

SOBERANIA E MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO

SOVEREIGNTY AND NATIONAL MARGIN OF APPRECIATION

Geilza Fátima Cavalcanti Diniz¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Soberania em tempos de mundialização do direito; 2 Os processos de interação do direito internacional; 3 O exemplo da União Europeia; 4 A margem nacional de apreciação; 5 Estudo de caso: transexualismo; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

A noção de soberania, como inicialmente sistematizada por Jean Bodin, sofreu diversas modificações conceituais, falando-se então em erosão, eclipse ou diluição da soberania. Ultrapassados os exageros conceituais, é preciso repensar a noção de soberania à luz dos processos de interação do direito internacional, especificamente aqueles direcionados às normas penais incriminadoras e seus reflexos em outros ramos do direito. Para tanto, é extremamente útil, pensando em uma realidade vindoura, analisar o exemplo da União Europeia e a forma como ela trata esses temas, ou seja, com a criação do mecanismo da margem nacional de apreciação, que ao mesmo tempo que possibilita a interação, prestigia a soberania nos chamados domínios recalcitrantes, ou seja, temas penais ligados à religião e à moral. Para a comprovação da hipótese de que é impossível unificar as normas penais incriminadoras no que tange aos domínios recalcitrantes, o estudo do caso do transexualismo decidido pela Corte Europeia de Direitos Humanos é necessário e adequado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito internacional; Normas penais incriminadoras; Religião; Moral; Margem nacional de apreciação; Transexualismo.

ABSTRACT

The notion of sovereignty, as first systematized by Jean Bodin, has undergone several conceptual modifications, then some authors mention the erosion, eclipse or dilution of sovereignty. Conceptual exceeded the hype, it is necessary to rethink the notion of sovereignty adapted to the notion of interaction of international law, specifically those directed at incriminating criminal laws and

¹ Doutoranda em Direito das Relações Internacionais (FAJS/UNICEUB/DF). Mestra em Direito Público (UFPE). Juíza de Direito (TJDFT). E-mail: geilzadiniz@gmail.com

their effects in other branches of law. Therefore, it is extremely helpful, considering a reality to come, look at the example of the European Union and how it handles these issues, namely the establishment of the mechanism of the national margin of appreciation, at the same time allowing interaction, honors the sovereignty of so-called recalcitrant areas, or criminal matters related to religion and morality. To prove the hypothesis that it is impossible to unify the criminal laws with respect to the incriminating recalcitrant areas, the case study of transsexualism decided by the European Court of Human Rights is necessary and appropriate.

KEYWORDS: International law; Criminal incriminating laws; Religion; Moral; National margin of appreciation; Transsexualism.

INTRODUÇÃO

A noção de soberania, inicialmente sistematizada por Jean Bodin como o poder absoluto e perpétuo de um estado² vem sofrendo diversas alterações e mitigações, tanto pelo processo de globalização, que mitigou a noção de poder absoluto, como pelo fato de poucos serem os países que ainda mantêm a monarquia, de forma que é inadequado pensar em soberania como poder perpétuo no sentido de enquanto viver o soberano. As constantes relações entre os estados culminaram em processos de interação ou internacionalização do direito.

Além da unificação, a interação do direito pode se dar por coordenação por entrecruzamento, harmonização por aproximação e unificação por hibridação. Longe de uma simples escolha, a forma de interação do direito deve ser pensada à luz da matéria a sofrer a interação. Em assuntos diretamente ligados à cultura, religião e moral, por exemplo, a unificação é inadequada, porque os valores de cada povo, de cada nação, refletem em determinadas normas e, por isso, é difícil ou impossível impor valores de outrem. Por isso esses domínios são recalcitrantes.

Nesse conceito de interação do direito, o exemplo mais avançado talvez seja o da União Europeia que, embora lide com países com tradições semelhantes, também tem enfrentado problemas na aplicabilidade de suas decisões quando

² BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Vol. VI, Sel., trad. e introd. por Pedro Bravo Gala. Madrid: Aguilar, 1973, p. 46.

relacionadas aos domínios recalcitrantes. Para poder julgar esses casos, mas respeitar a soberania dos estados-membros, a Corte Europeia de Direitos Humanos criou a noção de margem nacional de apreciação.

