

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**TEORIA DA MARGEM DA APRECIÇÃO NACIONAL: A SUBSIDIARIEDADE NA
SUA MAIS ALTA EXPRESSÃO NO DIREITO INTERNACIONAL**

Gustavo Martinez Borges

Presidente Prudente/SP

2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**TEORIA DA MARGEM DA APRECIÇÃO NACIONAL: A SUBSIDIARIEDADE NA
SUA MAIS ALTA EXPRESSÃO NO DIREITO INTERNACIONAL**

Gustavo Martinez Borges

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral.

Presidente Prudente/SP

2017

**TEORIA DA MARGEM DA APRECIÇÃO NACIONAL: A SUBSIDIARIEDADE NA
SUA MAIS ALTA EXPRESSÃO NO DIREITO INTERNACIONAL**

Monografia aprovada como requisito
parcial para a obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Sérgio Tibiriçá Amaral
Orientador

Caíque Tomaz Leite da Silva
Examinador

Marcelo Silva Martins Pinto Gonçalves
Examinador

Presidente Prudente, 17 de Novembro de 2017.

Não sou nada
Nunca serei nada
Não posso querer ser nada
À parte isso, tenho em mim
todos os sonhos do mundo [...]

Tabacaria - *Álvaro de Campos*

AGRADECIMENTOS

Em primeiro momento, e acima de tudo, gostaria de agradecer à minha família. Pai, Mãe e irmão, vocês são exemplos de pessoas a serem seguidos e que nunca mediram esforços para permitirem que eu chegasse onde cheguei.

Em segundo lugar, a todos os meus amigos e colegas que sempre foram muito solícitos e que de alguma forma contribuíram para a minha formação acadêmica e pessoal, especialmente ao Eduardo de Mendonça Santana e à Elisandra Cavalcante Colnago, irmãos que a graduação me deu e que serei eternamente grato ao carinho e companheirismo. De certo, não estarei sendo precipitado ao afirmar que a amizade de vocês me acompanhará ao longo da minha vida.

Aos membros do grupo de estudo que prepara os alunos da graduação para a competição que ocorre na *American University* em Washington DC., motivo de orgulho e motivação. Graças a vocês, tive a oportunidade de participar da maior experiência acadêmica que já me foi fornecida. Em especial, à minha parceira de viagem Alexia Domene Eugênio e ao nosso eterno treinador, Lucas Octávio Noya dos Santos. Pessoas nas quais deposito muito carinho e admiração, sem vocês, o grupo jamais teria chegado onde chegou, se hoje estamos obtendo algum sucesso, ele deve ser atribuído a vocês.

Ao meu orientador Professor Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral o qual eu tenho um carinho em especial, seja por ter acompanhado toda minha trajetória até aqui ou pelo expressivo conhecimento do direito internacional. Ao Professores Ms. Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues e Caíque Tomaz Leite da Silva, exemplos tanto no profissionalismo quanto na carreira acadêmica. Quanto ao meu chefe, Dr. Promotor de Justiça Marcelo Silva Martins Pinto Gonçalves, gostaria de deixar meus agradecimentos por esses anos me supervisionando durante as minhas atividades perante a Primeira Promotoria de Pirapozinho – SP, pessoa da qual extraí muito conhecimento, teórico e prático, de direito penal e direito processual penal, além de algumas lições para a vida.

A todos que de alguma forma influenciaram na minha vida de uma forma positiva, deixo um muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho tem como foco principal a análise da Teoria da Margem da Avaliação. Doutrina essa que surgiu, de maneira pujante, na Corte Europeia de Direitos Humanos e que está se disseminando para outros tribunais internacionais. Notou-se a grandiosíssima influência que a subsidiariedade exerce perante todo o direito internacional, sendo o maior fundamento para a concessão de uma deferência ao Estado. A margem da avaliação, originária na Corte Europeia, surge e com ela uma série de nuances. A legitimação democrática, a expertise dos Estados e a prática dos Estados contratantes são fatos que influenciam na deferência concedida pela Corte Europeia de Direitos Humanos. A subsidiariedade foi, em primeiro momento, esculpida pelos estudiosos da igreja católica. Em encíclicas como *rerum novarum* e *quadregésimo anno* os Papas Pio XI e Leão XIII enfrentaram o tema no intuito de combater as ideias socialistas que estavam chegando na Europa. A Teoria da Margem da avaliação é apenas uma ramificação da noção de subsidiariedade que norteia o direito internacional entre suas relações com os Estados e a comunidade internacional. As formas que a teoria expressa são, segundo a doutrina mais balizada, três: quando o ato é praticado sob uma legitimação democrática, em razão da expertise dos Estados e diante da prática comum entre os Estados. Ao final, percebe-se que a teoria da margem da avaliação não é aplicável em um sistema de proteção de direitos humanos específico, mas sim, haja vista que sua origem está calcada em um princípio universal, a sua aplicação assim também a será.

Palavras-chaves: Subsidiariedade, Teoria da Margem da Avaliação Nacional, Cortes Internacionais.

ABSTRACT

The main focus of this work is to analyze the theory of the margin of appreciation. This doctrine was born in the European Court of Human Rights and is spreading to other international courts. It was noted the great influence that the subsidiarity exercises towards the whole international law, being the first groundwork for the concession of a deference to state. The margin of appreciation emerges with nuances. The democracy legitimation, the states' expertise and the common practice of states are the most viewed elements that influence into the deference given by the European Court of Human Rights. The subsidiarity was, in the first moment, sculpted by scholars of the catholic church. In encyclicals such as *rerum novarum* and *Quadragesimo anno* the Popes Pius XI and Leo XIII faced the theme in order to combat the ideas socialists that were arriving in Europe. The theory of the margin of appreciation is just an offshoot of the notion of subsidiarity which guides the international law between their relations between the Member States and the international community. The ways in which the theory expressed are, according to the doctrine, three: when the act is practiced under a democratic legitimacy, because of the expertise of the Member States and before the common practice among Member States. In the end, we realize that the theory of the margin of appreciation is not applicable in a specific system of protection of human rights, but, considering that its origin is rooted in a universal principle, your application so it will be.

Keywords: Subsidiarity, Margin of Appreciation National Theory, International Courts.

LISTA DE ABREVIATURAS

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos.

CEDH – Convenção Europeia de Direitos Humanos.

CVDT – Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados de 1969.

CtEDH – Corte Europeia de Direitos Humanos.

CtIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. ORIGEM DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE	12
3. UMA QUESTÃO DE SOBERANIA	18
4. A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL	24
4.1 Abertura Constitucional	30
4.1.1 Dualismo jurídico	31
4.1.2 Monismo jurídico	35
4.1.2.1 Monismo nacionalista	35
4.1.2.2 Monismo internacionalista	38
4.1.2.3 Monismo internacionalista dialético	41
4.2 Clausulas de Diálogo	41
5. TEORIA DA MARGEM DA APRECIÇÃO NACIONAL	44
5.1 Deferência no Direito Internacional dos Direitos Humanos	46
5.2 Justificando a Margem da Avaliação	50
5.2.1 Legitimação democrática	50
5.2.2 Prática entre os estados contratantes	57
5.2.2.1 Falta de consenso	59
5.2.2.2 Prática comum em favor das alegadas vítimas	60
5.2.2.3 Prática comum em favor do estado	61
5.2.3 Expertise das autoridades nacionais	62
6. TEORIA DA MARGEM DA APRECIÇÃO NA CtIDH	66
7. CONCLUSÃO	68
Referências Bibliográficas	70

1 INTRODUÇÃO

A noção da subsidiariedade remonta tempos antigos, em primeiro momento foi encabeçada pelo filósofo grego Aristóteles, o qual atribuiu ao ser humano a noção de ser gregário. A divisão da cidade foi seguida por Althusius. Este dizia que o ser humano é simbiótico e vive entre vários grupos, tendo cada grupo sua hierarquia específica. Posteriormente foi tratado sobre o desenvolvimento que o Papa Pio XI a partir da encíclica *rerum novarum* de Leão XIII. Ao tratar sobre os direitos sociais dos trabalhadores, este afirmou categoricamente a existência de uma relação de complementariedade e subsidiariedade entre o estado e seus súditos.

Ulteriormente, haja vista que a relação entre os estados e o direito internacional tem íntima conexão com a soberania, foi feita uma análise sobre sua evolução histórica, pontuando os conflitos entre o clero, império e senhores feudais para alcançar o título de soberano. Percebeu-se que, naquele tempo, a soberania era um conceito absoluto e se confundia na figura daquele que exercia o poder. Conceito este que foi modificado posteriormente após a solidariedade entre as nações para evitar um segundo conflito mundial.

Como corolário dessa solidariedade entre os estados, abordamos, a partir da nova conceituação da soberania, a qual ficou definida como a capacidade de se autolimitar, como os estados devem reger sua política através de uma concepção kantiana. Levou-se em consideração a necessidade de olhar o ser humano como um fim em si mesmo de maneira que as políticas sejam voltadas para assegurar a proteção dos direitos humanos daqueles. Paralelamente, tratou-se também dos empecilhos jurídicos que impediam uma ampla abertura constitucional para o direito internacional.

A forma com que o direito interno se relaciona com o direito internacional foi amplamente discutido do capítulo seguinte. Explicou-se a teoria dualista e a teoria monista, e suas variações, como o monismo nacionalista, monismo internacionalista e monismo dialético. Não obstante, tentou-se sistematizar uma série de críticas a cada teoria a partir de diferentes pontos de vista.

Ao final, em razão do que foi exposto nos tópicos antecedentes, unindo a ideia do monismo dialético em conjunto a subsidiariedade do direito internacional, surgiu a deferência que é concedida ao direito internacional. Desta forma, percebeu-se que a teoria da margem da apreciação nacional surgiu como forma de conciliar as

ideias de subsidiariedade e proteção dos direitos humanos. Ao longo dos capítulos seguintes, analisou-se as formas que a teoria se expressa e quais os fatos externos que autorizam certa deferência aos estados.

2 ORIGEM DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Não há certezas com relação ao nascimento do princípio da subsidiariedade. A doutrina, entretanto, aponta algumas origens mais remotas. Segundo Chantal Millon-Delsol os primeiros traços advêm de Aristóteles e São Tomás de Aquino. Aristóteles trabalha uma ideia inicial de camadas sociais em que não há sobreposição entre elas, mas sim complementariedade e subsidiariedade. São Tomás de Aquino, por sua vez, apresenta algumas justificações complementárias à teoria inicial do filósofo grego. (1993, p. 9).

Aristóteles aponta que o homem é por natureza um ser social, atestando, de certa maneira, a impossibilidade de uma vida isolada. Segundo o autor “aquele que não precisa dos outros homens, ou não pode resolver-se a ficar com eles, ou é um deus, ou um bruto” (2006, p. 13). A realização da natureza social humana ocorre no exato momento em que o homem consegue viver em uma comunidade política (RAMOS, 2014, p. 65).

Desta forma, o Estagirita¹ afirma que a sociedade é constituída por diversos pequenos burgos, formando uma cidade completa. (2006, p.12) O Estado se coloca antes das famílias e antes de cada indivíduo, pois “o todo deve, forçosamente, ser colocado antes da parte”. (2006, p. 13)

Complementando o raciocínio – e traçando, inconscientemente, as primeiras balizas que milênios depois se desenvolveriam e se transformariam no que conhecemos por subsidiariedade - o fim último da sociedade é pertencer a natureza², isto é bastar-se a si. (Aristóteles, 2006, p. 12). Entretanto, não é qualquer associação que faz o estado, mas sim aquela “que faz participar as famílias e os seus descendentes da felicidade de uma vida independente, perfeitamente ao abrigo da miséria”. (2006, p. 87).

Há, portanto, uma relação de subordinação entre o grupo maior (Estado) dos grupos menores (família e indivíduo), que somente juntos conseguem alcançar o “bem-viver”. Essa mesma espécie de escalonamento é repetida pelo alemão Johannes Althusius, o qual é clamado por muitos como o primeiro federalista que se

¹ Aristóteles também é assim chamado. Segundo os registros históricos, o filósofo nasceu na cidade de Estagira, uma antiga cidade na Macedônia.

² Quanto o autor utiliza a palavra “natureza” ele pretende ilustrar um status em que o homem consegue auferir um grau máximo de desenvolvimento, portanto, tudo que pertence à natureza é perfeito.

sabe. Aprendeu muito com Aristóteles, inclusive muito da obra de seu predecessor está em suas escritas.

Assim como o filósofo grego, Althusius começa o primeiro capítulo da sua obra, dizendo que a “política é a arte do homem se associar (*consciandi*) para o propósito de estabelecer, cultivar e conservar a vida social entre eles” (2013, I,1). Não diretamente, porém implicitamente, o alemão aceita afirmação de Aristóteles que o homem é um animal social. Ainda, explicando o motivo, afirma que a associação não é algo que está no plano do querer, mas sim da necessidade, pois nenhum ser humano basta em si, como exemplo, ele traz a figura do nascimento. Neste momento chegamos ao mundo pelados e indefesos assim como se estivéssemos perdidos nos pertences de náufragos (2013, I, 4) de maneira que sem a intervenção de um terceiro, para prover nossas necessidades básicas, não sobreviveríamos.

Desta forma ele consegue ilustrar de uma maneira prática o real motivo do homem ser social por natureza, pois, desde o seu nascimento, já depende de outros. Althusius atribui ao instituto da associação o nome simbiose, dizendo que “the end of political ‘symbiotic man is holy, just, comfortable, and happy symbiosis, a life lacking nothing either necessary or useful³” (2013, I, 3).

Como dissemos anteriormente, Althusius separa a sociedade em várias camadas, sendo elas: a família, o *collegium*, a cidade, a província e o Estado. Elas foram trabalhadas, respectivamente, nos capítulos II ao III, IV, V ao VI, VII ao VIII e IX. Passemos para a explicação de cada uma delas e logo perceberemos no que consiste a subsidiariedade para o autor.

Em proêmio tece algumas considerações a respeito da divisão existente entre associações privadas e públicas. Percebemos no decorrer do texto que as simbioses privadas pertencem a um nível mais baixo, enquanto as públicas estão em um nível mais elevadas. Ainda, percebe-se um auto grau de autonomia atribuídas às essas esferas. Os graus sucessivos existentes na sociedade de Althusius são estabelecidos através de pactos políticos, estes são necessários para que a autonomia subsista ao reivindicar proteção e ajuda para as esferas superiores. (DESOL, 1993, p.14).

À família o autor atribui a qualidade de sociedade primária, assim como as outras que são derivadas dela (ALTHUSIUS, 2013, II, 2). Esta modalidade de

³ O fim do homem político simbiótico é sagrado, justo, confortável e uma simbiose feliz, uma vida que não falta nada, sequer necessário ou útil (Tradução Nossa).

simbiose é dividida em natural e civil. “The private and natural symbiotic association is one in which married persons, blood relatives, and in-laws, response to a natural affection and necessity, agree to a definite communication among themselves.”⁴ (2013, II, 14). A família é a forma primária e a associação de parentes é a forma derivada daquela.

Ainda nas associações privadas, porém passando da natural para a civil, o próximo escalonamento é o *collegium*. É formado por pessoas agregadas de acordo suas próprias vontades para servir à comunidade fornecendo utilidades e necessidades para a vida humana (2013, IV, 1). Essa simbiose civil é formada por ao menos três homens que tem algo em comum, seja profissionalmente ou comercialmente.

Dentre eles sempre existirá um líder, assim como existe o *paterfamilia*, o presidente deste grupo será superior ao individual entretanto inferior à unidade dos colegiados. (2013, IV, 7). Isto serve para garantir uma correta administração, de forma que a autoridade seja limitada pelo todo, pois, conforme dito anteriormente, as sociedades civis são pautadas no consentimento.

Posteriormente, a cidade aparece como a primeira comunidade pública. “The Community is an association formed by fixed laws and composed of many families and *collegia* living in the same place.”⁵ (2013, V, 8). Novamente verificamos uma forma de controle, pois da mesma forma que existe no *collegium*, o prefeito exerce autoridade sobre os indivíduos, mas não sobre todos os cidadãos coletivamente. (2013, V, 22). Ora, aplique essa ideia para a estrutura dos órgãos internacionais: o direito internacional consegue exercer controle sobre um Estado, no entanto, não consegue exercer a influência sobre todos os Estados porque estes criam aquele.

Logo em seguida aparece as províncias que são simbioses que contêm em seu território várias vilas, cidades e aldeias que estão sendo administradas pela mesma ordem cogente. (2013, VII, 1). Por chegamos ao que o autor chama de comunidade universal. Ela é formada por todas as estruturas abordadas

⁴ A associação simbiótica privada e natural é aquela em que pessoas casadas, parentes de sangue e sogros, respondem a um afeto natural e necessidade, concordam com uma comunicação definitiva entre eles (tradução nossa).

⁵ A Comunidade é uma associação formada por leis fixas e composta por muitas famílias e colégios que vivem no mesmo lugar (Tradução nossa).

anteriormente, as formas inferiores são responsáveis pela formação das superiores, e não o inverso. (2013, IX, 3).

Percebam que o Estado é realmente superior a todas as províncias quando olhadas separadamente, entretanto, se medir forças contra todas as províncias, estará fadado ao fracasso. Desta forma, nota-se alguns elementos que estão presentes no federalismo.

Não há como falar de subsidiariedade sem tecer alguns parágrafos relacionando os dois institutos, há uma íntima ligação. Contudo, abordaremos sobre o tema nos próximos capítulos, por enquanto, nos limitaremos em dar continuidade à linha histórica do desenvolvimento da noção de subsidiariedade.

Em 1891 o Papa Leão XIII escreveu uma carta encíclica sobre a condição dos operários intitulada *Rerum Novarum*. Em primeiro momento, ele faz críticas ao movimento socialista, pois iria contra a um direito natural: o direito de propriedade.

De acordo com a santidade, essa proposta de igual repartição das riquezas mais prejudicaria o operário do que o ajudaria. O trabalhador tem como fim imediato, através do salário, é conquistar um bem e o possuir como próprio. Assim:

[...] esta conversão da propriedade particular em propriedade coletiva, tão preconizada pelo socialismo, não teria outro efeito senão tornar a situação dos operários mais precária, retirando-lhes a livre disposição do seu salário e roubando-lhes, por isso mesmo, toda a esperança e toda a possibilidade de engrandecerem o seu patrimônio e melhorarem a sua situação (Leão XIII, 1891, p.15).

