

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

## TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL É UMA TEORIA PRAGMATISTA?

## IS THE NATIONAL MARGIN OF APPRECIATION THEORY A PRAGMATIST THEORY?

**RVD**

Recebido em  
19.02.2024

Aprovado em.  
29.09.2024

**Elenita Araújo e Silva Neta<sup>1</sup>**

### RESUMO

O presente trabalho tem como problemática central: a teoria da margem de apreciação nacional pode ser considerada uma teoria pragmatista em frente ao universalismo e ao relativismo dos direitos humanos, de acordo com o pragmatismo jurídico de Oliver Holmes Jr? Nesse sentido, o objetivo do artigo é identificar se a teoria da margem é uma teoria pragmatista ou não. Assim, para se atingir tal objetivo, foi utilizado um método dedutivo (com o estudo geral da teoria pragmatista de Holmes Jr, bem como as principais tratativas da teoria da margem para se chegar à análise das jurisprudências da Corte Europeia de Direitos Humanos) e pragmático (com a classificação destas decisões como tendentes ao universalismo ou ao relativismo dos direitos humanos, através dos principais fundamentos usados pelo Tribunal Europeu para aplicar, ou não, a teoria da margem de apreciação nacional nos casos em concreto). Além disso, também foram empregados os principais autores que tratam sobre este tema, como Oliver Holmes Jr, Flávia Piovesan, André de Carvalho Ramos e Adrualdo Catão. Ao final do artigo foi possível concluir que a teoria da margem de apreciação nacional não é uma teoria pragmatista, tendo em vista que dos seis julgados selecionados para estudo (e pertencentes à Corte Europeia de Direitos Humanos), observou-se que ocorrendo a aplicação da referida teoria pela Corte, há a relativização dos direitos humanos (e não a sua universalização, como o ideal pragmatista defende).

**PALAVRAS-CHAVE:** Pragmatismo jurídico; Teoria da margem; Corte Europeia de Direitos Humanos; Universalismo; Relativismo.

<sup>1</sup> Mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Pós-graduada em Direito e Prática Previdenciária pelo Centro Educacional Renato Saraiva (CERS). Pós-graduada em Direito Penal e Direito Processual Penal pelo Centro Universitário de Maceió (UNIMA). Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Maceió (UNIMA). Membro associada ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Diretora Administrativa da Liga Acadêmica de Ciências Criminais (LACRIM/UNIMA). Advogada. E-MAIL: [elenita.advocatus@gmail.com](mailto:elenita.advocatus@gmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6664-9078>

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

## ABSTRACT

The central issue of this paper is: can the theory of the margin of national appreciation be considered a pragmatist theory in the face of universalism and relativism of human rights, according to the legal pragmatism of Oliver Holmes Jr.? In this sense, the objective of the article is to identify whether the theory of the margin is a pragmatist theory or not. Thus, to achieve this objective, a deductive method was used (with the general study of Holmes Jr.'s pragmatist theory, as well as the main treatments of the theory of the margin to arrive at the analysis of the case law of the European Court of Human Rights) and a pragmatic method (with the classification of these decisions as tending towards universalism or relativism of human rights, through the main grounds used by the European Court to apply, or not, the theory of the margin of national appreciation in specific cases). In addition, the main authors who deal with this subject were also used, such as Oliver Holmes Jr., Flávia Piovesan, André de Carvalho Ramos and Adrualdo Catão. At the end of the article it was possible to conclude that the theory of the national margin of appreciation is not a pragmatist theory, given that of the six judgments selected for study (and belonging to the European Court of Human Rights), it was observed that when the Court applies the aforementioned theory, there is a relativization of human rights (and not their universalization, as the pragmatist ideal defends).

**KEYWORDS:** Legal pragmatism; Margin theory; European Court of Human Right; Universalism; Relativism.

“Não conseguimos reunir todo o conhecimento necessário para a tomada de nossas decisões existenciais – dado que para tais questões o conhecimento é sempre aproximativo – e, ainda assim, temos que decidir, assumindo o risco e a responsabilidade pela decisão e pela tarefa que ela está implicada.”  
Soren Kierkegaard

## 1 INTRODUÇÃO

Ao longo do desenvolvimento da seara jurídica - enquanto uma ciência - buscou-se compreender como a mesma deveria ser aplicada para solucionar as controvérsias entre os indivíduos, principalmente quando tais demandas eram levadas pelas próprias pessoas para o Estado, com o intuito de que este ente as resolvesse. O problema é que

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

– após a eclosão da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e o início do processo de internacionalização dos direitos humanos – houve a percepção de que aplicar unicamente a ciência jurídica como algo reduzido ao texto legal seria algo perigoso (no tocante aos comandos normativos, como ocorreu no período nazista e as justificativas de subordinação legal das ordens para o cometimento de atrocidades, retratadas – assim – ao longo do julgamento do Tribunal de Nuremberg).

Assim, movimentos que viam surgindo, como o pragmatismo jurídico, resgataram o entendimento de que a ciência jurídica não pode ser compreendida apenas no que a lei descreve ou não. Para o pragmatismo jurídico, como o defendido por Oliver Holmes Jr, o âmbito jurídico deve ser a junção entre a legislação e a prática dos tribunais, bem como a análise das consequências jurídicas (positivas e negativas) originadas das decisões dos magistrados e a sua busca pela efetividade desta legislação, quando ele a aplica na resolução dos casos em concreto. Todavia, mesmo diante de tais diretrizes, a depender como o magistrado acaba tomando certa decisão, esta é capaz de promover ou o universalismo dos direitos humanos (defendendo um núcleo mínimo de direito e garantias individuais em prol do particular) ou o relativismo destes direitos, no sentido de frisar que a defesa dos direitos humanos deve obedecer às tratativas de cada cultura global.

E é exatamente neste sentido que se encontra localizada a denominada “teoria da margem de apreciação nacional”. Atualmente, a teoria da margem corresponde a um mecanismo jurisprudencial criado e aplicado pela Corte Europeia de Direitos Humanos – a partir da década de 1970 – com a intenção de dá prevalência à decisão emitida pela autoridade nacional em detrimento do juiz internacional, sob a justificativa de que a primeira estaria mais a par da realidade do seu próprio povo e, conseqüentemente, encontrava-se em uma melhor posição para decidir sobre determinados assuntos, como conceitos ligados – inicialmente – à “moralidade pública” e a manutenção da “ordem e da disciplina militar”.

Contudo, uma vez que é aplicada, a referida teoria é capaz de provocar ou o universalismo ou o relativismo dos direitos humanos.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

Assim, a problemática do presente artigo é: a teoria da margem de apreciação nacional pode ser considerada uma teoria pragmatista em frente ao universalismo e ao relativismo dos direitos humanos, de acordo com o pragmatismo jurídico de Oliver Holmes Jr? No mesmo sentido, o objetivo do trabalho consiste em identificar se a teoria da margem é uma teoria pragmatista ou não.

Para se atingir tal objetivo relatado, empregou-se um método dedutivo (com o estudo geral da teoria pragmatista de Holmes Jr, bem como as principais tratativas da teoria da margem para se chegar à análise das jurisprudências da Corte Europeia de Direitos Humanos) e pragmático (com a classificação destas decisões como tendentes ao universalismo ou ao relativismo dos direitos humanos, através dos principais fundamentos usados pelo Tribunal Europeu para aplicar, ou não, a teoria da margem de apreciação nacional nos casos em concreto).

Com isso, as jurisprudências colacionadas como amostras para a resolução da problemática (e pertencentes, todas, ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos) foram: “Handyside vs Reino Unido” de 1976, “Engel e Outros vs Holanda” de 1976, “*Sunday Times vs Reino Unido*” de 1979, “Cossey vs Reino Unido” de 1990, “Goodwin vs Reino Unido” de 2002 e “Konrad vs Alemanha” de 2006.

Além disso, também foram empregados os principais autores que tratam sobre este tema, como Oliver Holmes Jr, Flávia Piovesan, André de Carvalho Ramos e Adrualdo Catão.

## **2 O PRAGMATISMO JURÍDICO DE OLIVER WENDELL HOLMES JR: O MAGISTRADO, A DECISÃO JUDICIAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS**

Apesar de atualmente os operadores do direito compreenderem que a sistemática jurídica não abrange apenas a lei, tendo em vista que a ciência jurídica é algo dinâmico e, em alguns momentos, apresenta uma série de intersecções com outras áreas do conhecimento humano, como a filosofia e a sociologia; este não foi um tipo de pensamento construído, digamos, do dia para a noite. Assim, os debates que gravitaram em torno da percepção se o direito se manifestaria apenas com a aplicação

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

da lei contribuíram – ao longo dos séculos, em especial depois do Iluminismo<sup>2</sup> no século XVIII – para a consolidação, hoje, de que a ciência jurídica não se restringe (ou não deve ser reduzida) apenas à simples aplicação da legislação.

O próprio Montesquieu (1996, p.17) já prelecionava – no século das luzes – que as leis deveriam ser confeccionadas pelo Poder Legislativo e, quando fossem aplicadas, o próprio magistrado deveria ter o citado encargo, já que o juiz deveria ser a boca da lei.

Assim, “as leis, em seu significado mais extenso, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas; e, neste sentido, todos os seres têm suas leis [...]” (Montesquieu, 1996, p.11).

