

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO E
CAMINHOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO
COMUM EUROPEU: ANÁLISE DA MARGEM
NACIONAL DE APRECIÇÃO**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Rafaela da Cruz Mello

Santa Maria, RS, Brasil

2014

**INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO E CAMINHOS
PARA A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO COMUM
EUROPEU: ANÁLISE DA MARGEM NACIONAL DE
APRECIÇÃO**

Rafaela da Cruz Mello

Monografia apresentada à disciplina de Monografia II, do Curso de Direito da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM,RS), como requisito parcial para
obtenção do grau de
Bacharel em Direito

Orientadora: Jânia Maria Lopes Saldanha

Santa Maria, RS, Brasil

2014

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**A Comissão Avaliadora, abaixo assinada,
aprova a Monografia**

**INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO E CAMINHOS PARA A
CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO COMUM EUROPEU: ANÁLISE DA
MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO**

Elaborada por
Rafaela da Cruz Mello

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^ª Dr^ª Jânia Maria Lopes Saldanha
(Presidente/Orientadora)

Prof^ª Dr^ª Valéria Ribas do Nascimento
(Universidade Federal de Santa Maria)

Prof. Sadi Flôres Machado
(Faculdade de Direito de Santa Maria)

Santa Maria, 28 de novembro de 2014.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, meu principal agradecimento é a Deus, que durante todo o período de elaboração deste singelo trabalho, garantiu-me forças para superar todos os obstáculos e coragem para enfrentar todos os meus temores.

À minha estimada orientadora, Professora Jânia, pelos anos de trabalho que desenvolvemos juntas e pelos ensinamentos conferidos durante todo este tempo. Sem sobra de dúvida são verdadeiros mestres e humanistas como a senhora os responsáveis por fazer a diferença não só na vida de alguns alunos como no mundo.

À minha mãe Marilene, pelo apoio constante durante o período de elaboração deste trabalho. Muito obrigada pelo amor incondicional, por confiar no meu potencial e me incentivar a dar o melhor de mim em tudo.

Ao meu irmão Otávio, pelo carinho, pela fraternidade e por ter parado inúmeras vezes qualquer um de seus afazeres para escutar minhas angústias ou meus ensaios de ideias para este trabalho.

Ao meu querido amigo Márcio, pela parceria acadêmica que deu início a uma bela amizade. Obrigada pelas indagações constantes e por sempre me incentivar a ter uma postura de inquietude em relação ao mundo.

À Bruna pela amizade, pelo apoio e pelo consolo nos momentos difíceis. Obrigada por ter tornado especial cada um dos dias vividos dentro e fora da UFSM, seja no Brasil ou além-mar. À Tieli pela amizade e pela maneira leve e espontânea com que me ensinou a ver a vida durante esses anos de graduação.

Por fim, a todos que, direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, deixo aqui registrado o meu agradecimento.

“Os povos da terra participam em vários graus de uma comunidade universal, que se desenvolveu a ponto de que a violação do direito, cometida em um lugar do mundo, repercute em todos os demais. A ideia de um direito cosmopolita não é, portanto, fantástica ou exagerada; é um complemento necessário ao código não escrito do Direito político e internacional, transformando-o num direito universal da humanidade. Somente nessas condições podemos congratular-nos de estar continuamente avançando em direção a uma paz perpétua”
(Immanuel Kant).

RESUMO

Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO E CAMINHOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO COMUM EUROPEU: ANÁLISE DA MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO

Autora: **Rafaela da Cruz Mello**

Orientadora: **Jânia Maria Lopes Saldanha**

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 28 de novembro de 2014

A evolução da sociedade industrial para a sociedade informacional ocasiona mudanças significativas nas estruturas jurídicas. Afirma-se que hoje a seara jurídica se assemelha a um mosaico, no qual um verdadeiro caos aparente se instala em razão da multiplicidade de regras e instituições de hierarquias diversas. Nesse contexto, o continente europeu pode ser considerado como um verdadeiro laboratório de estudos, uma vez que, em um mesmo território convivem a “pequena Europa”, marcada pelo já consolidado direito comunitário e a “grande Europa” do sistema regional de proteção dos direitos humanos. Sob esse panorama de análise do espaço europeu é que se propõe o presente trabalho a analisar a possibilidade de construção de um direito comum em matéria de direitos humanos na Europa, analisando, como forma de viabilizar tal projeto, 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 a evolução dos direitos humanos nas duas esferas do espaço europeu, para, na sequência trabalhar especificamente com a contribuição das novas geometrias jurídicas, do processo de universalização dos direitos humanos, bem como da margem nacional de apreciação para construir as bases de um direito comum europeu pluralista. Na sequência, aborda-se unicamente o instituto da margem nacional, com a finalidade de averiguar se, o modo como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem aplica a ferramenta efetivamente contribui para a criação desse direito comum, bem como se possibilita a harmonização entre o universalismo dos direitos do homem e o relativismo das pluralidades e particularismos culturais.

Palavras-chave: Europa; universalismo; relativismo; direito comum; margem nacional de apreciação

ABSTRACT

Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

INTERNATIONALIZATION LAW AND WAYS FOR THE CONSTRUCTION OF A COMMON EUROPEAN LAW: ANALISYS OF MARGIN OF APPRECIATION

Author: **Rafaela da Cruz Mello**

Adviser: **Jânia Maria Lopes Saldanha**

Date and Place of the Defense: Santa Maria, November 28, 2014.

The evolution of industrial society to the information society brings about significant changes in the legal structures. It is said that today the legal harvest resembles a mosaic, in which a real apparent chaos ensues because of the multiplicity of rules and various hierarchies of institutions. In this context, the European continent can be considered as a true laboratory studies, since, in the same territory live the "little Europe", marked by already established Community law and the "big Europe" regional rights protection system humans. Under this scenario analysis of the European area do you propose this study to examine the possibility of building a common law on human rights in Europe, analyzing, in order to facilitate such a project , hermeneutics figure of the National Assessment Bank . We use the deductive method of approach and the monographic method and procedure to better work with the theme, the work is divided into two main part: the first analyzes the evolution of human rights in the two spheres of Europe, for, in sequence work specifically with the contribution of the new legal geometries, the process of universalization of human rights and the national margin of appreciation to build the foundations of a pluralistic European common law . In sequence , addresses solely the Institute of National bank, in order to ascertain whether, how the European Court of Human Rights applies to effectively contributes tool for the creation of this common law, and if possible harmonization between universalism of human rights and cultural relativism of plurality and particularism .

Keywords: Europe; universalism; relativism; common law; national margin of appreciation

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU E A CRIAÇÃO DE UM DIREITO COMUM EM MATÉRIAS DE DIREITOS HUMANOS	11
1.1 Direitos humanos no Espaço europeu: de um consolidado direito comunitário à criação de um direito comum	11
1.2 As bases para a criação de um Direito Comum Europeu: novas geometrias jurídicas, a premissa de universalização dos direitos humanos e o surgimento da figura da Margem Nacional de Apreciação	20
2 ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DA MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO PARA A CRIAÇÃO DE UM DIREITO COMUM EUROPEU	33
2.1. Uma síntese entre o relativo e o universal? Uma análise da proposta de Margem Nacional de Apreciação para a criação de um direito comum europeu	33
2.2 Assimetrias e entraves no uso da Margem Nacional de Apreciação pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos	43
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

No início do século XX, Hans Kelsen¹ em “Teoria Pura do Direito” defendeu a tese de que, para entender a ciência jurídica era necessário observá-la de modo dissociado de outras ciências. O autor propôs a compreensão do direito a partir da famosa pirâmide kelseniana: a norma fundamental – a 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 importante 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 Losano²denomina 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 Rede³ou dos anéis disformes com a proximidade de guirlandas⁴, ocasionando ao mais despercebido leitor da realidade um sentimento de caos jurídico.

Nesse sentido, é possível destacar o pensamento de Mireille Delmas-Marty⁵, que revoluciona o pensamento de Kelsen. Segundo ela, essa falta de sistematização, aparentemente anárquica, é solo fértil para a construção de um direito comum pluralista em

¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

² 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.

³ 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, 1999a. p.164.

⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (II)**: Le pluralism ordonné. Paris. Seuil. 2006.

⁵ Id, 2004a.

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 a ótica europeia, que será aqui analisada por ser um importante referencial para os estudos das mudanças sociais e jurídicas dos séculos XX e XXI, de que direitos humanos referimo-nos para ser a base de um direito comum? Em um continente tão múltiplo e plural, como realizar o diálogo positivo entre o universalismo dos direitos humanos e o relativismo das diferentes culturas?

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 denominado Margem Nacional de Apreciação trata-se de uma construção jurisprudencial criada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante também referido como Tribunal de Estrasburgo) com a finalidade de conferir algum espaço de deferência para que os tribunais nacionais dos Estados possam decidir algumas questões consoante suas particularidades locais.

Embora esta seja a teoria sob a qual se alicerça o instituto, almeja-se, neste trabalho responder os seguintes questionamentos: a doutrina da MNA aplicada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos 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 tal questionamento, 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. Para melhor compreensão da complexidade do tema trabalhado, dividiu-se esta monografia em duas grandes partes: a parte 1 se ocupa da paisagem europeia no pós-Segunda Guerra Mundial, com a criação da “pequena Europa” do direito comunitário e da “grande Europa” do sistema regional de proteção dos direitos humanos, avaliando, em ambos os cenários, de que modo se deu a preocupação com a temática dos direitos humanos ou fundamentais (1.1).

Por conseguinte, no intuito de aprofundar o estudo sobre a possibilidade de criação de um direito comum no contexto da “grande Europa”, buscou-se uma análise das novas

geometrias da paisagem jurídica e do tipo de universalização dos direitos humanos que se procura dentro desse cenário, avaliando, por conseguinte, o surgimento da figura da MNA (1.2). A parte 2, por sua vez, objetiva a análise pura do instituto da Margem Nacional de Apreciação, averiguando o histórico de sua criação e as definições acerca de seu conceito (2.1), para, na sequência, avaliar, a partir da análise de alguns julgamentos paradigmáticos 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 (2.2)

1 DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU E A CRIAÇÃO DE UM DIREITO COMUM EM MATÉRIAS DE DIREITOS HUMANOS

O século XX trouxe mudanças significativas para os mais diversos segmentos da vida social e o direito não ficou alheio às vicissitudes decorrentes do pós-Segunda Guerra Mundial. O continente europeu, sobretudo, passa a ser o cenário de revoluções na estrutura jurídica até então conhecida, com o surgimento praticamente concomitante de instituições supranacionais e internacionais, para além das nacionais.

Neste viés, uma das preocupações primordiais do pós-guerra foi a de garantir a tutela dos direitos humanos, mesmo diante das mudanças latentes no cenário jurídico. Desta feita, deparamo-nos com duas esferas dentro do cenário europeu: a “pequena Europa” que origina um direito comunitário europeu, o qual mesmo tendo se ocupado com questões relativas à economia e à integração regional, desenvolve a preocupação com os direitos fundamentais através do diálogo jurisprudencial entre cortes de naturezas distintas e, a “grande Europa” do sistema regional de proteção dos direitos humanos, espaço hábil e possível para ser base de criação de um direito comum (1.1). Da evolução de um campo ao outro, a premissas de universalização dos direitos humanos e a doutrina da margem nacional de apreciação buscam legitimar e consolidar a criação desse direito comum europeu em matéria de direitos humanos (1.2).

1.1 Direitos humanos no Espaço europeu: de um consolidado direito comunitário à criação de um direito comum

O historiador britânico Eric Hobsbawn⁶ talvez tenha encontrado a melhor adjetivação para o século XX, a “Era dos Extremos”. Nas palavras do próprio autor: “Não sabemos o que

⁶ HOBBSAWN, Eric. **A era dos extremos: o breve século XX. 1941-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

virá a seguir, nem como será o segundo milênio, embora possamos ter a certeza de que ele terá sido moldado pelo Breve Século XX”⁷.

Nesse sentido, a Segunda Guerra Mundial representa o marco crucial não só para a preocupação global em relação aos direitos humanos⁸, com a criação e fortalecimento de uma grande quantidade de instrumentos normativos responsáveis por sua tutela em âmbito mundial, como também para o surgimento de uma nova Europa. Após o término da guerra, que teve como palco principal de seus acontecimentos o continente europeu, diversos países se encontravam em uma situação de caos político, fragmentação e enfraquecimento econômico, além do perigo iminente de eclosão de uma nova disputa de proporções mundiais advinda da dicotomia entre capitalismo e socialismo, na então incipiente Guerra Fria.

