam os direitos vistos como absolutos pelo Tribunal Europeu. Dentre esses se destacam o direito à vida ou os direitos democráticos que apresentam uma margem de apreciação pouco extensa juntamente com um controle restrito por parte da Corte Europeia. Este círculo identifica-se com o primeiro grupo anteriormente mencionado, visto que trabalha com noções de direitos fundamentais e políticos essenciais e mínimos para todos os países europeus.

Por fim, no espaço intermediário entre esses dois círculos, encontra-se uma esfera média, que, relacionando-se com o terceiro grupo definido por Contreras, contempla todos os outros direitos em que alguma vez o Tribunal de Estrasburgo mencionou ou aplicou a margem nacional de apreciação. É justamente nesse círculo que devem ser desenvolvidos os parâmetros para guiar o uso da ferramenta pela Corte, no intuito de reduzir a insegurança jurídica ocasionada pelo uso sem uma sistematização de critérios.

É pertinente, em um primeiro momento destacar que, conforme ambos os doutrinadores demonstram, quando se mencionam direitos humanos ou vinculados a princípios democráticos, inaplicável é o uso da margem pela Corte ou, se for feito, é de forma absolutamente restrita. Nesse sentido, pertinente o destaque de Baez (2009) de que embora não exista uma definição precisa de direitos humanos, existem elementos básicos que fazem parte desses e, o elemento que é citado em todos os instrumentos normativos sobre o tema é o de dignidade da pessoa humana.

O autor conclui que a dignidade possui duas dimensões: a dimensão básica, a qual corresponde aos limites mínimos e fundamentais para a existência humana, impedindo a noção de coisificação do ser. Se houver, portanto, violação à dimensão básica da dignidade da pessoa humana, há também violação dos direitos humanos. A outra dimensão é a cultural, vez que envolve o conjunto de valores que cada sociedade desenvolve.

A primeira dimensão refere-se à universalidade e a segunda, que depende de fatores culturais, permite que os direitos humanos sejam morfologicamente assimétricos. Isso não deixa de se relacionar com o que Delmas-Marty (2004a) fala acerca dos direitos humanos inderrogáveis, ou seja, que não podem sofrer a incidência de qualquer tipo de margem de apreciação. Estes possuem a característica do mínimo ético universal e do irredutível humano, ou seja, vinculam-se à noção da dimensão básica da dignidade da pessoa humana.

Neste viés, é possível dizer que no que diz respeito aos direitos fundamentais, a Corte de certa forma, apresenta certa relação com as doutrinas apresentadas, uma vez que em casos em que existam registros de violações aos direitos humanos inderrogáveis, quais sejam, os que têm como cerne a dignidade humana básica, a Corte não permite qualquer espécie de margem nacional de apreciação. Vejamos, por exemplo, o caso *Ramírez Sanchez vs. França*, julgado em 2006. O demandante perante o Tribunal de Estrasburgo foi um terrorista venezuelano, condenado pelo Estado Francês à prisão perpétua pelo assassinato, em 1974, dois inspetores da polícia francesa e um antigo companheiro terrorista libanês.

Sánchez recorreu à Corte Europeia arguindo violações do artigo 3º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (proibição da tortura e tratamentos humanos degradantes) e do artigo 13 do mesmo diploma legal (direito a um recurso efetivo). Embora no julgamento tenha ficado decidido que não houve violação ao artigo 3º, o posicionamento da Corte permite asseverar que não há margem nacional de deferência aos Estados quando o assunto for violação de direitos humanos ou fundamentais inderrogáveis ou, cujo núcleo central for a dignidade básica da pessoa humana. Nesse sentido, o TEDH pontuou que mesmo nas

circunstâncias mais difíceis, como a luta contra o terrorismo ou o crime organizado, a Convenção proíbe em termos absolutos a tortura ou tratamentos inumanos ou degradantes.

Igualmente, não confere o Tribunal margem nacional de apreciação no caso de violação de direitos humanos nas condições degradantes das prisões de muitos países do Leste Europeu. O caso *Kalashnikov vs. Rússia*, julgado em 15 de julho de 2002, cujo fundamento foi repetido em muitos outros casos envolvendo condições humanas degradantes nas prisões, apresenta a consideração de que deficientes condições objetivas e estruturais de cumprimento de pena podem constituir uma violação à Convenção Europeia.