Como solução para o conflito entre a classe operária e os industriais, o Papa desenvolve um raciocínio pautado na intervenção subsidiária do Estado. Seu silogismo inicia com a mesma premissa que Aristóteles já havia estabelecido há dois milênios atrás, o homem é um “animal sociável em grau mais elevado que as abelhas e todos os outros animais que vivem reunidos” (ARISTÓTELES, 2006, p. 13). Leão XIII diz: “A experiência que o homem adquire todos os dias da exiguidade das suas forças, obriga-o e impele-o a agregar-se a uma cooperação estranha” (1891, p. 40).

Desta inclinação agregária nasce primeiro a sociedade civil, esta seria o todo, o fim, o grupo que engloba todas as outras sociedades particulares e públicas que nascem em seu bojo. O fim desta sociedade é o mesmo, falando em termos gerais, que foi dito por Althusius e Aristóteles, o bem comum (1891, p. 40). Aquelas

sociedades fundadas em fins honestos não podem ser consumidas pelo poder público.

Os poderes públicos, não podem, pois, legitimamente, arrogar-se nenhum direito sobre elas, atribuir-se a sua administração e caso de necessidade, defende-las. Justamente o contrário é o que nós temos sido condenados a ver, principalmente nestes últimos tempos, Em não poucos países, o Estado tem posto mão nestas sociedades, e tem acumulado a este respeito injustiça sobre injustiça: sujeição às leis civis, privações do direito legítimo de personalidade e espoliação dos bens (LEÃO XIII, 1891, p. 41).

Se, eventualmente, tantos os interesses gerais quanto os particulares estiverem sendo lesados, ou até mesmo ameaçados, e não for possível o grupo resolver isto de outro modo, seria necessário recorrer ao poder público. Sob essa óptica, os direitos dos operários devem ser religiosamente assegurados pelo estado, protegendo e, se necessário, vingando-os. (LEÃO XIII, 1891, p. 33) O direito à propriedade deve ser protegido através de leis sábias, somente intervindo o Estado quando os esbulhadores forem mais fortes do que o lesado (1891, p. 34). De igual forma, é necessário assegurar através da legislação o repouso intrajornada, proteção do trabalho infantil e da mulher e um salário justo.

Quanto a esse último ponto, Leão XIII faz alguns apontamentos interessantes: o operário é totalmente livre para aceitar o valor acordado com o patrão, devendo este pagar e nada mais poderá lhe ser cobrado. Entretanto, esse montante pode sofrer modificações de um grupo superior, isso em razão de um receio de um mal maior que pode acometer o operário, que se propõe a aceitar condições de trabalho desumanas, nesta hipótese a intervenção do poder público é necessária (1891, p. 38).

Quarenta anos depois, Pio XI escreveu a carta encíclica *Quadragesimo Anno*. Foi uma verdadeira homenagem à “Magna Carta” de Leão XIII. (Pio XI, 1931, p. 63). A grande contribuição do papa à teoria de Leo XIII consiste na maior clareza em que expõe os dois aspectos - negativo e positivo – da subsidiariedade. Como podemos perceber nesse trecho:

Assim como é injusto subtrair dos indivíduos o que eles podem efetuar com a própria iniciativa e indústria, para o confiar à coletividade, do mesmo modo passar para uma sociedade maior e mais elevada o que sociedades menores e inferiores podem conseguir, é uma injustiça, uma grave dano e perturbação de boa ordem social. O fim natural da sociedade e da sua ação é coadjuvar os seus membros, não destruí-los nem absorvê-los (PIO XI, 1931, p. 78).

Ao dizer que a ingerência, quase que arbitrária, pelo estado em assuntos particulares dos grupos menores ou do indivíduo é uma injustiça, ele expõe uma visão negativa da ideia. E continua:

Deixe, pois, a autoridade pública ao cuidado de associações inferiores aqueles negócios de menor importância, que a absorveriam demasiado; poderá então desempenhar mais livre, enérgica e eficazmente o que só a ela compete, porque só ela o pode fazer: dirigir, vigiar, urgir e reprimir, conforme o caso e a necessidade requeiram. Persuadam-se todos os que governam: quanto mais perfeita ordem hierárquica reinar entre as várias agremiações, segundo este princípio da função “supletiva” dos poderes públicos, tanto maior influência e autoridade terão estes, tanto mais feliz e lisonjeiro será o estado da nação (PIO XI, 1931, p. 78).

A função supletiva do Estado, portanto, consiste no auxílio prestado pelos órgãos públicos superiores quando os grupos menores não conseguem, por si só, coordenar a sua situação.

Até este ponto, o exame perfunctório da evolução histórica da ideia de subsidiariedade chegou em um patamar que nos consegue oferecer balizas suficientes para uma análise e desenvolvimento de uma teoria de aplicação do conceito no plano internacional, notadamente, no que tange as obrigações gerais do Estado presentes nas convenções internacionais de direitos humanos.

Importante ressaltar a ideia do bem comum que deve ser buscado por todas as sociedades, neste ponto, em que pese com terminologias diferentes, não há divergências entre os doutrinadores citados acima, a felicidade do indivíduo e a sua plena realização na comunidade é o fim de organização social. A questão será trabalhada novamente nos próximos parágrafos.

3 UMA QUESTÃO DE SOBERANIA

Não há como tratar de direito internacional e relações entre Estados sem antes passar pela discussão da soberania. A busca pela origem, assim como a sua conceitualização é incessante, de acordo com George Jellinek, esse conceito não foi descoberto pelos sábios, mas sim por forças muito poderosas, cujas lutas formaram seu conteúdo de séculos inteiros (1970, p. 327).

As disputas por territórios, bem como as disputas econômicas incessantes entre as três maiores potências da época, abalaram a Idade Média com inúmeros conflitos e disputa de poder.

Em um esforço de síntese, os traços iniciais do que viria ser soberania no futuro, surge nos conflitos durante os séculos X até XVI que envolveram o monarca contra a Igreja Católica, o Sacro Império Romano-Germânico e os senhores feudais. O primeiro comumente adentrava as esferas de atuação secular, o segundo se proclamava o mais alto poder no plano temporal (LEWANDOWSKI, 2004, p. 202) e os senhores feudais que furtavam a centralização do poder nas mãos do monarca.

Isso se deu devido à “escala feudal” que existia à época. Todos os duques, assim como os condes eram considerados vassallos do rei (KOMINSKY, 1960, p. 32). Dessa leitura podemos ser levados à uma pergunta precipitada, ora, se o rei era considerado senhor dos seus vassallos, por que não exercia uma influência centralizada sobre todos?

A resposta está na própria hierarquia feudal, da mesma maneira que os duques – os quais recebiam grandes porções de terras – eram vassallos do rei, eles também tinham vassallos (KOMINSKY, 1960, p. 32). Isso criou uma relação mediata entre o monarca e a maior parte da população.

Veremos mais tarde que a quebra desse convívio indireto foi um dos recursos utilizados por Luis VI no século XII para ascender à monarquia Francesa. (JELLINEK, 1970, p. 336). Haja vista que, em que pese, o rei estar acima nesta escala hierárquica, na realidade, os senhores feudais e o rei estavam em constantes guerra, como bem aponta Kominsky, no ano de 987 havia uma forte influência de duques e condes, chegando ao ponto de serem mais fortes que o monarca, o ducado de Normandia, por exemplo, era um dos domínios feudais mais poderosos no século X. (1960, p. 31). Portanto, não devemos nos iludir acreditando em apenas uma formatação medieval a qual colocava majestades, formalmente, em posição elevada

ao restante. Havia, na realidade, uma tamanha debilidade do poder real na França durante os séculos IX a XI.

A solução encontrada pelo monarca francês foi quebrar com a relação de imediatividade através da retomada dos feudos, essa reiteração das terras não se deu através de lutas armadas, muito pelo contrato, foi um processo um tanto quanto lento e totalmente pacifista. Luís VI ao receber de volta um feudo não usou dele para angariar um novo vassalo, mas tão somente o deixou no estado que estava. Ao longo do tempo, no final do século XIII, o rei já tinha expandido seus distritos judiciais de trinta e oito para noventa e quatro, aparecendo pela primeira vez que o rei é soberano em todo o seu reino sobre os barões (JELLINEK, 1970, p. 337).

Como dissemos anteriormente, os senhores feudais não eram os únicos inconvenientes que a realeza enfrentou, a igreja católica apostólica romana surgiu como grande interveniente nas políticas do poder temporal, o qual era reclamado para si.

Por volta do século XI, através de atos do papa Gregório VII, a igreja começou a impor exigências a qualquer governante na Europa, sendo considerado como um dos maiores defensores da supremacia do papa, advogava possuir o monopólio da supremacia temporal e eclesiástica. Em 1075 editou o pronunciamento o qual ficou conhecido como "*dictatus papae*", em seu bojo, pontuava que a igreja, não só poderia, como deveria julgar reis e imperadores pecadores. De mais a mais, excomungou Henrique IV o qual, arrependido, viajou até o norte da Itália na cidade de Canossa para pedir perdão ao papa, tal ato foi um símbolo marcante de submissão da monarquia ao clero (LEWANDOWSKI, 2004, p. 202).

No entanto o ápice do poder eclesiástico se deu durante os anos de 1198 a 1216. Durante o ínterim o Papa Inocêncio III compartilhava das mesmas ideologias de Gregório, sendo assim, acreditava que poderia exercer autoridade sobre todo o povo e reino. (KOSMINSKY, 1960, p. 112). Ademais, foi a primeira autoridade do clero que aludiu ser o representante de deus sobre a terra, o poder que acumulou foi sucedâneo de uma grande aglutinação de propriedades e outras riquezas. Era comum, nesta época, a venda de indulgências e "absolvição de pecados" (1960, p. 113).

Em 1302 Bonifácio VIII publica uma obra que deu uma interpretação própria a teoria das duas espadas. Na época predominava, como foi explanado em linhas anteriores, que ao rei pertencia a espada do poder temporal e ao clero a espada

do poder espiritual. Ocorre que, o pontífice alterou esse entendimento dizendo que a primeira espada pertencia à igreja, contudo, poderia ser usado pelos reis desde que seu uso fosse empregado em favor da igreja. (LEWANDOWSKI, 2004, p. 203). Entretanto, após a morte do papa, Felipe IV, à época, logrou êxito ao eleger o seu conterrâneo Clemente V, não obstante, transferiu a sede pontifícia para uma cidade francesa, Avignon, a partir de então, o restante da Europa passou a ver as autoridades religiosa como mera massa de manobra da política francesa (2004, p. 203). Jellinek muito bem observa que Avignon representa, pela primeira vez desde os tempos dos Otomanos, a pujança do poder estatal sobre a igreja (1970, p. 331)

Além dos senhores feudais e a Igreja Católica Apostólica Romana, para se chegar a independência dos Estados, havia também a existência do império. O império arrogava para si o carácter de dominação, somente ele poderia ditar as leis, haja vista que carregava consigo a *plenitude potestais* e a integridade do poder monárquico (1970, p. 322).

Contudo, Lewandowski, muito acertadamente, intitula em seu livro o capítulo em que trata do Império Romano como “A ficção imperial”. Pontuou que o “Sacro Império Romano-Germânico, que representava outro grande obstáculo à emancipação dos estados na Idade Média, na verdade jamais passou de simples ficção jurídica, mesmo no apogeu de seu prestígio”. (2004, p. 205).

Tal postura do autor é explicada pela realidade totalmente diferente do que a teoria do Império pregava. França e Inglaterra davam de ombros para o Império, ademais, Veneza se considerava alheia a vontade do império, da mesma forma, algumas cidades da Itália, notadamente, Florença e Pisa se intitulava como “*civitates superiorem non recognoscentes*” (JELLINEK, 1970, p. 333).

Após estes parágrafos fica claro o porquê que Jellinek afirmou, no início deste capítulo, que não foram os sábios, mas sim forças muito poderosas que desenvolveram o conceito. Entretanto, a ideia de que a soberania é inabalável, ilimitada, intransponível, ou seja, um conceito absoluto, não nos serve mais.

Até mesmo para Jean Bodin, ao qual atribuía à soberania a característica de poder absoluto. Segundo ele, o Príncipe não está sujeito a nenhuma lei civil, seja sua ou dos seus predecessores (BODIN, 2011, p. 208). No entanto há uma limitação, se acaso disséssemos que soberano é aquele que tem poder absoluto e não está sujeito às leis, não existia soberano, pois, segundo o renomado autor, o príncipe encontra limitação nas leis divinas e da natureza, sendo estas inderrogáveis (2011, p.

205). Deste modo, assiste razão à Antígona ao descumprir a lei estabelecida por Creonte que ia contra as diretrizes divinas.

O soberano só assim será se a ele for destinado todo o poder e exercício da soberania, de modo que se é dada juntamente com encargos e condições ele não será o seu titular, mas sim aquele que lhe outorgou tal prerrogativa, pois apenas ao príncipe somente deve ser restrito a edição de éditos que contrariem as leis da natureza e divinas. (2011, p. 203). No mais, é comum que todas as espécies normativas editadas pelo soberano só têm força durante sua vida, salvo nos casos em que o sucessor de maneira expressa ou tácita confirmar sua obrigatoriedade (2011, p. 206).

Portanto, se os príncipes não estão obrigados perante a lei de seus predecessores, não seria coerente afirmar que eles estão sujeitos a suas próprias leis. Porém esta regra é absoluta? E se o Príncipe se compromete a respeitar as leis do Estado em que vai governar? Se faz essa promessa para si, a ela não está vinculado, no entanto, se acorda com algum súdito ou outro Príncipe, o pacto não pode ser quebrado. (BODIN, 2011, p. 208).

Percebe-se que existe uma diferença entre as leis e convenções. Em vista disso, ele está vinculado aos seus contratos, mas não às suas leis, sequer a de seus predecessores, isto posto

Não se deve confundir lei e contrato, pois a lei depende daquele que detém a soberania e que pode obrigar todos os seus súditos, mas não pode obrigar a si mesmo. Já a convenção é mútua entre o Príncipe e os súditos e obriga ambas as partes reciprocamente: uma das partes não pode contrariá-la em prejuízo e sem o consentimento da outra, e o Príncipe, neste caso, não está acima do súdito. Porém, ao cessar a justiça da lei que ele jurou guardar, ele não está mais adstrito à sua promessa, como dissemos - o que não podem os súditos entre si, se não forem dispensados pelo Príncipe. Fica bem entendido também que os Príncipes soberanos nunca prestam juramento de guardar as leis de seus predecessores, ou então não seriam soberanos (BODIN, 2011, p. 209).

Ademais, Lewandowski observa mais uma limitação, segundo o autor é possível notar que para Bodin existia uma distinção entre direito e lei, sendo o primeiro o senso comum do bom e do justo e lei como uma ordem do soberano no exercício do seu poder. Sendo assim, não está submetido às leis que ele próprio edita, todavia, está limitado com base no direito (2004, p. 228). Deixaremos de lado essa forma obsoleta de observar a soberania, já que não condiz com a novel realidade internacional.

A soberania que conhecemos hoje inicialmente se apresentava como uma propriedade negativa (BAPTISTA, 1998, p. 17). Ainda, como é notado por Jellinek:

La evolución histórica de la soberanía, nos demuestra que ésta significó la negación de toda subordinación o limitación del Estado por cualquier otro poder. Poder soberano de un Estado, es, por tanto, aquel que no reconoce ningún otro superior a sí; es, por consiguiente, el poder supremo e independiente⁶ (1970, p. 356)

Esse conteúdo negativo consistia na impossibilidade de reconhecer outro poder soberano além do Estado. Seria inconcebível aceitar que o Estado estivesse subordinado a algo ou alguém, caso isso ocorresse, a relativização da soberania, na verdade, seria traduzida como uma derrota.

Não é por outro motivo que esse carácter negativo perdurou por muito tempo. Outrossim, muito embora séculos tenham se passado, não seria estranho encontrar Estados se utilizando dessa característica negativa da soberania na atualidade, com subterfúgio para eximir-se de obrigações internacionais, notadamente aquelas que derivam das normas *jus cogens*, vez que, conforme sustentada pela doutrina majoritária, independe do aceite ou consentimento do Estado.

Em um enorme esforço de síntese Pedro Baptista Martins explica que posteriormente ela foi

[...] identificada por BODIN ao poder real, como *signum specificum* do Estado. O seu conteúdo tornou-se positivo. Sistematizando a teoria do absolutismo do príncipe, HOBBS acrescentou-lhe depois uma terceira significação, destacando-a da organização estatal para assimilá-la ao órgão supremo encarregado da direção dos negócios públicos. A soberania passou a residir na pessoa do próprio monarca. Destruindo o poder real, a Revolução Francesa, ao invés de eliminar o dogma da soberania, trasladou-o, ao contrário, com todas as suas características, para a nação, obediente ao influxo das doutrinas democráticas pregadas pelos adeptos de ROUSSEAU (1998, p. 18)

Após a primeira guerra mundial, a Europa estava devastada. Nesta esteira, os estadistas vencedores se reuniram em uma tentativa de evitar um novo conflito armado, o tratado de Versalhes foi o produto dessa reunião e uma primeira expressão que a soberania começava a tomar novos moldes.

⁶ A evolução histórica da soberania, mostra-nos que isso significava a negação de qualquer subordinação ou limitação do estado por qualquer outra força. O poder soberano de um Estado, é, portanto, o que não reconhece qualquer outro superior a si próprio; é, portanto, o poder supremo e independente (Tradução nossa).

Infelizmente, tais negociações não foram suficientes para impedir e arremeter outro conflito armado internacional, se a primeira guerra mundial foi desastrosa, a segunda foi pior ainda, tendo em vista o desenvolvimento do poder bélico ao longo do tempo.

Em 1945, pós armistício, através da Carta das Nações Unidas, criou-se o órgão internacional de mais alta relevância na atualidade. A partir de então, os estudos da relação entre o direito internacional e o direito interno expandiu-se e aprimorou-se.

No momento atual, devemos dar razão aos alemães, os quais entendem que a soberania não consiste mais em um poder ilimitado ou limitado do Estado, mas sim, o poder o qual o Estado pode se autodeterminar, se vinculando juridicamente às obrigações internacionais por si só.