É nesse contexto que emerge a ideia de criação de um espaço comum europeu, consubstanciado através da integração regional entre os países do continente. Ainda no início do século XX é possível destacar a ocorrência de propostas relativamente concretas para a integração europeia, como é o caso da proposta do francês Aristides Briand, em 1929, de criação de uma União Europeia, sob a ótica de uma federação, ou seja, fundada sob uma noção de união, o que implica o respeito à soberania⁹. Todavia, a crise econômica mundial, a ascensão de nacionalismos na Europa e, por fim, a eclosão da segunda grande guerra obstaculizaram a adesão a essa proposta.

O cenário do pós-guerra, de desintegração social e miséria econômica em grande parte dos países envolvidos gerou a instalação do Congresso da Europa, em Haia, nas datas de 7 a 11 de maio de 1948, no qual houve a criação do “Movimento Europeu”. No referido congresso, duas correntes foram estabelecidas, as quais impulsionaram o surgimento da “pequena Europa”¹⁰ e da “grande Europa”, respectivamente: a Europa dos federalistas e a

⁷ Ibid, p.14.

⁸ Pode-se, nesse sentido, destacar a descrição de Valério Mazzuoli de que, desde a Segunda Guerra Mundial, em decorrência dos horrores e atrocidades cometidos durante esse período em que muitas vidas eram consideradas como números e valiam tão pouco, os direitos humanos passaram a constituir um dos principais temas do Direito Internacional contemporâneo. A normatividade internacional de proteção dos direitos humanos foi conquistada por meio de lutas histórias contínuas e incessantes, e consubstanciada em diversos tratados concluídos com esse propósito, tendo sido fruto de um lento e gradual processo de internacionalização e universalização desses mesmos direitos, o qual fora intensificado com o fim da Segunda Guerra Mundial. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 811.

⁹ SILVA, Karine de Sousa. União Europeia: antecedentes e evolução histórica. In: SILVA, Karine de Souza; COSTA, Rogério Santos da.(Org) **Organizações Internacionais de Integração Regional: União Europeia, Mercosul e UNASUL**. Florianópolis: Ed. Da UFSC: Fundação Boiteux, 2013. p. 54.

¹⁰ Doravante, por “pequena Europa” estar-se-á referindo aos países participantes da União Europeia, sujeitos, portanto, às decisões das instituições da União, dentre as quais se destaca o Tribunal de Justiça da União Europeia. “Grande Europa”, por sua vez, refere-se aos países que aderiram ao Conselho da Europa, que hoje somam um total de 47 (quarenta e sete) membros e que se submetem à jurisdição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. PRINO, Carla Sofia Abreu. Relações entre TJUE e TEDH no contexto de adesão da UE à

Europa dos partidários da cooperação intergovernamental¹¹. Os primeiros defendiam uma integração mais profunda entre os países, com transferência de parcela de soberania dos Estados para uma instituição com poderes supranacionais, sendo esta a base para a criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA). Os segundos, por sua vez, se opunham à cessão de direitos soberanos, impulsionando, com seus ideais, a criação, em 1949, do Conselho da Europa, com sede em Estrasburgo.

Não obstante essa divisão surgida no Congresso da Europa é possível afirmar que a base de construção da atual União Europeia deu-se com a criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), movida pelos ideais integracionistas do francês Jean Monnet. Contratado, no pós-guerra para participar do Plano de Modernização e Equipamento da França, Monnet tinha medo de que o Plano Marshall norte-americano, de empréstimo de dinheiro para a reconstrução da Europa pudesse gerar uma dívida eterna aos países do continente com os Estados Unidos e, para escapar disso, via como única solução, a promoção de um esforço comum dos Estados através de projetos de integração regional.

Por isso, redigindo o texto da Declaração de Schuman, de 1950, Monnet propagava a ideia de integração como meio de assegurar a paz e reerguer a política e a economia dos países que foram destruídos pela guerra. Nesse sentido, sua ideia foi, a partir de uma ideologia pacifista de influência kantiana, neutralizar a rivalidade franco-alemã, através de uma espécie de mercado comum, com a criação de uma organização internacional com caráter supranacional que seria responsável pela gestão dos recursos naturais da região do Sarre e do Ruhr, os quais seriam colocados a serviço da paz e não da guerra¹².

A proposta integracionista daquele que é considerado o arquiteto do projeto de integração europeia era de retirar da mão dos Estados a capacidade de gestão dos recursos energéticos que movimentavam a indústria bélica e da guerra. Desta forma, uma autoridade internacional, mais especificamente uma organização internacional setorial, seria criada com um status supranacional para gerenciar e administrar a produção de carvão e de aço, funcionando através da delegação de parcelas da soberania estatal em questões específicas.

Assim, em 1951, com a assinatura do Tratado de Paris, criou-se a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), com a participação inicial de seis países: França, Alemanha, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo. Posteriormente, em 1957, com o Tratado

CEDH. **Debater a Europa**. Número 4 Janeiro/Junho 2011. Disponível em <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/>. Acesso 10 out 2014.

¹¹ SILVA, Karine de Sousa. De Paris a Lisboa: sessenta anos de integração europeia. In: SILVA, Karine de Souza. **Mercosul e União Europeia: O Estado da arte dos processos de integração regional**. Florianópolis: Editora Modelo, 2010, p. 35.

¹² Ibid. p. 60.

de Roma, a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia para a Energia Atômica (CEEA ou Euratom) foram criadas, consolidando-se, deste modo, as três comunidades que fizeram emergir o direito comunitário no seio da Europa. Foi, contudo, somente em 1992, com o Tratado de Maastrich ou Tratado da União Europeia que nasceu a União Europeia propriamente dita, consagrada em três pilares básicos: as comunidades que inicialmente lhe deram base, a colaboração em matéria de política exterior e segurança comum e a cooperação no âmbito judicial e policial em matéria penal¹³.

Visível, deste modo, que o que impulsionou a criação de um direito comunitário europeu foi a necessidade de reorganização do continente após 1945 e o fortalecimento econômico de antigas potências rivais, como foi o caso da França e da Alemanha. Ocorre que, de modo concomitante ao crescimento dos ideais dos federalistas, a segunda corrente oriunda do Congresso da Europa de 1949, dos partidários da cooperação intergovernamental, também cresceu e se tornou visível, vez que possuía como objetivo a realização de uma união mais estreita entre seus membros, de modo a salvaguardar os ideais e princípios que são seu patrimônio comum e favorecer seu progresso social e econômico.

O Conselho da Europa, surgido em 1949, portanto, configura-se como outra organização internacional surgida na Europa do pós-guerra, tendo como base a consolidação sob o princípio da cooperação entre os países e não o federalismo, que implica cessão de parcelas da soberania. Seu propósito é o de defesa dos direitos humanos, desenvolvimento democrático e estabilidade político-social na Europa, sendo chamado de “grande Europa” por, desde o início, contar com mais adesões de países em relação à CECA. É justamente dentro desse Conselho que surge o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), em 1959, órgão jurídico máximo do sistema regional de proteção dos direitos humanos na Europa e responsável pela tutela dos direitos previstos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), de 1950.

A eclosão desses dois movimentos marca o início de uma verdadeira revolução dentro da compreensão do direito. Se antes no continente europeu, era possível vislumbrar a existência em grande medida e tão somente de tribunais nacionais, cuja competência era exercida dentro de determinado Estado sob a égide de sua soberania, o cenário altera-se e dá espaço para a existência não só de tribunais nacionais, como também de tribunais supranacionais e internacionais.

¹³ Ibidem. p. 77.

No caso do direito comunitário, sua criação e consolidação pressupõe a existência de instituições que fortaleçam o sistema supranacional. Em função disso, dentre os mais diversos órgãos criados pelos sucessivos tratados comunitários, pode-se destacar o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), ou Tribunal de Luxemburgo.

Este, criado pelo Tratado de Paris, de 1951 e, adotado pelo Tratado de Roma, de 1957, tem a finalidade de assegurar o cumprimento do direito comunitário, e a interpretação e aplicação dos Tratados dentro a vida da comunidade¹⁴. Submetem-se à jurisdição do Tribunal, atualmente, os vinte e oito¹⁵ países que fazem parte da União Europeia, e, ao longo dos anos ele se desenvolveu como uma importante instituição capaz de contribuir ao desenvolvimento da comunidade através de consolidações jurisprudenciais e da conversão dos tratados constitutivos da comunidade em verdadeiras constituições materiais.

Embora a preocupação com os direitos humanos no cenário da “pequena Europa” não tenha sido uma característica inicial dos tratados constitutivos das comunidades europeias, o diálogo do Tribunal de Luxemburgo com os tribunais nacionais de alguns Estados europeus traz à tona esse tema, bem como se caracteriza por ser o grande responsável pela consolidação de princípios básicos do direito comunitário, como é o caso da supremacia das normas comunitárias. Neste viés, importante destaque deve ser feito ao caso *Costa/ENEL*¹⁶, de 1964, que marcou o surgimento da noção de supremacia das normas da comunidade europeia.

O objeto de tal caso fora uma lei italiana de nacionalização da energia elétrica, declarada incompatível com o Tratado da Comunidade Econômica Europeia. Em sede de reenvio prejudicial, o Tribunal Constitucional Italiano enviou a questão ao Tribunal de Justiça da União Europeia o qual reconheceu que ao instituir uma comunidade de duração ilimitada, com caráter *sui generis* e poderes resultantes de delegação de parcela da soberania, os países limitariam seus direitos soberanos em prol de um conjunto de normas aplicável não só à comunidade como a todos os seus Estados membros¹⁷.

¹⁴ OLIVEIRA, Odete Maria de. **União Europeia: processos de integração e mutação**. 1ªed. 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2003.

¹⁵ Os vinte e oito países que fazem parte da União Europeia são: Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Romênia, Suécia. Dados disponíveis no seguinte endereço eletrônico: http://europa.eu/about-eu/countries/member-countries/index_pt.htm. Acesso 01 nov 2014,

¹⁶ O acórdão do referido caso encontra-se disponível na íntegra no seguinte endereço eletrônico: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006&from=EN>. Acesso 02 out 2014.

¹⁷ FARENZENA, Suélen. *Costa versus ENEL – O primado do Direito Comunitário e a mudança de paradigma: o Estado em rede europeu*. **Revista da SJRJ**. Vol. 19, nº34. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrij/article/viewFile/338/296. Acesso: 01 out 2014.

Neste sentido, determinou o Tribunal de Luxemburgo que a força executiva do direito comunitário não poderia variar de um espaço para outro ao sabor das legislações internas. Impossível, portanto, um Estado fazer prevalecer sobre uma ordem jurídica aceita sob o pilar da reciprocidade e da cessão de parcela de direitos soberanos, uma medida unilateral anterior ou posterior que lhe pode opor.

Não obstante tal decisão, a ideia de supremacia das normas comunitárias, por si só, não foi adotada de modo pacífico por todos os tribunais constitucionais dos países sujeitos à jurisdição do Tribunal de Luxemburgo. Em função disso, houve a percepção por parte dos juízes do TJUE de que seria necessário acoplar à ideia de supremacia das normas comunitárias, um discurso dotado de legitimidade, que envolvesse princípios e ideais comuns não só para a comunidade como para os Estados membros. Esse discurso, portanto, seria o discurso dos direitos fundamentais¹⁸.

Até o surgimento de algumas tensões entre os posicionamentos dos tribunais nacionais e as decisões do TJUE, havia certa resistência por parte deste último em lidar com questões concernentes aos direitos humanos ou fundamentais. Isto porque o motivo que levou à criação das Comunidades Europeias e a posterior União Europeia foi predominantemente econômico, tanto é que os tratados iniciais das Comunidades Europeias não trazem elementos que refiram explicitamente a preocupação com direitos humanos ou fundamentais¹⁹. Entretanto, consoante fora asseverado, a supremacia das normas comunitárias somente conseguiria se afirmar e se consolidar caso fosse acoplada ao tema da proteção aos direitos fundamentais.