Nesse aspecto, visível que quando se tratam de possíveis violações de direitos humanos inderrogáveis previstos na Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos, a análise feita pelo Tribunal de Estrasburgo é de revisão minuciosa da sentença proferida no país de origem da demanda, bem como a possibilidade de MNA é extremamente reduzida, para não falar inexistente. No caso de direitos democráticos, a deferência, quando concedida pela Corte possui um limite mínimo e, consoante o princípio da proporcionalidade, só é concedida se a restrição é necessária e condizente com uma sociedade democrática.

Nos direitos democráticos referidos abarca-se a participação política através das possibilidades de liberdade de associação ou de discurso político. Neste campo dos direitos de participação política em sociedades democráticas, a margem concedida pelo Tribunal de Estrasburgo, consoante se afirmou, é reduzida e sujeita a um controle rigoroso por parte do órgão jurisdicional internacional.

Destaca-se o caso *Lingens vs. Austria*, que por mais que tenha sido julgado na década de 1980 pela Corte Europeia, é emblemático em relação ao posicionamento do tribunal internacional acerca da liberdade de expressão. Nesse caso, durante o período anterior às eleições na Áustria, o jornalista Lingens publicou dois artigos polêmicos sobre os candidatos. Contra o jornalista foi instaurado um processo penal e, ao fim da instrução criminal, este fora condenado pelo delito de difamação, conforme as regras do direito penal austríaco. Esgotadas as vias internas de recurso, o jornalista demandou perante a Corte Europeia, alegando que houve por parte do Estado violação do artigo 10 da Convenção Europeia, havendo censura em seu direito de expressar-se livremente. O Estado, por sua vez, nas razões apresentadas perante o tribunal internacional justificou a condenação na convicção de proteção da honra dos direitos de outrem.

Frente a este embate, o Tribunal de Estrasburgo reconheceu uma margem mínima de deferência às autoridades domésticas no que concerne aos órgãos locais na avaliação de uma necessidade social imperiosa que justificaria a interferência na liberdade de expressão de

Lingens. Entretanto, ressaltou que essa deferência seria seguida por uma rígida supervisão internacional, uma vez estar se tratando de direitos fundamentais para o bom funcionamento de uma sociedade democrática.

Ainda nesse sentido, o TEDH arguiu que a liberdade de debate político é cerne da democracia e considerar que qualquer ofensa ou notícia acerca de uma pessoa pública seria sempre difamação poderia impedir a imprensa na realização de sua tarefa de fornecedora de informações. Deste modo, aplicando de forma conjunta os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade, o Tribunal de Estrasburgo decidiu que a condenação fora desproporcional ao objetivo legítimo perseguido e constituiu uma violação da liberdade de expressão no âmbito da Convenção Europeia.

Dentro dessa esfera de atuação, mais precisamente no que concerne ao direito democrático de livre reunião e associação previsto no artigo 11 da Convenção Europeia, o destaque pode ser dado aos casos do *Partido Comunista Unificado da Turquia vs. Turquia*, julgado em 2005. Este trata da questão de dissolução do Partido Comunista da Turquia, ordenado pelo Tribunal Constitucional do país sob as razões de que era incompatível com as obrigações constitucionais e convencionais do Estado.

Ao apreciar tal caso, a Corte alegou que os partidos políticos são estruturas essenciais para o bom e justo funcionamento da democracia. Embora não negue certa margem de deferência aos Estados para que dissolvam partidos políticos que poderiam tentar minar a estrutura constitucional do Estado, tal decisão, se executada pode sofrer revisão se não adequar-se às previsões da Convenção Europeia. Logo, o Tribunal, embora tenha feito a ressalva de que podem os Estados dissolver partidos políticos, na situação afirmou que houve violação dos direitos de liberdade de associação, visto que não havia qualquer indício de que o partido, por ter ideal comunista, poderia colocar em risco a estrutura do Estado.

Se esses casos expostos ilustram exemplos de MNA reduzida ou inexistente, o polo oposto envolve os direitos concernentes à propriedade, para os quais a Corte Europeia possui entendimento de que a margem de deferência às autoridades domésticas deve ser maior e mais elástica, bem como a supervisão por parte do Tribunal Internacional deve ser menor e relativizada. A proteção internacional dos direitos de propriedade encontra-se no artigo 1º do Protocolo Adicional à Convenção de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Já na previsão normativa, encontra-se a prerrogativa de que qualquer pessoa, singular ou coletiva tem direito ao respeito de seus bens, não podendo haver privação da propriedade a não ser por utilidade pública ou por condições previstas em lei. Desta maneira, as demandas só serão revistas pela Corte caso implicarem violação explícita a esse artigo.