Isto é, “um Estado soberano não pode haurir jamais as razões de sua ação fora do domínio de sua própria vontade. Fatos ou atos estranhos a essa mesma vontade nunca podem determiná-la, por isso mesmo que ela é soberana” (MARTINS, 1998, p. 19).

O que se pretende nos próximos parágrafos é superar o dualismo rígido e incoerente entre o direito internacional e o direito interno. O que se perceberá ao final é que não há uma repulsa necessária, assim como polos iguais de uma pedra de imã, mas sim uma relação de complementariedade e autonomia.

4 A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

A discussão doutrinária não serve para outra coisa senão aprimorar os conceitos e utilização prática dos institutos vigentes. Desta forma, o conceito de soberania, em que pese ainda muito debatido, evoluiu em conjunto com a sua relação com o direito internacional. Na óptica atual veremos que a soberania pode – e deve – andar de mãos dadas com a promoção dos direitos humanos, respeitando sempre a relação de subsidiariedade e complementariedade entre as organizações maiores e menores.

Para construir este raciocínio partiremos do que era afirmado historicamente pelos defensores do direito natural: a soberania é um conceito jurídico. (JELLINEK, 1970, p. 357). A relação entre o direito e o Estado consiste na seguinte assertiva: ao promulgar uma lei, ao mesmo tempo em que obriga os seus súditos, também vincula a atividade do estado àquela norma. (1970, p. 358) E é através desta relação que, muito brevemente tratamos aqui, George Jellinek define a soberania como:

Soberanía no indica ilimitabilidad, sino tan sólo facultad de determinarse por sí mismo exclusivamente, y por tanto, la autodeterminación del poder del Estado, no obligado jurídicamente por poderes extraños para instituir un orden dado sobre la base del cual solamente la actividad del Estado adquiere un carácter jurídico. Expresada en una fórmula breve significa, por tanto, la soberanía la propiedad del poder de un Estado, en virtud de la cual corresponde exclusivamente a éste la capacidad de determinarse jurídicamente y obligarse a sí mismo⁷ (1970, p. 361).

Percebe-se que a soberania é um instituto capaz de limitar as condutas do Estado, ou seja, as obrigações assumidas internamente e externamente pelo Estado são decorrência da característica de se autodeterminar.

Prosseguindo, o autor conclui parte de seu raciocínio dizendo que a soberania abrange dois aspectos, tanto o negativo quanto o positivo. O primeiro consiste na impossibilidade de limitar juridicamente sua própria vontade, através de um poder estranho. Esse poder estranho pode ser outro Estado ou até mesmo o

⁷ A soberania não indica ilimitabilidade, mas apenas o poder de determinar por si só e, portanto, a autodeterminação do poder do Estado, não legalmente vinculado por poderes estrangeiros, instituir um determinado ordem com base no qual apenas a atividade do Estado adquire um caráter jurídico. Expresso em uma fórmula breve, portanto, a soberania significa a propriedade do poder de um Estado, em virtude do qual ele próprio corresponde à capacidade de se determinar legalmente e de se forçar (Tradução nossa).

ordenamento jurídico internacional. De outro modo, a face positiva do conceito estabelece que: a soberania é uma capacidade exclusiva do poder do Estado, através de sua vontade soberana, de se submeter a uma obrigação. (1970, p. 361).

Ou seja, no tocante ao aspecto positivo, é necessário que o Estado manifeste seu consentimento para ser ver limitado pela esfera internacional, não é por outro motivo que o princípio do consentimento é um dos grandes pilares do *ius gentium*. Exemplos simples são capazes de mostrar a sua presença maciça desse princípio no quando se trata do direito internacional.

De acordo com as disposições da convenção de Viena, o Estado manifesta expressamente sua vontade de ver vinculado à instrumento internacional por duas vezes durante a sua elaboração. Em um primeiro momento na assinatura pelo chefe do executivo ou algum plenipotenciário, e posteriormente, quando há a ratificação do instrumento internacional. Outra situação em que o consentimento está presente é quando o Estado aceita a competência contenciosa de uma corte internacional. Essa clausula facultativa de reconhecimento da competência contenciosa das cortes internacionais, também conhecida como cláusula Raul Fernandez, é imprescindível para que qualquer tribunal internacional possa condenar o Estado à reparação do ilícito internacional.

Portanto, o clássico conceito da soberania - *civitates superiores non recognoscentes* – deixa de ser regra no sistema global. As atrocidades cometidas pós-guerras, impulsionadas por ideologias nazistas, colocando o ser humano como objeto e negando personalidade jurídica à alguns grupos no intuito de buscar uma raça superior, só mostra a necessidade de um olhar mais humano a seus povos pelos Estados soberanos.

O fato é, partindo de uma concepção Kantiana, os municípios, estados, federação e a comunidade internacional devem buscar, como objetivo maior, a primazia dos direitos humanos.

O utilitarismo de Stuart Mill – maximize o prazer e diminua a dor – que dava uma grande ênfase na consequência da conduta e não na conduta em si. Desta forma, o que era bom para o Filósofo inglês era toda conduta que, via de consequência, aumentasse o prazer e reduzisse a dor.

Kant, entretanto, vem revolucionar esse raciocínio, e propõe que somente uma coisa é boa por si mesma: a boa vontade, segundo o autor:

A boa vontade não é boa por aquilo que promove ou realiza, pela aptidão para alcançar qualquer finalidade proposta, mas tão somente pelo querer, isto é em si mesma, e, considerada em si mesma, deve ser avaliada em grau muito mais alto do que tudo o que por seu intermédio possa ser alcançado em proveito de qualquer inclinação, ou mesmo, se se quiser, da soma de todas as inclinações (2007, p. 23).

Kant faz uma distinção entre vontade e desejo. Este é todos os impulsos advindos da natureza como, por exemplo, fome, sede, vontades sexuais dentre outros. A vontade, por sua vez, é o desejo lapidado pela razão, não é à toa que ele fala “Tudo na natureza age segundo leis. Só um ser racional tem a capacidade de agir segundo a representação das leis, isto é, segundo princípios, ou: só ele tem uma vontade” (2007, p. 47).

Observando essa distinção, é claramente plausível dizer que para Kant, o animal se diferencia do homem na medida em que o homem tem vontade – produto obtido após passar o desejo pelo filtro da razão, ou seja, uma “razão prática” – enquanto o animal apenas age pelo impulso, instinto e desejo.

A boa vontade somente existirá quando a conduta a ser praticada, somente assim foi, motivada pelo bem que reside em si mesma. Kant propõe que aferição da moralidade em uma conduta pode ser obtida através da resposta à inquirição: porque eu fiz isso? Se a ação se deu em razão de uma consequência posterior, não existe moralidade nessa conduta.

Pois bem, esse dever de agir conforme a razão é traduzido em um imperativo, eles “se exprimem pelo verbo dever (*sollen*), e mostram assim a relação de uma lei objectiva da razão para uma vontade que segundo a sua constituição subjectiva não é por ela necessariamente determinada (uma obrigação)” (Kant, 2007, p. 48).

Os imperativos se dividem em imperativos hipotéticos e categóricos, os primeiros “representam a necessidade prática de uma acção possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira).” (Kant, 2007, p. 50) Eles são pautados em hipóteses, exemplificando, se eu quero passar em um concurso público, devo estudar. Ou então, se eu quero aprender mais sobre o conceito da moral, devo ler Immanuel Kant.

Percebe-se que nesses casos a conduta é movida por uma finalidade. Cumpre-se ressaltar que pode haver conflitos entre os imperativos categóricos, não sendo aptos a solucionar as questões postas a prova da moralidade, senão, vejamos.

Imaginando que uma pessoa quer conseguir mais dinheiro para comprar um carro, como solução, lança mão da hipótese em que vislumbra um assalto a um determinado banco. O segurança deste banco, sabe que para não perder o emprego, não pode permitir um assalto. Neste caso como conciliaríamos as duas vontades?

Não é por outro motivo que Kant busca algo que poderia ser usado por todas as pessoas, o imperativo moral categórico é único e pode ser traduzido na frase “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” (2007, p. 59). E como trazer esse conceito totalmente teórico para nossa realidade prática?

Deve verificar se a máxima da sua ação pode se transformar em uma lei universal da natureza. Imagine que a mãe solicita ao filho para levar o lixo até a lixeira que se encontra na esquina do quarteirão que ele mora, no entanto, este menino, por conveniência, percebe que defronte a calçada existe uma boca de lobo e resolve jogar o saco de lixo por ali mesmo. A máxima da conduta do garoto é: por minha conveniência, é preferível jogar o lixo no bueiro a levá-lo até a lixeira na esquina de minha casa. Essa máxima pode se tornar uma lei universal? Logicamente que não, se todos praticassem tal conduta, haveria um alagamento em época de chuva, portanto, o garoto não agiu com base em um imperativo categórico moral.

E aqui chegamos a um ponto nevrálgico, todos os parágrafos gastos acima foram necessário para chegar aqui. Devemos admitir que pode ser que haja “[...] alguma coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como fim em si mesmo, possa ser a base de leis determinadas, nessa coisa e só nela é que está a base de um possível imperativo categórico [...]” (Kant, 2007, p. 67-68).

O que poderia ser essa coisa que tem um fim em si mesma, senão o homem? A evolução nos mostra que a maioria esmagadora que tudo que já foi constituído, editado, estudado, aplicado e etc. foi buscando o desenvolvimento da razão humana:

“O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de quer considerado simultaneamente como fim.” (Kant, 2007, p. 68)

Ao final, a máxima do imperativo categórico – imperativo prático – pode ser compilado na frase: “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua

pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (Kant, 2007, p. 69).

Percebemos que a doutrina moderna da moralidade nos indica como cada um deve agir. Esse agir, colocando o ser humano como o final de todas nossas condutas, não deve ficar limitado nas esferas privadas. O pensamento deve transcender as relações individuais e refletir-se nas ações do executivo, nas legislações, nas interpretações do judiciário e na normativa internacional.

Agora sabemos que a perspectiva do desenvolvimento humano nas suas múltiplas facetas – tecnológica, científica, social, moral, normativa e etc. – pautase, ou ao menos deveria ser pautada, em atos que tenham o condão de, ao final, agregar à raça humana um benefício para a sua sobrevivência.

Nesta seara, podemos afirmar que o império categórico moral kantiano indica para um constante aperfeiçoamento da humanidade e dessa assertiva emerge a seguinte questão: o ser humano está evoluindo?

A doutrina vem, a cada dia mais, desenvolvendo mecanismos e institutos que velem pela primazia dos direitos humanos, portanto, em que pesa alguns altos e baixos, se olharmos para trás perceberemos que houve sim um aprimoramento.

Nesta esteira, Augusto Cançado Trindade propõe que:

[...] como se pode desprender de um exame cuidadoso da matéria, no presente domínio de proteção o direito internacional e o direito interno conforma um todo harmônico: apontam na mesma direção, desvendado o propósito comum de proteção da pessoa humana (1997, p. 402).

Sendo assim, partiremos de uma visão de soberania orientada pela dignidade humana, e não mais uma visão estadualizada. Como bem foi exalado em sentença emblemática do Tribunal Penal para a ex Iugoslávia, no caso “*Prosecutor vs. Tadic*” a corte expressamente se manifestou no sentido de que “*a State-sovereignty-oriented approach has been gradually supplanted by a human-being-oriented approach.*”⁸ (2005, p. 35)

Os reflexos da antiga cultura jurídica, a qual aludia a primazia da soberania estatal, ainda persistem em algumas legislações internas. No que tange ao contexto latino-americano, Flávia Piovezan aponta três características que levaram – durante um bom período de tempo – a permanência dessa equivocada visão.

⁸ Uma visão estatal da soberania foi gradualmente substituída por uma visão humanística da soberania (Tradução Nossa).

A primeira característica consiste na concepção de um sistema escalonado em que a constituição está no ápice de toda todas as normas. Somente a partir da compatibilidade material e formal com a norma constitucional é possível que uma norma tenha validade no ordenamento interno, tendo como referência o teórico Hans Kelsen (PIOVEZAN, 2013, p. 390).

A segunda característica, estritamente relacionada com a primeira, trata-se de um “direito purificado, com ênfase no ângulo interno da ordem jurídica e na dimensão estritamente normativa mediante um dogmatismo jurídico a afastar elementos “impuros” do Direito.” (PIOVEZAN, 2013, p. 390). E aqui percebemos novamente a influência da doutrina Kelsiana, ao desenvolver sua teoria pura do direito, o autor critica veemente o “sincretismo metódico” (TRIEPEL, 1966, p. 19) expurgando elementos sociais, psicológicos e filosóficos da teoria do direito. Não pretendemos dizer que a teoria de Kelsen foi um mal do século, mas sim que a interpretação feita com base em sua doutrina, com o passar do tempo, se revelou errônea.

Por fim, e como terceira característica, uma visão sob um “prisma que abarca como conceito estruturais e fundantes a soberania do Estado no âmbito externo e a segurança nacional no âmbito interno” (PIOVEZAN, 2013, p. 390). Aqui está a face ultrapassada da soberania tratada em capítulos anteriores.

Conjuntamente com esses empecilhos para a propagação de um constitucionalismo global – expressão de José Joaquim Gomes Canotilho – acrescentem outras dificuldades apresentadas pelo autor:

(1) *soberania* de cada Estado, conducente, no plano externo, a um sistema de relações horizontais interestaduais e, no plano interno, à afirmação de um poder ou supremacia dentro de determinado território e concretamente traduzido no exercício das competências soberanas (legislação, jurisdição e administração); (2) particular centralidade jurídica e política da *constituição* interna como parte de soberania e de independência de cada Estado perante os outros Estados; (3) aplicação do direito internacional nos termos definido pela constituição interna, recusando-se, em muitos estados, a aplicação das normas de direito internacional na ordem interna sem a sua “conversão” ou adaptação pelas leis do Estado; (4) consideração das “populações” ou “povos” permanentemente residentes num território como “povo do Estado” que só nele, através dele e com submissão a ele poderão adquirir a “carta de nacionalidade (2002, p. 1354-1355)

Ocorre que alguns desses problemas já foram superados ou outros sequer são verdadeiros empecilhos. O direito internacional é, na verdade, totalmente subsidiário: se a paz predominasse entre todo o globo terrestre e não houvessem

conflitos ou guerras, e se os líderes de cada Estado levassem a teoria Kantiana à risca, colocando o homem como o fim de todos os atos de governo e não como meio, não haveria a necessidade do desenvolvimento regras internacionais de tamanha complexidade.

Assim, em primeiro momento, é dado ao Estado a autonomia dos seus atos, podendo atuar de maneira autônoma e discricionária, entretanto, no caso de não levar a cabo as obrigações de respeitar e fazer respeitar os direitos humanos presentes em qualquer pacto por eles ratificados, entrará em atuação o direito internacional. Portanto, o que se pretende dizer é que:

La tutela esencial de los derechos humanos corresponde a los Estados en su ámbito interno, ya que es indudable que los organismos internacionales, solo desarrollan una función, desde luego de gran importancia, pero exclusivamente subsidiaria y complementaria⁹ (FIGUEIREDO, 2013, p. 151).

Partindo da premissa que o direito internacional é subsidiário e complementar, é possível observar que a soberania pode andar de mãos dadas com a promoção dos direitos humanos no globo terrestre, pois é ela mesmo que assina e ratifica tratados de direitos humanos, estabelecem cláusulas de recepção do direito internacional e aceita competência contenciosa de órgãos jurisdicionais internacionais. Não é o direito internacional que relativiza a soberania estatal, mas tão somente ela que se curva à ordem internacional.

Pretende-se adiante mostrar como se dá a relação entre a soberania estatal e o direito internacional dos direitos humanos, de forma a afastar os problemas citados há pouco.

4.1 Abertura Constitucional

Neste tópico pretende-se abordar as formas de incorporação dos instrumentos internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico interno. Para esse estudo, deve-se, preliminarmente, analisar qual a teoria adotada pelo Estado, se é monista ou dualista, pois a depender de quais sistemas forem adotados, haverá reflexos diretos na relação hierárquica entre as normas do direito internacional

⁹ A tutela essencial dos direitos humanos corresponde aos Estados, em seu âmbito interno, uma vez que é indubitável que os organismos internacionais, somente desenvolvem uma função, desde logo de grande importância, mas exclusivamente subsidiária e complementar.

e as normas do direito constitucional. Isto porque há nuances que não podem ser simplesmente esquecidas.

4.1.1 Dualismo jurídico

A doutrina tradicional dualista aparta os dois ordenamentos jurídicos, afirmando que “são dois círculos íntimos que jamais se sobrepõe” (TRIEPEL, 1960, p.15-16). Em primeiro momento porque as relações sociais regidas por ambos os direitos são diferentes:

as normas jurídicas estatais são de duas espécies: ou regem as relações recíprocas entre indivíduos (é o que denominamos regulamentação do direito privado), ou então o Estado cria um direito para as relações de seus súditos consigo mesmo (neste caso falamos de direito público) (1960, p. 10-11).

Diferentemente o direito internacional cuida de relações diferentes, cuidando tão somente das relações entre estados soberanos (TRIEPEL, 1960, p. 11).

Tendo em vista que “uma regra jurídica é o conteúdo de uma vontade superior às vontades individuais, manifestada com o fim de limitar as esferas das vontades humanas que lhe são submetidas” (TRIEPEL, 1960, p. 14), a vontade, portanto, levando em consideração o sujeito o qual a exterioriza, é uma fonte jurídica, e aí está outra diferença entre o direito interno e o direito internacional.

O Estado ao elaborar uma norma jurídica de direito interno, sua vontade atua como uma fonte de direito, isto é, é uma vontade unilateral que não é capaz de criar o direito internacional, vez que neste último caso é necessária uma união de vontades individuais, mesmo naqueles casos em que é emanada de maneira tácita, como ocorre com o direito comunitário. (TRIEPEL, 1960, p. 15).

Deste modo, em um esforço de síntese, a teoria dualista defende a não intersecção dos dois círculos com base na diferença das relações, enquanto uma esfera cuida da relação entre particulares e outros particulares ou das relações entre particulares e Estado, o direito internacional apenas existe para cuidar das relações entre Estados. Ainda, as fontes jurídicas dos dois ordenamentos não se coincidem, o estado, quando atuante na esfera interna, edita leis de maneira unilateral, mas quando está adjunto aos assuntos internacionais, somente pode se vincular se houver uma confluência de vontades entre os pactuantes.