Além de Montesquieu, o próprio Immanuel Kant (2003, p.259) foi essencial para a compreensão de que a seara jurídica – não, necessariamente – deveria ser reduzida apenas à própria lei, através da construção – a título exemplificativo – do que ele denominou de “imperatismo categórico”, isto é, o indivíduo deveria adotar condutas e praticá-las como se quisesse que todos os seus semelhantes tivessem o mesmo tipo de comportamento (analogicamente e metaforicamente, seria um dos próprios mandamentos de Jesus Cristo, ou seja; amar uns aos outros) (Kant, 2003, p.63).

Kant também preleciona que as leis morais “[...] retêm sua força de leis somente na medida em que se possa vê-las como possuidoras de uma base *a priori* e sejam necessárias” (Kant, 2003, p.57).

No mais, além de Kant; Herbert Hart (s.d., p.170) acaba fazendo um alerta quanto à possibilidade de interseção do direito com outras esferas humanas, como a moral. Tal tipo de pensamento também foi adotado pelo próprio Hans Kelsen (1998, p.12) quando imagina a sua própria teoria pura do direito – difundido ainda mais os

---

<sup>2</sup> De forma geral, o Iluminismo representou um marco na concepção dos direitos humanos (e fundamentais), principalmente, no tocante à construção do significado de “Estado” e a importância da constituição (e demais diplomas legais) como o meio utilizado para limitar a atividade do próprio ente público, a qual – normalmente – afeta a esfera de liberdade dos particulares. Autores como Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau, Barão de Montesquieu e John Locke trouxeram pensamentos elementares para tais objetivos mencionados.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

preceitos do movimento positivista<sup>3</sup>, originado com o Código Napoleônico (1804) e a Escola da Exegese (século XIX) – com base na pureza da legislação. Assim, era necessário criar códigos e legislações “puras” para a aplicação do direito, uma vez que tal ciência humana não poderia apresentar intersecções com outras áreas do conhecimento para que não houvesse o seu desvirtuamento (Kelsen, 1998, p.12).

Nas próprias palavras de Kelsen: “a Teoria Pura do Direito, como específica ciência do Direito, concentra – como já se mostrou – a sua visualização sobre as normas jurídicas e não sobre os fatos da ordem do ser [...]” (Kelsen, 1998, p.83).

A partir daqui, os diplomas legais acabam ganhando uma importância a mais para os positivistas<sup>4</sup>, pois eles seriam a própria personificação do direito. Tudo o que estivesse escrito nas legislações (como constituições, códigos, regulamentos) é o que deveria ser aplicado pelo jurista com a intenção de resolver os litígios que chegassem para o Estado solucionar.

Isso seria como “[...] um assim chamado dever legal, [...] uma previsão de que se um homem fizer ou omitir certas coisas, ele sofrerá desta ou daquela forma por decisão do tribunal; e portanto de um direito legal” (Holmes Jr, s.d., p.02).

Inclusive, caso o magistrado não encontrasse a solução na lei para o caso em concreto – com a intenção de resolvê-lo – deveria declarar que a legislação não traria uma solução para tal feito, sendo proibido que o próprio juiz criasse ou aplicasse algum tipo de resolução (para a lide) que não houvesse previsão na legislação. Tal feito foi denominado de princípio do *non liquet*<sup>5</sup>(Corrêa, 2019, p.78).

No mais, “a norma necessita de um meio homogêneo. Essa normalidade fática não é somente um ‘mero pressuposto’ que o jurista pode ignorar. [...] Não existe norma

<sup>3</sup> Surgido não apenas na seara jurídica (como, por exemplo, a sua influência nas ciências criminológicas, com Lombroso e a tentativa de taxação de um perfil criminoso prévio, através de características físicas da pessoa), o pensamento positivista foi o responsável por trazer a noção de que a legislação deveria ser a base do ente público (e de suas ações e omissões), só podendo a atuação do Estado ser guiada a partir de leis claras, precisas e taxativas. O resultado disso foi a tentativa de “purificar” a seara jurídica, não tolerando que outras áreas do conhecimento – como a própria filosofia, sociologia, economia – fizesse contato com esta.

<sup>4</sup> Como Hans Kelsen, Herbert Hart e Carl Schmitt.

<sup>5</sup> O referido princípio é invocado quando o juiz se depara com um feito para decidir e devido ao silêncio da legislação sobre como resolver tal problema, o magistrado declarava tal omissão e não resolvia o caso em concreto. As hipóteses de solução das controvérsias, dessa maneira, eram todas taxativas à época.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

que seja aplicável ao caos. A ordem deve ser estabelecida para que a ordem jurídica tenha sentido” (Schmitt, 2006, p.13).

O problema é que esse pensamento defendido pelos positivistas na época acabou representando solo fértil para o desenvolvimento do fascismo (Itália) e do nazismo, em solo alemão, ambos com a promessa de hegemonia – principalmente ligada à raça – e construção de um poderio estatal em que a principal base seria a construção de uma sistemática legal capaz de permitir e justificar as atrocidades resultantes dos conflitos da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), como os campos de concentração.

Estima-se que de tal conflito “[...] cerca de 40 milhões de civis morreram durante a guerra [...]. Cerca de 20 milhões de soldados, quase metade russos, perderam a vida” (Organização das Nações Unidas, 2021, p.02).

Ainda nesse sentido, foi com a realização do Tribunal de Nuremberg – com o objetivo de julgar os responsáveis pelo holocausto em nome da Alemanha nazista à época – e a confecção de documentos internacionais, como a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950); que a discussão sobre a defesa de uma ciência jurídica “pura”, ou seja, sem a intersecção com outras áreas do conhecimento, seria – na verdade – o melhor caminho (ou não)<sup>6</sup>.

Contudo, atualmente, “[...] não cabe insistir na primazia das normas do direito internacional ou do direito interno, porquanto o primado é sempre da norma [...] que melhor proteja os direitos humanos” (Piovesan, 2021, s.p.).

E é exatamente dentro desse tipo de pensamento que o pragmatismo jurídico se insere e dá as boas-vindas a um novo tipo de mentalidade: a necessidade de entender o direito de acordo com a própria realidade a qual o mesmo se insere (Dewey, 1959, p.324-325).

<sup>6</sup> Um dos movimentos que surgiram para tentar reinventar o âmbito de aplicação da seara jurídica foi, por exemplo, o neoconstitucionalismo; o qual resgata a noção de princípios, de moral e de dignidade da pessoa humana como preceitos crescentes no referido âmbito. No mesmo sentido, também é válido citar o transconstitucionalismo, em que se pensa na construção de uma ordem única e jurídica em escala global, inclusive, com concepções de cidadania global.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

Isso acabou sendo denominado de realismo jurídico<sup>7</sup> e deu origem, dessa forma, ao chamado pragmatismo jurídico<sup>8</sup> (Silva Neta; Catão, 2023a, p.04). Em linhas gerais, o pragmatismo pode ser inserido, enquanto um movimento, dentro do realismo jurídico; tendo em vista a sua preocupação em analisar e construir a ciência jurídica de acordo com as práticas concretas dos tribunais, isto é, como o próprio direito é aplicado na prática.

Cardoso (2004, p.12) aponta que “as normas e os princípios de Direito estabelecido por precedente legal ou por decisão judicial nunca foram tratados como vertentes conclusivas, mas como hipóteses de trabalho continuamente submetidas a novos testes [...]”.

Com isso, o pragmatismo jurídico foi um movimento norte-americano que se originou a partir do intitulado *Metaphysical Club*<sup>9</sup>, tendo expoentes como Charles Peirce, William James e Oliver Wendell Holmes Jr, por exemplo; e inicialmente não tratava apenas de tratativas ligadas ao conhecimento jurídico, podendo também ser indicado como um grupo filosófico. No mais, a preocupação dos pragmatistas era utilizar – ao mesmo tempo – a lógica e a metafísica como ferramentas capazes de auxiliar o operador do direito na aplicação da legislação (Silva Neta; Catão, 2023a, p.04).

Assim, as principais características do movimento pregado pelo pragmatismo jurídico seriam: a compreensão de que o direito é principalmente prática, a necessidade de análise das circunstâncias em que se aplica tal preceito jurídico e das consequências que serão originadas de uma possível decisão “X” ou “Y”; bem como que o jurista deve ter em mente que a lei a ser aplicada deve primar pela maior efetividade possível do seu conteúdo (quando comparada com as outras legislações).

<sup>7</sup> Praticamente o realismo jurídico representou a busca pelo entendimento da ciência jurídica com base na realidade, na prática da aplicação das normas. Ele corresponde a um movimento contrário ao positivismo jurídico, já que este último pregava a concepção e aplicação do que é o direito de acordo com a legislação escrita (sua principal fonte de produção).

<sup>8</sup> Com desenvolvimento através do realismo jurídico, em meados do século XX, o pragmatismo correspondeu a uma linha de pensamento em que se procurou alinhar a ciência jurídica com base na prática e previsibilidade das consequências que seriam originadas de acordo com as decisões judiciais (por isso que o pragmatismo pode ser entendido como uma manifestação de consequencialismo jurídico).

<sup>9</sup> Ou também chamado “Clube Metafísico”.





<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

Andreas Krell (2014, p.297) – neste contexto – indica que “a ciência do Direito é eminentemente pragmática e orientada a decisões práticas [...], o que torna imprescindível que ela mantenha sempre estreito contato com a realidade social”.