Segundo Roca (2007, p. 127), a jurisprudência internacional definiu que a previsão normativa anteriormente destacada segue três critérios: em primeiro lugar, deve ser respeitado o direito ao respeito e gozo pacífico dos bens dos indivíduos. Na sequência, a segunda regra compreende uma garantia contra a privação ilegal, ou seja, somente poderá haver expropriação ou privação da propriedade em casos de utilidade pública e de acordo com condições legalmente previstas. Por fim, o terceiro parâmetro é a possibilidade de o Estado estabelecer restrições ao direito de propriedade tendo por base a prevalência do interesse público sobre o privado.

Logo, sob a base desses critérios e de alguns casos já julgados pelo órgão jurisdicional internacional, é possível asseverar que a margem de apreciação concedida aos países é larga quando se está diante dos direitos de propriedade. No caso *Back vs. Finlândia*, de 2004, que trata de noções de utilidade pública em casos de expropriação, há o reforço da noção de subsidiariedade da Corte Europeia, com o entendimento de que esta deve respeitar as decisões das autoridades nacionais, só sendo possível e viável a intervenção se o juízo for manifestamente desprovido de bases racionais.

Por fim, porém não menos importante, aborda-se o último grupo de jurisprudências da Corte Europeia de Direitos Humanos, que pode ser enquadrado no que Roca (2007) determina como círculo mediano, vez que contém temas em que o posicionamento do TEDH em relação à MNA é oscilante. É nesse grupo que pode ser visualizada toda a complexidade da margem e suas várias aplicações possíveis em casos semelhantes, envolvendo, por exemplo, liberdade religiosa, direito de homossexuais e transexuais e outros temas.

Justamente nesse círculo, que não apresenta um critério de unificação, é visível o embate entre o universalismo de alguns direitos previstos nos marcos normativos internacionais de direitos humanos e o relativismo relativo a noções religiosas e culturais que compõem a identidade dos diferentes povos europeus.

Nesse aspecto, no que tange à liberdade religiosa, a qual é prevista pelo artigo 9º da CEDH, temos duas decisões emblemáticas do Tribunal de Estrasburgo: o caso *Lautsi vs. Itália*, julgado em 2011 e o caso *Leyla Sahin vs. Turquia*, julgado em 2005. Ne nesses casos, respectivamente, o TEDH referendou as normas que impõem a presença de crucifixos nas escolas públicas italianas e não opôs objeções a restrições estatais concernentes ao uso do véu islâmico no contexto educativo.

No primeiro caso, o TEDH retificou a decisão da Corte Constitucional Italiana que, em 2009 havia estabelecido por unanimidade que a norma nacional que impunha desde a década de 1920 a presença de crucifixo nas paredes de escolas públicas havia violado o direito

da senhora Lautsi a educar seus filhos conforme suas convicções laicas e liberdade religiosa. Portanto, o Tribunal italiano argumentou que a manutenção de um símbolo religioso em salas de aula de uma escola pública poderia perturbar emocionalmente os estudantes que não professassem religião alguma a ter a percepção de que o contexto educativo estava marcado pela religião.

Para retificar tal sentença, o TEDH argumentou por uma valoração abstrata de compatibilidade entre a norma italiana que permitia o uso de crucifixos nas escolas públicas e os direitos convencionais, sendo que a margem nacional de apreciação foi aplicada para essa valoração da norma italiana. Em primeiro lugar, o Tribunal Europeu matizou quais são as exigências convencionais de neutralidade religiosa na educação, indicando que se proíbe o proselitismo ou a adoção, no marco educativo, de algo compatível com o estabelecimento de o ensino obrigatório de uma religião ou a imposição de uma religião no ensino público.

O crucifixo, no entendimento do TEDH, é um símbolo religioso passivo, cuja influência não se compara a que exercem a educação religiosa ou a participação em atividades religiosas. Logo, a percepção subjetiva de que o crucifixo supõe uma ausência de respeito ao direito de liberdade religiosa não basta para considerar que tenha havido uma violação à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Logo, para o TEDH sempre que não exista a pretensão de doutrinar, o Estado goza de margem de deferência para decidir sobre a permanência dos crucifixos em sala de aula.