Pode-se dizer que haverá casos em que um Estado impõe a sua vontade sobre o outro Estado e ambos acabam pactuando, nesta hipótese veremos a criação de uma norma de direito internacional partindo de uma vontade unilateral. Ocorre que a CVDT veda tal conduta, acarretando a nulidade absoluta do instrumento internacional editado com base na coação.

A teoria dualista, em que pese muitas críticas entorno de sua estrutura, consegue resolver, de maneira bem objetiva, o conflito entre normas do direito internacional e normas do direito interno, pois o Estado, nas suas relações internas, somente estará vinculado por uma normativa oriunda da ordem internacional quando esta for transformada ou adotada pelo direito interno, caso isso tenha acontecido, os clássicos critérios de solução de antinomias, critério hierárquico, cronológico e especialidade, estariam aptos a solucionar o conflito aparente de normas. De uma maneira mais didática, Valério Mazzuoli leciona que:

[...] para que o Direito Internacional seja integrado à ordem jurídica interna, faz-se necessário também entendê-lo como parte integrante do direito estatal, este sim a única ordem verdadeiramente soberana. Seria o Direito do Estado (ou seja o Direito criado exclusivamente pelo Estado, sem a participação de qualquer outro ente) o responsável único a autorizar o ingresso de uma norma internacional no plano do Direito interno (2016, p. 98).

A inexistência de conflitos parece, a primeiro momento, uma solução, todavia pode gerar impasses gigantesco na prática legislativa. A constituição que adota o dualismo, em tese, aceita que um tratado seja revogado por outra norma ordinária. Seguindo esse raciocínio, poderíamos encontrar exemplos que seriam escatológicos. Imagine que um tratado veda que os países apliquem pena de morte, este tratado passa pelo processo de ratificação e depois pelo processo de transformação pelo direito interno.

Após um determinado tempo, o legislativo impulsionado por clamores sociais, resolve editar uma legislação ordinária que permite a pena de morte com relação à alguns crimes, neste caso, pelo critério cronológico, a legislação ordinária poderia revogar o que foi preceituado através de um tratado internacional.

Neste caso, teríamos tão somente a sua responsabilidade internacional, e jamais interna, vez que, segundo a teoria dualista, o direito interno estaria autorizado a aplicar o que o seu próprio ordenamento ordena.

Isso decorre porque:

L'état, sujet de droit international, est en même temps créateur de droit interne: et dans cette création, il rest tenu de l'obligation de conformer son propre droit interne à ses engagements internationaux. Mais la sanction du non-accomplissement de cette obligation est des plus minces: si l'Etat établit son droit n'en sera aucunement affectée; le manquement imputable à l'Etat n'aura d'autre conséquence que la mise en cause de la responsabilité internationale de ce dernier¹⁰. (ROUSSEAU, 1944, p. 57).

É por esses e outros motivos, que a teoria dualista é bombardeada de críticas, principalmente aquela esposada por dualista extremista. As críticas são as mais variadas possíveis.

Iniciando com o magistério de Charles Rousseau, ele, fiel defensor do dualismo, aponta alguns argumentos dos críticos, segundo ele, alguns afirmam que há uma inexatidão ao falar de uma diversidade de fontes do direito interno e do direito internacional, o que ocorre é que existe uma confusão entre a origem da norma e a forma que ela é expressada, não é o estado que cria do direito, este precede o estado. Portanto a fonte de criação do direito é a mesma. (1944, p. 59).

Ainda, ao insistirem que as ordens são antagônicas e contrapostos, significaria dizer que uma ordem é jurídica e outra não, e desta afirmação seria interessante perguntar qual delas é jurídica. Nesta esteira, não seria forçoso concluir que

Ao direito interno jamais se negou o seu carácter jurídico. Logo, para os dualistas, por coerência, deverá ser não jurídico o Direito Internacional, pois não é possível entender como *jurídico* dois sistemas antagônicos e divergentes (MAZZUOLI, 2016, p. 101).

Outrossim, sendo esferas independentes e que jamais se sobrepõe, levando em consideração o sistema clássico de escalonamento de normas, poderiam existir concomitantemente, normas antinômicas e ao mesmo tempo válidas de acordo com a norma fundamental de cada ordenamento. A doutrina dualista, desta forma, dá de ombros ao princípio da congruência,

[...] admitindo igual validade de duas normas aparentemente antinômicas. O direito, que não tolera antinomias, rechaça a existência simultânea de duas normas contrárias a reger as mesmas matérias e os mesmos assuntos, como

¹⁰ O Estado, um sujeito de direitos internacionais, foi ao mesmo tempo o criador do direito interno: e nesta criação permaneceu obrigado a conformar seu próprio direito interno com seus compromissos internacionais. Mas a consequência do não cumprimento dessa obrigação é muito delgado: se o Estado não estabelecer seu direito não será de modo algum afetado; a falha atribuível ao Estado não terá outra consequência além da imposição da responsabilidade internacional deste último (Tradução nossa).

se as fórmulas “X corresponde a Y” e “X não corresponde a y” pudessem valer simultaneamente (MAZZUOLI, 2016, p. 102).

Ainda, Pedro Baptista Martins, através do magistério de Jellinek, traz outra problemática. Segundo o autor seria impossível fundar o direito internacional tendo como base a vontade dos Estados. E toda união de vontades exige um suporte para a elaboração de uma vontade una, sendo assim, seria admitir que o direito internacional é uma *civitas maxima*, e isso, necessariamente, importaria no reconhecimento da primazia do direito internacional, o que é contrário ao pensamento de Triepel (1998, p. 29-30)

Em uma tentativa conciliatória, contrário ao que os dualistas da vertente extremista falam, é possível que se aplique as regras do direito internacional no direito interno sem a necessidade de transformação, como por exemplo, para alguns países basta a promulgação, sem a necessidade da transformação, para que o tratado passe a ser válido no ordenamento jurídico, como é o caso da França (ROUSSEAU, 1944, p. 60-61).

A mesma coisa ocorre no Brasil, não é necessário a adoção do texto internacional para a ordem interna, entretanto, a ratificação não conduz automaticamente a incorporação do tratado no direito interno. É necessário a promulgação como manifestação final da executoriedade do tratado. Tal assertiva é corroborada com o teor da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480/DF:

O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado – conflui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno (1997, p. 214).

O Brasil adota um verdadeiro dualismo moderado, um meio termo entre os dois extremos dos dualistas e monistas, tornando a relação entre os dois ordenamentos bem mais programática evitando custosos processos legislativos para a edição de uma normativa interna.

Por fim, como é bem observado por Valério de Oliveira Mazzuoli, os dualistas não fizeram maiores abordagens com relação aos costumes e aos princípios do direito internacional, muito embora seja costumeiramente adotado pelos tribunais

internos, até mesmo porque é uma fonte de direito internacional reconhecida pelo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, em seu artigo 38, alíneas “b” e “c”. (2016, p. 102).

Podemos, de uma maneira mais simplificada, dizer que a teoria dualista tem como característica principal a necessidade de uma transformação legislativa, enquanto a teoria monista simplesmente prevê uma incorporação dos tratados de forma automática, desde que haja sido recebido pelo ordenamento jurídico interno, de acordo com os preceitos da Convenção de Viena de 1969 e soberanamente ratificado pelos estados.

Logicamente, a aferição de qual sistema adotado não depende do que preceitua o direito internacional, mas sim o que a constituição estatal estabelece, sendo ela a norma em que a soberania estatal se encontra em sua mais alta expressividade.

4.1.2 Monismo jurídico

A teoria monista, por sua vez, tem, como principal expoente, Hans Kelsen. O Austríaco nascido em Praga, quando esta ainda fazia parte do Império Austro-húngaro, acreditava que o ordenamento jurídico é um só, abrangendo o direito interno e o direito internacional. Em seus escritos era possível perceber uma ligeira tendência em atribuir ao direito internacional uma maior hierarquia.

A teoria se encontra tão difundida entre os juristas que é possível notar nuances que diferem, dentro do mesmo instituto, as diferentes formas do monismo, sendo elas: monismo internacionalista, monismo nacionalista e monismo dialógico.

4.1.2.1 Monismo nacionalista

A primeira forma aponta que o direito internacional somente existe em decorrência do direito interno. Desta forma,

[...] o Direito Internacional só tem valor internamente sob o ponto de vista do ordenamento interno do Estado, pois é a ordem jurídica estatal (a Constituição dos Estados) que prevê quais são os órgãos competentes para a celebração de tratados e como esses órgãos competentes para a celebração de tratados e como esses órgãos podem obrigar, internacionalmente, em seu nome, a Nação soberana (MAZZUOLI, 2016, p. 105).

Trata-se de uma verdadeira delegação, em que o direito interno delega ao direito internacional o carácter vinculante tornando a sua aplicação no âmbito interno vinculante. Assim, de acordo com tal corrente, deveria haver um respeito recíproco entre os Estados, deveria haver um respeito recíproco entre os Estados, reciprocidade esta que inclui respeitar a soberania de cada um deles.

Desta forma, Mazzuoli entende que se o direito interno é o responsável por prever quem são os órgãos competentes que podem celebrar tratados e de quais maneiras pode o Estado se obrigar internacionalmente, entraremos no fundamento de validade do direito internacional no próprio direito interno. Segundo ele:

Se cada Estado, sem invadir a esfera de competência do outro, por meio de suas regras constitucionais de competência, determina e condiciona a existência das normas do Direito Internacional, é porque o fundamento de validade do direito das gentes não encontra guarida em sua própria existência, no seu próprio arbítrio, mas na vontade declarada do Direito interno (2016, p. 105).

Veremos, posteriormente, que atribuir a validade do direito internacional ao direito interno poderá levar a uma conclusão imprecisa, fazendo com que o direito internacional dependesse do direito interno para existir.

A maior parte da doutrina defensora do monismo nacionalista, aquela que preza pela supremacia interna em primazia diante do direito internacional, se baseiam em dois principais argumentos. O primeiro consiste na ausência de uma autoridade no âmbito internacional que possa coagir os estados a cumprir aquilo que foi pactuado (MAZZUOLI, 2016, p. 105). Até mesmo porque o próprio estado determina livremente suas obrigações internacionais assim como decide se submete à jurisdição de uma corte internacional ou não (ROUSSEAU, 1944, p. 64).

O segundo argumento aponta que o direito internacional somente pode vincular o estado internacional quando encontra respaldo na ordem constitucional. Pois “Le droit international deriverait du droit interne parce que’il derivait la Constitution de l’Etat, celle-ci déterminan les autorités compétentes pour conclure au nom de l’Etat les traités internationaux”¹¹. (1944, p. 64-65).

¹¹ O direito internacional deriva do direito interno porque ele deriva da constituição do Estado, é ela que determina as autoridades competes para concluir, em nome dos estados, tratados internacionais (Tradução nossa).

Tais argumentos não conseguiram passar pelo filtro da doutrina sem que houvessem críticas. Mazzuoli, por exemplo, traz à baila duas críticas contundentes. Por primeiro, ao afirmar que o direito interno é o responsável por indicar os órgãos que podem celebrar tratados internacionais, bem como a forma que haverá a vinculação do direito interno ao direito internacional, estaríamos a dizer que na celebração dos tratados internacionais o direito internacional depende do direito interno. No entanto, como ficaria a situação dos costumes internacionais? (2016, p. 106). Pois são fontes do direito internacional, conforme o artigo 38, alínea “a” do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e acabam por vincular os estados ao cumprimento dos costumes internacionais podendo, inclusive, acarretar em um ilícito internacional caso haja o seu descumprimento. Muito embora, tal espécie normativa não encontra guarita nas constituições nacionais, sendo oriundas tão somente do direito internacional, é vinculante e obrigatória aos Estados.

Nesta esteira, o monismo nacionalista poderia se aplicar muito bem se os tratados internacionais fossem a única forma de vinculação do direito interno ao direito internacional, entretanto, ignora a realidade quando se esquece dos costumes internacionais.

Charles Rousseau também critica o monismo nacionalista no que tange a validade do internacional repousar sobre o direito interno. Segundo ele,

Si les obligations internationales reposaient sur la Constitution étatique, leur validité devrait rester subordonnée à celle de la Constitution sur la base de laquelle elles ont été assumées : en particulier tout changement d'ordre constitutionnel (révision ou révolution) devrait entraîner la caducité des traités¹² (1944, p. 65)

Ora, sabemos que a modificação das constituições estatais não tem o condão de alterar, revogar ou tirar a validade dos tratados anteriormente celebrados. Levando em conta que “O direito é uma superestrutura que depende de uma infraestrutura. Se esta é alterada, aquela será abalada, causando desequilíbrio de diversas ordens.” (MAZZUOLI, 2016, p. 106). O direito internacional, em tese, como superestrutura, será desestruturado quando sobrevier uma modificação do direito interno que lhe é fundamento de validade.

¹² Se as obrigações internacionais se baseassem na Constituição do Estado, a sua validade deve permanecer subordinada à Constituição com base na qual foram assumidos: em particular, qualquer alteração constitucional (revisão ou revolução) deve levar à caducidade do tratados (Tradução nossa).

Sabemos que tal fato não ocorre, e que as obrigações convencionais persistirão muito embora haja alterações constitucionais, podemos atribuir esta continuidade das obrigações contraídas no plano internacional como decorrência do princípio da identidade dos estados. (ROUSSEAU, 1944, p. 65).

Tal corrente não merece prosperar, pois está calcada em premissas inexatas. Deste modo, passaremos à análise da corrente monista internacionalista.

4.1.2.2 Monismo internacionalista

De acordo com seus teóricos, tanto o direito internacional quanto o direito interno fazem parte do mesmo círculo, ou seja, o ordenamento é uno, entretanto, haverá uma hierarquia do direito internacional.

É possível retratar tal teoria da seguinte maneira,

No ápice da pirâmide das normas encontra-se, pois, o Direito Internacional (norma fundamental: *pacta sunt servanda*), do qual provém o Direito interno, que lhe é subordinado. [...] Em outras palavras, o direito internacional passa a ser hierarquicamente superior a *todo* o Direito interno do Estado, da mesma forma que as normas constitucionais o são sobre as leis ordinárias, e assim por diante (MAZZUOLI, 2016, p. 107)

Como é bem sabido por todos, segundo Kelsen, o ordenamento jurídico é uno e coerente, de maneira que há um escalonamento das normas jurídicas que encontram seu fundamento de validade na norma superior, até o momento em que se chegaria na norma hipotética fundamental. E, a partir de 1934, Kelsen passou a sustentar que a norma fundamental residia no direito internacional, sendo o direito interno um produto de derivação do direito internacional. (VELASCO, 1999, p. 195)

Importante ressaltar que esse primado do direito internacional em detrimento do direito interno foi relativizado por alguns teóricos. Segundo Mazzuoli, eles são chamados de monistas moderados, nesta visão, o juiz deve utilizar aquilo que está em sua ordem doméstica, aplicando-se, caso haja antinomias, o critério cronológico. (2016, p. 109). Notadamente, tal corrente não ganhou adeptos, restando quase que isolada dentro o quadro doutrinário.

Alguns afirmam que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, adotou em seu artigo 27 uma concepção monista internacionalista. Na sua dicção o Estado não poderá invocar a legislação interna para se eximir de suas obrigações assumidas no plano internacional. Significa dizer que aqueles países

que assinaram e ratificaram o tratado de Viena, em caso de antinomia entre as normas nacionais e internacionais, quando o critério da hierarquia for aplicado, prevalecerá a norma do direito internacional.

Charles Rousseau tece três críticas pontuais, segundo ele o monismo acabaria por suprimir toda a distinção entre o direito internacional e o direito interno, o monismo seria contrário a verdade histórica e o monismo ignora alguns dados formais do direito positivo. (1944, p. 66-67).

O monismo confunde o direito interno com o direito internacional, porque identifica o indivíduo como sujeito de direito, mediato ou imediato, a depender se é um mandamento do direito internacional ou do direito interno. A doutrina Kelsiana, também conhecida como doutrina objetivista, aponta que o verdadeiro e único sujeito de todos os direitos é o homem e o indivíduo - e isso no direito internacional, bem como no direito interno. (Rousseau, 1944, p. 95). A única diferença é :

qu'une différence de degré entre le droit interne – qui se caractérise par sa validité immédiate à l'égard des individus – et le droit international , qui se caractérise à leur égard par sa validité médiata. Cela signifie que les individus ne sont pas immédiatement les sujets du droit international : il ne le sont – sauf exceptions – que par l'intermédiaire de l'Etat¹³ (1944, p. 96).

Segundo os monistas, o Estado não é um fim em si mesmo, até mesmo porque jamais existiria sem os indivíduos que o compõe.

Entretanto, tal sustentação naufraga quando colocada frente a frente com a realidade internacional. O que percebemos é que o Estado é sujeito único e imediato dos deveres e direito internacionais. Portanto, seria um erro afirmar que o indivíduo é sujeito do direito internacional, vejamos, o dever de neutralidade e o princípio da não intervenção existe tão somente para os Estados e não para os indivíduos. Ainda, um inadimplemento de um tratado bilateral somente pode ser imputado ao Estado e nunca ao indivíduo. A proteção diplomática, status de refugiado ou asilado não é dado senão pelo Estado. (ROUSSEAU, 1944, p. 96).

Ou seja, considerar que o sujeito de ambos os direitos são os mesmos, seria o mesmo que confundir duas técnicas jurídicas que são totalmente diferentes. Uma é o processo legislativo interno, outra é o processo de elaboração dos tratados

¹³ uma diferença de grau entre o direito interno – que se caracteriza por sua validade imediata aos indivíduos – e o direito internacional, que se caracteriza por sua validade mediata. Isto significa que os indivíduos não são imediatamente sujeitos de direito internacional: eles são – salvo exceções – apenas intermediários pelo estado (Tradução nossa).

internacionais. O primeiro é regido pelas disposições constitucionais, enquanto o segundo segue o Tratado de Viena sobre o Direito dos Tratados e o costume internacional.

