

A TEORIA DA MARGEM DE APRECIACÃO E A LIBERDADE RELIGIOSA NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Francisco Antonio Nieri Mattosinho¹
Taigoara Finardi Martins²

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a Teoria da Margem de Apreciação, construída a partir dos precedentes jurisprudenciais da Corte Europeia de Direitos Humanos, principalmente em relação a casos envolvendo aparentes violações dos direitos de liberdade religiosa pelos Estados-partes da Convenção Europeia de Direitos Humanos. A partir da análise da gênese da teoria e dos argumentos que a sustentam, como a falta de consenso entre os Estados europeus sobre algumas matérias polêmicas e o reconhecimento de que as autoridades locais se encontram em melhor posição para dirimir questões que envolvem aspectos sociais e culturais, apresenta-se o conceito da teoria e a forma como a Corte Europeia a utilizou em alguns julgamentos. Por meio de análise bibliográfica de artigos científicos internacionais e do estudo de casos daquele órgão jurisdicional internacional, conclui-se que a Teoria da Margem de Apreciação conduz à criação de uma jurisprudência incoerente e insegura.

PALAVRAS-CHAVE

Teoria da Margem de Apreciação; Liberdade religiosa; Corte Europeia de Direitos Humanos; Direito Internacional dos Direitos Humanos.

¹ Mestrando do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Campus Jacarezinho, da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bacharel em Direito pela UENP (2010-2014)

² Advogado e professor titular das disciplinas de Direito Constitucional pela FACNOPAR - Faculdade do norte Novo de Apucarana. Graduado em Direito pela UEL - Universidade Estadual de Londrina (2005 a 2009); pós-graduado em Direito Constitucional Contemporâneo pelo IDCC - Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (2012 a 2013); mestrando em Ciência Jurídica pela UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná (2015 a 2016); como advogado, atua principalmente em demandas de caráter civil e empresarial; membro da Comissão do Advogado Corporativo da OAB de Londrina - PR.

INTRODUÇÃO

Interpretar e aplicar tratados internacionais sobre direitos humanos é uma tarefa específica e que deve ser desempenhada de maneira atenta e acurada pelos tribunais internacionais. Ainda que seja competência desses tribunais proteger os direitos humanos em face de possíveis interferências estatais, o exercício de sua jurisdição deve ser pautado pela constante conciliação de elementos e valores que podem estar em tensão o tempo todo, principalmente quando, dentre as variáveis consideradas, há elementos sociais e culturais.

Exige-se grande atenção por parte dos tribunais de direitos humanos para que atendam expectativas de proteção dos direitos humanos, deliberações democraticamente adotadas em contextos sociais plurais e dinâmicos, além das vontades individuais dos Estados.

Determinar quais são as exigências dos tratados internacionais sobre direitos humanos no momento de analisar se um Estado-parte violou um direito supõe um exercício de equilíbrio constante entre democracia e direitos humanos.

1 BREVES ASPECTOS SOBRE OS DIREITOS HUMANOS PREVISTOS NOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Ainda que a fundamentação dogmática sobre os direitos humanos aponte para o valor moral da vida humana, a partir de uma perspectiva kantiana, reclamar compromissos institucionais e incentivar o ativismo fazem com que as cláusulas relativas a direitos, que encontramos em um instrumento internacional, se distanciem muito de refletir uma compreensão moral forte dos direitos.

Os direitos convencionais não se amoldam à concepção de direitos como triunfos perante o interesse coletivo ou com visões dos direitos como *firewells*, *side-constraints*, *razonesescluyentes* ou *reasonblocking* (McHarg, 1999, p. 671).

A atuação dos tribunais internacionais reflete a existência de direitos frágeis que são facilmente balanceáveis frente às razões estatais do interesse público e outras considerações de valor. Alguns artigos dos tratados internacionais são redigidos de maneira com que o *caput* preveja o direito inviolável assegurado, mas, em seguida, apresenta um rol de situações em que se admite a intervenção estatal, sendo conhecidos como cláusulas de acomodação ou limitação.