A margem nacional de apreciação é um conceito que a Corte Europeia de Direitos Humanos vem desenvolvendo para considerar quando um estado membro efetivou ou não uma violação à Convenção Europeia de Direitos Humanos. A doutrina da margem nacional de apreciação permite à Corte considerar que a Convenção será interpretada de formas diferentes nos diferentes estados membros. Os juízes devem, portanto, levar em consideração as diferenças culturais, históricas e filosóficas entre Estrasburgo e a nação em questão.

Alguns autores chegam a utilizar o termo margem nacional de apreciação como um sinônimo de uma discricionariedade conferida pela Corte Europeia de Direitos Humanos ao estado-membro³. O que se pretende, no presente trabalho, é verificar, por intermédio do estudo de casos em que foi aplicada a doutrina da margem nacional de apreciação, se ela constitui um mecanismo viável de preservação da soberania dos estados nos diversos processos de internacionalização do direito.

1 SOBERANIA EM TEMPOS DE MUNDIALIZAÇÃO DO DIREITO

O primeiro teórico a sistematizar (e não criar) o conceito de soberania foi Jean Bodin, para quem a soberania é o poder absoluto e perpétuo de um Estado⁴. Juntamente com Hugo Grotiu, Jean-Jacques Rousseau e Kant, Bodin contribuiu enormemente para a construção e sistematização da noção de soberania. Para ele, as únicas limitações ao soberano decorrem das leis divinas, da natureza e dos costumes. Essa noção de soberania de Bodin tem a ver com a face da soberania voltada para dentro⁵. No estudo do direito das relações internacionais,

³ YOURROW, Howard C. *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence*. Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 2.

⁴ BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Vol. VI, Sel., trad. e introd. por Pedro Bravo Gala. Madrid: Aguilar, 1973, p. 46.

⁵ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1992, p. 101 esclarece que a soberania tem duas faces, uma voltada para o interior e outra voltada para o exterior.

verifica-se que a soberania tem por característica ordenar a hierarquia internamente e tem um caráter de anarquia fora das fronteiras⁶. Na relações com outros estados, o poder do soberano seria limitado apenas pelo poder de outro soberano⁷. Ainda assim, apesar de toda a evolução da matéria, ainda há quem entenda ser impossível determinar com precisão o conceito de soberania⁸.

A partir da Paz de Vestfália, em 1648, passou a se pensar na soberania como um conceito de Estado baseado na igualdade soberana e na independência⁹. Caracterizam a noção a concepção de um poder originário e supremo. Afirma-se, então, sobre a teoria tradicional da soberania:

“significa o caráter supremo do poder estatal que se traduz externamente pela ausência de subordinação a qualquer autoridade estrangeira, a não ser por via de consentimento, expresso em tratado, e internamente pela predominância do Estado sobre o poderio de quaisquer outros grupos ou indivíduos dentro do âmbito do seu território. Em síntese, portanto, um poder incondicionado (dimensão positiva), que não se subordina a nenhum outro (dimensão negativa)”¹⁰.

Uma das principais e mais tradicionais características da ordem internacional é o que Triepel chamou de mediatização¹¹, ou seja, a necessidade da ação do estado para que o direito internacional pudesse cumprir suas funções. A posição do estado soberano na ordem internacional constitui, pois, o ponto de partida do estudo do direito internacional. Embora o estado soberano continue sendo uma peça essencial na organização social e política da sociedade, a soberania entendida como autodeterminação vem sofrendo mitigações de diversas espécies.

Quatro características do estado moderno permeiam a noção de soberania, no que tangem às relações internas do Estado com o seu povo e sua relação externa com os demais estados soberanos. A soberania doméstica, que se refere

⁶ PROKHOVNIK, Raia. *Sovereignties. Contemporary theory and practice*. New York: Palgrave Macmillan, 2007, p. 10.

⁷ KNUTSEN, Torbjorn L. *A History of International Relations Theory*. Manchester, Manchester University Press, 1995, p. 76.

⁸ VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 233.

⁹ Embora concordemos, com Marcelo Varella, que a soberania não tenha nascido com a paz de Vestfália, foi com ela que o conceito ganhou melhores contornos jurídicos (VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 234).