Quem procurou tratar tais assuntos – inclusive na visão do papel do magistrado no processo – foi o pragmatista Oliver Wendell Holmes Jr, tendo já exercido o cargo de juiz na Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Logo, Holmes Jr procurou atrelar o pensamento de previsibilidade das decisões do magistrado (e suas consequências) dentro do viés do pragmatismo jurídico, onde – muitas vezes – o juiz deve agir como um “vidente” e perceber quais as consequências advindas de uma decisão judicial “X” ou “Y” (Holmes Jr, s.d., p.01).

Nas próprias palavras de Holmes Jr (s.d., p.07): “podemos assumir, [...] que toda a lei emana do soberano, mesmo quando os primeiros seres humanos a enunciá-las são os juízes”.

Com isso, “o juiz pragmatista vai além da interpretação da norma jurídica, investigando as consequências de possíveis decisões alternativas, inspirado, inclusive, em fontes da ética e da política” (Aguiar, 2021, p.324).

Sobre o primeiro dos pontos que o movimento acaba se debruçando (e na ótica de Holmes Jr) – ou seja, a compreensão de que o direito é principalmente prática – torna-se possível perceber que aquele pensamento em que a ciência jurídica deveria se reduzir apenas ao texto legal, sem qualquer possibilidade de intersecção do conteúdo deste com outras áreas do conhecimento, acabou sendo abandonado pelos pragmatistas; já que “o postulado sobre o qual pensamos sobre o universo é que existe uma relação qualitativa fixa entre cada fenômeno e seus antecedentes e consequentes” (Holmes Jr, s.d., p.08).

Para Holmes Jr (s.d., p.01), inclusive, o direito é construído a partir da prática das cortes judiciais, não podendo o seu conceito ser reduzido apenas ao texto da legislação, já que – no momento de proferir sua decisão – o magistrado precisa observar as circunstâncias jurídicas, sociais, políticas, entre outras; para que possa tomar a decisão que vá trazer as melhores consequências jurídicas para tal feito (e para a sociedade), bem como a efetivação do próprio aparato jurídico do seu país. O que

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

Holmes Jr. (s.d., p.10) quis prelecionar é que a ciência jurídica não é algo inerte, devendo a mesma ser interpretada junto com outros conhecimentos humanos (inclusive, os próprios expoentes que faziam parte do movimento não eram apenas da seara jurídica, como William James que era psicólogo).

Todavia, Holmes Jr (s.d., p.10) faz a seguinte crítica: “penso que os próprios juízes não conseguiram reconhecer adequadamente seu dever de ponderar considerações de vantagem social”.

Isso pode ser facilmente vislumbrado - a título exemplificativo - no julgamento do caso “Cohen vs Califórnia”<sup>10</sup> (1971) pela Suprema Corte Americana, onde foi preciso que os juízes determinassem os limites da liberdade de expressão de acordo com os elementos morais defendidos pela sociedade na época, uma vez que a atitude de Paul Robert – ao entrar com uma jaqueta com os dizeres *Fuch the Draft*<sup>11</sup> em um tribunal em Los Angeles – acabaria por suscitar se tal ato era obsceno ou erótico, pois foi praticado na presença de crianças e mulheres, além de ter promovido agitações no momento (afetando, assim, a paz pública) (Silva Neta; Catão, 2021, p.182).

Percebe-se que a Suprema Corte precisou não apenas ponderar o ato de Paul Robert à luz da legislação vigente – como a Primeira Emenda Americana de 1791 –, mas também levar em consideração os motivos pessoais e sociais que o levaram a fazer tal ato (manifestação contra a Guerra do Vietnã) e as consequências de sua conduta (perturbação da paz pública e possível violação à moralidade, já que foram utilizados palavrões na presença de mulheres e crianças no momento).

Agora, no tocante a segunda característica (a necessidade de análise das circunstâncias em que se aplica tal preceito jurídico e das consequências que serão originadas de uma possível decisão “X” ou “Y”), Holmes Jr (s.d., p.19) preleciona que é

<sup>10</sup> O caso correspondeu, em linhas gerais, a uma manifestação que Paul Robert realizou contra a ocorrência da Guerra do Vietnã, tendo em vista o envolvimento dos Estados Unidos da América no referido conflito bélico. Assim, Paul acabou aparecendo em um tribunal em Los Angeles com uma jaqueta que continha frase obscena para a época (*Fuch the Draft*), tendo tal evento ocorrido na presença de mulheres e crianças, provocando perturbação da paz pública. Contudo, do julgamento do seu litígio perante a Suprema Corte dos Estados Unidos – uma vez que Paul Robert acabou se defendendo no sentido de que tal ação estaria englobada no seu direito à liberdade de expressão -, entendeu-se que Paul estaria sim em seu direito de se expressar, inclusive, da maneira que fez.

<sup>11</sup> Traduzido, significaria “Foda-se o rascunho”.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

necessária a observância - pelo magistrado - de quais as consequências (principalmente jurídicas) serão produzidas de acordo com o caminho que ele tomará para decidir o litígio. Aqui, o magistrado é quase um “vidente”, pois precisará notar qual de tais decisões (“X”, “Y”, “Z”, “W”, ...) trará mais consequências positivas, do que negativas, no caso em concreto.

A título exemplificativo, cita-se o julgamento que deu abertura a “Era Lochner” nos Estados Unidos da América: o caso “Lochner vs New York”<sup>12</sup> de 1905 (De Sousa, 2023, p.448). Assim, ao decidirem que o ente público não poderia interferir na liberdade negocial dos particulares, os magistrados – naquele momento singular – precisaram identificar qual das decisões judiciais seria aplicada no litígio, procurando equilibrar a intervenção da máquina estatal e a esfera de liberdade dos indivíduos (apesar de terem retirado o manto de proteção do Estado para alguns direitos sociais nos Estados Unidos, como os direitos trabalhistas).

Por último - e conforme Holmes - há também a necessidade de que as decisões dos juízes observem a preponderância daquela que trará maior efetividade de proteção dos direitos postos em xeque (Holmes Jr, s.d., p.01). A efetividade, aqui, é interpretada no sentido de a decisão judicial alcançar as maiores consequências positivas possíveis, afastando-se das negativas no cenário.

Holmes Jr (2019, p.01) ainda ressalta que “[...] o comando da força pública é confiado aos juízes em certos casos, e todo o poder do Estado serão apresentados, se necessário, para executar seus julgamentos e decretos [...]”.

Sobre isso, “havendo certas possibilidades de julgamento, deverá o juiz se limitar a apenas uma, mediando entre a efetividade da aplicação do direito em questão, bem como respeitando os limites impostos pela própria lei na hora de decidir [...]” (Silva Neta; Catão, 2019, p.27).

<sup>12</sup> Caso emblemático, pois foi o responsável por iniciar a era de prevalência sobre a liberdade individual em detrimento dos direitos sociais em solo estadunidense. O litígio envolveu, de forma geral, a fixação de altas horas de trabalho de padeiros pelo Sr. Lochner, os quais acabaram não aceitando tal situação. Ao chegar à Suprema Corte, os magistrados decidiram pela prevalência da liberdade contratual em detrimento dos direitos trabalhistas (sociais).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

Diante disso, frisa-se que o pragmatismo jurídico pregado por Oliver Holmes Jr é aquele em que o magistrado acaba sendo posto em uma posição de protagonismo na produção e na aplicação da própria ciência jurídica, sendo este o responsável por construí-lo de forma cotidiana. No mais, também se pontua que o pragmatismo jurídico pode ser utilizado como método, ou seja, de análise de consequências de algo para determinar um resultado.

E é através dessas tratativas que se insere a teoria da margem de apreciação nacional, já que a mesma lida com a seguinte problemática essencialmente pragmatista: qual a decisão (do Estado ou da corte internacional) que deve prevalecer nos casos em concreto?

### **3 A TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL: ENTRE O UNIVERSALISMO E O RELATIVISMO DOS DIREITOS HUMANOS**

Foi após a eclosão da Segunda Guerra Mundial – como mencionado anteriormente – que a preocupação em como a ciência jurídica deveria ser aplicada (sem ou com a intersecção de outros saberes) passou a ganhar o cenário europeu (e internacional), uma vez que o mundo se encontrava portando os traumas advindos do citado conflito bélico e tendo que se preparar em como a proteção dos direitos e garantias dos indivíduos deveriam ser assegurados, agora, não apenas pelos Estados; mas também pela própria comunidade internacional.

Através disso, “os direitos humanos, no contexto atual, podem ser compreendidos como aqueles preceitos [...] que se tornam tão essenciais ao indivíduo que merecem real atenção e proteção da máquina pública e da comunidade internacional [...]” (Silva Neta; Catão, 2023b, p.255).

Em meio à confecção dos diplomas normativos internacionais para tal finalidade, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969); surge a questão sobre o campo de incidência que os direitos humanos deveriam corresponder, isto é, se deveria ser mentalizada uma esfera mínima de direitos e



<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

garantias fundamentais em prol do ser humano e independentemente do local do globo em que o mesmo se encontre, ou – na verdade, a incidência do seu campo de aplicação deveria respeitar possíveis diferenças culturais (valores e peculiaridades, por exemplo) de cada povo que forma o seu ente estatal.

Valério Mazzuoli (2008, p.319), diante de tais acontecimentos, preleciona que “aflorou, a partir daí, todo um processo de internacionalização dos direitos humanos, com a criação de uma sistemática internacional de proteção, mediante a qual se tornou possível a responsabilização do Estado [...]”.