Tome-se como exemplo os artigos 12 e 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, *in verbis*:

Artigo 12 - Liberdade de consciência e de religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.

2. Ninguém pode ser submetido a medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.

3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças **está sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.**

4. Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, **mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:**

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que

constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. (grifos nossos)

Alguns autores defendem uma versão atenuada dos direitos como triunfos que pretendem compatibilizar a importância dos direitos com um exercício de equilíbrio e proporcionalidade em sua confrontação com outras considerações sociais (GREER, 2003, p. 405).

O mesmo objetivo pode ser buscado a partir de outras teorias substantivistas dos direitos que permitem uma maior flexibilidade de sua confrontação com as razões de interesse coletivo. Podem ser mencionadas a versão da teoria raziana dos direitos como interesses protegidos ou a visão dos direitos como metas sociais na esteira de Amartya Sen.

A primeira permite outorgar prioridade a um direito em seu núcleo central pelo valor de interesse que o sustém, mas também medir quais deveres se justificam ou quais direitos dele derivam e que comportam outros deveres (RAZ, 2007, p. 4). A segunda, por sua vez, ao conceber os direitos como metas sociais com valor intrínseco que o Estado deve perseguir, atribui um desvalor muito alto ao resultado social de sua não satisfação. Mas, a partir dessa concepção, parece sustentável assumir que podem ocorrer outras considerações de valor capazes de limitar o alcance do direito (SEN, 2004, p. 323).

Outra opção para caracterizar direitos seria por meio do distanciamento da noção substantiva dos direitos, limitando-se a adotar, segundo a teoria de Robert Alexy, uma concepção estrutural que os apresenta como princípios. Poderíamos entendê-los como meros mandados de otimização, de cumprimento gradual, que devem ser balanceados com outros princípios, sejam estes princípios previstos em tratados internacionais ou extraídos do interesse coletivo (ALEXY, 1993, p. 111).

A partir dessa perspectiva, a aplicação dos direitos convencionais exigiria sempre um exercício de proporcionalidade ou equilíbrio com outras razões valiosas. As cláusulas convencionais de acomodação atuariam como guias que explicitam que tipo de razões deve ser ponderado pelos tribunais internacionais nos casos de interferência estatal nos direitos protegidos.

Apesar de os direitos convencionais não poderem ser considerados como triunfos perante o interesse abstratamente defendido pela atuação do Estado, a doutrina da margem de apreciação, que pode redundar em um enfraquecimento maior da força desses direitos frente ao interesse público e a vontade estatal dos Estados-partes, tem sido desenvolvida por alguns tribunais internacionais.

Essa doutrina parece inicialmente ligada às cláusulas de acomodação pre-

sententes nos tratados internacionais, que, por sua natureza, outorgam uma margem de manobra para os Estados para decidir quando e em que medida cabe limitar um direito convencional.

2 TEORIA DA MARGEM DE APRECIACÃO

Dentre os princípios de interpretação dos direitos humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos desenvolveu a chamada “Teoria da Margem de Apreciação”, que consiste num espaço de discricionariedade que os Estados-partes de um tratado internacional dispõem para determinar o conteúdo e o alcance dos direitos humanos para a sua proteção, a partir de considerações de ordem jurídica, social e cultural.

O fundamento dessa teoria não se encontra no texto da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, pois se apresenta como um instrumento interpretativo que parte da ideia de que um direito não pode ser analisado em abstrato, omitindo-se os marcos culturais e econômicos que o circundam. Ao contrário, segundo essa teoria, existem condições materiais e sociais cujo desconhecimento ou desprezo afastariam a realidade ou a vigência de um regime de direitos humanos (SAGÜES, 2003, p. 219).

Por meio da margem de apreciação, reafirma-se o caráter subsidiário da atuação dos mecanismos internacionais de proteção de direitos humanos. Isso decorre do fato de as autoridades dos Estados se encontrarem em posição melhor do que aquela do Tribunal Internacional para se pronunciar sobre a forma de aplicação do Tratado, assim como sobre seu conteúdo e sobre a necessidade de restringir algum direito.