A segunda diferença consiste em afirmar que o direito internacional é um direito de coordenação, enquanto o direito interno é um direito de subordinação. Em síntese, isso significa dizer que o direito interno é caracterizado pela existência de um poder que exerce uma força coercitiva, já com relação ao direito internacional, não existe nenhuma autoridade que é superior aos estados. (ROUSSEAU, 1944, p. 97)

As características de um sistema de coordenação se manifestam através de dois pontos distintos: primeiro, tendo como base que não há um poder de coerção superior aos Estados, são eles criadores e sujeitos do direito internacional. Os Estados pactuam com outros Estados ou organizações internacionais o conteúdo da normativa internacional e como se dará esta vinculação, ao mesmo tempo em que se comprometem a respeitar os direitos e garantias prescritos na seara internacional. (ROUSSEAU, 1944, p. 99).

Sob um outro olhar, esta diferença influencia e muito no sistema de sanções. No direito internacional, as sanções podem ser de cunho econômico, financeiras, militares, navais e aéreas. Entretanto, estas sanções são de difícil aplicação pois não existe uma regra geral sobre o assunto. No mais, sua aplicação não decorre de maneira automática como seria as sanções do direito interno. A este fenômeno, Kelsen atribuiu o nome de descentralização da coerção. (ROUSSEAU, 1944, p. 100).

Por fim, Charles Rousseau traz a última diferença consistente na origem tardia do direito internacional, sendo esse um direito recente. (ROUSSEAU, 1944, p. 101). Cremos que as duas primeiras críticas, em que pesem passíveis de serem rechaçadas, são coerentes. Entretanto, a última merece total descrédito, vez que o direito é algo que está em corriqueira mudança. A ciência do direito não pode se pautar em dados históricos para diferenciar institutos jurídicos, mas tão somente para explicar o porquê de determinada modificação.

Em que pese tais críticas, o monismo internacionalista vem sendo difundido nas doutrinas internacionais, a sua praticidade se revela ser um fator interessante a sua adoção. Existe, ainda, uma terceira doutrina do monismo jurídico que tem maior relação com o direito internacional dos Direitos Humanos.

4.1.2.3 Monismo internacionalista dialético

Diferentemente das doutrinas citadas acima, o monismo internacionalista dialético não distingue a hierarquia das normas tendo como base a sua gênese, direito internacional ou direito nacional, mas sim o seu conteúdo material da norma.

Entre as várias normas existentes, quando o assunto é direitos humanos, prevalecerá a norma mais favorável, isto é, independentemente se provém do direito nacional ou internacional, a norma mais garantista será aplicada independentemente da sua hierarquia. “Essa ‘melhor norma’ há de ser encontrada à luz da dimensão material ou substancial das fontes de proteção em jogo, prevalecendo a que maior *peso protetivo* tiver em determinado caso concreto” (MAZZUOLI, 2016, p. 112).

Essa doutrina é propagada inclusive pelos próprios tratados internacionais, como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos que em seu artigo 29, alínea b, dispõe que nenhuma disposição da Convenção poderá ser interpretada no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos membros da Organização dos Estados Americanos que ratificaram o tratado.

Essas cláusulas de diálogo não são exclusividades do direito internacional, estão paulatinamente sendo adotadas pelo constitucionalismo na América Latina. Atualmente quase toda a totalidade das Constituições Latinas regulamentam as relações entre o direito internacional e o direito interno, dando enfoque às normas que mais protegem os direitos humanos.

4.2 Cláusulas de Diálogo

Bem, vamos abordar as chamadas “cláusulas de diálogos”, que são espécies normativas que autorizam a interação entre o direito interno e o direito internacional de uma forma menos rígida. No século atual estamos vivendo grandes mudanças no Constitucionalismo Latino Americano, “creemos que el derecho constitucional del siglo XXI no es el Derecho Constitucional de la Constitución solamente sino de la Constitución abierta[...]”¹⁴ (FIGUEIREDO, 2013, p. 149).

¹⁴ Creemos que o direito constitucional do século XXI não é o Direito Constitucional da Constituição sozinha, mas sim, de uma constituição aberta (Tradução Nossa).

Para Marcelo Figueiredo, “no es tan intervencionista, sino post-intervencionista y descansa en la procesalización para permitir el pluralismo, la transformación, la diferencia y, también, la libertad, un espacio de diálogo desde la cultura de la democracia¹⁵” (2013, p. 149).

É cediço que há, em cada país uma determinada cultura preponderante, ao mesmo tempo em que existem outras minoritárias, entretanto, isso não significa que o valor dessas deve ser absorvido em prol de universalismo. A ideia do universalismo jurídico acaba, por sua vez, afastando mais do que integrando. Um exemplo à nível mundial é as críticas traçadas pelos orientais aos que eles chamaram de universalismo imperialista ocidental.

O universalismo, entretanto, tem um papel importante na regulamentação internacional. Essa participação de extrema relevância no globo terrestre consiste no estabelecimento de um mínimo necessário universal. Nesta esteira, questões jurídicas mais particulares competem ao Estado modificá-las e editá-las.

Desta forma, a modelagem constitucional pós armistício, preparou os ordenamentos jurídicos para o reconhecimento e proteção dos direitos humanos. É claro que a

tutela essencial de los derechos humanos corresponde a los Estados em su ámbito interno, ya que es indudable que los organismos internacionales sólo desarrollan una función, desde luego de gran importancia, pero exclusivamente subsidiaria y complementaria¹⁶ (FIGUEIREDO, 2013, p. 151).

Não é por outro motivo que Flávia Piovezan propõe uma remodelagem da pirâmide normativa de Kelsen, transformando-se em um trapézio poroso aberto aos direitos humanos, repudiando um sistema heterogêneo e autorreferencial. É com base nessa ideia que as constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, permitindo uma completa integração entre as duas esferas,

¹⁵ Não é tão intervencionista, mas pós-intervencionista e se baseia no processo para permitir o pluralismo, a transformação, a diferença e, também, a liberdade, um espaço de diálogo da cultura da democracia (Tradução Nossa).

¹⁶ A proteção essencial dos direitos humanos reside nos Estados nos seus níveis internos, uma vez que é indubitável que as organizações internacionais apenas desempenhem um papel, certamente de grande importância, mas exclusivamente subsidiária e complementar (Tradução Nossa).

nacional e internacional (2013, p. 390-391), sempre em prol da valorização dos direitos humanos.

De sorte que, o direito internacional, através de seus sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos, como é o caso do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, atua somente quando o Estado não cumpre com seus deveres contraídos em sede internacional. Vale lembrar, que essa “intromissão” no ordenamento interno somente será possível quando o Estado soberano consentir em estar submetido às tais normativas, seria essa uma prerrogativa de sua soberania.

Em suma, os sistemas regionais atuam de forme complementar e subsidiária. A doutrina exalta essa forma de atuação, pois “esta premissa del control complementario externo se há revelado em la doctrina como un instrumento idóneo y deseable para impulsar la garantia eficaz de los derechos humanos¹⁷” (ANTONIAZZI, 2013, p. 203).

Inclusive, tal atuação complementar corrobora com o dialogo jurisprudencial entre as cortes, fornecendo subsídios para a interpretação da CADH.

Nesta toada, outros sistemas de proteção de direitos humanos, como é o caso da CtEDH, deferem uma ampla margem de apreciação nacional ao estado, reforçando a preocupação pela preservação e coexistência de uma ordem pluralista. A doutrina se divide entre aqueles que exaltam a aplicação de tal instituto e aqueles que o rechaçam. Críticas não faltam, principalmente em decorrência da falta da ausência de unanimidade em conceituar e valorar tal margem, inclusive entre os próprios magistrados da Corte Europeia de Direitos Humanos.

¹⁷ Esta premissa de controle externo complementar foi revelada na doutrina como um instrumento ideal e desejável para promover a garantia efetiva dos direitos humanos (Tradução Nossa).

5 TEORIA DA MARGEM DA APRECIÇÃO NACIONAL

Os próximos capítulos terão importância traçar algumas linhas preliminares no tocante à deferência estatal, observar a evolução histórica da teoria, a sua conceituação, aplicação e, ao final, o exame de compatibilidade com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

O que foi tratado no início desse trabalho é trazido à baila neste momento. O princípio da subsidiariedade é a fonte originária da teoria da margem da apreciação nacional.

Paolo G. Zarozza, explica que tal princípio está presente, ao menos implicitamente, na própria estrutura que o direito internacional é construído, justificando as relações entre as ordens internacionais e quando é necessário ou não a intervenção do direito internacional, segundo ele:

The principle of subsidiarity provides an analytically descriptive way to make sense of a variety of disparate features of the existing structure of international human rights law, from the interpretive discretion accorded to states, to the relationship of regional and universal systems, while also justifying the necessity of international cooperation, assistance, and intervention. In fact, subsidiarity fits international human rights law so well that the basic values of the principle can't reasonably be regarded as already implicitly present in the structure of international human rights law. If that is correct, then it is not surprising to find in the development of human rights law that other doctrines and ideas have arisen that function at least in part as analogues to subsidiarity in addressing the pervasive dialectic between universal human rights norms and legitimate claims to pluralism. The doctrine of the "margin of appreciation," first developed by the European Court of Human Rights (ECHR), is the most notable example¹⁸ (2003, p. 40).

Aos tribunais é conferida a tarefa final de decidir sobre o modelo de conduta a ser seguida de acordo com as convenções internacionais, todavia, aos Estados compete a tarefa primária de interpretar e aplicar as normas de direitos

¹⁸ O princípio da subsidiariedade fornece uma maneira analítica-descritiva para dar sentido a uma variedade de características divergentes da estrutura existente do direito internacional dos direitos humanos, fornecendo desde a descrição interpretativa concedida aos estados, até a relação de sistemas regionais e universais, ao mesmo tempo que justifica a necessidade de cooperação internacional, assistência e intervenção. De fato, a subsidiariedade se encaixa tão bem no direito internacional dos direitos humanos que os valores básicos de o princípio pode razoavelmente ser considerado como já presente implicitamente na estrutura de direito internacional dos direitos humanos. Se isso for correto, então não é surpreendente encontrar no desenvolvimento do direito dos direitos humanos que surgiram outras doutrinas e idéias que funcionam em pelo menos em parte, como análises à subsidiariedade para abordar a dialética generalizada entre o universal normas de direitos humanos e reivindicações legítimas ao pluralismo. A doutrina da "margem de apreciação", desenvolvido pela primeira vez pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (CEDH), é o mais exemplo notável (Tradução nossa).

humanos. Destarte, existe um poder sobreposto entre os Estados, do qual os tribunais internacionais são os mediadores. (LEGG, 2012, p. 59).

Os Estados, por tanto, ficariam com a tarefa de interpretar e implementar os direitos humanos, e os tribunais funcionariam como freios e contrapesos nesse processo. (2012, p. 61). E, como forma de evitar interferências desnecessárias, essa mediação poderia ser melhor executada tendo como base a margem da apreciação conferida aos estados.

A jurisprudência, tanto da CEDH quanto da CtIDH, indicam essa posição de não ingerir arbitrariamente nas obrigações conferidas, *a priori* aos estados. No voto dissidente do Juiz Martens, no caso *Borgers v Bélgica*, o magistrado aponta que a Convenção Europeia de Direitos Humanos não pretende criar uma lei universal com diretivas e padrões rígidos, deixando, portanto, uma liberdade aos Estados signatários. Em contrapartida, o preâmbulo convida o tribunal a criar padrões comuns para a interpretação e aplicação da convenção. Essa contradição aparente implica em um comportamento da CEDH no sentido de não interferir sem uma justificativa convincente. (1991, p. 26-27).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, segue a mesma linha, na opinião consultiva nº 13/93, solicitada pela República da Argentina e República Oriental do Uruguai sobre as competências da Comissão Interamericana de Direitos Humanos com relação aos artigos 41 e 42 da CADH, pontuou que a Comissão não tem autoridade para regular como a norma interna é adotada, isso é, sobre seu conteúdo formal, esta é atribuição dos órgãos legiferantes do Estado. O que compete à Comissão é, tão somente, verificar se há contradições às disposições da CADH. (1993, p. 8).

Em seu voto em apartado no caso *Yatama v Nicaragua*, o Juiz Sérgio García Ramírez disse que os direitos estabelecidos na CADH, em que pese universais, não significa que as medidas que são tomadas para assegurar o exercício dessas garantias e liberdades devam ser uniformes, vez que há diferenças e contrastes que variam de local para local. Quanto o artigo 2º da CADH fala que o estado deve tomar medidas necessárias para dar efeito aos direitos e garantias convencionais, há uma certa consideração às particularidades do Estado. (2005, p. 7).

E é nessa esteira de pluralismo jurídico e subsidiariedade no direito internacional que emerge a teoria da Margem da Apreciação, a qual tenta conciliar a

intervenção internacional com a supervisão, de forma que o direito internacional, notadamente seus órgãos executores – corte internacionais – funcionem como verdadeiros freios e contrapesos.

5.1 Deferência no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A pergunta que se emerge é: qual é a razão da deferência no geral? Andrew Legg traz três razões que autorizam a deferência de forma geral no direito internacional.

É possível vislumbrar uma certa deferência em respeito ao papel desempenhado pelo Estado. Identifica-se, na prática dos tribunais, duas razões de conceder uma deferência aos Estados, são elas, a legitimação democrática da ação do estado e uma prática comum entre os Estados. (LEGG, 2012, p. 25).

Outrossim, o fato da limitação de conhecimento do tribunal sobre o assunto a ser discutido, quando colocado em conjunto com o fato da maior expertise do Estado demandado sobre o tema, não autoriza o tribunal intervir, vez que o Estado estará em melhor situação para tratar da demanda. Em suma, “Reasons for deference to the state on the basis of expertise or competence entail the state effectively saying: ‘With due respect, give deference to us because, after all, we know better than you about these matters’”¹⁹ (2012, p. 26).

Tais motivos autorizadores de conceder certa deferência aos Estados serão estudados de maneira mais profunda logo adiante, contudo, não deixa de ser pertinente traçar linhas gerais que fornecem um subsídio inicial para compreender de maneira mais didática em que consiste a teoria da margem da apreciação.

Esses três vetores legitimadores – (i) prática comum entre os Estados; (ii) expertise do governo doméstico sobre o assunto e (iii) legitimação democrática para a interpretação dos tratados – podem ser encontrados em algumas sentenças da CtEDH, bem como na CtIDH, passaremos a buscar alguns exemplos.

George Letsas estabelece dois conceitos da ideia da margem da apreciação, o primeiro é substancial, enquanto o segundo é estrutural. Aquele se

¹⁹ As razões para a deferência ao estado com base em conhecimentos ou competências implicam que o Estado dirá efetivamente: "Com o devido respeito, dê deferência para nós porque, afinal, sabemos melhor do que você sobre esses assuntos (Tradução nossa).

refere “to all cases that there was ‘interference’ with a freedom protected by the ECHR, the interference did no amount to a violation of a right” (2006, p. 710).

A ideia substancial está mais presente entre os artigos 8 ao 11 da CEDH. Os artigos tratam, respectivamente, do direito à vida privada e família; liberdade de pensamento, de consciência e religião; Liberdade de expressão e Liberdade de reunião e de associação. Em que pese tais direitos estarem garantidos na CEDH, os próprios artigos trazem cláusulas de restrição em prol de uma coletividade. Estabelecem limitações necessárias para a segurança nacional, para a segurança pública, bem-estar econômico do país, defesa da ordem e da preservação de infrações penais, saúde o da moral, direitos e liberdade de terceiro.

De certa forma, tais clausulas de restrição aparecem também na CADH nos artigos 12 (liberdade de consciência e de religião), 13 (liberdade de pensamento e de expressão), 15 (direito de reunião), 16 (liberdade de associação) e 21 (direito à propriedade privada).

Percebe-se que a tais clausulas são demasiadamente abertas o que, em tese, por si só autorizariam uma ampla margem de interpretação aos Estados contratantes.

Nesse ponto, podemos citar jurisprudência clássicas como o caso de *Handyside* e *Sundaytimes*. À título de exemplificação, no caso *Handyside vs. Reino Unido* estava em cheque a questão da liberdade de expressão, segundo os fatos, o Sr. Handyside era um publicitário responsável por publicar, entre outros livros, o pequeno livro escolar vermelho, o qual teve sua primeira edição lançada em 1971 e consistia em trazer informações de cunho sexual e, muitas vezes, chegava até a instigar tais atividades. (1976, p. 4-6).

O publicitário foi condenado ao pagamento de severas multas, além do recolhimento e destruição dos livros, isso porque já estaria provado além de uma dúvida razoável que o conteúdo do livro escolar – assim como ficou conhecido – era obsceno, de acordo com a legislação interna de 1959/1964. (1976, p. 9).

Irresignado, recorreu à CtEDH, alegando a violação ao artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

É certo que o artigo 10.2 da CEDH estabelece que restrições à liberdade de expressão serão necessárias quando houver restrições previstas em leis e que, dentre outras, sejam necessárias em uma sociedade democrática e para a proteção da moral.

A celeuma descansa sobre a discussão para encontrar um parâmetro de restrição necessária em uma sociedade democrática para a proteção da moral. A CtEDH pontua que os órgãos internacionais têm uma atuação subsidiária, deixando em primeiro lugar os Estados para que eles garantam e respeitem os direitos convencionais. E em razão da inexistência de um consenso sobre o conceito de moral entre os Estados Europeus, variando de tempo em tempo e de lugar para lugar, o Reino Unido goza de uma margem da apreciação tanto para restringir a liberdade de expressão em sua legislação interna, da mesma forma em que é deixado aos órgãos judiciais uma ampla margem de interpretação. (1976, p. 18).

A CtEDH ainda ressalta que esta margem não é ilimitada, pois

The domestic margin of appreciation thus goes hand in hand with a European supervision. Such supervision concerns both the aim of the measure challenged and its "necessity"; it covers not only the basic legislation but also the decision applying it, even one given by an independent court²⁰ (1976, p. 18).

Posteriormente, no caso *Sunday Times v. Reino Unido* em 1979, a argumentativa seguiu o mesmo caminho. Em 1961 um número grande de mulheres grávidas tomaram talidomida, sedativo destinado às mulheres que estavam período de gestação, entretanto, tal substância gerou má formação em 450 crianças nascidas. (1979, p. 4). Em 1971 os farmacêuticos tentaram entrar em um acordo com as vítimas propondo a criação de um fundo de caridade para tais crianças.