¹⁰ DIAS, Evander. *Relativização da soberania pela internacionalização dos direitos humanos*. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07_716.pdf. Acesso em 02 mai 2011.

¹¹ TRIEPEL, Heinrich. *Les rapports entre le droit interne et le droit international*. In Recueil des cours de l'Académie de Droit International. Haia, n. 1, 1923, p. 73.

à organização da autoridade pública interna dotada do monopólio legal do uso da violência; soberania interdependente, que se refere à habilidade dos governos em monitorar as fronteiras transnacionais, quanto aos movimentos das chamadas quatro liberdades de movimento (mercadorias, bens, capitais e serviços); soberania internacional legal, que se refere ao reconhecimento mútuo entre os Estados, e outras organizações governamentais internacionais e a soberania Vestfaliana, que se refere à exclusão da autoridade de atores externos nas questões internas¹².

À época da celebração da Paz de Vestfália, com o aprimoramento das noções de estado e soberania¹³, pensou-se especialmente na necessidade de coexistência dos estados soberanos, mas estes estados foram sofrendo contínuas modificações, assim como as relações entre eles, de forma que a mera coexistência foi sendo complementada pela necessidade de uma política de cooperação, o que é comprovado pela celebração cada vez mais freqüentes de tratados. A partir disso, passou-se a falar em relativização da noção de soberania¹⁴, chegando alguns autores a utilizar expressões como “eclipse da soberania”¹⁵, “erosão da soberania”¹⁶ e outros.

Embora a soberania ainda seja compreendida como o poder do Estado de exercer o domínio sobre seu território, essa noção não é mais vista atualmente como um poder absoluto e incondicional, mas sim como um conjunto de competências¹⁷ e essa mudança de paradigma pode ser comprovada pela inexistência de um monopólio da função legislativa pelo estado, além da perda de monopólio em outras funções antes consideradas tipicamente estatais e, no plano externo, pelo processo de internacionalização do direito¹⁸, que permitem aos Estados

¹² KRASNER, Stephen D. *Sovereignty. Organized Hypocrisy*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 9.

¹³ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Evolução Histórica do Direito Internacional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 29, nº 115, jul-set. 1992, p. 397.

¹⁴ LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Soberania, OMC e Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2001, p. 271.

¹⁵ MATTEUCCI, Nicola. *Soberania*. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 9ª ed. Trad. Carmen C. Varriale *et alii*; coord. trad. João Ferreira: ver. geral G. Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. Brasília: Universidade de Brasília, vol. 2, p. 1187.

¹⁶ JACKSON, John. *The world trade system: law and policy of international economic relations*. 2ª ed. Cambridge: MIT, 1977, p.79.

¹⁷ JELLINEK, Georg. *Teoria General Del Estado*. Trad. Fernando de los Ríos Urruti. 2. ed. México: Continental, 1958, p. 404, entende que a soberania seria um conjunto de atribuições ou competências, a competência de organizar essas competências.

¹⁸ VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 240 complementa: “Esse processo é consolidado por um processo de fragmentação jurídica e perda do monopólio do Estado para

transferirem parte de suas competências e capacidades soberanas para organizações internacionais e/ou supranacionais.

Dentro dessa noção da perda de um monopólio da função legislativa pelo estado, como no caso da comunidade européia, que a seguir estudaremos, verifica-se que há ainda determinadas áreas sensíveis, que por razões ligadas à cultura, à religião e a moral, são sensíveis à qualquer tipo de uniformização ou imposição de valores que não os seus próprios. Esses domínios recalcitrantes estão especialmente direcionados às normas penais incriminadoras e seus reflexos. Vejamos, portanto, as formas de interação existentes no direito internacional e o exemplo da União Europeia.

2 OS PROCESSOS DE INTERAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL

A uniformização é apenas uma das formas possíveis no processo de interação, quando se fala em internacionalização do direito. Coordenação por entrecruzamento, harmonização por aproximação e unificação por hibridação são possíveis formas de internacionalização do direito e precisam ser encaradas e estudadas, pois as situações de interdependência entre os Estados se multiplicam e o isolamento não é mais (se é que algum dia foi) possível.