No caso *Leyla Sahin*, de proibição do uso do véu islâmico por uma jovem no recinto de sua universidade, para o TEDH, os Estados têm autonomia para limitar o uso do véu em locais como escolas públicas ou universidades. Para referendar essa restrição à liberdade religiosa, o Tribunal Europeu admitiu o uso da margem de apreciação por parte do Estado em razão da ausência de um consenso europeu sobre a matéria, somado à ideia de que as autoridades nacionais podem lidar melhor com o assunto por estarem mais perto das realidades nacionais do que o órgão jurisdicional internacional.

Para o TEDH, desta forma, a opção política de um Estado pelo laicismo pode justificar restrições à liberdade religiosa e exigir sacrifícios aos indivíduos em prol da harmonia religiosa do país. Embora, portanto, haja restrição da liberdade individual religiosa no caso em questão, a proibição não viola a CEDH.

A aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, bem como a falta de consenso na Europa acerca de questões como as apresentadas marcaram o posicionamento do TEDH na concessão de margem de deferência aos Estados no que

concerne à liberdade religiosa. A grande crítica, contudo, reside na falta de critérios específicos e de clareza no uso da ferramenta.

Neste último grupo, portanto, vislumbra-se o que Kratochivil (2011, p. 330) menciona como “medida misteriosa”, ou seja, não existem parâmetros ou critérios específicos para a aplicação da margem. Pelo contrário, há falta de clareza e de limites, demonstrando que a banalização do uso da MNA liquidifica sua substância e pode gerar insegurança jurídica aos litigantes. Sob essa ótica, no campo de direitos inderrogáveis como é o caso dos direitos que compõem esse último grupo, a consideração de Vila (2013, p. 10) merece destaque.

Segundo a autora, nesse campo que envolve relativismos culturais, a postura do TEDH varia entre a adoção de uma versão voluntarista de MNA ou a adoção de uma versão racionalista. A primeira se centra no direito de que o Tribunal de Estrasburgo é um órgão internacional e assume uma visão normativa e não meramente temporal ou procedimental acerca do princípio da subsidiariedade. Por isso, o TEDH reconhece que sua legitimidade política é meramente derivada e outorga uma presunção em favor do Estado, evitando realizar uma valoração independente de compatibilidade entre as medidas impugnadas e o convênio. Esta presunção só é rompida quando há razões fortes para concluir que o Estado extrapolou o exercício de sua autonomia. Sob a ótica desta concepção, fatores como a falta de consenso europeu ou a ideia de que os Estados situam-se em um local melhor apropriado para decidir adquirem importância por razões de legitimidade institucional.

Entretanto, a ótica racionalizada de MNA percebe a ferramenta como um resultado de efetuar um balanço entre os valores que estão em jogo na proteção dos direitos convencionais, mais do que uma presunção de partida em favor do Estado. O TEDH centra-se em examinar se a medida estatal impugnada consegue alcançar um balanço equitativo entre direitos individuais e valores democráticos. A finalidade não é justificar a deferência, mas reconhecer de modo equilibrado os valores democráticos no seio da CEDH.

Sobretudo neste último grupo analisado, ao qual aqui somente são trazidos casos em relação à liberdade religiosa (artigo 9º da CEDH), concentram-se as críticas em relação à falta de parâmetros do TEDH para deferir ou não uma margem de apreciação aos Estados. Essa variabilidade é por alguns (BRUM et SALDANHA, 2015) definida como um ponto negativo de falta de definição de critérios, o que pode levar a uma margem larga ou a uma margem estreita. A primeira poderia conduzir ao processo de fragmentação do espaço europeu, enquanto a segunda, poderia forçar a integração sob o domínio de uma concepção moderna de direitos humanos, pautada pelo liberalismo e individualismo.

Deste modo, duas respostas podem ser concedidas à pergunta cerne deste trabalho: a margem constitui-se em um instrumento eficaz no processo de construção de um direito comum em matéria de direitos humanos na Europa, uma vez que, sob a perspectiva ética destes direitos, o TEDH preza pela preservação do irredutível humano e dos direitos inderrogáveis e absolutos da pessoa humana. Prova disso é a ausência ou a mínima margem que é concedida para casos envolvendo tortura ou tratamentos humanos degradantes ou violação de direitos democráticos. No entanto, a falta de parâmetros e de critérios por parte do Tribunal de Estrasburgo no julgamento de direitos humanos quando vinculados a questões culturais demonstram que no campo prático ainda há muito para avançar no processo síntese entre o universalismo dos direitos humanos e o relativismo dos direitos culturais.