Neste sentido, a década de 1960 pode ser vista como um importante marco para o TJUE. Casos como o *Stauder* (1969) e o *Internationale Handelsgesellschaft*²⁰ (1970)

¹⁸ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos humanos e integração regional: algumas considerações sobre o aporte dos tribunais constitucionais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudoTextual/anexo/Brasil.pdf>. Acesso 01 out 2014.

¹⁹ Pertinente o destaque da concepção de Gilmar Mendes e Geroge Rodrigo Bandeira Galindo sobre este tema. Segundo eles, os instrumentos que instituíram as comunidades europeias não se referem de maneira explícita à proteção dos direitos humanos ou fundamentais e há razões para isso. A primeira delas reside no fato de que a proteção dos direitos humanos na Europa deveria ser transferida para outra organização internacional, no caso, o Conselho da Europa, que foi uma instituição fundamental para a elaboração da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950. Outra razão sustenta-se na ideia de que a inclusão imediata de um catálogo de direitos fundamentais nos tratados instituidores das Comunidades Europeias geraria conflitos entre as consolidadas constituições estatais e o então incipiente direito comunitário. Por fim, outra razão apontada é traduzida no fato de que os Estados eram temerosos de que a imediata inclusão de temas de direitos fundamentais ou humanos nos tratados instituidores das Comunidades pudesse ampliar as competências de prerrogativas de instituições recém-criadas. *Ibidem*, p.03.

De qualquer forma, houve no processo de germinação de uma União Europeia nos moldes em que hoje conhecemos a predominância de ideias economicistas e de integração regional com base na aproximação de ideais produtivos e de mercado. A preocupação com a tutela de direitos humanos ou fundamentais surge através dos diálogos espontâneos entre as cortes constitucionais e o Tribunal de Luxemburgo.

²⁰ Neste caso, o raciocínio da corte faz clara alusão à vinculação entre primazia do direito comunitário e a proteção dos direitos fundamentais por parte das instituições comunitárias. Os pontos 3 e 4 do julgamento do

consolidaram o entendimento do Tribunal de Luxemburgo de que os direitos fundamentais fazem parte dos princípios gerais do direito comunitário. Conflitos positivos de competências entre tribunais nacionais e o tribunal supranacional instituído no âmbito da comunidade marcaram os diálogos iniciais para a estimulação da proteção aos direitos fundamentais em âmbito comunitário.

Como continuidade deste diálogo, é pertinente destacar o caso *Nold* (1974), no qual o Tribunal de Luxemburgo reconheceu como pauta geral para o direito comunitário europeu, o predomínio dos direitos fundamentais. Com isso, mais uma vez reafirmou-se a ideia de que o direito comunitário tem supremacia sobre as disposições legais nacionais, mas que, de toda a sorte, deve se adaptar a uma base comum de valores, como os determinados, por exemplo, pela Convenção Europeia de Direito do Homem.

Por isso fala-se que este caso fixa um terceiro elemento no núcleo de salvaguarda dos direitos fundamentais: além das tradições constitucionais comuns e dos direitos fundamentais garantidos nas Constituições dos Estados, os instrumentos internacionais relativos à proteção dos direitos humanos passam a ser uma importante fonte de inspiração para a proteção de direitos em âmbito comunitário. Em função disso, inclusive, em 1975, o TJUE, pela primeira vez recorreu à Convenção Europeia de Direitos do Homem no caso *Rutili*²¹.

Apesar de tal decisão do caso *Nold*, o emblemático caso *Solange* levou à confirmação e consolidação da vigência dos direitos fundamentais no âmbito da Comunidade. Neste caso, em 1974, o Tribunal Constitucional alemão determinou que enquanto a Comunidade não dispusesse de um sistema de proteção de direitos comparável ou equiparado à Lei Fundamental de Bonn, ou seja, enquanto não houvesse um catálogo de direitos fundamentais aplicáveis à Comunidade Europeia, as instituições comunitárias seriam ineficazes no que concerne à proteção desses direitos²².

TJUE, respectivamente determinam que: 3. *A validade de uma medida comunitária ou de seus efeitos em um Estado membro não podem ser afetadas por alegações de que ela contraria direitos fundamentais tal como formuladas pela Constituição do Estado ou princípios de uma estrutura constitucional nacional(...)*; 4. (...) *o respeito pelos direitos fundamentais forma uma parte integral dos princípios gerais de direito protegidos pela Corte de Justiça. A proteção de tais direitos, enquanto inspirada pelas tradições constitucionais comuns aos Estados membros, deve ser assegurada no âmbito da estrutura e dos objetivos da Comunidade.*” Ibidem, p.4.

²¹ O caso *Rutili* caracteriza-se por ser a primeira referência jurisprudencial feita pelo Tribunal de Luxemburgo à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ou seja, a utilização, por parte de um tribunal supranacional de um marco normativo essencial não para o direito comunitário, mas para o sistema regional de proteção aos direitos humanos. Nesse caso, o Tribunal de Luxemburgo afirmou que as normas de direito comunitário não era mais do que uma manifestação de princípios gerais de direito consagrados na Convenção.

²² GALINDO, George Rodrigo Bandeira. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos humanos e integração regional: algumas considerações sobre o aporte dos tribunais constitucionais.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextaEncontroConteudoTextual/anexo/Brasil.pdf>. Acesso 01 out 2014.

Como resultado de tal caso, não só o Tribunal de Luxemburgo passou a consolidar um entendimento jurisprudencial favorável ao respeito e proteção dos direitos fundamentais, como demais instituições da então Comunidade Europeia assim agiram. Em função disso, diz-se que o principal resultado do caso *Solange*, foi uma resolução conjunta, datada de 5 de abril de 1977, entre Parlamento Europeu, Conselho Europeu e Comissão Europeia, denominada “Declaração Conjunta sobre Direitos Fundamentais”²³. Nesta ressaltou-se a necessidade do respeito, em âmbito comunitário, dos direitos fundamentais consagrados pelas tradições constitucionais dos Estados membros e pela Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Os direitos fundamentais, através desse diálogo jurisprudencial entre as cortes de esperas diferentes (supranacional e nacionais), apareceram de modo progressivo no direito comunitário europeu, tornando-se parâmetros de validade das normas da União. Qualquer norma, seja comunitária, seja nacional, que contrariasse os direitos fundamentais seria considerada inválida.

A tendência jurisprudencial do TJUE de vincular a noção de supremacia das normas comunitárias com a proteção aos direitos fundamentais acabou por refletir no Tratado de Maastricht, de 1992. Também chamado de Tratado da União Europeia, este documento, em seu artigo F, número 2, determina que a União respeite os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem²⁴.

Na esteira da inclusão da proteção dos direitos fundamentais em tratados, o Tratado de Lisboa, de 2007, além de estabelecer personalidade jurídica à União Europeia²⁵ determina que a esta aderirá à Convenção Europeia para a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, sendo que a adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos tratados²⁶.

²³ XAVIER, Ana Isabel. Os Direitos Fundamentais no “diálogo europeu”: de Nice a Lisboa. In **Debater a Europa**, n. 9 julho/dezembro 2013. Disponível em: <http://europa-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/images/n9/axavier.pdf>. Acesso em 03 out 2014.

²⁴ Artigo F, n. 2. “A União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário.” TRATADO DE MAASTRICHT, 1992. Disponível em: http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_on_european_union/treaty_on_european_union_pt.pdf. Acesso 15 out. 2014.

²⁵ O artigo 46-A do Tratado de Lisboa determina que: “A União tem personalidade jurídica”. TRATADO DE LISBOA, 2007. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT>. Acesso 16 out 2014.

²⁶ O artigo 6^a do Tratado de Lisboa determina que: “1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados. De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados. Os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da Carta que regem a sua

Mesmo que o ideal de Constituição para a União Europeia não tenha sido aprovado pelos Estados membros, as regras de supremacia das normas comunitárias e de proteção aos direitos fundamentais consagrados não só nas Constituições como nas próprias tradições constitucionais dos Estados, regem as decisões do Tribunal supranacional que existe no continente. Por isso, mesmo que a preocupação inicial da “pequena Europa” tenha sido a integração econômica dos países devastados pela guerra para que pudessem voltar a ser competitivos internacionalmente, ao longo do tempo sentiu-se a necessidade de trazer para dentro do direito comunitário, noções acerca dos direitos fundamentais e humanos, de modo que hoje estes se encontram tutelados por instrumentos e órgãos supranacionais específicos.

Ocorre que, conforme se mencionou no início deste subcapítulo, o cenário europeu pode ser vislumbrado sob duas óticas distintas desde o Congresso da Europa: a ótica federalista, que impulsiona a criação da União Europeia e de um direito comunitário europeu e o viés da cooperação internacional, marcado pela criação do Conselho da Europa e de um sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos, o qual exige o pensamento acerca da possibilidade da construção de um direito comum europeu.

Nesse aspecto, acerca do conceito de comum, é pertinente remontar às premissas de Dardot et Laval²⁷. Para os autores, o comum do direito, segundo uma lógica de interpretação neoliberal, não será outro que o direito de propriedade, dos contratos e do lucro. É justamente contra esse tipo de concepção trazido pelos efeitos nefastos da globalização, que se invoca a defesa e a reabilitação do conceito de comum, que deve ser entendido sob uma lógica de bases uníssonas em matéria de direitos humanos.

Em razão disso, é no âmbito da “grande Europa”, ou seja, do sistema regional europeu de proteção dos direitos do homem, que se vislumbram bases para a criação de um direito comum, cuja premissa é a busca do mínimo ético universal e do irredutível humano²⁸. Deste modo, no panorama apresentado, se vislumbra de modo claro que embora existam regras, princípios e instituições para reger o direito comunitário europeu (regras previstas nos tratados da União Europeia e pacificadas pelo ativismo do TJUE) na “pequena Europa”, em

interpretação e aplicação e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições. 2. A União adere à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados.3. Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.” Ibid 2007.

²⁷ DARDOT, Pierre; LAVAL, Cristian. **COMMUN: essai sur la révolution au XXème siècle**. Paris: La découverte, 2014. p. 287.

²⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um direito mundial**. Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003b.

matéria de direitos humanos e no âmbito de um processo de globalização, é preciso avançar na compreensão do espaço europeu para, no âmbito do sistema regional, consolidar as bases para a criação de um direito comum.

1.2 As bases para a criação de um Direito Comum Europeu: novas geometrias jurídicas, a premissa de universalização dos direitos humanos e o surgimento da figura da Margem Nacional de Apreciação.

O Congresso da Europa, sob o aspecto jurídico dividiu o continente em blocos autônomos dentro de um sistema multicêntrico. Nesse sentido, Mireille Delmas-Marty²⁹ assevera que não existe uma unidade jurídica chamada Europa, ou sequer uma visão única e preestabelecida do continente.

Pelo contrário, existe uma Europa feita de instituições jurídicas diversas, cada uma com regras e princípios específicos. Neste sentido, de um lado, tem-se a “pequena Europa”, composta pelos vinte e oito países que fazem parte da União Europeia e que possui um ideal primordialmente econômico, com os objetivos de livre circulação de pessoas e de mercadorias, bem como de instituição de uma moeda única sob a perspectiva de abertura de fronteira entre os países. Sob este ideal, desenvolve-se a base para o direito comunitário, que possui como instituição jurídica máxima o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), com caráter supranacional.

Na Europa dos “Vinte e Oito”, portanto, sob o ideal integracionista surge o chamado direito comunitário europeu, o qual, através de direito originário (tratados constitutivos) e direito derivado (normas emanadas de órgãos de competência legislativa da União), forma o sistema jurídico-político e jurídico-econômico da União Europeia. A peculiaridade desta nova ordem formada é a de não querer unificar a ordem jurídica dos países europeus, mas de uniformizar, em algumas matérias, as normas do bloco criado. Justamente por isso, a supranacionalidade intrínseca ao direito comunitário não se confunde com o direito internacional.

Sob as bases de interesses econômicos tem-se o objetivo de chegar a uma integração nas áreas concernentes à política, cultura, dentre outras, sob uma relação de integração entre o

²⁹ Id, 2004a. p.47.

ordenamento jurídico comunitário e o ordenamento interno de cada Estado. Sem sombra de dúvidas, a preocupação com os direitos fundamentais se insere nessas relações, mas com o intuito de fortalecer o ideal de supremacia das normas comunitárias. Em função de tal premissa, tem-se a necessidade de preservar o estágio alcançado pelo processo de integração e por isso um ordenamento jurídico comunitário é formado. Entretanto, é preciso avançar no processo de tutela dos direitos humanos em um contexto tão plural como o europeu.