Nesse sentido, no caso *Handyside v. United Kingdom*³, a Corte Europeia assim se pronunciou:

48. The Court points out that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights (judgment of 23 July 1968 on the merits of the “Belgian Linguistic” case, Series A no. 6, p. 35, para. 10 in fine). The Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines. The institutions created by it make their own contribution to this task but they become involved only through contentious proceedings and once all domestic remedies have been exhausted (Article 26) (art. 26).

³ *Handyside v. United Kingdom*, Judgement of 7 December 1976, §48.

These observations apply, notably, to Article 10 para. 2 (art. 10-2). In particular, it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the “necessity” of a “restriction” or “penalty” intended to meet them. The Court notes at this juncture that, whilst the adjective “necessary”, within the meaning of Article 10 para. 2 (art. 10-2), is not synonymous with “indispensable” (cf., in Articles 2 para. 2 (art. 2-2) and 6 para. 1 (art. 6-1), the words “absolutely necessary” and “strictly necessary” and, in Article 15 para. 1 (art. 15-1), the phrase “to the extent strictly required by the exigencies of the situation”), neither has it the flexibility of such expressions as “admissible”, “ordinary” (cf. Article 4 para. 3) (art. 4-3), “useful” (cf. the French text of the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1) (P1-1), “reasonable” (cf. Articles 5 para. 3 and 6 para. 1) (art. 5-3, art. 6-1) or “desirable”. Nevertheless, it is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of “necessity” in this context.

Consequently, Article 10 para. 2 (art. 10-2) leaves to the Contracting States a margin of appreciation. This margin is given both to the domestic legislator (“prescribed by law”) and to the bodies, judicial amongst others, that are called upon to interpret and apply the laws in force (Engel and others judgment of 8 June 1976, Series A no. 22, pp. 41-42, para. 100; cf., for Article 8 para. 2 (art. 8-2), De Wilde, Ooms and Versyp judgment of 18 June 1971, Series A no. 12, pp. 45-46, para. 93, and the Golder judgment of 21 February 1975, Series A no. 18, pp. 21-22, para. 45).

De acordo com a Corte Europeia, os Estados têm uma margem de atuação que supõe intervir sobre o direito em questão até o ponto em que o Estado considere necessário, mas deixando essa intervenção e valoração sob o controle europeu baseado nos *standards* de proporcionalidade e razoabilidade.

Nesse sentido:

84. According to its settled case-law, the Court leaves to the States party to the Convention a certain margin of appreciation in deciding whether and to what extent an interference is necessary.

This margin of appreciation goes hand in hand with European supervision embracing both the law and the decisions applying it. The Court's task is to determine whether the measures taken at national level were justified in principle and proportionate (see *Leyla Şahin*, cited above, § 110; *Bayatyan*, cited above, §§ 121-122; *Manoussakis*, cited above, § 44). Where, as for the first and fourth applicants, the acts complained of were carried out by private companies and were not therefore directly attributable to the respondent State, the Court must consider the issues in terms of the positive obligation on the State authorities to secure the rights under Article 9 to those within their jurisdiction (see, *mutatis mutandis*, *Palomo Sánchez and Others v. Spain* [GC], nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06 and 28964/06, §§ 58-61, ECHR 2011; see also *Otto-Preminger-Institut v. Austria* judgment of 25 November 1994, Series A no. 295, § 47). Whilst the boundary between the State's positive and negative obligations under the Convention does not lend itself to precise definition, the applicable principles are, nonetheless, similar. In both contexts regard must be had in particular to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, subject in any event to the margin of appreciation enjoyed by the State (see *Palomo Sánchez and Others*, cited above, § 62).⁴

A própria Corte Europeia reconhece que os Estados conhecem mais suas sociedades e as vicissitudes perante as quais as medidas eleitas podem responder em benefício do interesse público.