#### **4. Conclusões**

Aos mais observadores da realidade que se apresenta, é impossível negar que, na atual conjuntura da sociedade informacional, a proliferação exacerbada e anárquica de normas e instituições jurídicas gera uma sensação de caos e de desordem que clama por uma ordenação. Embora esse verdadeiro mosaico em que se transformou o Direito possa ser vislumbrado em âmbito global, uma análise mais apurada de uma parte do todo, em específico, da Europa, se mostra pertinente para avaliar as possibilidades de construção de um pluralismo ordenado.

A base possível desse pluralismo invariavelmente é um direito comum pluralista deve ser alicerçado na proteção dos direitos humanos em sua dimensão moral mínima, ou seja, no mínimo ético universal e irredutível humano. Logo, a universalização almejada não tem como objetivo impor referências de uma cultura sobre as demais, e sim, o diálogo entre as diferentes particularidades existentes no seio das diversas sociedades, a fim de encontrar o que há de valores comuns em todas elas.

Todavia, por mais que a premissa seja de fácil compreensão, os embates entre universalismos e relativismos culturais estão na ordem do dia na agenda do Tribunal de Estrasburgo, de modo que um dos temas mais debatidos atualmente no continente se refere ao uso da margem nacional de apreciação por este tribunal, a fim de conferir deferência aos Estados, em algumas matérias, para decidir acerca de questões sensíveis.

O objetivo do presente trabalho foi o de analisar, essa ferramenta hermenêutica de origem europeia sob a ótica de caos jurídico anteriormente apresentado. De acordo com o que fora apurado e estudado, chegou-se a conclusão de que o uso dessa doutrina contribui, ainda

que de modo tímido, para a construção de um direito comum pluralista dentro do sistema europeu. Isso porque, quando se tratam de temas concernentes à tortura, a tratamentos humanos degradantes, a penas desproporcionais, ou ainda a direitos democráticos, a Corte opta por definir um entendimento que deve ser aplicado em todos os países, independentemente de especificidades culturais.

No que tange ao restante dos direitos humanos, em uma dimensão cultural, pode-se dizer que a teoria da margem traduz uma ideia de que está é capaz de harmonizar o universalismo dos direitos humanos e o pluralismo advindo das diversidades culturais e religiosas dos países europeus. Entretanto, consoante a análise de posições doutrinárias acerca da utilização prática do instituto pelo TEDH, bem como o embate paradigmático de julgados envolvendo liberdade religiosa, parece inevitável a conclusão de que, como método de harmonização entre plural e universal, o órgão jurisdicional internacional do sistema europeu ainda tem muito a evoluir, sobretudo na definição de parâmetros e critérios para servir de norte básico em relação aos mais diversos casos.

## 5. Referências Bibliográficas

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente. Fundamentos teóricos de uma doutrina dos direitos humanos universais. **Revista do Direito. Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado da UNISC**. Nº. 31, janeiro/junho 2009. p.77-99. Disponível em: <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1176/875>. Acesso 01 nov 2014.

BENVENISTI, Eyal. Margin of appreciation, consensus, and universal standards. In: **International Law and Politics**. Vol. 31:843, 1999 pp. 843-854. Disponível em: [http://www.pict-pecti.org/publications/PICT\\_articles/JILP/Benvenisti.pdf.p.853](http://www.pict-pecti.org/publications/PICT_articles/JILP/Benvenisti.pdf.p.853). Acesso 05 nov 2014.

BRUM, Márcio Moraes; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: Uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?. In: **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, 2015.

CASTELLS, Manuel. Para o Estado-Rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. In PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. (Org). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo, Editora UNESP; Brasília: ENAP, 1999.

CONTRERAS, Pablo. National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights. In **Northwestern Journal of International Human Rights**. Vol. 11. 2012. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1155&context=njihr>. Acesso 01 nov 2014.

CONVENÇÃO EUROPEIA PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS, 1950. Disponível em: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf). Acesso 08 out 2014.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Lawless vs. Irlanda**. Sentença de 01 de julho de 1961. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57518#{"itemid":\["001-57518"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57518#{). 1961. Acesso 05 nov 2014

\_\_\_\_\_. **Caso linguístico belga**. Sentença de 23 de julho de 1968. Disponível em: [http://www9.euskadi.net/euskara\\_araubidea/Legedia/legeak/gaztelan/europa/s23b001.pdf](http://www9.euskadi.net/euskara_araubidea/Legedia/legeak/gaztelan/europa/s23b001.pdf). 1968. Acesso 05 nov 2014.