Deste modo, de outro lado, tem-se a “grande Europa” criada pelo Conselho da Europa, perfazendo uma cooperação política que hoje abriga quarenta e sete membros³⁰, signatários da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH). O órgão jurídico máximo do Conselho da Europa é o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), sediado em Estrasburgo e para o qual podem demandar tanto Estados quanto indivíduos vítimas de violações de direitos humanos reconhecidos pela convenção.

Neste sentido, o parágrafo 3^o³¹ do Preâmbulo da CEDH de 1950 assevera que a finalidade principal do Conselho da Europa é realizar uma união mais estreita entre seus membros e que um dos meios para alcançar esta finalidade é a proteção e o desenvolvimento dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, sendo tais direitos vistos como um meio para uma progressiva integração dos europeus. Antes mesmo disso, o Estatuto do Conselho da Europa de 1949 havia asseverado que a finalidade da instituição era criar uma organização que levasse os países do continente a uma associação cuja base fosse a unidade entre seus membros, privilegiando ideais e princípios comuns aos diferentes Estados.

Essa configuração surgida na segunda metade do século XX produz alterações significativas na conceituação de alguns institutos jurídicos e políticos, como é o caso do Estado, da soberania, dentre outros. Nesse sentido, o cenário Europeu, pode ser enxergado como próximo da noção de Estado em Rede proposto por Manuel Castells³². Em um mesmo espaço territorial, a autoridade passa a ser partilhada ao longo de uma rede de instituições. O

³⁰ Os 47 países que fazem parte do Conselho da Europa são: Bélgica, Dinamarca, França, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Suécia, Reino Unido, Grécia, Turquia, Islândia, Alemanha Ocidental, Áustria, Chipre, Suíça, Malta, Portugal, Espanha, Liechtenstein, São Marino, Finlândia, Hungria, Polónia, Bulgária, Estónia, Lituânia, Eslovênia, República Checa, Eslováquia, Romênia, Andorra, Letónia, Albânia, Moldávia, Macedónia, Ucrânia, Rússia, Croácia, Geórgia, Armênia, Azerbaijão, Bósnia e Herzegovina, Sérvia, Mônaco, Montenegro. Disponível em: http://www.coe.int/pt/AboutCoe/media/interface/publications/coe_dh_pt.pdf. Acesso 08 out 2014.

³¹ O terceiro parágrafo do preâmbulo da CEDH dispõe que: “Considerando que a finalidade do Conselho da Europa é realizar uma união mais estreita entre os seus Membros e que um dos meios de alcançar essa finalidade é a proteção e o desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (...)”. 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. Acesso em 08 out 2014.

³² CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura. A sociedade em rede.** Vol. 1. 5 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999b.

Estado-nação clássico relaciona-se com instituições supranacionais e a rede formada possui nós diversos e não um centro único, sendo que esses nós podem apresentar tamanhos distintos e estar ligados por relações assimétricas.

Essas redes e seus nós, portanto, representam formas de poder paralelas e complementares, que são autônomas uma em relação às outras. O espaço europeu, marcado por um já consolidado direito comunitário e por uma estrutura supranacional *sui generis* tornou-se um verdadeiro campo de concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições e poderes constituintes em um mesmo espaço político, levando a uma pluralidade de ordenamentos e de normatividades.

A supranacionalidade desenvolvida assemelha-se, desta forma, a um Estado em Rede em função de um novo paradigma de governança estabelecido em diferentes níveis, com diferentes nós, de diferentes dimensões e com relações internacionais assimétricas. O Estado-Nação clássico se articula cotidianamente na tomada de decisões com instituições supranacionais de diferentes tipos e em âmbitos distintos³³. Em uma mesma organização complexa, temos então as características da descentralização e da coordenação, sobretudo no aspecto normativo, sendo que a crise do Estado-nação, o desenvolvimento das instituições supranacionais e a transferência das atribuições e iniciativas aos âmbitos regionais e locais são características que funcionam como base para o desenvolvimento do Estado em Rede.

Nesse âmbito ainda, é possível acrescentar a definição de Marcelo Varela³⁴ de que a União Europeia caracteriza-se por ser uma instituição *sui generis* não só pelo seu modo de constituição, como por seus efeitos no campo jurídico-normativo. Desta maneira, o bloco europeu dos vinte e oito, inserido no contexto de um sistema europeu de proteção dos direitos humanos (“pequena Europa” inserida na “grande Europa”) marca a característica de uma superação da típica forma de visão linear e hierárquica do direito tradicional em favor da construção de um direito em camadas, ou em diferentes níveis ou ainda em redes.

Essa concepção de Castells utilizada aqui para ilustrar as relações na União Europeia comunica-se com a noção de Mireille Delmas-Marty³⁵ de um pluralismo que deve ser ordenado. Na Europa como um todo, em âmbito jurídico, a coexistência de normas das mais diversas fontes e de tribunais nas mais diferentes escalas faz emergir uma noção de caos

³³ Id, 1999a. p.164.

³⁴ 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.

³⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (II): Le pluralism ordonné**. Paris. Seuil. 2006.

jurídico, que precisa ser ordenado. Em razão disso, pertinente a busca por um direito comum, com ênfase em um direito comum em matéria de direitos humanos.

Interessante notar que esse cenário criado intensifica-se com o processo de mundialização³⁶ e sob essa ótica, embora os direitos humanos tenham se tornado oponíveis aos Estados, perfazendo princípios de direito incluídos nas Constituições Estatais, no entendimento dos tribunais supranacionais e em instrumentos normativos internacionais, os corolários do processo de mundialização são os direitos econômicos, que predominam nas preocupações do já consolidado direito comunitário europeu.

Enquanto os direitos humanos foram concebidos sob o prisma de uma universalidade e com a finalidade de proteger o “irredutível humano”³⁷, os direitos econômicos são os motores da mundialização, sendo que isso, somado à desestabilização do tempo e à desestatização do Estado, gera no processo de mundialização uma aparente desordem normativa, com a proliferação de normas de modo anárquico³⁸.

Em função disso, é viável dizer que o continente europeu serve de base e é capaz de traduzir importantes eventos para explicar fenômenos que hoje são salientes na esfera jurídica. Mireille Delmas-Marty³⁹ sugere que vivemos sob a égide de espaços “desestatizados”, tempos “desestabilizados” e uma ordem “deslegalizada”. No sentido atual da paisagem jurídica, afirmar que o Estado é a única fonte de Direito é assumir uma atitude de exclusão de todos os demais espaços normativos.

Como é possível observar, na Europa convivem em um mesmo espaço normas provenientes de fontes estatais clássicas, normas advindas de instituições supranacionais e regras provenientes de entes internacionais, na formação de um verdadeiro mosaico jurídico. O monopólio do Estado como produtor do direito deixa de ser imperativo frente à internacionalização crescente das fontes jurídicas. De modo concomitante, e corroborando

³⁶ Na obra “Três Desafios para um Direito Mundial”, Mireille Delmas-Marty observa as particularidades dos termos *globalização*, *mundialização* e *universalidade*, quais sejam: “A mundialização remete à difusão espacial de um produto, de uma técnica ou de uma ideia. A universalidade implica um compartilhar de sentidos”. Em outra passagem, disserta: “Difusão espacial de um lado, compartilhar os sentidos de outra, estas duas fórmulas descrevem muito bem a diferença que separam os dois fenômenos que eu denominarei globalização para a economia e universalização para os direitos do homem, guardando assim o termo mundialização uma neutralidade que ele jamais perderá, caso não se resigne rapidamente ao primado da economia sobre os Direitos do Homem”. DELMAS-MARTY, **Três desafios para um direito mundial**. Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003b. p. 08-09.

³⁷ Ibid, p.48.

³⁸ FERREIRA, Siddharta Legale. Internacionalização do Direito: reflexões críticas sobre seus fundamentos teóricos. In **Revista SJRJ**. Vol. 20, n. 37, 2013.

³⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004a.p.47.

com a teoria do Estado em Rede de Castells, é possível observar um processo de descentralização espacial com o deslocamento de fontes do centro para periferias⁴⁰.

Da mesma forma, os tempos estão desestabilizados. Segundo Delmas⁴¹ em comparação aos votos clássicos de perpetuidade da lei, é possível hoje encontrar fontes temporárias e evolutivas do direito. O espaço europeu se constitui como uma área privilegiada dessas fontes evolutivas⁴². Sob o aspecto da “pequena Europa” as regras de direito comunitário impõem um resultado que deve ser atingido, o que, pela falta de meios jurídicos, incentiva os Estados a adaptar seus textos a dados econômicos.

Isso tudo faz emergir a noção de assincronia⁴³ do direito, ou seja, diferentes velocidades em diferentes espaços. Nesse sentido, há no espaço europeu, uma diferença de velocidade dos processos de integração das normas internacionais (ou supranacionais) de direito do comércio em comparação com as normas ambientais ou relativas aos direitos humanos. O próprio processo evolutivo de proteção dos direitos humanos ou fundamentais sob o panorama da “pequena Europa” demonstra, desde os primórdios da criação da Comunidade Europeia, uma ausência de sincronia em relação às duas esferas do direito. A evolução dos direitos humanos é lenta quando comparada com a celeridade da integração das normas de direito comercial e econômico em um mundo de economia globalizada.

Pode-se então afirmar que, não só na Europa, como também na sociedade internacional, o tempo das relações comerciais e, por conseguinte, o tempo da integração do direito do comércio é o tempo do *software*, da fluidez, da velocidade da luz. Enquanto isso, o tempo das relações humanas, da ética, da solidariedade e da integração do direito dos direitos humanos segue o tempo do *hardware*, do denso, do apego ao território e às localidades⁴⁴.

Por fim, está-se também frente a uma ordem “deslegalizada”, uma vez que dentre os reflexos das vicissitudes na seara jurídica, é possível destacar um ruptura com a noção de

⁴⁰ Tal fenômeno é descrito por Mireille Delmas-Marty como “descentralização”. Esta envolve o deslocamento de fontes do centro do Estado para coletividades territoriais. Todavia, tal fenômeno não se confunde com uma mera desconcentração de poderes, que é destinada a conferir maior eficácia às estruturas centrais do Estado. A descentralização, conforme refere a autora, confia ao representante local da coletividade territorial certos poderes de decisão, fazendo transparecer uma autonomia local para impor certas regras jurídicas. Como exemplo, podem-se destacar as comissões locais de ética, como ocorre em uma deontologia profissional, como a Ordem dos Advogados. As regras disciplinares desta profissão guardam um caráter misto, sendo de natureza local e nacional, privada e pública. Ibid, 2004a.p.55.

⁴¹ Ibid, 2004a.p.47.

⁴² Segundo Delmas, falar de fontes evolutivas significa renunciar ao passado do costume e ao futuro das leis para situar as fontes de direito no presente, por natureza instável. Ibid, 2004a.p.65

⁴³ Id. 2006. p. 114.

⁴⁴ SALDANHA, Jânia Marial Lopes; BRUM, Márcio Moraes; MELLO, Rafaela da Cruz. A Assincronia do Direito e o Caso Araguaia: Uma análise da Decisão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro na ADPF 153 e do Julgamento do Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: André Karam Trindade; Angela Araujo da Silveira Espindola. (Org.). **Direitos Fundamentais e Espaço Público**. 1ed. Passo Fundo - RS: Editora IMED, 2011, v. 2, p. 37-61.

identidade entre direito e lei⁴⁵. O processo de internacionalização deixa comum aos sistemas de *commun law* e de *civil law* o papel do juiz na geração do direito, ou seja, na interação entre texto normativo e sua interpretação, de modo que a jurisprudência e o diálogo entre os diferentes tribunais serve para ambos os sistemas como um importante balizador para consolidação de entendimentos e de princípios .

Diante desse cenário jurídico global proveniente do processo de internacionalização - e específico no caso da Europa – de desestatização, de ruptura com paradigmas e com a lógica binária de interpretar o direito é possível concordar com a premissa de Mireille Delmas-Marty⁴⁶ de que a paisagem jurídica apresenta um panorama de proliferação constante de normas e de entendimentos jurisprudenciais que, em um primeiro momento podem levar a uma noção de desordem e anarquia.