Da primeira percepção (se deveria ser mentalizada uma esfera mínima de direitos e garantias fundamentais em prol do ser humano e independentemente do local do globo em que o mesmo se encontre), nota-se que há uma preocupação em garantir um mínimo de direitos e garantias fundamentais em prol dos indivíduos e independentemente de sua nacionalidade (inclusive, os apátridas).

Tal mentalidade pode ser facilmente vislumbrada na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, uma vez que foi promulgada pela Organização das Nações Unidas após a eclosão da Segunda Grande Guerra (1939-1945) e trouxe a sua essência de construir uma teia única de tais direitos e garantias, formando uma esfera protetiva – em prol da pessoa – mínima (Organização das Nações Unidas, 1948, p.01).

Tais diretrizes podem ser vistas, por exemplo, quando a Declaração profere que haja “[...] o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis [...]” (Organização das Nações Unidas, 1948, p.01). No mesmo sentido, “[...] que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do ser humano, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher [...]” (Organização das Nações Unidas, 1948, p.01). Inclusive, a Declaração referida preleciona que tal ideal comum deve ser atingido por todos os povos e nações do mundo (Organização das Nações Unidas, 1948, p.01).



<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

Logo, tal concepção foi nomeada como universalismo<sup>13</sup>, já que busca pregar a necessidade de proteção e garantia mínima de direitos para os indivíduos, independentemente do local em que estejam inseridos na comunidade global, “[...] cabendo aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito constitucional definidor de direito e garantia fundamental” (Piovesan, 2003, p.344).

Para André de Carvalho Ramos (2020, p.109), “os direitos humanos representam o conjunto de direitos indispensável para uma vida humana digna, pautada na liberdade e igualdade”.

Todavia, tal pensamento universalista é criticado por parte da doutrina<sup>14</sup>. Além da questão do colonialismo jurídico<sup>15</sup>, ressalta-se a necessidade de respeitar e proteger as diferenças culturais existentes entre os Estados, devendo tal concepção de “universalismo” sofrer certas limitações ou flexibilizações quando há o possível conflito entre a cultura de um povo e os direitos e garantias protegidas por este núcleo mínimo defendido pelo universalismo (Catão, 2017, p.54).

Diante de tal cenário, Adrualdo Catão (2017, p.54) também afirma que “diante de tantas diferentes visões sobre os direitos humanos, o correto seria tratar as culturas como iguais e entender as diferenças”.

Partindo disso, Boaventura de Sousa Santos (1997, p.18) frisa que “a complexidade dos direitos humanos reside em que eles podem ser concebidos, quer como forma de localismo globalizado, quer como forma de cosmopolitismo [...]”, ou seja,

---

<sup>13</sup> É exatamente com o emprego da etimologia de “universalismo” que esta corrente procura pregar a necessidade de criação de um núcleo universal e mínimo de direitos e garantias fundamentais em prol do ser humano, compreendendo – por exemplo – o direito à vida, à integridade física, à propriedade, à dignidade humana, entre outros. Todavia, tal pensamento encontra obstáculos – apresentados pelo relativismo cultural – no tocante a como proteger tais preceitos dentro de culturais (muitas vezes) tão distintas.

<sup>14</sup> Dos críticos do movimento universalista dos direitos humanos, pode-se citar: Boaventura Sousa Santos e Axel Honneth.

<sup>15</sup> Concepção pregada quando o ordenamento de um determinado país, por exemplo, acaba sofrendo influências diretas com a cultura jurídica dominante e eurocêntrica (ou seja, originada da Europa), utilizando de elementos jurídicos – como leis – para a perpetuação dessa dominação. Normalmente é empregada para retratar (e denunciar) as legislações que foram confeccionadas na América Latina, como no Brasil (com a Constituição Brasileira de 1824); que representavam – literalmente – a reprodução de documentos normativos europeus.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

os direitos humanos podem adotar ou uma concepção global (universalismo) ou uma concepção ligada diretamente com o local em que a sua tipificação se encontra (a cultura em que estão inseridos, no que se chamou de relativismo<sup>16</sup> dos direitos humanos).

Com isso, tal relativismo pode ser entendido em duas vertentes: o multiculturalismo e as teorias do reconhecimento (Catão, 2017, p.49). Pode-se compreender o primeiro destes – multiculturalismo – como a defesa da existência de várias culturas na sociedade global, de tal maneira que adotar o entendimento do universalismo dos direitos humanos seria esquecer as peculiaridades e os valores culturais de cada ente público. O que deveria existir, dessa maneira, seria um diálogo entre tais culturais distintas, com a intenção de traçar as ideias que cada povo teria sobre a sua própria dignidade (Catão, 2017, p.54).

Por outro lado, as teorias do reconhecimento são aquelas em que se busca o reconhecimento de tais particularidades e valores entre as culturais, em um contexto – muitas vezes – de conflito, “ou seja, os sujeitos têm a possibilidade de reconhecerem-se mutuamente pelo fato de interagirem e pelo fato de nessa interação se depararem com particularidades e semelhanças, permitindo que haja esse encontro com o outro [...]” (Arend; Pizzi, 2023, p.90).

Portanto, tanto o multiculturalismo, quanto as teorias do reconhecimento; procuram resgatar o ideal de que a defesa por um universalismo dos direitos humanos pode acabar sendo posto em xeque, tendo em vista a existência de várias realidades culturais e peculiaridades de cada Estado-nação. E é exatamente nesta dicotomia de “universalismo” e de “relativismo” dos direitos humanos que a teoria da margem de apreciação nacional se insere.

<sup>16</sup> Opondo-se ao universalismo dos direitos humanos, o ideal resgatado pelo relativismo de tais direitos acaba pregando a impossibilidade de construção de um núcleo comum de direitos humanos para todos os Estados, já que cada povo teria suas próprias peculiaridades e valores a serem defendidos. Inclusive, para o relativismo dos direitos humanos, a defesa de uma concepção universalistas destes direitos é manter a dominação eurocêntrica e jurídica em países em desenvolvimento (periféricos).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

Nesta seara, “[...] a teoria da margem de apreciação nacional corresponde ao reconhecimento – por parte da corte internacional – de uma margem de apreciação do Estado-nação em tratar sobre algumas matérias de direito [...]” (Silva Neta, 2023, p.07).

No mesmo sentido, Bianca Saraiva (2021, p.46) aponta que “na margem de apreciação, as autoridades domésticas atuam como agentes administrativos, pois são, [...] os mais próximos às realidades sociais, econômicas e culturais dos indivíduos”.

Além disso, “[...] a teoria da margem de apreciação passa a ser um mecanismo de reconhecimento da soberania estatal enquanto princípio” (Leal; De Moraes, 2018, p.03).

Surgida durante a década de 1970, a teoria da margem de apreciação nacional (também denominada de “doutrina da margem de apreciação nacional”, “teoria da margem” ou “margem de manobra”) consiste em um mecanismo jurisprudencial – inicialmente, formulado pela Corte Europeia de Direitos Humanos – em que há a prevalência da decisão emitida pelo juiz nacional em detrimento do juiz internacional, sob a justificativa de que para determinados assuntos jurídicos, o Estado teria prevalência em decidir por está em contato direto com as peculiaridades e valores culturais do seu próprio povo.

Contudo, tal entendimento não foi construído rapidamente. Para se ter uma noção de sua atualidade, a teoria da margem de apreciação nacional apenas foi tipificada na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950) no ano de 2021, através do Protocolo de nº. 15 à referida Convenção. Antes disso, não havia previsibilidade legal e expressa para a sua aplicação pela Corte Europeia (no sistema europeu de proteção dos direitos humanos) (Hermes, 2021, p.01-02).

Assim, como prelecionado anteriormente, a doutrina da margem de apreciação nacional corresponde a uma construção essencialmente jurisprudencial da Corte mencionada. Sua primeira aplicação se deu ao longo do julgamento dos litígios intitulados “Handyside vs Reino Unido”<sup>17</sup> e “Engel e Outros vs Holanda”<sup>18</sup> (ambos do

<sup>17</sup> O *Application* de nº. 5493/72 versou sobre a possível colisão entre a moralidade pública definida pelo Estado em detrimento do direito à liberdade de expressão do particular, tendo sido julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos na década de 1970. Em linhas gerais, o Sr. Richard Handyside havia



<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

Tribunal Europeu de Direitos Humanos), onde – no primeiro destes casos – a corte internacional precisou enfrentar a aplicação da teoria da margem no cenário de colisão entre a moralidade pública e o direito à liberdade de expressão do particular. Por outro prisma, no caso “Engel e Outros vs Holanda”, a Corte Europeia precisou verificar o uso de tal teoria, também, em um contexto de colisão entre princípios: de um lado, o direito à liberdade de expressão do particular em detrimento à manutenção da disciplina e ordem militar.

adquirido os direitos autorais (de publicação e distribuição) do exemplar intitulado “O livro vermelho da juventude”, destinado à crianças e jovens, que continham assuntos sensíveis para a época, como aborto, homossexualidade, pornografia e métodos contraceptivos. Após anunciar a circulação do livro, principalmente nas escolas, Handyside acabou sendo condenado pelo Reino Unido (Inglaterra) pela publicação e divulgação de sua obra, sob a alegação de que o conteúdo do livro acabava ferindo a moralidade pública e contribuindo para corromper e depravar as crianças e jovens que tivessem acesso ao referido conteúdo. Após sofrer sanções, inclusive financeiras (multa), o caso foi levado à jurisdição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos para que este decidisse – diante de tais fatos – se “O livro vermelho da juventude” violava, ou não, a moralidade pública (como defendeu o ente estatal). Durante o julgamento do caso, a Corte Europeia invocou e aplicou a teoria da margem de apreciação nacional (concordando com as justificativas trazidas pelo Estado), dando prevalência ao juiz nacional em determinar o que seria possível de depravar e corromper crianças e jovens de acordo com suas concepções próprias de “moralidade pública”, que o Estado – em detrimento da corte internacional referida – encontra-se em um maior contato com as peculiaridades, necessidades e valores do seu povo. Diante disso – e com a aplicação da doutrina da margem – houve a prevalência da proteção da moralidade pública e, conseqüentemente, a decisão doméstica não correspondeu a uma violação ao direito à liberdade de expressão do Sr. Handyside.