Neste íterim o jornal *Sunday Times* publicou um artigo intitulado "Nossas crianças talidomida: as causas de uma vergonha nacional", em seu teor, houveram severas críticas ao montante que seria disponibilizado para as vítimas, vez que se tratava de um valor irrisório, dentre outras críticas. Ademais, em uma nota de rodapé, o jornal avisa para um próximo artigo explicando os motivos do desastre. O Estado, através de sua procuradoria geral, entendeu que aquele artigo tinha como finalidade fazer com que os farmacêuticos pagassem mais, o que criaria um sério risco de interferência no curso da justiça do caso. (1979, p. 9)

²⁰ A margem interna de apreciação, assim, vai de mãos dadas com a supervisão europeia. Essa supervisão diz respeito tanto ao objetivo da medida desafiada como à sua "necessidade"; abrange não só a legislação básica, mas também a decisão que a aplica, mesmo uma dada por um tribunal independente (Tradução nossa).

A publicação foi proibida em razão do dano que poderia ser causado ao caso que ainda estava em julgamento. A CtEDH citou o que já foi anteriormente decidido no caso *Handyside*, aludindo que os Estados estão em uma melhor posição para dizer o que constitui uma restrição em prol da conservação da moral em seu território quando não há um consenso comum é diferente da visão a ser aplicada neste caso. A restrição da publicação do artigo pelo jornal *Sunday Times* foi fundamentada pelo Estado como sendo necessária para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial (artigo 10.2, *in fine*). Em razão disso, a CtEDH entende que nestes casos, tendo em vista a dicção mais objetiva da cláusula de restrição, a supervisão é mais intensa e acarreta na atribuição de uma margem de apreciação mais restrita ao Estado. (1979, p. 29). Desta forma, a CtEDH entendeu que houve uma violação ao artigo 10, vez que a restrição não foi necessária.

O conceito estrutural, por sua vez, consiste, também, em dar uma certa deferência para o Estado, em razão dele estar em uma posição melhor, seja para decidir sobre quando não há um consenso em relação a algum tema de Direitos Humanos entre os Estados Contratantes ou sobre problemas políticos sensíveis (LETSAS, 2006, p. 723).

A falta de consenso sobre determinados temas entre os países da Europa, indicam que uma

[...] approach of the European Court has been that the less consensus there is among Contracting on whether something counts as a human rights violation, the better placed national authorities are to decide on the matter and the more deferential the European Court has to be in its review. [...] The ideia has been that in the absence of a uniform conception of public morals in Europe, member states are 'better placed' to assess local values and their application to particular cases²¹ (LETSAS, 2006, p. 723).

O conceito estrutural pode, também, recair entre os artigos 8 e 11 da CEDH, no entanto, diferentemente do que ocorre no caso da aplicação do conceito substancial, aqui não há uma análise que visa sopesar a restrição do direito individual

²¹ A abordagem do Tribunal Europeu foi que quanto menor consenso existe entre a contratação sobre se algo conta como uma violação dos direitos humanos, as autoridades nacionais melhor colocadas devem decidir sobre o assunto e quanto mais deferente o Tribunal Europeu deve ser na sua revisão. [...] A ideia tem sido que, na ausência de uma concepção uniforme da moral pública na Europa, os Estados membros estão "melhor posicionados" para avaliar os valores locais e sua aplicação em casos particulares (tradução nossa).

em razão da coletividade, mas sim, qual a interpretação do direito estabelecido na CEDH.

A falta de consentimento pode gerar efeitos na interpretação das cláusulas de restrição. Restrições como 'aquelas necessárias em uma sociedade democrática' pode ser interpretada de diferentes maneiras a depender de qual Estado Contratante a esta interpretando.

A teoria, é bem verdade tem sido aplicada levando em conta quase a totalidade dos artigos presentes na CEDH, a partir de então, através da análise de alguns casos, mostraremos como tem sido a prática dos tribunais internacionais. Esses primeiros parágrafos iniciais, apenas tiveram como fundamento traçar um panorama geral do uso da teoria da margem da apreciação.

5.2 Justificando a Margem da Apreciação

Em que pese as mais variadas críticas, a Teoria da Margem da Apreciação aparece constantemente nas *ratios* da jurisprudência de Tribunais Internacionais, principalmente no CtEDH. Tanto é verdade que se buscarmos a expressão "*Margin of appreciation*" no buscador de Jurisprudência dessa Corte, encontraremos, ao tempo deste trabalho, 2127 resultados relacionados com a busca.

A teoria também aparece em outros Tribunais, como é o caso da CtIDH e o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. Todavia, em menor proporção.

Bem, como dissemos anteriormente, os fatos exteriores que autorizam o uso da doutrina são a legitimação democrática, a prática comum entre os Estados e a expertise das autoridades nacionais. Passaremos a análise profunda de cada um deles nos tópicos abaixo com as suas respectivas nuances.

5.2.1 Legitimação democrática

Como sabemos, um dos motivos para que a CEDH conceda ao Estado uma certa margem de apreciação é o fato de existir, ou não, uma legitimação democrática. Quando isso ocorre, é certo que os Estados estarão em uma melhor posição para avaliar de que forma tal direito ou garantia convencional deve ser interpretado.

Deve ser lembrando que a margem de interpretação fornecida aos Estados, mesmo no caso extremo de uma sociedade que leva a democracia à risca, não é limitada. O escrutínio praticado pela CEDH, mesmo nesses casos, deve consistir em métodos de balanceamento ou um teste de proporcionalidade, em detrimento da doutrina da “essência dos direitos”, ou como também é conhecida por doutrina do “preto ou branco”.

Essa doutrina, que também existe no CEDH consiste em sua avaliação limitada a observar se houve ou não um desrespeito à essência do direito convencional. (BINDER, 2013, p. 511) Nessa hipótese, há tão somente uma aferição se a restrição à determinada liberdade individual atentou contra o mínimo necessário daquele direito. Logicamente, uma análise pautada da doutrina do “preto ou branco” implica em fornecer uma margem larga ao estado, de sorte que o escrutínio exercido pela CEDH é reduzido.

Existe um debate sobre o quanto a democracia pode e deve influenciar na revisão judicial realizada pela CEDH, nesse ponto, Andrew Legg traz três correntes distintas que, muito embora são costumeiramente aplicáveis pelas Cortes Constitucionais, podem, *mutatis mutandis*, serem aplicadas em sede das Cortes Internacionais. A primeira, defendida por Jeremy Waldron, acredita que diante dos desacordos quanto ao conteúdo e significado dos direitos básicos, o debate público deveria ser encorajado e um método democrático de participação deveria ser o único meio de tomada de decisão (2012, p. 71) de sorte que a análise a ser feita pelo tribunal é supérflua e desnecessária.

Já a segunda corrente, encabeçada por Ronald Dworkin, é explicada por Andrew Legg alertando que “[...] a primacy of a democratic process per Waldron does not rule out the possibility of substantive injustice or democratic error where a hostile majority is able to dictate the terms of fundamental rights in their favour”²² (2012, p.71). Motivo este que autorizaria, portanto, uma revisão pelos órgãos judiciais à fim de evitar que a democracia vire uma ditadura da maioria.

A terceira corrente, por sua vez, defendida por Jhon Hart Ely, estabelece que o papel do judiciário é agir como um freio contra os poderes democráticos,

²² A primazia do processo democrático de Waldron não desconsidera a possibilidade de uma injustiça substantiva ou um erro democrático onde uma maioria hostil é apta a ditar os termos dos direitos fundamentais em seu favor (Tradução nossa).

assegurando a representação de minorias e possibilitando a sua participação nas decisões democráticas. (LEGG, 2012, p. 72).

Didaticamente poderíamos resumir as três correntes da seguinte forma:

Waldron eloquently and convincingly articulates the importance of participation in the formation of rights as a means of respecting persons and autonomy. Ely justifies review of democratic action where participation is at risk. And Dworking goes further, justifying judicial involvement on occasions when a democratic procedures have led to substantive injustice²³ (2012, p. 72).

A CtEDH não adota uma corrente em específico, haverá variações da forma que a revisão judicial é realizada, algumas jurisprudências tenderão mais para a corrente de Waldron, principalmente aquelas concernentes à supostas violações ao artigo 3º do Primeiro Protocolo à CEDH. Tal disposição versa sobre o direito à liberdade de eleições e, por ser uma disposição demasiadamente aberta, confere aos Estados ampla margem para interpretá-la.

A grande deferência conferida nestes casos pode ser vislumbrada através de casos práticos em que a CtEDH teve que tratar do assunto, no caso Mathieu-Mohin e Clerfayt contra a Bélgica, o qual tratava sobre igualdade dos cidadãos belgas dentro de seu sistema eleitoral da Bélgica, ao excluir membros que falavam francês do Conselho Flamengo após este fazer o juramento em Holandês a CtEDH não vislumbrou nenhuma violação e justificou da seguinte maneira:

[...] it has to satisfy itself that the conditions do not curtail the rights in question to such an extent as to impair their very essence and deprive them of their effectiveness; that they are imposed in pursuit of a legitimate aim; and that the means employed are not disproportionate. [...] In particular, such conditions must not thwart "the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature"²⁴ (1987, p. 18).

Percebam que a Corte faz referência expressa à necessidade da preservação da essência do direito, dando uma ampla deferência ao Estado da Bélgica. Entretanto, em que pese tal jurisprudência, a CtEDH vem, paulatinamente

²³ Waldron articula de forma eloquente e convincente a importância da participação na formação dos direitos como forma de respeitar as pessoas e a autonomia. Ely justifica a revisão da ação democrática onde a participação está em risco. E Dworking vai além, justificando o envolvimento judicial em ocasiões em que os procedimentos democráticos levaram a uma injustiça substantiva (tradução nossa).

²⁴ tem que se certificar de que as condições não restringem os direitos em questão de forma a prejudicar sua própria essência e privá-los de sua eficácia; que são impostas na busca de um objetivo legítimo; e que os meios empregados não são desproporcionais. [...] Em particular, tais condições não devem frustrar "a livre expressão da opinião das pessoas na escolha da legislatura (tradução nossa).

restringindo a margem conferida aos Estados, aplicando um teste de proporcionalidade e abandonado a doutrina do “preto ou branco”, de sorte que as novas jurisprudência têm perfilhado para um escrutínio maior a ser realizado pela Corte. (BINDER, 2013, p. 513). Indicando, nesses casos mais recentes, uma tendência à teoria de Dworking e Ely.

Dessa forma, a deferência conferida aos Estados irá variar de acordo com o caso em concreto. Por exemplo, se uma restrição à um direito é oriunda de uma lei que foi editada seguindo as formalidades constitucionais e submetida a um longo debate possibilitando a participação de todos, inclusive dando voz aos grupos minoritários, a margem a ser concedida aos Estados será ampla e se aproximará da doutrina da essência dos direitos. Todavia, caso tal lei for editada sem que levasse em consideração a participação dos grupos minoritários, transformando o processo democrático em uma ditadura da maioria, a margem de apreciação conferida aos estados será reduzida e haverá a necessidade da realização de um teste de proporcionalidade.

É possível observar a democracia atuando como um fator exterior para a concessão de uma margem da apreciação. No caso Dudgeon contra o Reino Unido, a CtEDH discutiu sobre a convencionalidade de uma lei que tornava atos homossexuais consentidos cometidos em ambientes privados por pessoas menores de vinte e um anos ilegais.

O Sr. Dudgeon alegou violação ao artigo 8º da CEDH, no mérito, a corte entendeu que a legislação vigente tinha como finalidade a preservação de jovens adolescente contra a prática de atos sexuais (1983, p. 15). A corte deixou de analisar profundamente se a legislação realmente visava a proteção da moral, vez que em julgamentos anteriores entendeu que tais restrições que visam afastar adolescentes da prática de atos sexuais, como por exemplo, *mutatis mutandis*, o caso Handyside contra Reino Unido, está de acordo com a CEDH (1983, p. 16). E passou a analisar se era necessário em uma sociedade democrática.

A CtEDH entendeu que o Estado agiu com boa-fé, diante das mais variadas considerações para alcançar uma legislação que levasse em consideração os anseios da sociedade da Irlanda do Norte. Isso porque o Estado sofre fortes influências pela religião e possui uma ampla população conservadora. Ainda, o Estado diligenciou no sentido de buscar diferentes pontos de vista antes de chegar a uma conclusão substancial. No entanto, o órgão jurisdicional entendeu que muito embora

a precaução do Estado, “*This cannot of itself be decisive as to the necessity for the interference with the applicant’s private life*”²⁵ (1983, p. 19).

Não foi por outro motivo que a CEDH entendeu que houve uma violação ao artigo 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, pois a restrição não foi necessária em uma sociedade democrática. Interessante ressaltar que nesse julgamento a corte adotou um perfil próximo ao que Ronald Dworkin pregava, vez que, muito embora agiu com base na cláusula democrática, a medida era claramente uma substancia injustiça, o que ensejou na revisão judicial.

A razão de decidir seguiu os mesmos moldes no caso Hirst contra o Reino Unido, muito embora a CtEDH ter enfatizado que em casos relacionados a organização do sistema eleitoral implica em uma ampla margem de apreciação, assim como foi decidido no caso Mathieu-Mohin e Clerfayt contra a Bélgica, entendeu que houve uma violação ao artigo 3º do Primeiro Protocolo Adicional à CEDH.

O caso versa sobre a impossibilidade do Senhor Hirst, após ser condenado à pena perpetua pela prática de um homicídio culposo, de votar em eleições para a escolha dos parlamentares e autoridades locais. Tal vedação era oriunda do “*Representation of the People Act 1983*”, a qual impedia aqueles que estavam cumprindo pena em algum estabelecimento penal pudessem votar. O requerente entendia que a normativa interna era incompatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos. (2005, p. 5).

É certo que o artigo 3º do Primeiro Protocolo Adicional à Convenção Europeia de Direitos Humanos - As Altas Partes Contratantes obrigam - se a organizar, com intervalos razoáveis, eleições livres, por escrutínio secreto, em condições que assegurem a livre expressão da opinião do povo na eleição do órgão legislativo. – abrange, também, direitos individuais, incluindo o direito a votar e ser votado. A corte, muitas vezes já ressaltou a importância da presença de princípio democráticos na interpretação e aplicação da Convenção, e, no caso em tela, teve a oportunidade de enfatizar que os direitos garantidos pelo artigo 3º do Protocolo são cruciais para manter a base e efetividade de uma sociedade democrática. (2005, p. 10).

O direito a votar no século XXI não se trata mais de um privilégio, mas sim um direito. Todavia, também é certo que o artigo 3º do Protocolo não traz um

²⁵ Isso não pode, por si só, ser decisivo como necessário para a interferência na vida privada do requerente (tradução nossa).

direito absoluto, de forma que há espaço para o Estado exerça sua margem de apreciação, até mesmo em razão das múltiplas possibilidades de se organizar um sistema eleitoral.

It is, however, for the Court to determine in the last resort whether the requirements of Article 3 of Protocol No. 1 have been complied with; it has to satisfy itself that the conditions do not curtail the rights in question to such an extent as to impair their very essence and deprive them of their effectiveness; that they are imposed in pursuit of a legitimate aim; and that the means employed are not disproportionate²⁶ (2005, p. 11).

É perceptível que novamente a CtEDH utilizou, implicitamente a doutrina da essência do direito, entretanto ainda realizou um exame de proporcionalidade para verificar até onde a restrição tinha uma finalidade legítima.

A corte inicia sua análise pontuando que o sujeito encarcerado continua gozando de todos os direitos e liberdades estabelecidos na CEDH salvo o artigo 5º - direito à liberdade e segurança. Qual outra restrição deve ser justificada com base na segurança dos detentos ou prevenção de crimes e desordem (2005, p. 13).

Ao analisar se o fim era legítimo, a CtEDH notou que a finalidade a qual a restrição servia era para conferir uma punição adicional. Fato esse que foi sustentado pelo secretário do Estado, motivo pelo qual considerou insustentável e incompatível essa restrição com o artigo 3º do Primeiro Protocolo Adicional. Da mesma forma que afirmou ser a medida desproporcional, vez que é imposta de maneira automática para todos os prisioneiros (2015, p. 15).

Foi conferida ampla margem ao Reino Unido em decorrência de tratar-se de normativa atinente ao sistema eleitoral, o qual tem íntima relação com a democracia. No entanto, mesmo assim a Corte encontrou uma violação, vez que era totalmente irrazoável, não possuía um fim legítimo e não era proporcional. A legitimação democrática exerce um papel importante quando da avaliação se houve ou não uma violação à CEDH e seus documentos adicionais, no entanto, dar uma ampla margem de apreciação não significa ignorar por completo a essência do direito,

²⁶ No entanto, cabe ao Tribunal determinar, em última instância, se os requisitos do artigo 3.º do Protocolo n.º 1 foram cumpridos; tem que se certificar de que as condições não restringem os direitos em questão de forma a prejudicar sua própria essência e privá-los de sua eficácia; que são impostas na busca de um objetivo legítimo; e que os meios empregados não são desproporcionados (Tradução nossa).

de maneira que após um teste de proporcionalidade poderá ser encontrado uma violação.

Ainda, em casos em que a margem é abundante, poderíamos aplicar o teste para auferir se a medida é manifestamente sem uma fundamentação razoável, isto é, “legislation will not be in violation of the Convention unless it is ‘manifestly without reasonable foundation²⁷” (LEGG, 2012, p. 78). No mesmo sentido se manifesta Jan Kratochvíl, quando a margem é concedida em seu limite máximo, o nível de supervisão da CtEDH diminui ao máximo e, em contrapartida, o teste a ser realizado é o citado acima (2011, p. 355).

Tal teste, entretanto, pode trazer problemas insuperáveis: o que é uma medida manifestamente sem um fundamento razoável? A pergunta deixa uma resposta com uma alta carga subjetiva, faltando critérios objetivos para sua aplicação.

A legitimação democrática também autoriza a CtEDH a fornecer um prazo razoável para que o Estado através de sua ordem democrática edite normas que estão em conflito com a CEDH. No caso *Pye (Oxford) Ltd contra Reino Unido* foi fornecido um prazo para que o Reino Unido alterasse a sua legislação, afirmando que “In any event, legislative changes in complex areas such as land law take time to bring about, and judicial criticism of legislation cannot of itself affect the conformity of the earlier provisions with the Convention²⁸” (2007, p. 23).