Para se compreender a Teoria da Margem de Avaliação, deve-se lembrar de que o Sistema Europeu se baseia na busca de uma ordem europeia comum. Na construção dessa ordem, parte-se da premissa de que as diversidades culturais, sociais e jurídicas devem ser respeitadas. Ademais, a falta de consenso sobre alguns temas entre os Estados tem levado a Corte Europeia a ampliar a margem de apreciação.

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) tampouco apresenta previsão expressa sobre a Teoria da Margem de Avaliação.

No entanto, na mesma esteira que a Convenção Europeia, a Convenção Americana cria bases relativamente homogêneas entre os Estados que dela fazem parte, pois, apesar das diferenças, compartilham elementos que identificam qualquer Estado democrático e republicano.

Mesmo com os pontos de contato que possuem entre si, dentro do Sistema

⁴ *Case Eweida and others v. United Kingdom*. Judgment of 15 January 2013. §84.

Interamericano, cada Estado atua para responder às suas realidades, buscando proteger os direitos humanos da forma que julgam melhor.

Como salientado, a Teoria da Margem de Apreciação favorece a atuação dos Estados em relação às tensões geradas por realidades jurídico-sociais. Ela parte da ideia de que toda sociedade retém para si o espaço para resolver conflitos que são inerentes entre os direitos e os interesses nacionais ou entre as divergências morais existentes (CONTRERAS, 2012, p. 32).

Nesse contexto, tem-se um conflito existente entre a tendência universalista dos direitos humanos como posições morais com pretensões universais e o relativismo moral que de uma maneira ou de outra define uma determinada comunidade política (BENVENISTI, 1999, p. 843-844).

Diante da impossibilidade de uma solução absoluta para esse embate entre universalismo e relativismo, a Teoria da Margem de Apreciação se apresenta como um espaço ou uma válvula de escape, por meio da qual se atribui determinado peso à posição estatal em relação à apreciação do interesse nacional preponderante que influencia na interpretação, delimitação, restrição e proteção de um direito previsto no tratado internacional.

A teoria, então, se revela como uma discricionariedade que um órgão jurisdicional reconhece a outros órgãos não jurisdicionais (políticos) na adoção de certas decisões, na aplicação e interpretação de uma norma jurídica. Isso se dá pelo fato de o órgão a quem se reconhecerá a discricionariedade estar em uma posição melhor do que o órgão jurisdicional, ou, ainda, que aquele detém a legitimidade política necessária para atribuir o valor correto à interpretação que deve ser dada ao direito convencional previsto frente ao caso concreto.

Em linhas gerais, percebe-se que o órgão jurisdicional se autorrestringe (*self-restrain*) de emitir um juízo sobre um aspecto em relação ao caso que lhe foi apresentado, bem como também reconhece como legítima e válida determinada atuação ou valoração realizada pelo órgão político na aplicação da norma jurídica no caso concreto.

Na prática geral, a deferência a cargo dos tribunais a outros órgãos, parte da ideia de que, nas decisões que serão adotadas, existe um componente político ou não jurídico, seja pela multiplicidade de variáveis derivadas das cláusulas a serem interpretadas, que são indeterminadas ou vagas, ou pelas ramificações políticas que essas decisões supõem. (CAMINKER, 2003, p. 79).

Soma-se a isso a existência de dúvidas sobre a validade de uma lei, o que obriga o operador judicial a inclinar-se favoravelmente à interpretação emanada daquele órgão político que emanou a regra que se questiona. De fato, a deferência se

explica também pela presunção de validade das atuações que no âmbito do direito constitucional, por exemplo, se conhece como a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos (CAMINKER, 2003, p. 85).