Convém perceber que a nova paisagem jurídica, para a qual a Europa é um verdadeiro laboratório⁴⁷, é composta por formas mais complexas, como pirâmides inacabadas, descontínuas, compostas por anéis normativos como uma guirlanda, no entanto, não especificamente se liga à anarquia. Pelo contrário, a retirada de marcos e o deslocamento de linhas não significa desordem e essa aparência de caos favorece ao pluralismo.

Por isso Delmas-Marty⁴⁸ atesta que a internacionalização do direito apresenta um grande paradoxo: ordenar o plural. Embora estejamos semanticamente diante de vernáculos opostos, visto que a proposta é colocar em ordem aquilo que naturalmente é múltiplo e plural, sem reduzir sua identidade, a primeira consideração que deve ser feita é a de que o típico modelo kelseniano de lógica jurídica não mais se aplica ao cenário em que o Direito se insere atualmente, em razão da multiplicidade e do dinamismo existente no processo de mundialização.

Para ir da desordem à ordem, é necessário fortalecer as correlações da formação jurídica, trazendo estabilidade à presença de divergências, através de uma aproximação entre ordens jurídicas, por meio de um jogo de referências cruzadas, com o intuito de ordenar a multiplicidade. 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.

⁴⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004a.p.47.

⁴⁶ Id, 2006.

⁴⁷ VARELLA, Marcelo D. **Internacionalização do direito: Direito Internacional, globalização e complexidade**. 2012. 606f. Tese apresentada para obtenção do título de Livre Docência em Direito Internacional. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2012. Acesso 14 out 2014.

⁴⁸ Ibid. 2006, p. 10.

Obviamente, o direito comum almejado é pluralista, tendo a razão como instrumento de justificação e de diálogo. O pluralismo é justificado pelo intuito de harmonizar e conjugar as particularidades religiosas, políticas, culturais de cada Estado ou comunidade, evitando a sobreposição de uma ordem sobre outra, ou a assimilação e exclusão. Em razão disso, o direito comum pluralista pretende construir um “Direito dos Direitos” a partir do ideal de universalização dos direitos humanos sendo que a finalidade é a de aproximar ou harmonizar – e não unificar - os diferentes sistemas jurídicos sob a perspectiva de respeito ao “irredutível humano”⁴⁹.

Impossível a criação de normas e regras comuns a todos os povos, justamente pelo fato de que sempre algumas normas advindas de culturas específicas se sobressairão sobre outras, na criação de uma hegemonia negativa. O direito comum, portanto, inserido na ótica de um direito mundial pluralista é aquele acessível a todos e comum aos diversos Estados, sem que haja o abandono de identidades. Justamente em função disso, o alicerce para a sua criação é a aproximação dos sistemas jurídicos tendo por base os direitos humanos, que carregam a característica da universalidade, a qual advém do compartilhamento de sentidos e do enriquecimento pela troca.

Neste sentido, em que consistem esses direitos humanos que são os alicerces para a criação de um direito comum? É possível afirmar que a mera previsão constitucional ou em tratados de direitos já asseguram a sua proteção? Como lidar com questões concernentes às pretensões universalistas e as particularidades do relativismo cultural nas diferentes sociedades europeias?

Narciso Baez⁵⁰ traz reflexões importantes acerca desse tema. Segundo ele, em meados do século XVII pensou-se que a positivação dos direitos humanos seria instrumento suficiente para garantir o seu respeito. Essa noção adentrou a contemporaneidade com a filosofia de Hans Kelsen, de que as normas positivadas e inseridas nos ordenamentos jurídicos eram obrigatórias por serem legitimadas por uma norma jurídica superior, que tinha um fim em si mesma.

Obviamente, o século XX mostrou que a mera inserção legal da dignidade da pessoa humana – que é o elemento cerne dos direitos humanos – em um sistema positivo de direito e dissociada de valores morais não seria suficiente para evitar eventuais violações desses

⁴⁹ Ibid, 2006, p. 54

⁵⁰ 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.

direitos. Sob esse panorama e, seguindo a corrente ética⁵¹ de fundamentação dos direitos humanos, pode-se afirmar que estes são direitos de fora da ordem positiva que têm em seu bojo componentes morais, sociais, políticos e até econômicos que salvaguardam condições mínimas para a garantia da dignidade da pessoa humana. Em sua dimensão básica, portanto, são direitos inatos pautados em valores morais e conferidos aos indivíduos pelo simples fato de estes serem humanos.

Logo, para a construção de um direito comum em matéria de direitos humanos exige-se o fortalecimento desses em suas dimensões básicas. É neste sentido que Delmas⁵² se refere ao mínimo ético universal e ao irredutível humano, ou seja, elementos que todos os indivíduos apresentam em comum mesmo em diferentes culturas.

As duas estruturas básicas dos direitos humanos são, portanto os valores morais e a dignidade humana⁵³. Em relação aos primeiros, infere-se que a origem dos direitos humanos não é legal, vez que estes são reconhecidos aos indivíduos pelo simples fato de serem humanos. O ordenamento jurídico tem a mera função de reconhecer tais direitos e transformá-los em normas a fim de obter efetividade. Já a dignidade humana é o bem maior dentro dos direitos humanos, constituindo uma qualidade universal intrínseca, irrenunciável e inalienável, inerente a todos os seres humanos e que se encontra acima das especificidades culturais.

Neste viés, a universalidade de tais direitos, que é requisito indispensável para a criação de um direito comum não é marcada pela criação de instrumentos internacionais positivos de proteção dos direitos humanos. Isso porque, embora tenha se conseguido a universalização da adesão dos Estados, como é o caso da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU de 1948 ou mesmo da CEDH do sistema regional europeu, ainda há resistências à aceitação de sua aplicação em algumas culturas, que alegam a necessidade de relativização desses direitos para adequação às realidades nacionais⁵⁴.

Logo, para a construção de uma verdadeira universalidade, é necessário interpretar os direitos humanos sob uma ótica interdisciplinar. Finnis⁵⁵, nesse aspecto, afirma que os direitos humanos constituem uma categoria que busca consagrar a dignidade humana, sendo esta um atributo de todas as pessoas, independentemente de crença ou cultura. Nesse aspecto,

⁵¹ Id. 2007, p. 13-35.

⁵² DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit: Le relatif et l'universel**. Paris. Seuil. 2004b.

⁵³ BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente. Direitos humanos na globalização. In BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente. (Org). **Direitos humanos em evolução**. Joaçaba. Ed. Unoesc, 2007. p. 13-35.

⁵⁴ Id. 2009. p.77-99.

⁵⁵ FINNIS, John. **Ley natural e derechos naturales**. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2000.

vislumbra-se necessário, a fim de identificar quais são os valores básicos e inderrogáveis a todos os humanos, a construção de valores universais através do diálogo e do cruzamento de diferentes culturas, com diferentes valores. Isso facilita a construção de uma cultura cosmopolita baseada em uma identificação em que prevaleça a dignidade da pessoa humana acima dos relativismos.

As diversidades culturais são provenientes de elementos externos⁵⁶, da diferença de ambientes naturais, mas mesmo assim, todas as pessoas, ainda que inseridas em especificidades culturais distintas, ainda mantêm atributos comuns. É por essa lógica que permanece atual a premissa de Kant de que no atual estágio da humanidade os povos atingiram um grau de desenvolvimento que os permitem fazer parte de uma comunidade cosmopolita⁵⁷. Por isso, a violação de um direito humano em um ponto do planeta repercute e pode ser sentida em todos os outros.

Pertinente ainda lembrar que a universalização não significa a imposição ou a uniformização de uma cultura sobre as outras. Pelo contrário, deve-se buscar uma raiz comum, qual seja, um conjunto de valores mínimos universais capazes de dialogar com diferentes culturas, garantindo o respeito e a preservação da vida humana em qualquer lugar.

Ainda sob essa ótica, é possível afirmar que a noção de direito comum de Delmas aproxima-se do ideal de direito cosmopolítico em Kant⁵⁸. Ao perceber o aumento da participação dos povos na Terra, Kant vislumbra a ideia de uma comunidade mundial, alicerçada sob as bases de um direito cosmopolítico a fim de garantir a paz perpétua. Diante da dicotomia entre práticas culturais e direitos humanos, a base do cosmopolitismo kantiano é a busca de critérios lógico-rationais que sejam comuns a todas as culturas.

Nesse espectro surgem então os direitos humanos como núcleo moral-jurídico do direito cosmopolítico, vez que a moralidade mínima universal se baseia em três pilares: a) humanidade comum; b) ameaças compartilhadas e c) obrigações mínimas. Logo, a fundamentação moral é a base dos direitos humanos, uma vez que nela encontram-se as exigências imprescindíveis para a vida de um indivíduo. Apesar das diferenças sociais e culturais entre os seres humanos, algumas necessidades e capacidades são comuns a todos⁵⁹.

⁵⁶ PAREKH, Bhikhu. Pluralist universalism and human rights. In: SMITH, Rhona K. M.; ANKER, Cristien van den. **The essentials of human rights**. London: Oxford University Press, 2005.

⁵⁷ KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua**. Tradução Bárbara Kristen - Rianxo : Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.

⁵⁸ Ibid, 2006, p. 107-108.

⁵⁹ BARRETO, Vicente de Paulo. Direito Cosmopolítico e Direitos Humanos. In **Espaço Jurídico Journal of Law**. N. 2. Vol. 11. 2010. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1949/1017>. Acesso 30 out 2014.

Assim como a concepção de direitos humanos não pode mais ser concebida como o era na época de Kelsen, o panorama em que o Direito de um modo geral se insere hoje também não pode mais ser concebido conforme a lógica clássica kelseniana, em que a constituição estatal encontra-se no topo de uma estrutura piramidal, sendo hierarquicamente seguida pela legislação infraconstitucional. 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 Canotilho, seguida por Flávia Piovensan⁶⁰, 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-Marty⁶¹, demonstram que a internacionalização traz tentativas de recomposição de um pluralismo que deverá ser suficientemente ordenado.

Em razão disso, razoável, frente à mudança paradigmática trazida pela mundialização, pensar em um conjunto ordenado para a desordem, uma vez que a aparente anarquia que existe favorece ao pluralismo. Para se chegar a um direito comum pluralista tendo por base os direitos humanos, deve-se buscar a harmonização entre estes e os direitos econômicos, com respeito às particularidades religiosas e culturais e com a superação dos perigos de uma uniformização hegemônica tendente à globalização econômica.

Nesse novo paradigma, o ideário de ordem “deslegalizada” anteriormente referido, 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 direito⁶²

A internacionalização do Direito reflete, portanto, uma nova realidade, de um Direito 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 e sim sofre influência de outras. A tradicional pirâmide kelseniana é desconstruída

⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBCD** n.19 – jan/jul, 2012.

⁶¹ DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um direito mundial**. Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003b.

⁶² FERREIRA, Siddharta Legale. Internacionalização do Direito: reflexões críticas sobre seus fundamentos teóricos. In **Revista SJRJ**. Vol. 20, n. 37, 2013.

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 o direito internacional dos direitos humanos) e do direito comunitário europeu. 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 do direito vem acompanhado de descentralização e privatização de fontes do Direito⁶³.

Diante deste quadro, Delmas⁶⁴ apresenta três espécies de processo de interação, para se chegar a um direito comum: coordenação por entrecruzamento; harmonização e unificação. Destaca-se, antes de discorrer brevemente sobre esses processos, que o direito comum não tem a pretensão de unificar o Direito no texto, pois isso seria uma tarefa praticamente utópica. A ideia de Delmas objetiva, na realidade, a exploração da pluralidade como potencial poder de integração, vez que as redes dinâmicas e as estruturas vetorizadas pelos direitos humanos presentes nas novas geometrias da ordem mundial se pautam no reconhecimento do outro, em uma espécie de alteridade⁶⁵.

A coordenação por entrecruzamento caracteriza-se por ser um processo 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, em que a internormatividade e a interpretação cruzada permitem a formação de, no mínimo, uma comunidade de juízes. Em função disso, em âmbito global, percebem-se traços da coordenação por entrecruzamento nos diálogos entre cortes e tribunais nas mais diferentes ordens. No espaço europeu, a coordenação é percebida da mesma forma através dos diálogos entre as cortes nacionais e os tribunais da “pequena Europa” e da “grande Europa”, respectivamente Tribunal de Luxemburgo e de Estrasburgo.