<sup>18</sup> O *Application 5370/72*, também julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, versou sobre a possível colisão entre o direito à liberdade de expressão de alguns militares do Exército da Holanda em detrimento à proteção da ordem e da disciplina castrense no país. De forma sucinta, o litígio se referiu a casos que versavam sobre a aplicação demasiada de penalidades contra os militares (havendo sanções em cima de sanções, inclusive), bem como a censura – por parte dos superiores hierárquicos da estrutura militar – do jornal “O Alarme” que era distribuído e produzido por alguns recrutas do Exército, sendo o periódico responsável por “denunciar” possíveis ilegalidades e abusos de poder pelos superiores contra os recrutas e seus subordinados. Os envolvidos acabaram recebendo punições pela produção desses artigos. Em sua defesa, perante o Tribunal Europeu, a Holanda invocou a doutrina da margem, sob a alegação que a estruturação da disciplina e da ordem castrense iriam ser abaladas pela produção dos referidos artigos, bem como que o Estado possuía o poder – com base em sua soberania – em determinar como sua sistemática militar seria feita. Assim, tais assuntos estariam abraçados em sua margem de preferência para decidir. Por outro lado, os militares apontaram que o seu direito à liberdade de expressão estava sendo violado pela Holanda, tendo em vista que o mesmo direito era estendido aos civis, não podendo haver discriminações nesse sentido. Ao final do julgamento, a Corte Europeia prelecionou que como a ordem e a disciplina militar encontram-se no âmbito de tipificação própria do ente pública, ou seja, em sua margem de preferência nacional; a Holanda poderia promover tal limitação do direito à liberdade de expressão, tendo em vista que o seu objetivo era manter a hierarquia e a ordem militar dentro da corporação. Com isso, nota-se que o Tribunal Europeu se utilizou da doutrina da margem, recepcionando as alegações trazidas pelos Países Baixos.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

Além dos mencionados julgados “inauguradores” da aplicação da teoria da margem no sistema europeu de proteção dos direitos humanos, outros se sucederam – como o “*Sunday Times vs Reino Unido*”<sup>19</sup>, “*Cossey vs Reino Unido*”<sup>20</sup>, “*Goodwin vs*

<sup>19</sup> Intitulado de *Application* nº. 6538/74, o caso versou sobre a colisão – também – do direito à liberdade de expressão do jornal *Sunday Times* em detrimento da proteção da imparcialidade dos magistrados que julgariam o caso da droga talidomida no Reino Unido e suas consequências para as crianças. A droga estava sendo aplicada em mães prestes a dar à luz, com a intenção de amenizar as dores do parto. A talidomida era distribuída pela *Distillers Company*. Após as crianças nascerem com deformidades físicas e, muitas vezes, psicológicas, a companhia farmacêutica referida resolveu retirar a droga de circulação. Contudo, várias famílias acionaram a justiça inglesa com a intenção de processar a *Distillers Company* e compensar os danos que a talidomida havia produzido nas crianças (e ia produzir nos infantes que ainda iam nascer, mas que tiveram contato com a droga na barriga da mãe). Após a assessoria jurídica da empresa propor a criação de um fundo monetário em prol das crianças deformadas, bem como o oferecimento de valores para a realização de acordo entre as famílias e a *Distillers Company*, o jornal *Sunday Times* começou a produzir artigos no sentido de denunciar tais fatos, uma vez que as informações eram de interesse público e havia uma comoção nacional pelo evento. Todavia, após sucessivas manifestações do Estado, o jornal citado foi proibido de editar novos artigos com conteúdo que fosse capaz de prejudicar a empresa farmacêutica nos processos e acordos que estavam em andamento, bem como a imparcialidade dos magistrados que estavam encarregados de julgar tais casos (com a intenção de que os mesmos não se “contaminassem”). Todavia, o litígio acabou chegando à Corte Europeia e – mais uma vez – o Reino Unido invocou argumentos no sentido de convencer a corte internacional indicada de que estaria em sua margem de preferência decidir o que viola – ou não – a imparcialidade dos seus magistrados, bem como o crédito em suas instituições públicas que os cidadãos possuem. Todavia, o Tribunal Europeu afastou as alegações trazidas pelo Reino Unido e não aplicou a teoria da margem de apreciação nacional, uma vez que as informações que haviam sido tratadas pelo *Sunday Times* versavam sobre informações de interesse público, tendo – inclusive – o magistrado o direito de receber as mesmas informações que qualquer outro cidadão. Diante disso, a Corte Europeia afastou a aplicação da margem de manobra e considerou que o direito à liberdade de expressão do jornal referido havia sido violado pelo Reino Unido.

<sup>20</sup> O *Application* nº. 10843/84 versou sobre o pleito da Srt<sup>a</sup>. Cossey em ver os seus direitos de se casar e de alterar o seu sexo em sua certidão de nascimento protegidos pela Corte Europeia, já que o Reino Unido havia negado – internamente – tais direitos humanos previstos na Convenção Europeia (Arts. 8º, 12 e 14) por que Cossey era uma mulher transexual. Em linhas gerais, mesmo após fazer o procedimento de mudança de sexo e se identificar – socialmente – como uma mulher trans (inclusive, Cossey havia trabalhado como modelo), a mesma tentou se casar com um amigo italiano, mas acabou tendo tal direito negado pelo Reino Unido, pois pela lei interna do país apenas “homem” e “mulher”, biologicamente referidos, poderiam contrair casamento. Além disso, Cossey também não teve o seu direito de alterar o sexo em sua certidão de nascimento, após a cirurgia de mudança de sexo, tendo o Reino Unido sustentado tal negativa com base de que o documento posto retratava fatos históricos e, pela prática (tradição) do registrador geral, não poderia haver tal mudança. Quando o litígio chegou à Corte Europeia, o Reino Unido invocou a teoria da margem de apreciação nacional, prelecionando que todas as negativas feitas à Cossey, de seus direitos, foram com base na legislação interna do país. Cossey pleiteou, inclusive, a necessidade de alteração de tais tratativas, uma vez que a realidade das pessoas transexuais – que não possuem, muitas vezes, a proteção estatal dos seus direitos – se fazia presente como algo constante já na década de 1980. Contudo, o Tribunal Europeu recepcionou as alegações do Reino Unido, invocando a doutrina da margem e afastando as alegações de Cossey, sob a justificativa de que tais negativas foram, realmente, feitas com base na legislação doméstica do Reino Unido.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

Reino Unido”<sup>21</sup> e “Konrad vs Alemanha”<sup>22</sup> – e exigiram, dessa maneira, a posição internacional do Tribunal Europeu quanto à sua aplicação como uma forma de universalizar ou relativizar os direitos humanos em colisão em cada litígio em concreto.

No mais, antes da evolução para a próxima seção do trabalho, é importante pontuar que à medida que ocorria aplicação da margem de manobra nos casos práticos, o próprio Tribunal Europeu começou a construir balizas para a sua aplicação, como – a título exemplificativo – quando o Estado invoca a teoria da margem de

<sup>21</sup> O *Application* nº. 28957/95 pode ser considerado como um “divisor de águas” na temática de proteção dos direitos humanos na comunidade LGBTQIA+, em especial, das pessoas transexuais. De forma semelhante ao caso anterior (*Cossey vs Reino Unido*), a Srt<sup>a</sup>. Goodwin também era uma mulher transexual, tendo realizado todos os procedimentos para que o seu fenótipo se parecesse com o de uma mulher. Porém, teve os seus pedidos de casamento e de mudança do sexo em sua certidão de nascimento negados pelo Reino Unido. Além disso, Goodwin também não podia contribuir como “mulher” no sistema de previdência social do país, já que o mesmo apenas adotava o critério biológico (cromossomo) para tal fim, bem como Goodwin era obrigada a dizer o seu nome social no trabalho, o que muitas vezes lhe trazia constrangimentos de assédio sexual. Assim, após as tentativas de resolver as violações aos seus direitos no âmbito interno do Estado, o litígio foi levado perante a jurisdição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Ao chegar à corte internacional, a Corte Europeia percebeu que o Reino Unido havia trazido as mesmas justificativas de negativa do caso “*Cossey vs Reino Unido*” (inclusive, pleiteando para que houvesse a aplicação da teoria da margem de apreciação nacional na questão), bem como não havia feito qualquer mudança em sua legislação doméstica para adequar a situação das pessoas transexuais e dos seus direitos humanos. Dessa forma, o Tribunal Europeu percebeu que tais pessoas acabavam ficando em um verdadeiro “limbo” de proteção jurídica e o Estado permanecia inerte sobre isso, apenas negando os referidos direitos e não adequando sua legislação nacional. Através disso, a corte internacional em tela prelecionou que o uso da doutrina da margem não poderia servir como meio de “driblar” tal cenário em favor do ente público, uma vez que a realidade das pessoas transexuais era – a cada dia – mais evidente. Portanto, o Tribunal Europeu acabou reconhecendo os referidos direitos em prol de Goodwin.