3 A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Desde o início de sua atuação, e já com maior abrangência desde a decisão no caso *Handyside vs. United Kingdom*, a Corte Europeia de Direitos Humanos tem adaptado a doutrina da margem de apreciação com a finalidade de outorgar maior deferência a critério dos Estados na proteção dos direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

A Corte tem oferecido diversas razões para justificar essa deferência. Por um lado, tem observado que o sistema de proteção dos direitos humanos na Europa é fruto de uma divisão de trabalhos entre os Estados e a Corte. Os Estados são responsáveis primários por esta proteção e a Corte somente intervém de forma subsidiária, por via contenciosa, e uma vez que tenham sido esgotados os recursos jurisdicionais internos.

Por outro lado, em assuntos sensíveis como a moralidade ou a religião, onde não há consenso entre os Estados, a Corte reconhece que as autoridades nacionais, por estarem em contato direto com as forças vitais de seu país, se encontram em melhor posição para conhecer sua conjuntura social e decidir de forma adequada para gerir as situações conflituosas.

Como produtora desta teoria de origem jurisprudencial, a função jurisdicional da Corte não é a de realizar um exame abstrato de compatibilidade entre uma medida estatal e as disposições da Convenção. Sua tarefa consiste em revisar se o Estado extrapolou, no exercício de sua margem de discricionariedade, para decidir sobre alguns temas de proteção dos direitos convencionais.

Esse exame concreto e contextual da Corte a possibilita que ela ofereça respostas distintas a casos similares que se produzem em conjunturas nacionais diferentes.

A Teoria da Margem de Apreciação tem sofrido algumas críticas como instrumento hermenêutico empregado pela Corte Europeia, pois dificulta a generalização de suas respostas jurídicas, provoca incoerências estruturais e, em geral, põe em perigo a segurança jurídica e impede que a Convenção Europeia consolide um sistema confiável de proteção dos direitos na região (BRAUCH, 2005, p. 114).

Por outro lado, é elogiada e defendida por ser considerada um mecanismo

que assegura a flexibilidade argumentativa necessária para legitimar a autoridade da Corte Europeia frente à vontade dos Estados na proteção dos direitos humanos e por refletir o pluralismo democrático existente na Europa (McGOLDRICK, 2011, p. 85).

Em sua história, a Corte Europeia tem utilizado a Teoria da Margem de Apreciação para apreciar casos a ela submetidos que dizem respeito ao direito à liberdade religiosa, reconhecido no art. 9º da Convenção Europeia, bem como quanto à interpretação do art. 2º do Protocolo 1 daquela convenção, que estabelece o direito de os pais de educarem seus filhos conforme suas convicções religiosas e filosóficas.

4 MARGEM DE APRECIÇÃO VS. LIBERDADE RELIGIOSA

A jurisprudência da Corte tem concedido uma ampla margem de autonomia aos Estados para interferir na liberdade religiosa com leis seculares, garantindo liberdade à proteção estatal dos sentimentos religiosos majoritários frente à liberdade de expressão. Referenda, ainda, as normativas que impõem a presença de um crucifixo nas escolas públicas e não se opõe à restrição estatal do uso do véu islâmico e outros acessórios religiosos no contexto escolar.

No caso *Lautsi Vs. Italy*, por exemplo, julgado em março de 2011, a Corte Europeia contrariou a sentença proferida pelo Judiciário italiano que havia decidido que a lei daquele país, que impõe desde a década de 1920, a presença de um crucifixo nas escolas públicas, havia violado o direito da senhora Lautsi de educar seus filhos conforme suas convicções laicas, bem como ter violado a liberdade religiosa de seus filhos.

A Sala do Tribunal italiano entendeu que um crucifixo em uma escola pública, como um símbolo religioso, pode perturbar emocionalmente os estudantes ateus ou que não professam religiões cristãs, criando neles a percepção de que seu contexto educativo estava marcado pela religião. Essa intromissão, segundo o tribunal italiano, viola os direitos de liberdade religiosa, pois contradiz o dever de neutralidade do Estado, ou laicidade, que o impede de impor crenças religiosas, ainda que de maneira indireta, no contexto de pessoas especialmente vulneráveis que dele dependem.