A primeira e mais radical forma de interação é a unificação dos sistemas jurídicos, que na realidade é uma negação de qualquer tipo de pluralismo e, embora pareça ser perfeita do ponto de vista formal, por permitir uma perfeita hierarquia e ordenação, ignora a noção de margem nacional e exclui completamente as possíveis diferenças. Dois são os mecanismos de unificação: transplantação e hibridação. Pela transplantação, simplesmente se transporta uma ordem jurídica de um país a outro, sem reciprocidade, privilegiando uma visão estática e soberana dos sistemas de direito¹⁹. Já na unificação pela hibridação há um regime de reciprocidade, que em regra implica a modificação do direito nacional para adequar a legislação de mais um país.

instâncias internacionais ou supranacionais, sobretudo com o avanço do processo de integração regional, além do direito internacional ambiental, do direito internacional humanitário e do direito internacional econômico”.

¹⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*. Éditions du Seuil, 2006, pág. 107.

A segunda modalidade de processo de interação é a coordenação por entrecruzamento, que se relaciona com a possibilidade de jogos de interpretação cruzados entre diversos órgãos, judiciários, jurisdicionais ou quase jurisdicionais, encarregados de aplicar as normas aos casos concretos²⁰. A internormatividade cria uma dialética, mas não dá uma solução em caso de conflito e, por isso, surge a necessidade de interpretação. Ao mesmo tempo que os juízes nacionais se internacionalizam, quer em razão da aplicação direta do direito internacional, quer em razão da extensão da competência nacional, os juízes internacionais se banalizam, à medida que suas competências parecem estar muito mais voltadas às questões privadas.

Com a coordenação por entrecruzamento, busca-se uma integração recíproca, por intermédio das trocas informais entre juízes para aproximar os pontos de vista e evitar conflitos jurisprudenciais pela via da informação recíproca, como se verificou que ocorreu no caso argentino e não ocorreu no caso brasileiro. O grande problema desse processo de interação é que ele não parece se adequar aos casos de conflitos extremos, casos em que os juízes são influenciados pela forte crença da população em um sentido ou em outro, como se verificou ter ocorrido no caso brasileiro sobre o aborto do feto anencéfalo.

Reconhece-se, portanto, que o entrecruzamento é necessário, mas não suficiente para evitar os conflitos. É necessário para minimizar os conflitos e reduzir as contradições, permitindo uma coordenação espontânea, mas não é suficiente para garantir a coerência do conjunto normativo, tanto assim que há quem afirme que esse processo de interação apenas prepara a transição dos diversos sistemas jurídicos²¹.

Alguns autores, ainda mais céticos, preferem afirmar que, mais do que assegurar a unidade do direito internacional, o importante é apenas assegurar a compatibilidade fraca entre os fragmentos²². No lugar de uma integração ilusória de uma sociedade global diferenciada, o direito poderia apenas, na melhor das

²⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*. Éditions du Seuil, 2006, pág. 41.

²¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*. Éditions du Seuil, 2006, pág. 67.

²² TEUBNER, G. e FISCHER-LESCANO, A. *Regime collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of international law*. In Michigan Journal of International Law, 2003/2004, p.999-1046.

hipóteses, um discreto civilizador de nações²³, ou seja, não poderia evitar contradições entre as diferentes racionalidades sociais, mas poderia limitar danos.

O terceiro processo de interação é a harmonização por aproximação. Fala-se, então, em conceber a harmonização como uma alternativa à codificação, um processo novo que inclui o objetivo da integração normativa, mas que se contenta com uma integração imperfeita, sem impor uma unificação, isto é, preservando as margens nacionais, mas permitindo a aplicação de princípios diretores comuns e viabilizando a cooperação jurídica entre os estados²⁴.

A harmonização por aproximação é dada como exemplo exatamente para os casos em que a uniformização é impossível, como nos casos de diversidade moral e religiosa²⁵, ou seja, casos em que tanto o isolamento quanto a codificação são impossíveis e que, portanto, a saída seria a busca dessa harmonização. A harmonização instaura uma relação vertical, ao contrário do entrecruzamento, que instaura apenas relações horizontais. Mas essa relação vertical instaurada pela harmonização seria do tipo hierarquia emaranhada²⁶, significando a convivência de dinâmicas centrípetas, com primazia do direito supranacional e de dinâmicas centrífugas, com subsidiariedade do direito supranacional em prol do direito local.