<sup>22</sup> O *Application* nº. 35504/03 exigiu do Tribunal Europeu um posicionamento quanto à margem de apreciação nacional e a possibilidade do *homeschooling* ser negado pelo Estado. Dessa maneira, uma família alemã havia requerido do país (Alemanha) a possibilidade de ensinar – em casa - os seus dois filhos, desobrigando-os de comparecerem às instituições de ensino. Segundo o que relatava os genitores, as crianças e os jovens tinham uma educação muito voltada a cientificidade e a “magia” (como a realização de festas, o *Halloween*). Além disso, os pais também sustentaram que não havia um ensino completo, como o religioso nas escolas. Com isso, queriam educar ambos os filhos de acordo com as tratativas da família. A Alemanha, ainda no procedimento interno de concessão das crianças serem ensinadas em casa, acabou negando tal direito, pois pela lei alemã; caberia exclusivamente ao Estado o direito de prestar a educação no território (sendo que tal realidade existe desde a Segunda Guerra Mundial, após Adolf Hitler transportar para o ente público o monopólio de ensino). Ao chegar o caso no Tribunal Europeu, a Corte aplicou a teoria da margem de apreciação nacional e determinou que estaria na órbita da margem de preferência nacional do Estado em determinar como o ensino deve ser prestado em seu âmbito doméstico, além disso, a escola não seria apenas um local de troca de conhecimentos, mas sim a preparação de crianças e jovens para que possam conviver em sociedade, respeitar as diferenças e criarem autonomia através do conhecimento. Diante de tais fatos, o referido órgão internacional acabou usando a doutrina da margem para prevalecer a decisão da Alemanha de negativa de concessão do *homeschooling* em prol da citada família.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

apreciação nacional como uma escusa para não tipificar um conjunto de direitos para determinados grupos vulneráveis, como ocorreu no julgamento do caso “Goodwin vs Reino Unido” (Silva Neta; Catão, 2023c, p.88).

Portanto, partiremos para a análise das jurisprudências colacionadas com a intenção de verificar se, de acordo com o pragmatismo jurídico de Oliver Holmes Jr, a doutrina da margem pode ser considerada uma teoria pragmatista em frente ao relativismo e ao universalismo dos direitos humanos.

#### **4 UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS PARA SOLUCIONAR A PROBLEMÁTICA POSTA**

Restou evidente que dentro da dicotomia que abraça a discussão entre universalismo e relativismo dos direitos humanos, o pragmatismo jurídico possui tendências mais ligadas ao liberalismo<sup>23</sup>, isto é, às concepções que primam pela construção de valores liberais democráticos, a prática da tolerância e da democracia (Catão, 2017, p.65), sendo – dessa maneira – uma forma de reação contra os pensamentos que possuem uma maior tendência ao multiculturalismo ou às teorias do reconhecimento (relativismo cultural).

Nesta seara, Stuart Mill (2018, p.16) aponta que “existe um limite à legítima interferência da opinião coletiva na independência individual; e, para a boa condição dos assuntos humanos, tão indispensável quanto a proteção contra o despotismo político [...]”.

Isso acontece por que o pragmatismo jurídico – enquanto teoria, digamos – combate a ideia (forte no relativismo dos direitos humanos) de que as culturas defendidas pelo multiculturalismo e pelas teorias do reconhecimento não se encontram em um patamar de igualdade almejado, o que pode vir a acarretar – inclusive – conflitos violentos entre as mesmas, com a pretensão de conquistar tal reconhecimento

<sup>23</sup> Originado através dos ideais do Iluminismo – século XVII e XVIII – a concepção central do iluminismo é proteger a esfera de liberdade humana (direitos e garantias fundamentais) em detrimento da interferência arbitrária e excessiva do ente público.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

umas das outras. E é exatamente o que o pragmatismo jurídico prega ao oposto: o exercício da tolerância e da democracia (Catão, 2017, p.64).

Assim, “[...] um Estado que deixe as diferenças de lado e trate todos como iguais e, no âmbito internacional, que o discurso sobre os direitos humanos se fundamente num universalismo político, funcionando como pautas emancipatórias e de proteção básica [...]” (Catão, 2017, p.2017).

Além disso, também é importante pontuar que os elementos indicados por Holmes Jr – e conforme já explicado anteriormente – servem exatamente para o cumprimento de tal finalidade liberal: a busca pela decisão judicial que traga maiores consequências positivas e efetividade do direito aplicado dentro da prática dos tribunais, isto é, aquela que busque a maior proteção dos direitos humanos (sendo esta emitida, ou não, pelo juiz nacional).

Contudo, não é este o cenário que prevalece quando há aplicação da teoria da margem de apreciação nacional pela Corte Europeia de Direitos Humanos, uma vez que dos julgamentos<sup>24</sup> em que a mesma é utilizada pelo referido órgão internacional, o resultado final é a prevalência do relativismo dos direitos humanos postos em análise, ou seja, a dominância da decisão emitida pelo juiz nacional em detrimento do magistrado internacional.

Vejamos. No julgamento do litígio “Handyside vs Reino Unido”, a Corte Europeia acabou tendo que resolver o conflito aparente que ocorria entre o direito à liberdade de expressão do particular (o Sr. Richard Handyside) em detrimento da proteção da moralidade pública defendida pelo Reino Unido (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 1976a, p.17).

Ao analisar as argumentações trazidas por ambas as partes (de um lado, Handyside afirmando que o seu direito estava sendo tolhido pelo ente público, e do outro lado; o Estado indicando que houve limitação ao direito do referido particular, tendo em vista que a publicação dos exemplares feriria a moralidade pública), o Tribunal Europeu notou que a possibilidade de limitar tal direito obedecia ao comando

<sup>24</sup> Os já citados anteriormente: Handyside vs Reino Unido, Engel e Outros vs Holanda, *Sunday Times vs Reino Unido*, *Cossey vs Reino Unido*, *Goodwin vs Reino Unido* e *Konrad vs Alemanha*.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

do Art.10º, Item 2<sup>25</sup>, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950), pois o ente estatal estaria autorizado a limitar o direito à liberdade de se expressar para garantir a proteção da moralidade pública (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 1976a, p.17).

Nas palavras da própria Corte: “o Tribunal tem apenas de garantir que os tribunais ingleses agiram razoavelmente, de boa fé e dentro dos limites da margem de apreciação deixada aos Estados Contratantes pelo Art. 10, p.2 (art. 10-2) [...]” (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 1976a, p.17).

Com isso – apesar do comando autorizativo da citada Convenção – o conceito de moralidade pública deveria ser preenchido pela própria máquina estatal, já que cada país tem o seu próprio conceito<sup>26</sup> de moralidade (claro, de acordo com a cultura e os valores que o norteiam) (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 1976a, p.23).

Assim, não poderia um órgão internacional – como a Corte em tela – definir um conceito em que estaria na margem de preferência do Estado em decidir. Dessa forma, com a negativa de violação ao direito à liberdade de expressão do Sr. Richard Handyside e a prevalência da decisão nacional (graças à aplicação da doutrina da margem pelo Tribunal Europeu), houve a dominação do relativismo dos direitos humanos.

O Tribunal Europeu acabou prelecionando, diante disso, que “cada Estado Contratante definiu a sua abordagem à luz da situação existente nos seus respectivos territórios [...] sobre as exigências da proteção da moral numa sociedade democrática” (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 1976a, p.23).

No mesmo sentido foi o julgamento pela Corte Europeia do caso “Engel e Outros vs Holanda”. Enquanto que os Srs. Dona e Schul (responsáveis pela publicação dos artigos do periódico “O Alarme”) apontavam que o direito à liberdade de expressão dos

<sup>25</sup> 2. O exercício desta liberdade, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

<sup>26</sup> A moralidade pública era definida e defendida pela Lei de Publicações Obscenas de 1959/1964 ou “Leis 1959/1964”.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

mesmos estava sendo violado pela Holanda, tendo em vista a aplicação de punições e o cerceamento do direito de se manifestar dos castrenses contra as punições demasiadas que eram aplicadas pelos superiores hierárquicos (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 1976b, p.17-18). Por outro lado, os Países Baixos argumentaram que o citado direito poderia sofrer restrições – com base no Art. 10º, Item 2, da Convenção Europeia (1950) – uma vez que o diploma legal previa a manutenção da ordem e da disciplina militar como uma hipóteses autorizativa de limitação do direito à liberdade de expressão (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 1976b, p.38).

Nesta seara, “cada Estado é competente para organizar o seu próprio sistema de disciplina militar e goza nesta matéria de uma certa margem de apreciação [...]” (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 1976b, p.22).