A *Grand Chamber* da Corte Europeia reformou a sentença italiana, utilizando, em seus argumentos, o que sua jurisprudência já estabeleceu acerca das exigências convencionais de neutralidade religiosa no universo educacional. Ao citar os casos *Folgerø Vs. Norway* e *Zengin Vs. Turkey*, a Corte lembrou que exigência de neutralidade consiste na proibição de proselitismos ou doutrinação no ambiente escolar, como a exigência de ensino obrigatório religioso ou de outorgar maior pre-

ponderância ao conhecimento da religião majoritária.

Além disso, a Corte defendeu que o crucifixo é um símbolo religioso passivo, cuja influência não pode ser comparada àquela exercida pela educação e participação em atividades religiosas de maneira obrigatória pelos alunos. Por esse motivo, contradisse a sentença italiana e entendeu que não havia evidências suficientes nem para afirmar nem para negar que a presença deste símbolo religioso nas salas de aula poderia afetar os alunos ou neles influir. Afirmou, também, que, mesmo que seja compreensível que os pais tenham a percepção subjetiva de que o crucifixo suponha uma falta de respeito a seus direitos, essa percepção subjetiva não basta para considerar que haja uma violação da Convenção Europeia.

Ainda em sua decisão, a Corte aplicou a Teoria da Margem de apreciação. Segundo ela, sempre que não haja objetivo de doutrinação religiosa, o Estado goza de uma margem de apreciação para decidir sobre a permanência do crucifixo nas salas de aula. O Estado italiano considera a manutenção dos crucifixos como um aspecto de sua tradição e parte de sua identidade cultural. Não bastasse isso, a Corte considerou, em apoio à margem de apreciação, a ausência de um consenso entre os Estados sobre a presença de símbolos religiosos em escolas públicas e sobre a manutenção das tradições.

Por fim, ainda que a Corte tenha admitido que o crucifixo outorgue maior visibilidade à religião católica no ambiente escolar, indicou, aplicando novamente a Teoria da Margem de Apreciação, que este extremo deve ser posto em perspectiva com a atitude do Estado italiano diante do pluralismo religiosos nas escolas. No caso da Itália, o crucifixo não está vinculado a nenhuma matéria ou doutrinação religiosa obrigatória da religião católica e o ambiente escolar está aberto a outras religiões, não se impedindo que os alunos usem outros símbolos religiosos, como o véu islâmico, ou pratiquem celebrações religiosas distintas.

Em outros casos julgados pela Corte Europeia, cujos objetos de discussão diziam respeito ao uso do véu islâmico no ambiente escolar, oriundos da restrição do uso de acessórios religiosos no ambiente escolar, a jurisprudência daquele tribunal internacional se posicionou em favor da liberdade dos Estados. Podem ser citados como exemplos os casos *Dahlab vs. Switzerland*, *Şahin vs. Turkey*, *Köseandother vs. Turkey*, *Kervanci vs. France*, *Dogru vs. France*, *Aktas vs. France*, *Bayrak vs. France*, *Gamaleddyn vs. France* e *Ghazal vs. France*.

Desses precedentes, pode-se extrair que os Estados têm autonomia para limitar o uso do véu em algumas salas de aula ou em todas, tanto em escolas públicas como nas universidades. Essa restrição pode alcançar os professores e pode se estender a escolas religiosas islâmicas que recebem recursos do Estado.

Os argumentos que foram considerados legítimos e proporcionais para justificar as limitações no uso do véu no ambiente escolar são variados. A razão mais genérica é a presença de uma opção estatal pelo laicismo ativo (casos *Kervanci, Dogru, Şahin, Köse y Dahlab*). Também de forma geral se recorreu a razões de ordem pública, aos direitos de terceiros e à defesa da democracia (caso *Şahin*). Por fim, outros argumentos foram utilizados como razão para proibir o uso do véu, como a promoção da igualdade de gênero (casos *Dahlabe Şahin*) e considerações sobre higiene e segurança na prática de esportes (casos *Kervancie Dogru*).