Interessante notar, conforme já foi demonstrado, que foram os diálogos entre as cortes nacionais dos diversos Estados membros da então Comunidade Europeia e posterior União

⁶³ Ibid, 2013, p.20.

⁶⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (II)**: Le pluralism ordonné. Paris. Seuil. 2006.

⁶⁵ 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.

Europeia que auxiliaram no processo de consolidação do entendimento de primazia das normas comunitárias ao lado da proteção integral aos direitos fundamentais previstos nas constituições estatais. Isso culminou, conforme se asseverou anteriormente, na disposição do Tratado de Lisboa de que a União Europeia não só se submete às tradições e regras constitucionais em matéria de direitos fundamentais, como adere à Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Se o primeiro processo de interação é a coordenação, far-se-á de imediato a análise do último processo, a unificação, visto que o é no processo intermediário – a harmonização – que se desenvolve o foco do presente estudo. A unificação 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. 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 de harmonização, vez que elas funcionam em uma dinâmica centrífuga e envolvem tanto a obrigação de conformidade em relação às normas internacionais das quais determinado país é signatário quanto à apreciação soberana dos Estados, sendo delineada por princípios comuns⁶⁶. A resistência dos direitos internos e os avanços do processo de harmonização são, portanto, as condições de possibilidade para a aplicação da Margem Nacional de Apreciação (MNA).

⁶⁶ 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.

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

Neste sentido, portanto, a Europa pode ser vista novamente como um laboratório de experiências e o surgimento da MNA possui hoje um importante papel, sobretudo, dentro do continente europeu. Utilizada tanto pelos Tribunais de Luxemburgo e Estrasburgo, a MNA surgiu pela primeira vez na jurisprudência do TEDH.

Embora existam relatos do uso da MNA pelo Tribunal de Luxemburgo para permitir que os conceitos comunitários sejam interpretados de modo flexível, segundo as especificidades nacionais e servindo como uma importante válvula de escape para as tensões nacionais mais fortes, neste trabalho, far-se-á a limitação da utilização da MNA pelo Tribunal Europeu de Direitos do Homem, com o intuito de analisar quais são os entraves e as possibilidades do uso de tal ferramenta pra a construção e consolidação de um direito comum para a “grande Europa”, tendo como base os direitos humanos.

2 ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DA MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO PARA A CRIAÇÃO DE UM DIREITO COMUM EUROPEU

A noção de margem encontra-se no coração dos sistemas de Direito, uma vez que o direito interno já prevê a possibilidade de uma margem de interpretação aos juízes em relação às demandas que lhes são apresentadas. Todavia, a internacionalização impulsiona ao acréscimo do termo “nacional” a essa margem, no sentido de permitir o reconhecimento da diversidade dos sistemas jurídicos e a possibilidade de um direito comum.

Nesse sentido, no presente capítulo, far-se-á uma abordagem acerca da história dessa ferramenta criada pelo TEDH, bem como o conceito e as críticas trazidas por estudiosos da doutrina da Margem Nacional de Avaliação (MNA) (2.1). Por conseguinte, através de uma análise jurisprudencial se tentará comprovar que a margem, a despeito de opiniões contrárias acerca da ausência de parâmetros para sua aplicação pelo TEDH, constitui-se como um instrumento relevante para a construção de um direito comum europeu tendo como base luminosa os direitos humanos (2.2).

2.1. Uma síntese entre o relativo e o universal? Uma análise da proposta de Margem Nacional de Avaliação para a criação de um direito comum europeu

Consoante fora anteriormente aludido, a noção de margem encontra-se dentro dos sistemas de direito. Por isso, em um primeiro momento, aponta-se a margem dentro do direito interno, como 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 norma⁶⁷.

Nesse sentido, a origem dessa margem de interpretação advém do direito administrativo de diversos Estados europeus. Na França a margem é conhecida como “*marge*

⁶⁷ 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.

d'appréciation”, na Alemanha é vista como “*Ermessensspielraum*” e na Itália “*marge de discrizzionalità*”.⁶⁸ Em âmbito interno, portanto, caracteriza-se por ser uma deferência, que combina aspectos processuais e hermenêuticos, no sentido de conferir uma reserva de apreciação ao administrador para decidir acerca da conveniência e oportunidade em relação aos atos administrativos.

O processo de internacionalização, estágio supremo da globalização⁶⁹, no âmbito do Direito se desenvolve a ponto de transformar o campo de uma disciplina, de modo que, consoante já fora exaustivamente exposto, a seara jurídica não se limita mais à relação entre Estados, nem somente se combina com os direitos internos. Logo, o pluralismo pode ser visto como uma palavra de ordem na paisagem jurídica atual e, por isso, 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 Margem Nacional de Apreciação (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 relativo⁷⁰. 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 dos direitos humanos 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

⁶⁸ ITZCOVITCH, Giulio. One, None and One Hundred Thousand Margins of Appreciations: The Lautsi Case. In: **Human Rights Law Review**. Oxford Journals, 2013. Disponível em: <http://hrlr.oxfordjournals.org/content/13/2.toc>. Acesso 04 nov 2014.

⁶⁹ SANTOS, Milton. **Técnica, Espaço, Tempo**: Globalização e meio técnico-científico-informacional. 5ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013. p. 45.

⁷⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit**: Le relatif et l'universel. Paris. Seuil. 2004b.

que se garante a cada Estado a particularidade de lidar com questões atinentes às suas diferenças.

Deste modo, o Tribunal de Estrasburgo, consoante fora dito anteriormente, se utiliza pela primeira vez do recurso à MNA no caso *Lawless vs. Irlanda*⁷¹. Na discussão cerne deste conflito estava a possibilidade de prisão provisória no caso dos atentados terroristas relacionados ao grupo extremista IRA (Irish Republic Army). 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.

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 15⁷² da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Tal norma da Convenção alude à possibilidade de derrogação em caso de estado de necessidade, com a prerrogativa de que em caso de guerra ou outro perigo público que ameace a vida da nação, a parte aderente à Convenção Europeia dos Direitos do Homem pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas no tratado, na estrita medida em que exigir a situação.

⁷¹ O inteiro teor da decisão encontra-se disponível no seguinte sítio eletrônico: [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#{\). CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Lawless vs. Irlanda**. Sentença de 01 de julho de 1961. Acesso 05 nov 2014.

⁷² Artigo 15 Derrogação em caso de estado de necessidade. 1. Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional. 2. A disposição precedente não autoriza nenhuma derrogação ao artigo 2º, salvo quanto ao caso de morte resultante de atos lícitos de guerra, nem aos artigos 3º, 4º (parágrafo 1) e 7º. 3. Qualquer Alta Parte Contratante que exercer este direito de derrogação manterá completamente informado o Secretário Geral do Conselho da Europa das providências tomadas e dos motivos que as provocaram. Deverá igualmente informar o Secretário - Geral do Conselho da Europa da data em que essas disposições tiverem deixado de estar em vigor e da data em que as da Convenção voltarem a ter plena aplicação. 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. Acesso 08 out 2014.

Logo, aplicando o referido artigo 15 da Convenção, a decisão do Tribunal de Estrasburgo foi de, no caso proposto, asseverar que os fatos apurados não revelam uma violação por parte do Governo irlandês de suas obrigações ao abrigo da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Em razão disso, de a motivação do Tribunal para proferir a decisão ter partido de uma prerrogativa da própria Convenção Europeia, alguns autores⁷³ não fazem alusão a este caso como o primeiro em que houve concessão de margem nacional de apreciação para Estado.

Embora haja uma referência tímida à margem nacional de apreciação no caso exposto anteriormente, é no caso linguístico belga⁷⁴ 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, país que falavam francês questionaram o sistema educacional da Bélgica, que dividia o país em quatro regiões linguísticas distintas.

O Tribunal de Luxemburgo 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.

⁷³ 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: www.corteidh.or.cr/tablas/r26992.pdf. Acesso 01 nov 2014.

VILA, Marisa Iglesias. **Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de um equilibrio entre democracia y derechos em la esfera internacional**. 2013. Disponível em: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Iglesias_CV_Sp_20130314.pdf. Acesso 01 nov 2014.

⁷⁴ O inteiro teor da decisão encontra-se disponível no seguinte sítio eletrônico: http://www9.euskadi.net/euskara_araubidea/Legedia/legeak/gaztelan/europa/s23b001.pdf. CORTE EUROPEIA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso linguístico belga**. Sentença de 23 de julho de 1968. Acesso 05 nov 2014.

Essa subsidiariedade conduz à MNA duas noções⁷⁵: 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.

Sob essa ótica e embora esse não seja o foco do presente trabalho, pode-se afirmar que a MNA é uma figura importante tanto para o horizonte de criação de um direito comum europeu, como para a consolidação do direito comunitário europeu. Isso porque este último, embora tenha sido baseado em um ideal federalista, funda-se na realidade em um modelo de governança supranacional, em que a MNA foi importada pelo Tribunal de Luxemburgo a fim de ser uma válvula de escape para tensões fortes em âmbito comunitário⁷⁶.

O TJUE, deste modo, permite que os conflitos comunitários sejam interpretados de maneira flexível, conforme especificidades nacionais. Cada Estado pode atribuir seu próprio significado a expressões ou textos legais de interpretação ampla, devendo-se, contudo, vincular aos princípios e conceitos jurídico-legais do direito comunitário.

No campo de construção de um direito comum europeu, que tem como terreno o sistema europeu de proteção dos direitos humanos, tal premissa não é diferente. 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, com ênfase para o caso *Lawless vs. Irlanda*, uma primeira aplicação da doutrina da margem vinculou-se ao processo de sedimentação do sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos, vez que tal caso foi um dos primeiros a ser julgado pelo Tribunal de Estrasburgo, além de, conforme fora dito, ter sido o primeiro no âmbito da criação e uso da MNA. Em razão desse contexto, a utilização do instrumento em questão deu-se em função de uma demanda que envolvia questão de segurança interna de um país e por isso, a aplicação da deferência de julgamento à Irlanda dá-se também como uma técnica política para evitar tensões entre esfera internacional

⁷⁵ 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.

⁷⁶ 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.

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 Varella⁷⁷, 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 do presente trabalho, é com a figura da deferência da margem nacional que se torna possível um pluralismo de justaposição⁷⁸, 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 a 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 margem nacional de apreciação 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 Humanos⁷⁹.

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

⁷⁷ Ibid, 2012, p. 143..

⁷⁸ DELMAS-MARTY, et IZORCHE. Op. cit, p. 757.

⁷⁹ 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.

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, Sérgio Garcia Ramirez⁸⁰ 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 Corte máxima do sistema regional americano de direitos humanos. 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 margem nacional de apreciação. Nesse sentido, embora a criação tenha sido jurisprudencial por parte do TEDH, com aplicação em alguns casos pelo próprio Tribunal de Luxemburgo, é importante avaliar de que modo a doutrina conceitua o referido instituto.

A posição adotada por este trabalho é a de Mireille Delmas-Marty⁸¹, que salienta em suas obras a origem nacional da margem nacional, 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.

⁸⁰ 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.

⁸¹ DELMAS-MARTY et IZORCHE. Op. cit. p. 762.

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.

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 jurídicos⁸².

Benvenisti⁸³, por sua vez, visualiza no uso da margem nacional de apreciação 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, consoante inclusive fora abordado anteriormente neste trabalho, respondeu inicialmente a preocupações de governos nacionais de que as políticas internacionais pudessem comprometer a segurança nacional. Isso então explicaria a invocação da margem no caso *Lawless vs. Irlanda*, por exemplo.

Com a evolução da jurisprudência o uso desse instrumento passou a ser aplicado 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. Ainda segundo Benvenisti⁸⁴, a utilização da margem se justifica em alguns casos e em algumas matérias – para o autor, por exemplo, a aplicação da margem nacional não se justifica quando em questão se encontram o direito de minorias -, sendo que o uso ampliado ou desmedido pode gerar uma espécie de deslegitimação do sistema regional de proteção dos direitos humanos.

⁸² Ibid, 2000. p. 760.

⁸³ 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-pcti.org/publications/PICT_articles/JILP/Benvenisti.pdf. Acesso 05 nov 2014.

⁸⁴ Ibid, 1999, p. 846.