Além disso, a Holanda também sustentou que o país teria o poder – emanado de sua soberania – de estruturar o seu sistema militar, de acordo com seus próprios critérios<sup>27</sup>, bem como o tipo de tratamento dado ao castrense e sua liberdade de expressão (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 1976b, p.40). Diante disso, a Corte Europeia acabou acatando os argumentos trazidos pelos Países Baixos e aplicou a teoria da margem de apreciação nacional, afirmando que a estrutura da ordem e da disciplina militar estariam no campo da margem de preferência nacional, não podendo o Tribunal Europeu interferir na sua própria estrutura, devido à soberania do ente público (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 1976b, p.28). Com isso, nota-se que a decisão originada no referido caso acabou por pregar o relativismo dos direitos humanos, já que o Estado teria o poder de decidir – com base em suas próprias peculiaridades e valores – a estrutura de sua corporação castrense.

Nesse contexto, “o Tribunal tem, sem dúvida, competência para supervisionar, nos termos da Convenção, a forma como o direito interno dos Países Baixos foi aplicado no presente caso, mas não deve, [...] ignorar as características específicas da vida militar [...]” (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 1976b, p.38).

<sup>27</sup> Definidos através da Lei de Disciplina de 1903 (ou “Lei de 1903”), o Regulamento de Disciplina Militar de 1922, o Código de Procedimento do Exército e da Força Aérea de 1964 e o Código Penal Militar de 1903 (ou “Lei de Disciplina”).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

Porém, do julgamento do litígio “*Sunday Times vs Reino Unido*”, a decisão do Tribunal Europeu acabou provocando outros efeitos (apesar de, também, se tratar da análise da possível violação – pelo ente estatal – do direito à liberdade de expressão). Neste sentido, enquanto o jornal *Sunday Times* alegava a violação ao seu direito de liberdade de expressão, tendo em vista a proibição emanada pelo Reino Unido em impossibilita-los de publicar novos artigos jornalísticos denunciando a situação da droga talidomida; o Estado (Inglaterra) acabou preleccionando que a limitação à liberdade de expressão do veículo de imprensa foi feita em observância ao Art.10º, Item 2, da Convenção Europeia (1950), pois a finalidade precípua foi proteger a imparcialidade dos magistrados<sup>28</sup> que julgariam os casos envolvendo as famílias vítimas da referida droga e a empresa farmacêutica responsável por sua produção (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 1979, p.12).

Destarte, apesar das alegações trazidas pelo Estado, a Corte Europeia tratou as informações envolvendo a talidomida como “informações de interesse público”, já que envolviam um assunto que ganhou bastante repercussão e comoção social: o nascimento de crianças com anomalias (física e psicológica) advindas do uso da droga (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 1979, p.34).

Nas palavras da própria Corte: “[...] os familiares de numerosas vítimas da tragédia, que desconheciam as dificuldades jurídicas envolvidas, tinham um interesse vital em conhecer todos os fatos subjacentes e as diversas soluções possíveis” (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 1979, p.34).

Portanto, o próprio magistrado teria o direito de receber e acessar tais informações, pois são de interesse público; e a imparcialidade dos mesmos não seria afetada, pois não é requisito para a manutenção de uma sociedade democrática (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 1979, p.35). Assim, ao acatar os argumentos trazidos pelo *Sunday Times*, o Tribunal Europeu indicou que, em se tratando de informações classificadas como de “interesse público”, estas teriam prevalência de manutenção e não poderia ser limitadas pelo país. Logo, a consequência de tal decisão

<sup>28</sup> A legislação do Reino Unido que previa tal proteção era a denominada “Lei de Desacato” e o “Relatório Phillimore”.



<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

internacional foi o universalismo dos direitos humanos, não podendo tal temática se portar na margem de preferência nacional do país e, conseqüentemente, seus valores e peculiaridades se sobreporem as mesmas.

Consoante a órgão internacional referenciado: “[...] o Tribunal concluiu que a interferência denunciada não correspondia a uma necessidade social suficientemente premente para superar o interesse público na liberdade de expressão na acepção da Convenção” (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 1979, p.35).

Adiante e apesar da mesma temática, as decisões dos casos “Cossey vs Reino Unido” e “Goodwin vs Reino Unido” apresentaram decisões opostas no sentido de proteção dos direitos humanos.

Enquanto que em “Cossey vs Reino Unido”, houve a relativização dos direitos humanos, já que a Corte Europeia determinou que a proteção dos direitos humanos da situação dos transexuais – no citado litígio, os direitos de casamento e de alteração o sexo de sua certidão de nascimento – deveria obedecer unicamente a lei nacional<sup>29</sup> e sua previsão (ou seja, aplicação da margem de manobra neste contexto) (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 1990, p.24); em “Goodwin vs Reino Unido” houve a universalização dos direitos humanos, já que a corte internacional mencionada prelecionou que os direitos humanos dos indivíduos transexuais (o de se casar, o de alterar o sexo da certidão de nascimento, o da faculdade de usar o seu nome social no trabalho e a possibilidade de contribuir à previdência social de acordo com o sexo que se identifica) deveria ser alvo de atenção das máquinas públicas (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 2002, p.33), onde estes adequariam sua legislação doméstica para tal fim, bem como que a falta de tal disciplina normativa não poderia ser manejada pelo Estado como uma escusa de não tipificação de tal realidade em seu ordenamento jurídico, uma vez que os transexuais ficavam em um verdadeiro “limbo jurídico”: não tinham a proteção do Estado quanto a estes direitos, bem como quando os pleiteavam em alguma jurisdição interna, eram-lhes negados sob a justificativa – do próprio ente

<sup>29</sup> Nesse caso, a Lei de Causas Matrimoniais de 1973 e a Lei de Registro de Nascimento e óbito de 1953.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

público – de que não havia um aparato legislativo para proteger tais direitos em prol do transexual (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 2002, p.27).

No mais, “[...] nota-se que as decisões proferidas em ambos os casos (Cossey e Goodwin) acabaram por suscitar alguns debates quanto ao reconhecimento dos direitos humanos para os indivíduos pertencentes à referida comunidade [...]” (Silva Neta; Catão, 2023b, p.267).

Outra decisão que provocou a relativização dos direitos humanos foi a emitida no julgamento do caso “Konrad vs Alemanha”, em que o Tribunal Europeu acatou os argumentos levantadas pelo Estado (Alemanha), quando o mesmo defendeu que o direito de disciplinar como o sistema educacional do país será feito cabe ao próprio ente estatal<sup>30</sup>, já que tal temática estaria no campo de abrangência da teoria da margem de apreciação nacional, não havendo qualquer colisão entre o direito à liberdade de opinião, pensamento ou religiosa e o direito à educação em território alemão (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 2006, p.04). Por outro lado, uma família – diante dos argumentos estatais – estava tentando obter a possibilidade de educar os seus filhos em casa, através do sistema de ensino domiciliar (ou *homeschooling*) (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 2006, p.05).

Com isso, “[...] os Estados Contratantes dispõem de uma margem de apreciação para avaliar se e em que medida as diferenças em situações de outra forma semelhantes justificam um tratamento diferente [...]” (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 2006, p.09).

A decisão do Tribunal Europeu provocou a relativização dos direitos humanos neste sentido, pois acatou as alegações trazidas pela Alemanha e promoveu a aplicação da teoria da margem de apreciação no caso em concreto, afirmando que a sistemática educacional de cada Estado-nação deveria ser feita com base nos valores e peculiaridades próprias de cada território, ou seja, de cada povo (soberania) (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 2006, p.07).

<sup>30</sup> Tal poder normativo era conferido pela Lei Básica Alemã e a Lei Escolar de Baden-Wurtemberg.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do presente trabalho foi possível concluir que o pragmatismo jurídico de Oliver Holmes Jr – enquanto teoria – é baseado em três tratativas principais: a construção da ciência jurídica através da prática dos tribunais, a análise das circunstâncias que gravitam a tomada de decisão pelo magistrado, bem como as possíveis consequências jurídicas (positivas e negativas) que serão originadas por tal decisão judicial; além da procura – pelo próprio juiz – da efetividade do direito que será aplicado, conforme a decisão escolhida pelo mesmo.

No mesmo sentido, surge a discussão do universalismo e do relativismo dos direitos humanos, no âmbito de aplicação da doutrina da margem de apreciação nacional. Enquanto que o universalismo prega pela proteção de uma esfera mínima de direitos e garantias fundamentais em prol do indivíduo, o relativismo dos direitos humanos (o qual pode ser visto, por exemplo, no multiculturalismo e nas teorias do reconhecimento) defende a não aplicação da concepção trazida pelo universalismo, já que há culturas diferentes ao redor do mundo, onde cada uma possui as suas próprias peculiaridades e valores a serem defendidos pelo seu povo.

Dentro disso, encontra-se a teoria da margem, tendo em vista que – a depender da sua aplicação pelo órgão internacional, como a Corte Europeia de Direitos Humanos – a mesma pode promover ou o universalismo ou o relativismo dos direitos humanos, apesar do pragmatismo jurídico possuir mais traços liberais (em relação à interferência estatal e a defesa de um núcleo mínimo de direito e garantias em prol da pessoa) e tender a se aproximar mais do universalismo dos direitos humanos.

Portanto, da análise dos julgamentos colacionados e levando em consideração que das seis jurisprudências totais, duas tiveram como resultado a universalização dos direitos humanos e a não aplicação da teoria da margem, sendo eles “*Sunday Times vs Reino Unido*” e “*Goodwin vs Reino Unido*”; e quatro jurisprudências tiveram como resultado a relativização dos direitos humanos e a consequente aplicação da doutrina da margem (“*Handyside vs Reino Unido*”, “*Engel e Outros vs Holanda*”, “*Cossey vs Reino Unido*” e “*Konrad vs Alemanha*”), conclui-se que a teoria da margem de

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

apreciação nacional não é uma teoria pragmatista, pois – uma vez aplicada pelo tribunal internacional indicado – esta promove a relativização dos direitos humanos (e não a sua universalização, como o pragmatismo jurídico ora estudado defende).