Em todos esses casos, mas, especialmente, no caso *Şahin vs. Turkey*, a Corte Europeia utilizou-se da Teoria da Margem de Apreciação dos Estados. Ela associa a necessidade de lançar mão desse argumento à ausência de um consenso europeu sobre a matéria e à ideia de que o Estado e as autoridades locais estão em melhor posição que um órgão internacional para decidir sobre essa polêmica.

Ainda que a Corte lembre os Estados acerca do dever estatal de neutralidade religiosa e indica que sua função nestes casos consiste em verificar se a medida é justificável e proporcional, não se preocupa em analisar, pormenorizadamente, a razoabilidade e a proporcionalidade.

Com apoio na Teoria da Margem de Apreciação, a Corte assume, num primeiro momento, que a opção política pelo laicismo de Estado pode justificar, por si mesma, restrições à liberdade religiosa e exigir sacrifícios aos indivíduos ao invés de salvaguardar a tolerância e a harmonia religiosa. Num segundo momento, aquele órgão não valor com detalhe a aplicabilidade ao caso concreto das alegações gerais dos Estados: o perigo do islamismo radical para a ordem pública e a democracia, o respeito pela igualdade de gênero e a proteção dos direitos dos demais cidadãos que não professam determinada crença.

Nesse contexto, a Corte entende que a proibição do uso do véu islâmico nos ambientes escolares, fundados nos argumentos por ela expostos, são suficientes para considerar que, ainda que haja restrição à liberdade religiosa, não configura situação de violação da Convenção Europeia.

Percebe-se que, com esse entendimento jurisprudencial, a Corte busca legitimação e qualidade substantiva em suas decisões. Essa pretensão conciliadora parece ser inerente à própria Convenção, a partir do momento em que se analisa seu preâmbulo, onde se afirma que a manutenção das liberdades e direitos básicos repousa, de um lado, em um regime político verdadeiramente democrático e, de outro, em uma concepção e um respeito comum aos direitos humanos.

Essa dualidade axiológica poderia se apresentar como uma das peculiaridades da Convenção como um instrumento jurídico de interpretação, característica

que, por si só, deveria estar presente em qualquer teoria que se ocupe de compreender as exigências que derivam dos instrumentos internacionais sobre direitos humanos e que são interpretados e aplicados pelos respectivos órgãos jurisdicionais internacionais por eles criados (ARAI-TAKAHASHI, 2002, p. 243).

Percebe-se que, sobre o tema de liberdade religiosa, a Corte Europeia invoca dois principais argumentos para aplicar a teoria da margem de apreciação Teoria da Margem de Apreciação: a de que não há um consenso entre os Estados europeus e a de que as autoridades locais encontram-se em melhor posição para decidir sobre alguns assuntos polêmicos do que o tribunal internacional, em razão das variáveis sociais e culturais envolvidas.

Não há consenso na Europa sobre a exibição de crucifixos nas escolas públicas, pois, como se sabe, sua exposição é proibida em Macedônia, Geórgia e França (com exceção das regiões de Alsácia e Moselle), mas é obrigatória em Itália, Áustria, Polônia e em algumas regiões da Alemanha e da Suíça, bem como há crucifixos presentes, sem regulamentação estatal expressa, em Espanha, Grécia, Irlanda, São Marino e Romênia.

Também é claro não haver um consenso unânime sobre a permissão do uso do véu islâmico nas instituições educativas. Apesar de as regulamentações estatais versarem sobre diferentes tipos de vestimentas, há medidas restritivas de seu uso em França, Turquia, Alemanha, Bélgica, Grã-Bretanha e Suíça.

Como se percebe, de certa forma, a aplicação da Teoria da Margem de Apreciação, principalmente em relação a temas religiosos na Europa, demonstra que a Corte tem posicionamentos com alto grau de incoerência axiológica que conflita com o princípio convencional de proteção efetiva dos direitos individuais. É certo que essa incoerência axiológica é mais fiel aos desacordos valorativos existentes entre os Estados que a alternativa de um juízo abstrato de compatibilidade, mas a ambivalência da Corte perante o papel que desempenha o consenso revela este efeito legitimador (MARTÍNEZ-TORRÓN, 2012, p. 5).