Para Poblete & Alvarado⁸⁵ 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, como é o caso das prerrogativas do artigo 15 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de derrogação em caso de necessidade.

Outrossim, ainda segundo os mencionados autores, a margem possibilita aos Estados liberdade para limitar direitos reconhecidos em tratados internacionais quando outros direitos exigem respeito ou assim exigem os interesses da comunidade. Ainda serviria para definir os conteúdos dos direitos, delimitar como eles são aplicados no plano interno e definir o modo como serão cumpridas resoluções de um órgão internacional de supervisão de um tratado ou convenção. Dessa maneira, tais autores identificam a doutrina da MNA como uma metodologia de que se servem os tribunais internacionais para difundir os direitos humanos previstos nos tratados internacionais, bem como o direito do comércio – a margem também é aplicada pela Organização Mundial do Comércio (OMC).

Vila⁸⁶, por sua vez, percebe na doutrina da margem nacional de apreciação uma espécie de “deferência” praticada pelo Tribunal de Estrasburgo 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 Roca⁸⁷ que afirma que a doutrina da margem nacional de apreciação ocupa um lugar de destaque na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e é necessária para refletir uma realidade evidente, qual seja, a pluralidade cultural dos Estados que fazem parte do Conselho da Europa, notável em um pluralismo de base territorial sobre o qual assenta uma cultura comum europeia de alguns mínimos.

⁸⁵ 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. p.5.

⁸⁶ 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. Acesso 01 nov 2014.

⁸⁷ 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/view/6778>. Acesso 02 nov 2014.

Da mesma forma, considera o autor que os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade são imanentes à noção de margem nacional de apreciação, 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 no uso dessa margem, há violação do princípio da proporcionalidade e, abre-se espaço para a intervenção do órgão jurisdicional internacional, sob as bases do princípio da subsidiariedade.

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.

Mahorney⁸⁸ em seus estudos assevera que a margem funciona como uma espécie de divisão de jurisprudências, uma vez que traça uma linha divisória entre o que deve decidir cada comunidade nacional e as questões que têm relevância para necessitar uma solução homogênea, ou seja, as que demandam uma decisão que harmonize a regulação do direito e suas garantias na comunidade internacional, independentemente das diferenças de tradições ou culturas.

Contreras⁸⁹ 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 margem nacional de apreciação, 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.

⁸⁸ MAHORNEY, Paul. Marvellous richness diversity or individual cultural relativism. In **Human Rights Law Journal**. Vol. 19 núm. 1, 30 de abril de 1998, p. 1,

⁸⁹ 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.

Visível, portanto, que na doutrina não há um contexto 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 margem nacional de apreciação pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, nos mais diferentes temas, 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?

2.2 Assimetrias e entraves no uso da Margem Nacional de Apreciação pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Embora a doutrina da margem nacional de apreciação 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. Cumpre, a esse capítulo, realizar notas acerca da aplicação prática da margem nacional de apreciação, com o intuito de verificar se ela efetivamente contribui ou é capaz de contribuir para a construção de um direito comum europeu em matéria de direitos humanos.

Conforme afirmam Brum et Saldanha⁹⁰, a MNA 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. Desta maneira, seu uso em vez de conduzir ao caminho de ordenação do múltiplo e de mundialização dos direitos

⁹⁰ BRUM, Márcio Morais; 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.(No prelo para publicação).

humanos, levaria ao rumo contrário, da fragmentação e reforço da velha noção de soberania, marcada pela ausência de compromisso dos Estados com os marcos protetivos mínimos do direito internacional.

Neste viés, portanto, dentro ainda 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. Na visão de alguns doutrinadores, a postura da Corte Europeia na aplicação irrestrita e sem limitações ou uma sistematização técnica em relação aos casos em que deve ou não ser aplicada pode gerar um sentimento de descrença na legitimidade e na eficácia das decisões tomadas pelo órgão jurisdicional internacional do Conselho da Europa.

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. Além de uma fragilização do sistema internacional de proteção aos direitos humanos o uso da margem sem limites definidos pode levar ao reforço da noção clássica de soberania, em que o compromisso dos Estados com os instrumentos normativos de direito internacional era mitigado.

No campo de aplicação a casos práticos é possível, conforme assevera Roca⁹¹, visualizar as imprecisões práticas e teóricas do uso da margem, o que leva a dois resultados: o primeiro é a necessidade de criação de esforços com urgência para melhor edificar e criar parâmetros para a aplicação da ferramenta, bem como que o demandante ou qualquer observador, perante a Corte não saber, com suficiente segurança jurídica, quando o Tribunal de Estrasburgo vai usar a margem, nem quais serão os possíveis resultados desse uso.

Ainda segundo o autor, a margem é um instrumento impreciso e de geometria variável, todavia, é consenso entre os doutrinadores que a ferramenta não é uma carta branca aos Estados para fazerem o que quiserem, sendo necessária depuração teórica para tornar o instrumento mais preciso. Seu uso impõe, como já foi dito, autocontenção por parte da Corte, tendo em vista que sua função, segundo o princípio da subsidiariedade é somente de impor estandartes 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, utilizar-se-á de modo conjunto as classificações das

⁹¹ ROCA, op. cit. 125.

decisões da Corte Europeia dos Direitos do Homem feitas por Contreras e por Roca. Para o primeiro doutrinador⁹², é possível dividir os casos de aplicação da margem nacional de apreciação 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 primeiro grupo, no que tange aos direitos fundamentais, há rigorosa supervisão por parte do Tribunal Europeu, 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. Deste modo, 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, Roca⁹³ 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

⁹² CONTRERAS, op. cit. p. 35..

⁹³ ROCA, op. cit. p. 134.

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 fundamentais ou vinculados à princípios democráticos, inaplicável é o uso da margem pela Corte ou, se for feito, é de forma absolutamente restrita. No caso dos direitos fundamentais, interessante lembrar Baez⁹⁴, que, ao buscar o conceito de direitos humanos concluiu que nenhuma fonte normativa existente tanto em sistemas internacionais, quanto nacionais ou regionais trazem a definição de direitos humanos. Pelo contrário, só os exemplificam.

Nesse sentido, observou Baez⁹⁵ 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. Os direitos humanos somente existem para realização e proteção da dignidade humana, porém o conceito de dignidade é de tão difícil conceituação quanto o conceito de direitos humanos.

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 fala acerca dos direitos humanos inderrogáveis, ou seja, que não podem sofrer a incidência de qualquer tipo de margem de

⁹⁴ 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.

⁹⁵ Tal posicionamento de Narciso Leandro Xavier Baez 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 – Mestrado e Doutorado – da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS.

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 tem 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*⁹⁶, julgado em 2006. O demandante perante o Tribunal de Estrasburgo foi um terrorista venezuelano conhecido na década de 1970, 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 3º⁹⁷, 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, a Corte 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*⁹⁸, 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.

⁹⁶ O inteiro teor da decisão encontra-se disponível no seguinte sítio eletrônico: [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#{\) CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ramírez Sanchez vs. França**. Sentença de 04 de julho de 2006. Acesso 05 nov 2014.

⁹⁷ Artigo 3º Proibição da tortura. Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes. 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. Acesso 08 out 2014.

⁹⁸ O inteiro teor da decisão encontra-se disponível no seguinte sítio eletrônico: [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#{\) CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Kalashnikov vs. Rússia**. Sentença de 15 de julho de 2002. Acesso 05 nov 2014.

Ainda pode-se destacar o caso *Gutsanovi vs. Bulgária*⁹⁹, em que novamente o motivo que serve de base para o pedido de julgamento do Tribunal de Estrasburgo é a violação do artigo 3^a da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de que ninguém poderá ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos humanos degradantes. O caso em comento referiu-se à prisão do senhor Borislav Gutsanov, membro do Partido Comunista, preso pela polícia da Bulgária em sua casa na frente de seus filhos e de sua esposa durante as investigações de esquemas de grupos criminosos. Segundo o relato das partes demandantes, Gutsanovi foi rendido em sua casa, por volta das seis horas da manhã, forçado a se ajoelhar e algemado em frente a seus filhos menores de idade.

A decisão da Corte foi a de considerar que houve violação do artigo 3^o da Convenção, uma vez que se mostrou desnecessário o ato dos policiais e não condizente com os princípios da proporcionalidade e com as exigências de garantia de direitos fundamentais de um Estado Democrático de Direito. Isso porque, o demandante não teria oferecido resistência em sua prisão, de modo que algemá-lo diante de sua família representou uma espécie de tratamento humano degradante.

Casos como os acima previstos mostram um padrão doutrinário e jurisprudencial semelhante, vez que não se encontram referências expressas a qualquer margem nacional de apreciação para as autoridades nacionais. O TEDH determina se as provas colhidas são suficientes ou não para provar o real risco de tortura ou de tratamento humano e degradante¹⁰⁰.

Logo, pelo fato de que a natureza dos direitos envolvidos nesse caso é considerada como fundamental de imediato eliminam-se as possibilidades de deferência aos Estados. Tal compreensão é o que faz o uso da margem nacional de apreciação ser extremamente reduzido no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Isso porque, até hoje, diferentemente do Tribunal de Estrasburgo, a Corte Interamericana teve como maioria de demandas apresentadas, as envolvendo delitos praticados pelos Estados Americanos durante as ditaduras militares ou civil militares, em que casos de tortura e desaparecimento forçados eram julgados, ou seja, casos envolvendo a violação de direitos fundamentais ou humanos em sua perspectiva ética de dignidade humana e não cultural.

⁹⁹ O inteiro teor da decisão encontra-se disponível no seguinte sítio eletrônico: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-126982#{\"itemid\":\[\"001-126982\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-126982#{\) CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gutsanovi vs. Bulgária**. Sentença de 15 de outubro de 2013. Acesso 05 nov 2014

¹⁰⁰ CONTRERAS, op. cit. p. 41.

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 margem nacional de apreciação 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*¹⁰¹, 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, incluindo em um desses artigos, a informação de que o então presidente do Partido Liberal Nacional da Áustria teria ligações no passado com o nazismo e com a SS.

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

¹⁰¹ O inteiro teor da decisão encontra-se disponível no seguinte sítio eletrônico: [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#{\) CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Lingens vs. Austria**. Sentença de 8 de julho de 1986. Acesso 05 nov 2014.

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.

Também merece análise o caso *July and Sarl Libération vs. France*¹⁰², cuja sentença foi proferida em 2008. Neste caso, o jornal francês *Libération* divulgou uma reportagem a respeito das investigações da morte do juiz Bernard Borrel, que em um primeiro momento havia sido dada como suicídio, mas após a reabertura das investigações, houve surgimento de indícios de morte por encomenda. Após a divulgação da reportagem contendo informações acerca da participação de funcionários públicos na morte do magistrado, o diretor do jornal, Senhor July foi processado criminalmente pelo crime de difamação e condenado pelo governo francês.

O TEDH, em sua manifestação, asseverou que o caso em questão trazia nítida interferência de autoridades públicas na liberdade de expressão e essa interferência, caso não siga os requisitos do artigo 10¹⁰³ da Convenção Europeia de Direitos Humanos, representa clara violação do direito de liberdade de expressão. Nessa situação, ainda a Corte faz uso de uma tríade de requisitos descritos por Contreras¹⁰⁴ para a concessão da margem: a) prescrição legal - verificar se a restrição realizada pela autoridade doméstica foi autorizada ou pelo

¹⁰² O inteiro teor da decisão encontra-se disponível no seguinte sítio eletrônico: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-85084#{"itemid":\["001-85084"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-85084#{) CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso July and Sarl Libération vs. France**. Sentença de 14 de fevereiro de 2008. Acesso 05 nov 2014.

¹⁰³ Artigo 10. Liberdade de expressão. 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.. 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 . Acesso 08 out 2014.

¹⁰⁴ CONTRERAS, op. cit. p. 34.

menos executada em conformidade com a lei; b) objetivo legítimo; c) se a medida foi necessária em uma sociedade democrática.

No caso, pode ser feito o destaque para o trecho da sentença em que, analisando a necessidade da medida de investigação do crime de difamação, a Corte arguiu que a tarefa do tribunal internacional, no exercício de sua competência de fiscalização, não é de tomar o lugar das autoridades competentes, mas sim rever as decisões que, porventura violarem preceitos previstos na Convenção Europeia de Direitos do Homem, quando entregues ao poder de apreciação do Estado. Deve então a Corte, à luz do caso como um todo, avaliar se a medida tomada pelo Estado foi proporcional ao objetivo legítimo perseguido e se os motivos indicados pelas autoridades nacionais são suficientes e relevantes. Por tais motivos, no caso em questão, o TEDH declarou que houve violação por parte do Estado Francês do direito de liberdade de expressão, devendo este arcar com uma indenização às partes prejudicadas.