É importante, outrossim, o estudo de como se comporta a margem de apreciação quando está em jogo direitos de grupos vulneráveis e minorias. Hipótese em que a supervisão realizada pelas Cortes regionais é maior. Há, inclusive, exemplos na CtIDH. A razões para tanto é as constantes falhas cometidas por governos democráticos em representar os interesses ou ponto de visão destes grupos. (LEGG, 2012, p. 93).

A supervisão realizada pela CtIDH no caso *Comunidade Indígena Shawhoyamaxa contra o Paraguai* é um exemplo. Em que pese a restrição ao direito de propriedade indígena ter sido realizada através de uma legislação elaborada sobre um regime democrático, o Estado do Paraguai falhou ao olhar para os problemas

²⁷ A legislação não estará violando a convenção a menos que seja manifestamente sem uma fundamentação razoável (Tradução nossa).

²⁸ Em qualquer caso, as mudanças legislativas em áreas complexas como a lei agrárias levam tempo e as críticas judiciais à legislação não podem, por si só, afetar a conformidade das disposições anteriores com a Convenção (Tradução nossa).

indígenas tão somente com base na produção agrícola e leis agrárias. Algo que é insuficiente quando tratamos das distintas características de tais povos. (2006, p. 76).

Nesses casos, a própria CtIDH estabeleceu parâmetros que devem ser respeitados, eles são: a legalidade, a necessidade, a proporcionalidade e o preenchimento de um propósito legítimo em uma sociedade democrática. Caso haja a inobservância de um desses requisitos, haverá uma violação perante a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ao longo deste tópico, observamos que a forma com que as Cortes Regionais variam de acordo com o caso em concreto, algumas vezes perceberemos que haverá uma maior inclinação ao que James Waldron preceitua, outras vezes, em que pese o ato ou legislação ter sido realizado com base em uma discussão e um debate democrático, dar ensejo a erros democráticos ou injustiças substanciais a posição de Ronald Dworkin será a escolhida pelos magistrados internacionais. Por fim, caso não tenha aberto espaço para que a grupos vulneráveis ou minorias participem, a democracia por si só não basta, dado que se considerarmos a maioria como única autoridade competente para editar legislações aptas a restringir direitos de outros grupos menores, seria como aceitar uma ditadura da maioria, desta forma, a supervisão judicial é chamada em tela para analisar a questão e, eventualmente, encontrar uma violação.

5.2.2 Prática entre os Estados contratantes

Levando em conta o que foi exposto anteriormente, sabemos que todos os Estados são soberanos, mesmo que somente juridicamente soberanos. Por meio deles as primeiras normas de Direito Internacional surgem. Uma das principais fontes do *ius gentium*, de acordo com o artigo 38, §1º, alínea “a”, são os tratados internacionais.

Para o estudo em tela, os tratados de maior importância são a Convenção Americana de Direito Humanos e a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Esta modalidade de instrumento internacional tem um procedimento especial regido pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, do qual o consenso dos Estados Pactuantes é necessário para a adoção do texto. Outra fonte de suma importância é o costume internacional, que, nada mais é, do que a

prática reiterada de certos atos os quais, são entendidos pela comunidade internacional, seja global ou regional, é entendida como uma regra jurídica.

Nessas duas fontes o consenso aparece como elemento fundador, não há, portanto, como desconsiderar esse importante fundamento do direito internacional.

Ao interpretar um tratado, o artigo 31, §3º, alínea “b”, da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados expressamente aponta a prática dos estados como uma forma de interpretação, isto é, o consenso entre os Estados sobre determinada normativa estabelecida em algum tratado, seja ele sobre Direitos Humanos ou não, deve ser considerada.

Logicamente, esta não é um elemento que deve ser analisado isoladamente, pois o “caput” do artigo em questão assinala que a interpretação também deve ser feita com base na boa-fé, o que, por si só, excluiria algumas práticas espúria entre os Estados Contratantes.

Nesta toada, questões controvertidas entre os Estados ganham especial relevância quando da aplicação da teoria da margem da apreciação. Ainda mais quando tal afirmação é colocada conjuntamente com o fundamento de supervisão das Cortes Internacionais, a subsidiariedade destes órgãos. Significa dizer que os Tribunais não visam unificar por completo toda a aplicação das normas internacionais, haja vista que o Estado é principal e primeiro responsável por aplicar tais disposições, competindo aos Tribunais a intervenção quando o primeiro falha na sua aplicação.

Esse contexto é bem explicado nessa passagem de Andrew Legg:

It was argued there that the international systems for the protection of human rights complement, as subsidiary organs, the protection given in the first instance by the state systems. It is not the purpose of the Tribunals to harmonize the legal approaches to human rights protection across all states, but to provide guidance to states about when and how to exercise their discretion in the protection of human rights standards, and to intervene on behalf of individuals when the states fails to uphold these standards. It is for these reasons that the consent of states is relevant to the second-order reasoning of the Tribunals²⁹ (2012, p. 107).

²⁹ Foi argumentado que os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos complementam, como órgãos subsidiários, a proteção dada em primeira instância pelos sistemas estaduais. Não é o propósito dos Tribunais harmonizar as abordagens legais da proteção de direitos humanos em todos os estados, mas fornecer orientação aos estados sobre quando e como exercer seu poder discricionário na proteção de padrões de direitos humanos e para intervir em nome de indivíduos quando os estados não conseguem manter esses padrões. É por estas razões que o consentimento dos estados é relevante para o raciocínio de segunda ordem dos Tribunais (Tradução nossa).

Não é forçoso, portanto, afirmar que a prática dos Estados que versa sobre determinada normativa convencional tem relevância durante a avaliação a ser realizada pela Corte, seja ela qual for. De igual modo, as práticas dos Estados podem influenciar, inclusive, na interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais. No caso *Atala Riffo contra o Chile*, o qual tratava sobre fecundação *in vitro* e questões atinentes a homossexualidade da mãe da criança, a CtIDH expressamente aduziu que os tratados de Direitos Humanos são instrumentos vivos (2012, p. 29).

A jurisprudência das Cortes Internacionais nos demonstram que a prática dos estados pode funcionar de três maneiras: (i) quando não há consenso entre os Estados sobre determinado assunto, neste caso a Corte fornecerá uma margem mais ampla; (ii) quando há uma prática comum entre os Estados em favor do requerente, o que, via de consequência implica em uma margem menor e (iii) quando a prática comum entre os Estados está na contramão da pretensão do requerente, o que, a *contrario sensu* com o que foi dito anteriormente, acarreta em uma maior deferência aos estados (LEGG, 2012, p. 116).

Portanto, a pesquisa revela que as decisões reiteradas dos tribunais servem como base para o estabelecimento de posições jurídicas as vezes mais relevantes.

5.2.2.1 Falta de consenso

A falta de consenso como fator exterior para conceder uma ampla margem da apreciação é claramente demonstrado no caso *Vo contra a França*. Nessa oportunidade a CEDH debruçou-se sobre a questão do direito à vida do nascituro. Neste caso, uma mulher grávida perdeu seu filho em decorrência de um procedimento médico negligente. A questão versava sobre a possibilidade de iniciar ou não procedimento criminal em face do cirurgião.

Ao analisar em que momento iniciava a vida, a CEDH encontrou diversos pontos de vistas, motivo pelo qual pontuou que tal situação implica em uma ampla margem de apreciação aos Estados. O assunto não é só discutido pela ciência, como também é discutido pela moral e filosofia, de forma que impor um conceito moral único sobre quando há o início da vida seria inapropriado (2004, p. 37).

Isso foi somado ao fato da ausência de consenso, entre os países Europeus, sobre a natureza e status dos embriões e fetos resultou na seguinte afirmação pela CtEDH:

Having regard to the foregoing, the Court is convinced that it is neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention[...]³⁰ (2004, p. 38).

Entretanto, é importante ter em mente que a falta de consenso entre os Estados não é um fator exclusivo, mas sim um entre outros fatores. A importância diminuída dada à falta de consenso entre os Estados Europeus ocorreu no caso *Christine Goodwin* contra o Reino Unido, ao tratar sobre a restrição da alteração de gênero em registros públicos após a cirurgia de alteração de sexo. A CEDH ressaltou que não é surpreendente que não haja consenso sobre o assunto. Outrossim, atribui menor importância à prática dos Estados Europeus e levou em consideração a crescente tendência internacional da aceitação social de transexuais e a sua aceitação legal após a cirurgia. (2002, p. 25).

Como é de se notar, os elementos legitimadores para a concessão de uma certa margem de apreciação não devem ser olhados de forma exclusiva, mas sim, em harmonia com outros elementos que irá compor a avaliação a ser realizada pelas Cortes Internacionais.

5.2.2.2 Prática comum em favor das alegadas vítimas

A forma com que os Estados se comportam pode ser favorável ao que as vítimas postulam em juízo internacional. Na demanda *Sorensen e Rasmussen* contra a Dinamarca, a CtEDH avaliou sobre a validade dos *closed shops agreements*, tais acordos são firmados entre uniões de trabalhadores e empregadores, de forma que o empregador somente poderá contratar aquele trabalhador somente, e tão somente se, ele fizer parte de determinada associação de empregados, o que, em tese, violaria o artigo 11 da CEDH.

³⁰ Tendo em conta o que precede, o Tribunal está convencido de que não é desejável, nem mesmo possível, em termos de questões, responder em resumo a questão de saber se o feto é uma pessoa para efeitos do artigo 2.º da Convenção (tradução nossa).

O Tribunal foi categórico em afirmar que, com exceção da Dinamarca e Islândia, há uma prática comum no seio do Continente Europeu em vedar a celebração de tais acordos, vez que, violaria o direito à liberdade de associação, pois ninguém é obrigado a se associar ou permanecer associado se não for por sua vontade livre e plena (2006, p. 29). Como corolário, forneceu uma margem estrita ao Estado e encontrou uma violação à liberdade de associação.

Com relação a este tópico, também existe exemplos na CtIDH, a qual entendeu que houve violação à liberdade de expressão pelo Estado do Chile. No caso Claude-Reyes contra o Estado Chileno, a CtIDH avaliou a conduta do Estado no sentido de recusar a prestar informações sobre certas concessões e contratos internacionais. Em sua fundamentação, aduziu que

is important to emphasize that there is a regional consensus among the States that are members of the Organization of American States [...] about the importance of access to public information and the need to protect it³¹ (2006, p. 41).

Por diversas vezes a CtIDH afirmou que o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos abrange o direito de buscar, receber e se informar sem que haja uma frustração do Estado e, ao mesmo tempo, deve o estado garantir que tais condutas sejam executadas. Sabendo disso, o Estado do Chile teria o dever de fornecer tais informações às vítimas, com mais razão ainda tendo em vista a prática dos Estados Contratantes.

5.2.2.3 Prática comum em favor do Estado

A forma com que os Estados consentem sobre determinada disposição do Direito Internacional dos Direitos Humanos pode ser avaliada, também, sob a perspectiva de corroborar com a argumentação do Estado demandante. Isso ocorreu no caso Maaouia contra a França. O Sr. Nouri Maaouia, Tunisiano, após ser condenado pela prática de crime na França, enfrentou um longo processo de expulsão e ao todo foram quatro anos tentando evitar que a medida fosse tomada contra ele.

³¹ É importante enfatizar que tem um consenso regional entre os Estados membros da Organização dos Estados Americanos sobre a importância de acessar informações públicas e a necessidade de isso ser protegido (Tradução nossa).

Ao término desse prazo, demandou perante o Sistema Europeu de Direitos Humanos alegando que não houve um respeito ao prazo razoável estabelecido no artigo 6, §1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Em sua fundamentação, o Tribunal entendeu que, em razão da ampla maioria dos Estados Europeus ter ratificado o Protocolo nº 7, adicional à Convenção Europeia de Direitos Humanos, o qual, em seu artigo 1º aborda especificamente o devido processo legal em casos de expulsão, demonstra que há um consenso de que não se trata de violação ao artigo 6º da Convenção. Isso porque:

The Court therefore considers that by adopting article 1 of Protocol No. 7 containing guarantees specifically concerning proceedings for the expulsion of aliens the States clearly intimated their intention not to include such proceedings within the scope of Article 6, §1 of the Convention³² (2000, p. 10).

Por conseguinte, tendo em vista que o artigo 1º do Protocolo nº 7 não faz nenhuma alusão ao prazo razoável, se referindo tão somente ao direito de fazer valer as suas razões, perante uma autoridade competente para examinar seu caso. À vista disso, a CEDH entendeu que não houve uma violação ao artigo 6º da Convenção, sequer do artigo 1º do Protocolo nº 7.

5.2.3 Expertise das autoridades nacionais

Outro fator que influencia de maneira substancial ao analisar se deve ou não ser concedido ao Estado determinada margem de apreciação é a posição em que as autoridades nacionais ocupam. É comum, por exemplo, encontrar expressões como “o Estado está em melhor posição para avaliar a questão” seguidas com a afirmação que este é o motivo pelo qual as autoridades nacionais gozam de uma certa deferência para a prática do ato. O que se pretende durante todo esse tópico é demonstrar como isso ocorre na prática, além de levantar os fundamentos que autorizam tal conduta dos Tribunais.

É preciso ter em mente que a deferência para o estado (Estado) em razão da expertise desse não pode, de forma alguma, absorver a responsabilidade do

³² Por conseguinte, o Tribunal considera que, ao adoptar o artigo 1.º do Protocolo n.º 7, que contém garantias relativas especificamente aos processos de expulsão de estrangeiros, os Estados indicaram claramente a sua intenção de não incluírem tais procedimentos no âmbito do artigo 6.º, §1º da Convenção (Tradução nossa).

Tribunal analisar toda a evidência trazida aos autos, tomando a sua própria decisão (LEGG, 2012, p. 147). No entanto, o Tribunal não pode simplesmente ignorar a expertise das autoridades nacionais, contanto que elas estejam em melhor condição de produzir e interpretar a prova.

Vejamos, no caso Papachelas contra a Grécia a CtEDH deu certa deferência ao Estado em razão de sua proximidade com o objeto da demanda. O caso versa sobre expropriação das terras do Sr. Aristomenis Papachelas e Sra. Eugène Papachelas, os quais alegam não terem recebido uma indenização justa, afirmando que o valor pago pelo governo da Grécia foi abaixo do razoável que deveria ser dado como indenização. Ao julgar o mérito da questão, a CEDH levou em consideração um relatório elaborado por uma associação de avaliadores juramentados, muito embora o caso comportasse ampla margem de apreciação nacional (1999, p. 14).

O caso acima compõe o acervo vasto acervo de jurisprudência que versam sobre questões econômicas, e que sem sua ampla maioria, autorizam uma ampla margem de apreciação aos Estados.

Andrew Legg elenca algumas matérias em que a deferência fornecida aos Estados são ampliadas. Isso ocorre quando está em litígio medidas adotadas em razão da segurança nacional, proteção de crianças e adolescentes, decisões relacionadas a assistência médica, necessidades atinentes à educação, organização de servidores do estado, incluindo a polícia, e matéria econômica (2012, p. 153).

A segurança nacional foi objeto de suma importância no caso Brannigan e McBride contra o Reino Unido. Nessa oportunidade a Corte avaliou se a derrogação de garantias estabelecida no artigo 15 da CEDH foi necessária e razoável. A CtEDH se pronunciou no seguinte sentido:

The Court recalls that it falls to each Contracting State, with its responsibility for "the life of [its] nation", to determine whether that life is threatened by a "public emergency" and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it³³ (1995, p. 154).

³³ O Tribunal lembra que cabe a cada Estado Contratante, com a sua responsabilidade de "a vida de [a sua] nação", determinar se essa vida está ameaçada por uma "emergência pública" e, em caso afirmativo, em que medida é necessário ir na tentativa de superar a emergência. Devido ao seu contato direto e contínuo com as necessidades urgentes do momento, as autoridades nacionais estão, em princípio, em melhor posição do que o juiz internacional para decidir tanto sobre a presença de tal emergência quanto sobre a natureza e o alcance das derrogações necessárias para evite (tradução nossa).

Ao final da sentença, o Reino Unido restou condenado, não porque as restrições não foram proporcionais ou necessárias, visto que com relação a isso foi deferida ampla margem de apreciação, mas sim porque o direito à vida não admite derrogação por expressas vedação do artigo 15. Em razão da objetividade do dispositivo citado, não haveria como fornecer deferência às autoridades nacionais. Mais uma vez, há a demonstração de que a margem da apreciação não deve ser isolada no momento da análise do mérito.

Outrossim, haverá casos em que, em que pese a expertise dos Estados, a corte elevará o grau de realiza seu escrutínio. Isso ocorrerá quando as evidências relacionadas ao caso, em que pese de difícil acesso ao Tribunal Internacional, não é objeto preponderante da análise.

Podemos citar duas jurisprudência que tal evento ocorre, o caso *Brumărescu contra a Romênia*, no qual as questões processuais tiveram maior pujança e o caso *Bottazzi contra a Itália*, oportunidade em que a CEDH deu clara importância ao prazo desproporcional em detrimento da margem concedida aos Estados.

No primeiro caso, trata-se de uma expropriação realizada pelo Estado da Romênia, os fatos ocorreram da seguinte maneira: os pais da vítima construíram uma casa, a qual foi objeto de um desapossamento após a edição de um decreto. Ocorre que seus genitores nunca foram avisados dos fundamentos legais da restrição ao direito do direito de propriedade deles, no entanto, foi permitido continuar morando na casa desde que fosse fornecido ao Estado uma espécie de aluguel. Anos após, o imóvel foi vendido pelo Estado para outros dois novos donos, motivo que causou revolta na vítima a qual tentou se valer da justiça.

Na primeira instância, conseguiu que a sua pretensão fosse satisfeita, entretanto, em 1995 o tribunal superior anulou a decisão afirmando que a corte inferior não tinha competência para tanto. Desta forma, a corte notou que

[...] the ratio of the judgment of 1 March 1995 was that the courts had no jurisdiction whatsoever to decide civil disputes such as the action for recovery of possession in the instant case. It considers that such an exclusion is in itself contrary to the right of access to a tribunal guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention³⁴ (*Brumărescu v Romania*, 1999, p. 18).

³⁴ A *ratio* da sentença de 1 de março de 1995 foi no sentido de que os tribunais inferiores não tinha competência para decidir sobre disputas civis, como a ação de recuperação de posse no presente caso.