\_\_\_\_\_. **Caso Lingens vs. Austria**. Sentença de 8 de julho de 1986. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57523#{"itemid":\["001-57523"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57523#{). 1986. Acesso 05 nov 2014.

\_\_\_\_\_. **Caso Kalashnikov vs. Rússia**. Sentença de 15 de julho de 2002. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-1719956-1803362#{"itemid":\["003-1719956-1803362"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-1719956-1803362#{). 2002. Acesso 05 nov 2014.

\_\_\_\_\_. **Caso Back vs. Finlândia**. Sentença de 13 de novembro de 2002. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114486#{"itemid":\["001-114486"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114486#{). 2002. Acesso nov 2014.

\_\_\_\_\_. **Caso Leyla Sahin vs. Turquia**. Sentença de 10 de novembro de 2005. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-70956#{"itemid":\["001-70956"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-70956#{). 2005. Acesso nov 2014.

\_\_\_\_\_. **Caso Partido Comunista Unificado da Turquia vs. Turquia**. Sentença de 2005. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57523#{"itemid":\["001-57523"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57523#{). 2005. Acesso 05 nov 2014.

\_\_\_\_\_. **Caso Ramírez Sanchez vs. França**. Sentença de 04 de julho de 2006. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-1719956-1803362#{"itemid":\["003-1719956-1803362"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-1719956-1803362#{). 2006. Acesso 05 nov 2014.

- \_\_\_\_\_. **Caso Lautsi vs. Italia**. Sentença de 18 de março de 2011. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104040#{\"itemid\":\[\"001-104040\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104040#{\). 2011. Acesso nov 2014.
- DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. Marge nationale d’appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d’un droit commun pluraliste. *In: Revue internationale de droit compare*. Vol. 52, N°4. 2000. p. 753-780.
- \_\_\_\_\_. *Três desafios para um direito mundial*. Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004a.
- \_\_\_\_\_. *Les forces imaginantes du droit: Le relatif et l’universel*. Paris. Seuil. 2004b.
- \_\_\_\_\_. *Les forces imaginantes du droit (II): Le pluralism ordonné*. Paris. Seuil. 2006.
- FERREIRA, Siddharta Legale. Internacionalização do Direito: reflexões críticas sobre seus fundamentos teóricos. *In Revista SJRJ*. Vol. 20, n. 37, 2013.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- KRATOCHVIL, Jan. The inflation of the margin of appreciation by european court of human rights. *In: Netherlands Quarterly of Human Rights*. Vol. 29/3. 2011. p. 324-357. Disponível em: [ww .corteidh.or.cr tablas r26992.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26992.pdf) . Acesso 01 nov 2014.
- LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. Internacionalização do Direito e pluralismo jurídico: limites de cooperação no diálogo de juízes. *In Revista de Direito Internacional da Uniceub*. Vol. 9, n.4, 2012.
- LOSANO, Mario G. *Modelos teóricos, inclusive na prática: da pirâmide à rede*. Novos paradigmas nas relações entre direitos nacionais e normativas supraestatais. **Revista do Instituto dos Advogados do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 08, n.16, p. 264-284, 2005.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *In Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBCD* n.19 – jan/jul, 2012.
- POBLETE, Manuel Núñez; ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales e nacionales*. México: UNAM. 2012.
- ROCA, Javier.García. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e Integración. *In: UNED. Teoría y Realidad Constitucional*. N. 20,2007. p. 117-143.. Disponível em: <http://e-spacio.uned.es revistasuned index.php TRC article vie 6778>. Acesso 02 nov 2014.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz. Internacionalização dos Direitos Humanos e Diálogos Transjurisdicionais: uma análise da postura do Supremo Tribunal Federal Brasileiro. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. (Org.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos I**. XXIII Ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. I, p. 368-394.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação*. Sociologias, Porto Alegre, ano 7, nº 13, jan/jun 2005, p. 82-109.

VARELA, Marcelo D. *Internacionalização do Direito: Direito internacional, globalização e complexidade*. 2012. 606f. Tese apresentada para a obtenção do título de livre docência em Direito Internacional. Universidade de São Paulo (USP), 2012. Acesso 14 out 2014. p.145.

VILA, Marisa Iglesias. *Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional*. 2013.

Disponível

em:

[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Iglesias\\_CV\\_Sp\\_20130314.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Iglesias_CV_Sp_20130314.pdf).

Acesso 01 nov 2014.