Ainda dentro dessa esfera de atuação, mais precisamente no que concerne ao direito democrático de livre reunião e associação previsto no artigo 11¹⁰⁵ da Convenção Europeia, o destaque pode ser dado aos casos do *Partido Comunista Unificado da Turquia vs. Turquia*¹⁰⁶, julgado em 2005 e *Tüm Haber Sem y Cmar vs. Turquia*¹⁰⁷, julgado em 2006. O primeiro deles 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

¹⁰⁵ Artigo 11. Liberdade de reunião e de associação 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação, incluindo o direito de, com outrem, fundar e filiar-se em sindicatos para a defesa dos seus interesses. 2. O exercício deste direito só pode ser objeto de restrições que, sendo previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros. O presente artigo não proíbe que sejam impostas restrições legítimas ao exercício destes direitos aos membros das forças armadas, da polícia ou da administração do Estado. 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 . Acesso 08 out 2014.

¹⁰⁶ O inteiro teor da decisão encontra-se disponível no seguinte sítio eletrônico: [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#{\) CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Partido Comunista Unificado da Turquia vs. Turquia**. Sentença de 2005. Acesso 05 nov 2014.

¹⁰⁷ O inteiro teor da decisão encontra-se disponível no seguinte sítio eletrônico: [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#{\) CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Tüm Haber Sem y Cmar vs. Turquia**. Sentença de 15 de julho de 2006. Acesso 05 nov 2014.

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.

Da mesma forma, o caso *Tüm Haber Sem y Cmar vs. Turquia*, que envolve o direito de liberdade sindical. Na situação, o Governo turco justifica o fechamento de sindicatos com base em previsões da legislação trabalhista interna, a qual não permite que funcionários criem sindicatos. A Corte, na análise da situação, também asseverou que houve violação do artigo 11, mesmo que neste existam ressalvas em relação à liberdade de associação de membros das Forças Armadas, da Polícia e da Administração do Estado. Contudo, essas limitações devem ser interpretadas pelos Estados, dentro da sua margem de apreciação, de maneira restrita.

Se esses casos expostos ilustram exemplos de margem nacional de apreciação 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. Isso porque as autoridades nacionais, em uma concepção semelhante à de juiz natural no processo, estariam mais bem situadas que o juiz internacional para avaliar qual é o interesse geral de uma comunidade nessa seara¹⁰⁸.

A proteção internacional dos direitos de propriedade encontra-se no artigo 1º¹⁰⁹ 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 Roca¹¹⁰, 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

¹⁰⁸ CONTRERAS, op. cit. p. 40.

¹⁰⁹ Artigo 1. Proteção da propriedade Qualquer pessoa singular ou coletiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional. As condições precedentes entendem - se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas. 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 . Acesso 08 out 2014.

¹¹⁰ ROCA, op. cit. p. 127.

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*¹¹¹, 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 determina como círculo mediano, vez que contém temas em que o posicionamento do Tribunal de Estrasburgo em relação à margem nacional de apreciação 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 por parte dos doutrinadores já referidos no capítulo anterior um critério de unificação, se apresenta o embate entre o universalismo de alguns direitos previstos nos marcos normativos internacionais de direitos humanos – com destaque para a Convenção Europeia 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 9º¹¹² da CEDH, temos duas decisões emblemáticas do Tribunal de Estrasburgo: o caso *Lautsi vs.*

¹¹¹ O inteiro teor da decisão encontra-se disponível no seguinte sítio eletrônico: [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#{) CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Back vs. Finlândia**. Sentença de 13 de novembro de 2002. Acesso 05 nov 2014.

¹¹² Artigo 9. 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem. CONVENÇÃO EUROPEIA PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO

*Itália*¹¹³, julgado em 2011 e o caso *Leyla Sahin vs. Turquia*¹¹⁴, julgado em 2005. Isso porque 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 italiana, a qual 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. Para o TEDH, portanto, 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.

HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS, 1950. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso 08 out 2014.

¹¹³ O inteiro teor da decisão encontra-se disponível no seguinte sítio eletrônico: [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#{) CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Lautsi vs. Itália**. Sentença de 18 de março de 2011. Acesso 05 nov 2014.

¹¹⁴ O inteiro teor da decisão encontra-se disponível no seguinte sítio eletrônico: [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#{) CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Leyla Sahin vs. Turquia**. Sentença de 10 de novembro de 2005. Acesso 05 nov 2014.

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 Kratochvil¹¹⁵ 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 Vila¹¹⁶ 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

¹¹⁵ KRATOCHVIL, op. cit. p. 330.

¹¹⁶VILA, op. cit. p. 10.

européu 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 alguns¹¹⁷ 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 irreduzível 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 ausência de parâmetros e de critérios por parte do Tribunal de Estrasburgo (ausência constatada por diversos doutrinadores trazidos ao longo deste trabalho e exemplificada de modo sintético através da análise de casos emblemáticos envolvendo liberdade religiosa) no julgamento de direitos humanos quando vinculados a questões culturais demonstram que no campo prático ainda há muito para avançar no processo de síntese entre o universalismo dos direitos humanos e o relativismo dos direitos culturais.

¹¹⁷ BRUM et SALDANHA, Op. cit..

CONCLUSÃO

Slavoj Zizek¹¹⁸ certa vez afirmou que o papel do filósofo não é o de propor iniciativas capazes de mudar o mundo ou as situações em curso, mas de observar e interpretar a realidade que é posta. A pretensão deste trabalho não difere da conceituação de filósofo por Zizek. Isso porque, em nenhum momento busca-se apresentar alternativas fortes para resolver problemas postos, mas sim, almeja-se observar sob um amplo espectro os reflexos da mundialização dentro do Direito e, de modo específico, como atua o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no que concerne à aplicação da figura da Margem Nacional de Avaliação.

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 na atualidade 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 ordenado invariavelmente é um direito comum, cujo alicerce se encontra nos direitos humanos. No contexto europeu, de convivência simultânea de uma “pequena Europa” e de uma “grande Europa”, embora o direito comunitário já tenha se consolidado, sendo um modelo *sui generis* para todo o globo, ainda é preciso avançar, no âmbito da “grande Europa” ou do sistema regional europeu dos direitos do homem, para a criação de um direito comum.

Nesse sentido, parece indiscutível que a base de um direito comum europeu seja alicerçada na proteção dos direitos humanos em sua dimensão moral mínima, ou no que Delmas denomina de 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 que convivem na Europa, 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

¹¹⁸ ZIZEK, Slavoj. **A visão em paralaxe**. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008.

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 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. Estaríamos próximos, portanto, de uma definição de direitos humanos inderrogáveis ou de um mínimo ético universal, proposto por Delmas e já idealizado por Kant em sua premissa de direito cosmopolítico.

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 Tribunal de Estrasburgo, 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.

REFERÊNCIAS

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.

_____. Direitos humanos na globalização. In BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente. (Org). **Direitos humanos em evolução**. Joaçaba. Ed. Unoesc, 2007. p. 13-35.

BARRETO, Vicente de Paulo. Direito Cosmopolítico e Direitos Humanos. In **Espaço Jurídico Journal of Law**. N. 2. Vol. 11. 2010. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1949/1017>. Acesso 30 out 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. Acesso 05 nov 2014.

BRUM, Márcio Morais; 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.(No prelo para publicação).

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, 1999a.

_____.**A era da informação: economia, sociedade e cultura**. A sociedade em rede. Vol. 1. 5 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999b.

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 . 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. 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 Tùm Haber Sem y Cmar vs. Turquia.** Sentença de 15 de julho de 2006. 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#{). 2006. Acesso 05 nov 2014.

_____. **Caso July and Sarl Libération vs. France.** Sentença de 14 de fevereiro de 2008. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-85084#{"itemid":\["001-85084"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-85084#{). 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.

_____. **Caso Gutsanovi vs. Bulgária.** Sentença de 15 de outubro de 2013. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-126982#{\"itemid\":\[\"001-126982\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-126982#{\). 2013. Acesso 05 nov 2014.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Cristian. **COMMUN:** essai sur la revolution au XXeme siècle. Paris: La découverte, 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.

FARENZENA, Suélen. Costa versus ENEL – O primado do Direito Comunitário e a mudança de paradigma: o Estado em rede europeu. **Revista da SJRJ.** Vol. 19, nº34. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/338/296. Acesso: 01 out 2014.

FERREIRA, Siddharta Legale. Internacionalização do Direito: reflexões críticas sobre seus fundamentos teóricos. In **Revista SJRJ.** Vol. 20, n. 37, 2013.

FINNIS, John. **Ley natural e derechos naturales.** Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2000

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos humanos e integração regional: algumas considerações sobre o aporte dos tribunais constitucionais.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextaEncontroConteudoTextual/anexo/Brasil.pdf>. Acesso 01 out 2014.

HOBSBAWN, Eric. **A era dos extremos:** o breve século XX. 1941-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ITZCOVITCH, Giulio. One, None and One Hundred Thousand Margins of Appreciations: The Lautsi Case. In: **Human Rights Law Review.** Oxford Journals, 2013. Disponível em: <http://hrlr.oxfordjournals.org/content/13/2.toc>. Acesso 04 nov 2014.

KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua.** Tradução Bárbara Kristen - Rianxo : Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.

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.

MAHORNEY, Paul. Marvellous richness diversity or individual cultural relativism. In **Human Rights Law Journal**. Vol. 19 núm. 1, 30 de abril de 1998.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **União Europeia**: processos de integração e mutação. 1ªed. 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2003.

PAREKH, Bhikhu. Pluralist universalism and human rights. In: SMITH, Rhona K. M.; ANKER, Cristien van den. **The essentials of human rights**. London: Oxford University Press, 2005.

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.

PRINO, Carla Sofia Abreu. Relações entre TJUE e TEDH no contexto de adesão da UE à CEDH. **Debater a Europa**. Número 4 Janeiro/Junho 2011. Disponível em <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/>. Acesso 10 out 2014.

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](http://e-spacio.uned.es/revistasuned/index.php/TRC/article/view/6778). Acesso 02 nov 2014.

SALDANHA, Jânia Marial Lopes; BRUM, Márcio Morais; MELLO, Rafaela da Cruz. A Assincronia do Direito e o Caso Araguaia: Uma análise da Decisão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro na ADPF 153 e do Julgamento do Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: André Karam Trindade; Angela Araujo da Silveira Espindola. (Org.). **Direitos Fundamentais e Espaço Público**. 1ed. Passo Fundo - RS: Editora IMED, 2011, v. 2, p. 37-61.

_____ ; 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, Milton. **Técnica, Espaço, Tempo**: Globalização e meio técnico-científico-informacional. 5ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013. p. 45.

SILVA, Karine de Sousa. De Paris a Lisboa: sessenta anos de integração europeia. In: SILVA, Karine de Souza. **Mercosul e União Europeia**: O Estado da arte dos processos de integração regional. Florianópolis: Editora Modelo, 2010.

_____. União Europeia: antecedentes e evolução histórica. In: SILVA, Karine de Souza; COSTA, Rogério Santos da. (Org) **Organizações Internacionais de Integração Regional**: União Europeia, Mercosul e UNASUL. Florianópolis: Ed. Da UFSC: Fundação Boiteux, 2013.

TRATADO DE MAASTRICHT, 1992. Disponível em: http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_on_european_union/treaty_on_european_union_pt.pdf. Acesso 15 out. 2014.

TRATADO DE LISBOA, 2007. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT>. Acesso 16 out 2014.

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 em la esfera internacional**. 2013. Disponível em: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Iglesias_CV_Sp_20130314.pdf. Acesso 01 nov 2014.

XAVIER, Ana Isabel. Os Direitos Fundamentais no “diálogo europeu”: de Nice a Lisboa. In **Debater a Europa**, n. 9 julho/dezembro 2013. Disponível em: <http://europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/images/n9/axavier.pdf>. Acesso em 03 out 2014.

ZIZEK, Slavoj. **A visão em paralaxe**. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008.