Não obstante, ainda considerou que a falta de fundamentação na confiscação da propriedade em razão do interesse público pela Corte Suprema ou outras autoridades indicam para uma violação ao artigo 1º do Primeiro Protocolo adicional à Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Já no caso Botazzi contra a Itália, foi sopesado o prazo razoável em detrimento da deferência concedida aos Estados. Em que pese a competir aos Estados, em razão da dicção do artigo 6º, §1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a obrigação de organizar seu sistema judiciário, é possível observar vários vícios no sistema judiciário Italiano, implicando em constantes violações ao artigo 6º pelo Estado em tela, desta forma, a CtEDH entendeu que houve um prazo excessivo e que o processo não respeitou o requerimento de um prazo razoável (1999, p. 5-6).

Quando a discussão em pauta é matérias em que os magistrados internacionais, em que pese distantes da origem das evidências trazida aos autos, têm experiência, não há porque conceder aos estados tamanha deferência. É interessante lembrar que os magistrados são pessoas que para chegarem onde chegaram passaram por diversas instituições e possuem ampla experiência jurídica, resultando em um conhecimento elevado sobre questões processualísticas, inclusive aquelas atinentes a prazos razoáveis.

Até então, foi construído um panorama geral do conceito a Teoria da Margem da Apreciação Nacional. A partir de agora, buscaremos responder se a Teoria é compatível com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Considera-se que tal exclusão é, por si só, contrária ao direito de acesso a um tribunal garantido pelo artigo 6, §1º da Convenção (Tradução nossa).

6 TEORIA DA MARGEM DA APRECIÇÃO NA CtIDH

A importação de institutos de outros Sistemas Regionais é de suma importância para a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos ao todo. O diálogo entre as Cortes, sejam elas internacionais ou nacionais somente fortalece o respeito das cláusulas convencionais. Contudo, a importação pode trazer prejuízos custosos, de sorte que deve ser realizada uma análise pormenorizada da consequência do ato.

Ocorre que a CtIDH fez menção expressa, e pela primeira vez à teoria na Opinião Consultiva 04 de 1984. A qual a República da Costa Rica solicitou informações a respeito da alteração legislativa a ser realizada na sua constituição, dificultando a concessão de nacionalidade aos estrangeiros.

À CtIDH ficou incumbida de avaliar duas questões principais, se tal modificação violaria o artigo 20 da CADH e a possível criação de discriminações proibidas pela Convenção (1984, p. 9).

Ressaltou que é geralmente aceito que em matéria de nacionalidade é conferido aos Estados a responsabilidade para decidir. Entretanto:

contemporary developments indicate that international law does impose certain limits on the broad powers enjoyed by the states in that area, and that the manners in which states regulate matters bearing on nationality cannot today be deemed within their sole jurisdiction; those powers of the state are also circumscribed by their obligations to ensure the full protection of human rights³⁵ (1984, p. 10).

Isso deixa bem claro o que já foi tratado várias vezes nos capítulos anteriores. A deferência conferida aos Estados, não é absoluta e não afasta as Cortes Internacionais de, ao menos, avaliar se houve ofensa à essência do direito.

Ao avaliar os parágrafos segundo e terceiro da emenda à constituição da Costa Rica, os quais distinguiam o tempo para conseguir a naturalização a depender se o estrangeiro é nativo ou naturalizado de algum país americano. A CtIDH entendeu que não houve uma violação à CADH, vez que:

the Court is fully mindful of the margin of appreciation which is reserved to

³⁵ o desenvolvimentos contemporâneos indicam que o direito internacional impõe certos limites aos amplos poderes de que gozam os Estados nessa área e que as maneiras em que os estados regulam as questões relativas à nacionalidade não podem ser consideradas hoje em sua exclusiva jurisdição; esses poderes do Estado também estão circunscritos pelas suas obrigações de assegurar a plena proteção dos direitos humanos (Tradução nossa).

states when it comes to the establishment of requirements for the acquisition of nationality and the determination whether they have been complied with. But the Court's conclusion should not be viewed as approval of the practice which prevails in some areas to limit to an exaggerated and unjustified degree the political rights of naturalized individuals. Most of these situations involve cases not now before the Court that do, however, constitute clear instances of discrimination on the basis of origin or place of birth, unjustly creating two distinct hierarchies of nationals in one single country³⁶ (1984, p. 16) (grifo nosso).

E não é por outro motivo que, ao avaliar o parágrafo quarto do artigo 14 da emenda, entendeu haver uma discriminação, contrário ao que o artigo 1.1 da CADH preceitua. Tal dispositivo tinha como finalidade dar facilidades às mulheres que se casam com costa-riquenho, em razão da inexistência de uma justificativa razoável para tanto. (1984, p. 19).

Sabemos que a teoria já chegou na CtIDH, sabemos que os próximos passos serão seu desenvolvimento e, eventualmente, a sua aparição paulatina nos julgados e relatórios de mérito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Nesta esteira, a teoria é compatível com este sistema?

A resposta é sim. A teoria não tem relação com uma sistema regional somente, vez que a sua aplicação pode ser feita tanto em âmbito mundial quanto em âmbito regional, trata-se, na verdade, apenas de uma das formas em que a subsidiariedade se expressa e, sendo esse um princípio estruturante, do direito internacional, qualquer órgão internacional pode se valer de tal teoria para a melhor aplicação de uma norma internacional, evitando que a supervisão se torne uma interferência desnecessária desses órgãos.

³⁶ a Corte está plenamente consciente da margem de apreciação que é reservada aos estados quando se trata de estabelecer requisitos para a aquisição de nacionalidade e a determinação se eles foram cumpridos. Mas a conclusão do Tribunal não deve ser vista como a aprovação da prática que prevalece em algumas áreas para limitar a um grau exagerado e injustificado os direitos políticos dos indivíduos naturalizados. A maioria destas situações envolve casos que não são agora anteriores ao Tribunal que, no entanto, constituem exemplos claros de discriminação com base na origem ou no local de nascimento, criando injustamente duas hierarquias distintas de nacionais em um único país (Tradução Nossa).

7 CONCLUSÃO

I. O conceito de soberania evolui ao longo do tempo. Foi constantemente trabalhando durante idade média em decorrência dos conflitos entre o clero, monarquia e senhores feudais. Naquela época a soberania se confundia com aquele que exercia o poder, entretanto, tal visão foi paulatinamente sendo modificada, a modificação de maior pujança ocorreu nos pós-guerra. A partir de então, todos os países são soberanos, ao menos juridicamente, e o conceito de soberania, na atualidade, consiste em duas vertentes, negativa e positiva. A negativa traduz-se na prerrogativa do estado não poder ser obrigado a praticar qualquer ato, salvo se assim consentir. Enquanto a positiva abarca a capacidade de autodeterminação dos Estados.

II. A teoria da margem da apreciação surge no intuito de harmonizar duas ideias, a subsidiariedade dos órgãos internacionais e o pluralismo jurídico, de forma que autoriza as Cortes Internacionais de Direitos Humanos conceder uma certa deferência aos estados, de forma que a margem oferecida a eles influenciará no rigor da avaliação a ser realizada pela Jurisdição Internacional.

III. Os fatores que autorizam a concessão de tal margem de apreciação aos Estados são a legitimação democrática, a prática dos estados e a expertise dos órgãos nacionais.

IV. Questões democráticas, por si só, dão azo à uma análise menos rígida a ser exercida pelos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. Por exemplo, quanto está em tela um caso que versa sobre organização eleitoral dos Estados, geralmente o Tribunal tenderá a realizar uma avaliação para averiguar se a essência do direito foi violada ou não, nessas hipóteses será realizado o teste se o ato – legislativo ou executivo – foi manifestamente sem um fundamento razoável. Caso contrário, operará um teste de proporcionalidade.

V. A prática dos Estados será de suma importância para a avaliação da margem a ser concedida às partes contraentes. A lógica é simples, se a conduta – em tese - está de acordo com a finalidade do convenio de direitos humano, e não existe um consenso sobre o assunto na região abrangida pela Corte Regional, uma maior margem deve ser fornecida ao estado, hipótese em que a Corte estaria respeitando o princípio da subsidiariedade, vez que a finalidade precípua dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos é preservar a pessoa humana, e não uniformizar as

variadas concepções de direitos. De outro modo, se a prática do Estado demandante é contrária a maioria dos outros Estados, ensejaria uma menor margem a ser oferecida, na via transversa ocorre o oposto, caso a conduta do Estado demandante esteja em consonância com a prática dos outros Estados da mesma região, uma maior margem deve ser autorizada.

VI. A expertise dos Estados também é levada em conta, vez que, em razão da sua proximidade com as evidências da suposta violação, o Estado estaria em uma melhor posição, entretanto, não seria essa uma regra absoluta. Alguns casos em que os magistrados internacionais têm conhecimento a respeito do ponto objeto de discussão, como, por exemplo, questões processuais, a margem a ser concedida diminuirá de maneira considerável.

VII. A teoria da margem da apreciação nacional é compatível com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos em razão da sua característica subsidiária, oriunda de um princípio básico do direito internacional. A margem da apreciação permite, tanto em nível universal – quanto regional – o respeito ao pluralismo jurídico, permitindo uma atuação complementária das cortes regionais, sem que interfira de forma desnecessária ou arbitrária em assuntos que podem ser solucionados pelas autoridades nacionais, motivo pelo qual sua utilização é possível, em que pese o seu uso não estar imune a críticas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTHUSIU, Johannes. **Politics Methodically set forth and Illustrated with Sacred and Profane Examples**. Trad. Frederik S. Carney. Indianapolis: Liberty Fund Inc, 2013. E-book

ANTONIAZZI, Mariela Morales. La Double Estatalidad Abierta: Interamericanización y Mercosurización de Las Constituciones Suramericanas. In: BOGDANDY, Armin Von (Org.); PIOVESAN, Flávia (Org.); ANTONIAZZI, Mariela Morales (Org.), **Estudos Avançados de Direitos Humanos: Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 178-230.

ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Escala Educacional, 2006.

BARBOSA DELGADO, Francisco R. **Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales**. Bogotá: Rev. Derecho Estado, 2011. n. 26, p. 107-135. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-98932011000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 26 set. 2017.

BINDER, Christina. Diversity and political rights in the jurisprudence of the European court of human rights. In: BOGDANDY, Armin Von (Org.); PIOVESAN, Flávia (Org.); ANTONIAZZI, Mariela Morales (Org.), **Estudos Avançados de Direitos Humanos: Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 507-520.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480 – Distrito Federal**. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Julgado em 04 de setembro de 1997, Publicado em 18 de maio de 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>. Acesso em: 17 de setembro de 2017.

BODIN, Jean. **Os seis Livros da República: Livro Primeiro**. Trad Carlos Orsi Morel; José Ignacio Coelho Mendes Neto, 1 ed. São Paulo: Ícone, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002

CtEDH. **Case of Borgers v Belgium**. Sentença de 30 de outubro de 1991. Aplicação N. 12005/86, disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-57720&filename=CASE%20OF%20BORGERS%20v.%20BELGIUM.pdf>> Acesso em: 12 de out 2017.

CtEDH. **Case of Brumărescu v Romania**. Sentença de 28 de outubro de 1999. Aplicação N. 28342/95, disponível em:

<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-58337&filename=CASE%20OF%20BRUMARESCU%20v.%20ROMANIA.pdf>. Acesso em: 16 out 2017.

CtEDH. **Case of Brannigan and McBride v The United Kingdom**. Sentença de 25 de maio de 1995. Aplicação N. 14553/89 e 14554/89, disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-57819&filename=CASE%20OF%20BRANNIGAN%20AND%20McBRIDE%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM.pdf>. Acesso em: 16 de out 2017.

CtEDH. **Case of Christine Goodwill v The United Kingdom**. Sentença de 11 de julho de 2002. Aplicação N. 28957/95, disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-60596&filename=CASE%20OF%20CHRISTINE%20GOODWIN%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM.pdf>. Acesso em 16 de out de 2017.

CtEDH. **Case of Dudgeon v The United Kingdom**. Sentença de 24 de fevereiro de 1983. Aplicação N. 7525/76, disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-57473&filename=CASE%20OF%20DUDGEON%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM.pdf> Acesso em: 14 de out 2017.

CtEDH. **Case of Handyside v The United Kingdom**. Sentença de 7 de setembro de 1976. Aplicação N. 5493/72, disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-57499&filename=CASE%20OF%20HANDYSIDE%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM.pdf>. Acesso em: 07 de out 2017.

CtEDH. **Case of Hirst v The United Kingdom (No 2)**. Sentença de 06 de outubro de 2005. Aplicação N. 74025/01, disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-70442&filename=CASE%20OF%20HIRST%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20%28No.%202%29.pdf>. Acesso em: 14 de out 2017.

CtEDH. **Case of Maaouia v France**. Sentença de 5 de outubro de 2000. Aplicação N. 39652/98, disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-58847&filename=CASE%20OF%20MAAOUIA%20v.%20FRANCE.pdf>. Acesso em: 16 de out 2017.

CtEDH. **Case of Mathieu-Mohin and Clerfayt v Belgium**. Sentença de 2 de março de 1987. Aplicação N. 9267/81, disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-57536&filename=CASE%20OF%20MATHIEU-MOHIN%20AND%20CLERFAYT%20v.%20BELGIUM.pdf>. Acesso em: 14 de out 2017.

CtEDH. **Café of Papachelas v Greece**. Sentença de 25 de março de 1999. Aplicação N. 31423/96, disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001->

58291&filename=CASE%20OF%20PAPACHELAS%20v.%20GREECE.pdf>. Acesso em: 16 out 2017.

CtEDH. **Case of Pye (Oxford) v The United Kingdom**. Sentença de 30 de agosto de 2007. Aplicação N. 44302/02, disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-82172&filename=CASE%20OF%20J.A.%20PYE%20%28OXFORD%29%20LTD%20AND%20J.A.%20PYE%20%28OXFORD%29%20LAND%20LTD%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM.pdf>. Acesso em: 14 de out 2017.

CtEDH. **Case of Sorensen and Rasmussen v Denmark**. Sentença de 11 de janeiro de 2006. Aplicação N. 52562/99 e 52620/99, disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-72015&filename=CASE%20OF%20S%D8RENSEN%20AND%20RASMUSSEN%20v.%20DENMARK.pdf>. Acesso em: 16 de out de 2017.

CtEDH. **Case of Sunday Times v The United Kingdom**. Sentença de 26 de abril de 1979. Aplicação N. 6538/74, disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-57584&filename=CASE%20OF%20THE%20SUNDAY%20TIMES%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20%28No.%201%29.pdf>. Acesso em: 07 de out 2017.

CtEDH. **Case of Vo v France**. Sentença de 8 de julho de 2004. Aplicação N. 53924/00, Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-61887&filename=CASE%20OF%20VO%20v.%20FRANCE.pdf>. Acesso em: 15 de out 2017.

CtIDH. **Case of Atala Riffo and daughters v. Chile. Merits, Reparations and Costs**. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Series C No. 239, disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_ing.pdf> Acesso em: 15 de out 2017.

CtIDH. **Case of Claude Reyes et al. v. Chile. Merits, Reparations and Costs**. Sentença de 19 de setembro de 2006. Series C No. 151, disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_ing.pdf> Acesso em: 16 de out 2017.

CtIDH. **Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs**. Sentença de 29 de março de 2006. Series C No. 146, disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_ing.pdf> Acesso em: 14 de out 2017.

CtIDH. **Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)**. Opinión Consultiva OC-13/93, Serie A No. 13. de 16 de julio de 1993. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_13_esp.pdf> Acesso em: 07 de out 2017.

CtIDH. **Proposed Amendments of the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica**. Advisory Opinion OC-4/84, Series A No. 4. de 19 de janeiro de 1984. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_ing.pdf> Acesso em: 20 de out 2017.

FIGUEIREDO, Marcelo. La Internacionalización Del Orden Interno em Clave Del Derecho Constitucional Transnacional. In: BOGDANDY, Armin Von (Org.); PIOVESAN, Flávia (Org.); ANTONIAZZI, Mariela Morales (Org.), **Estudios Avanzados de Derechos Humanos: Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 143-177.

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), **Prosecutor v. Tadic. Decision on the deference motion for interlocutory appeal on jurisdiction**. 2 October 1995. Disponível em: <<https://iow.eui.eu/wp-content/uploads/sites/28/2016/04/HR-02-dAspremont-Tadic-Case.pdf>> Acesso em 20 ago 2017.

JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. 1 ed. Buenos Aires: Editora Albatros, 1970.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KOSMINSKY, Ethel Volfzon. **História de la idade média**. Buenos Aires: Editora Futuro, 1960.

LEÃO XIII. “Rerum Novarum”. Carta Encíclica de Sua Santidade o Papa Leão XIII Sobre a Condição dos Operários. In: SANCTIS, Antonio de (Org.); **Encíclicas e Documentos Sociais. Da “Rerum Novarum” a “Octogesima Adveniens”**. São Paulo: Editora LTR, 1991. p. 11-47.

LEGG, Andrew. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality**. Oxford: Oxford Press, 2012.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Pedro Baptista. **Da unidade do Direito e da Supremacia do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

MILLON-DELSOL, Chantal. **Le principe de subsidiarité**. 1 ed. Saint-Germain: Presses Universitaires de France, 1993.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo Jurisdicional no Contexto Latino-Americano. In: BOGDANDY, Armin Von (Org.); PIOVESAN, Flávia (Org.);

PIO XI. "Quadragesimo Anno". Carta Encíclica De Sua Santidade PIO XI Sobre A Restauração e Aperfeiçoamento Da Ordem Social Em Conformidade Com a Lei Evangélica. In: SANCTIS, Antonio de (Org.); **Encíclicas e Documentos Sociais. Da "Rerum Novarum" a "Octogesima Adveniens"**. São Paulo: Editora LTR, 1991. p. 49 - 102.

RAMOS, Cesar Augusto. **Aristóteles e o sentido político da comunidade ante o liberalismo**. Kriterion, Belo Horizonte , v. 55, n. 129, p. 61-77, June 2014. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2014000100004&lng=en&nrm=iso>. access on 20 July 2017

ROUSSEAU, Charles. **Principes Généraux du Droit International Public**. Paris: Éditions A. Pedone, 1944.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos** Volume I, 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

VELASCOS, Manuel Diez de Velasco. **Intituciones de Derecho nternacional Público**. 12. ed. Madrid: Editorial Tecnos, S.A, 1999.