CONCLUSÕES

Se, por um lado, a Teoria da Margem de Apreciação substancializa os esforços da Corte Europeia de Direitos Humanos no sentido de preservar ao máximo a discricionariedade dos próprios Estados, no que se refere àquelas questões a respeito das quais ainda não se pôde alcançar um consenso, promovendo-se, assim, aqueles ideais democráticos tão caros ao velho continente – não se pode universalizar e impor a este ou aquele Estado determinado posicionamento, se a própria comunidade

européia não comunga de um mesmo entendimento comum e pacífico sobre o tema –, também é verdade que, ao assumir tal postura, aquele tribunal internacional beira perigosamente as raias da omissão, na medida em que é, no mínimo, questionável que um órgão jurisdicional reconheça à própria parte demandada a possibilidade de dizer qual a melhor interpretação do dispositivo legal sobre o qual funda-se a demanda que a desfavorece.

Isso se torna especialmente digno de atenção, quando o objeto da lide gira em torno de liberdades religiosas, diante dos recentes eventos que têm feito regredir a tolerância, e crescer a xenofobia e o preconceito, em diversos países europeus. Mais do que nunca, parece ser necessário que as instâncias internacionais de controle, fiscalização e promoção dos direitos humanos se posicionem no sentido de garantir-lhes sua necessária proteção e eficácia, frente ao movimento natural de recrudescimento estatal e conservadorismo exagerado que surge em momentos semelhantes de crise.

Talvez, uma das principais justificativas para a aplicação da Teoria da Margem da Apreciação invocada pela Corte Europeia de Direitos Humanos esteja, no fim das contas, invertida: pode ser que as contingências sociais, culturais e econômicas que permeiam a realidade do Estado-parte – demandado – sejam, justamente, o que lhe impedem de fixar a medida exata de extensão do enunciado normativo violado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (Trad. E. Garzón Valdés), 1993.

ARAI-TAKAHASHI, Yutaka. *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*. Intersectia, Oxford, 2002.

BENVENISTI, Eyal. *Margin of appreciation, consensus and universal standards*. New York University Journal of International Law and Politics 31 (4), 1999.

BRAUCH, Jeffrey. *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: threat to the rule of law*. Columbia Journal of European Law, v. 11, 2005.

CAMINKER, Evan H.. *Thayerian defence to Congress and Supreme Court Supermajority Rules: lessons from the past*. Indiana Law Journal 78 (1), 2003.

CONTRERAS, Pablo. *National discretion and international deference in restriction of human rights: a comparison between the jurisprudence of the European and the Inter-American Court of*

Human Rights. *Northwestern Journal of International Human Rights Law* 11, 2012.

GREER, Steven. *Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights*. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 3, 2003.

MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier. *The (un)protection of individual religious identity in the Strasbourg case law*. *Oxford Journal of Law and Religion*, (advance access), 2012.

McGOLDRICK, Dominic. *Religion in the European Public Square and in European Public life – crucifixes in the classroom?*. *Human Rights Law Review*, v. 11, n. 3, 2011, p. 451-502.

McHARG, Aileen. *Reconciling Human Rights and the Public Interest: conceptual problems and doctrinal uncertainty in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*. *The Modern Law Review*. V. 62, 1999.

RAZ, Joseph. *Human Rights Without Foundations*. *Oxford Legal Studies Research Papers*, n. 14, 2007.

SAGÜES, Néstor P. *Las relaciones entre los Tribunales Internacionales y los Tribunales Nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica*. *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Chile. Vol 9, núm. 001, 2003.

SEN, Amartya. *Elements of a Theory of Human Rights*. *Philosophy & Public Affairs*, v. 32, n. 4, 2004.