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Tiago Antunes de. Pragmatismo jurídico e apreciação das demandas judiciais em medicamentos: a utilização de uma liminar de custo-efetividade na saúde pública. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 48, n.150, jun. 2021. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/1193>. Acesso em: 6 jan. 2024.

AREND, Carline Schröder; PIZZI, Jovino. Contribuições da teoria do reconhecimento para pensar a educação para além dos muros da instituição. **Logelion: Filosofia da Informação**, Rio de Janeiro, v. 9, 2023. Disponível em: <https://revista.ibict.br/fiinf/article/view/6357/5924>. Acesso em: 9 jan. 2024. 35.504/03

CATÃO, Aduardo de Lima. A fundamentação dos direitos humanos: multiculturalismo, liberalismo e a visão pragmatista. **Revista Direito e Justiça**, n.28, 2017. Disponível em: <https://acesso.cesmac.edu.br/admin/wp-content/uploads/2021/10/CATAO-Afundamentacao.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2024.

CARDOSO, Benjamin Natan. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CORRÊA, Renato Manente. As decisões que nada decidem: análise sobre o controle concentrado de constitucionalidade e o problema de formação da maioria absoluta. **Revista da Procuradoria Geral do estado de São Paulo**, [s. l.], n. 90, 2019. Disponível em: <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/view/59/52>. Acesso em: 7 jan. 2024.

DE SOUSA, João Pedro Martins. Jurisdição constitucional e superação de precedentes: a atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos em *Roe vs Wade* e em *Dobbs vs Jackson*. **Revista Vertentes do Direito**, [s. l.], v. 10, n. 2, 2023. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/16266/21812>. Acesso em: 7 jan. 2024.

DEWEY, John. **Democracia e educação**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1959 [1916].

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

SILVA NETA, Elenita Araújo e. A teoria da margem de apreciação nacional e sua (in)compatibilidade com o novo constitucionalismo latino-americano à luz das Opiniões Consultivas nº. 04/1984 e 24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista da ESMAL**, Maceió, n. 8, 2023. Disponível em: <https://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/263>. Acesso em: 9 jan. 2024.

SILVA NETA, Elenita Araújo e; CATÃO, Adrualdo de Lima. O pragmatismo jurídico, o direito à saúde e a medida cautelar na ADI nº. 6.341/DF. **Revista da ESMAL**, Maceió, n. 8, 2023a. Disponível em: <https://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/251>. Acesso em: 7 jan. 2024.

SILVA NETA, Elenita Araújo e; CATÃO, Adrualdo de Lima. A teoria da margem de apreciação nacional e a busca pela proteção dos direitos das pessoas LGBTQIA+: uma análise comparativa da jurisprudência do Tribunal Europeu e da Corte Interamericana dos Direitos Humanos. **Revista Diké (Uesc)**, [s. l.], v. 22, n. 24, p. 252-287, 2023b. Disponível em: <https://periodicos.uesc.br/index.php/dike/article/view/3925/2517>. Acesso em: 9 jan. 2024.

SILVA NETA, Elenita Araújo e; CATÃO. A (in)aplicabilidade da teoria da margem de apreciação nacional para a defesa dos direitos humanos das pessoas transexuais à luz da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. **Revista de Direitos Humanos em Perspectiva**, [s. l.], v.9, n.1, p.81-103, 2023c. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/view/9761/pdf>. Acesso em: 9 jan. 2024.

SILVA NETA, Elenita Araújo e; CATÃO, Adrualdo de Lima. A importância do pragmatismo jurídico na efetividade da jurisdição. **Revista da ESMAL**, Maceió, n. 4, 2019. Disponível em: <https://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/138>. Acesso em: 7 jan. 2024.

SILVA NETA, Elenita Araújo e; CATÃO, Adrualdo de Lima. O Caso Charlottesville, a liberdade de expressão e o discurso de ódio. **Revista Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, v. 5, n. 1, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/36470>. Acesso em: 7 jan. 2024.

HART, Herbert. **O conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenian, s.d., 177 p. Disponível em:

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4375607/course/section/2097405/Hart%2C%20Herbert%20-%20O%20conceito%20de%20direito.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2024.

HERMES, Manuellita. **Perspectivas sobre o Protocolo nº. 15 à Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/elas-no-jota/perspectivas-sobre-o-protocolo-no-15-a-convencao-europeia-de-direitos-humanos-11082021>. Acesso em: 9 jan. 2024.

HOMES JR, Oliver Wendell. **The path of law**. Disponível em: <https://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2024.

KANT, Immanuel, 1724-1804. **A metafísica dos costumes**/ Immanuel Kant/ tradução, textos adicionais e notas Edson Bini/ Bauru, SP: EDIPRO, 2003. [Série Clássicos Edipro]. Disponível em: <https://unidospelobrasil.milicon.com.br/wp-content/uploads/2023/03/KANT-Immanuel.-A-metafisica-dos-costumes.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2024.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito**/ Hans Kelsen; [tradução João Baptista Machado]. – 6ª ed. – São Paulo: Martins Fontes. 1998. – (Ensino Superior). Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4375607/course/section/2096955/Hans%20Kelsen%20-%20Teoria%20Pura%20do%20Direito%20-%20Obra%20completa.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2024.

KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 10, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/ZcsRKX8WpbVvtctNgzQCC8r/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 6 jan. 2024.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; DE MORAES, Maria Valentina. A margem de apreciação (nacional e do legislador) e o diálogo entre cortes e entre poderes: meios de compreensão dos mecanismos de proteção dos direitos humanos e fundamentais. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Bogotá, 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39260.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Nações Unidas lembram os mortos da Segunda Guerra Mundial**. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/05/1750022>. Acesso em: 3 jan. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, Resolução 217 A III em 10 de dezembro de 1948. Disponível em:

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 9 jan. 2024.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**/ Flávia Piovesan. – 19. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O STF, o Poder Legislativo e a denúncia de tratados internacionais: oitenta anos depois. **Revista Jurídica Tributária**, v. 1, p. 149-152, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis**/Montesquieu; apresentação Renato Janine Ribeiro/ tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7703960/mod\\_resource/content/1/Montesquieu-O-espírito-das-leis\\_completo.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7703960/mod_resource/content/1/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf). Acesso em: 3 jan. 2024.

MILL, John Stuart, 1806-1873. **Sobre a liberdade**/ John Stuart Mill; tradução Denise Bottman. – Porto Alegre, RS: L&PM, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. Universal, tolerante e inclusivo: uma nova racionalidade para o Direito Internacional Privado na era dos direitos humanos.

**Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. XV, n. 2, 2020. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/104920/60148>. Acesso em: 9 jan. 2024.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48, 1997. Disponível em: [https://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao\\_multicultural\\_direitos\\_humanos\\_RCCS48.PDF](https://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF). Acesso em: 9 jan. 2024.

SARAIVA, Bianca Cartágenes. **A margem de apreciação dos Estados no direito internacional dos direitos humanos e a proteção mínima**. 2021. 181 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica) - Faculdade de Direito (Universidade de Lisboa), Lisboa, 2021. Disponível em: [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/52770/1/ulfd0150393\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/52770/1/ulfd0150393_tese.pdf). Acesso em: 9 jan. 2024.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p420-451>

SCHMITT, Carl. **Teologia política**/ Carl Schmitt: tradução de Elisete Antoniuk; coordenação e supervisão Luiz Moreira. – Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Disponível em:

[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4097470/mod\\_resource/content/1/teologia%20pol%C3%ADtica%20carl%20schmitt.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4097470/mod_resource/content/1/teologia%20pol%C3%ADtica%20carl%20schmitt.pdf). Acesso em: 6 jan. 2024.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso Handyside vs Reino Unido (Pedido nº. 5493/72). **Estrasburgo**. Julgamento: 07/12/1976a. Disponível em: <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2015/07/CASE-OFHANDYSIDE-v.-THE-UNITED-KINGDOM.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2024.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso Engel e Outros vs Holanda (Pedido nº. 5100/71, 5101/71, 5102/72, 5354/72, 5370/72). **Estrasburgo**. Julgamento: 08/06/1976b. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57479%22%5D%7D>. Acesso em: 11 jan. 2024.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Sunday Times* vs Reino Unido (Pedido nº. 6538/74). **Estrasburgo**. Julgamento: 26/04/1979. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57584%22%5D%7D>. Acesso em: 11 jan. 2024.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso Cossey vs Reino Unido (Pedido nº. 10843/84). **Estrasburgo**. Julgamento: 27/09/1990. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22%22CASE%20OF%20COSSEY%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%22%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-57641%22%5D%7D>. Acesso em: 11 jan. 2024.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso Christine Goodwin vs Reino Unido (Pedido nº. 28957/95). **Estrasburgo**. Julgamento: 11/07/2002. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-60596%22%5D%7D>. Acesso em: 11 jan. 2024.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso Konrad vs Alemanha (Pedido nº. 35504/03). **Estrasburgo**. Julgamento: 11/09/2006. Disponível em: <https://www.lawpluralism.unimib.it/en/oggetti/163-konrad-v-germany-dec-no-35504-03-ect-hr-fifth-section-11-september-2006>. Acesso em: 11 jan. 2024.