A harmonização também é vista como um método de mútua acomodação e proteção dos direitos humanos, especialmente em casos de regimes diferentes, para que os tratados sobre direitos humanos possam ser implementados da melhor forma possível, de acordo com um princípio de harmonização²⁷. Essa complexidade das interações que resulta do processo de harmonização²⁸

²³ KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 20.

²⁴ CHAIB, André Nunes. *Os direitos fundamentais e a possibilidade de uma comunidade internacional de valores*. Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 6, n. 1, p. 35-52, jan./jun. 2009, disponível em <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/view/701/618>, acesso em 09 de novembro de 2010.

²⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*. Éditions du Seuil, 2006, pág. 71.

²⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*. Éditions du Seuil, 2006, pág. 72.

²⁷ KOSKENNIEMI, M. *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*. Report of the Study Group of the International Law Commission. United Nations, p. 201.

²⁸ BELTRAME, Adriana; CHAIB, André Nunes; SILVA, René Marc da Costa. *O multiculturalismo e a globalização como princípios para uma internacionalização do direito*. Padê, Brasília, v. 2, n. 1, p. 4-46, jan./jun. 2008.

demonstra a importância, no caso das dinâmicas centrífugas, do conceito de margem nacional de apreciação, que será visto à luz de decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos.

3 O EXEMPLO DA UNIÃO EUROPEIA

Vistas as possíveis formas de interação do direito internacional, verifica-se que, na União Europeia, a integração comunitária e a cooperação intergovernamental são os pilares de construção do sistema normativo. Com o Tratado de Maastricht (1992), havia uma estrutura de três pilares. O primeiro se relacionava às disposições de natureza comunitária, o segundo e o terceiro aos mecanismos de natureza intergovernamental e ainda, no terceiro, cooperação no âmbito da Justiça e assuntos de interior, onde havia uma série de dispositivos de natureza penal. O Tratado de Amstredã (1999) modificou parcialmente essa estrutura, passando a tratar as matérias do terceiro no primeiro pilar, com a criação de novos mecanismos.

As matérias destinadas ao terceiro pilar, em verdade, objetivam facultar aos cidadãos da comunidade europeia um elevado nível de proteção, em um ambiente de liberdade, segurança e justiça, por intermédio da aproximação das disposições penais dos estados-membros, mediante a adoção gradual de medidas acerca de regras mínimas²⁹. Os principais domínios do direito penal que a Comunidade Europeia visa harmonizar são a criminalidade organizada, do terrorismo e do tráfico ilícito de droga³⁰, ou seja, a definição de conteúdos mínimos incriminatórios (preceito primário) ou sancionatórios (preceito secundário) está restringida a esses três domínios, pois a harmonização das

Disponível em <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/pade/article/viewFile/583/531>. Acesso em 29 nov 2010.

²⁹ SOUSA, Constança Urbano de. *O 'novo' Terceiro Pilar da União Europeia*, Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Vol. I, Coimbra Editora, 2001, p. 873-885.

³⁰ MÓNACO, Anna Lo. *Les instruments juridiques de coopération des les domanines de la Justice et Affaires Intérieures*. *Révue de Science Criminelle*, (1), janv-mars, 1995, p. 15-17.

matérias penais está focada em dois grandes eixos: interesses econômicos nacionais e supranacionais e segurança interna³¹.

Dispõe o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), art. 83º, nº 1:

O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de diretivas adotadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infrações, ou ainda da especial necessidade de as combater, assente em bases comuns.

São os seguintes os domínios de criminalidade em causa: terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafação de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada.

Consoante a evolução da criminalidade, o Conselho pode adotar uma decisão que identifique outros domínios de criminalidade que preencham os critérios referidos no presente número. (...)”.

As diretivas vinculam os destinatários quanto ao resultado, mas deixam aos estados-membros a forma e os meios de alcançarem esses objetivos, de forma que são atos comunitários de eficácia mediata. Fora desses dois eixos, ainda se percebe uma reticência dos estados em revisar sua legislação penal³². Essa reticência vem sendo contornada pela Corte Europeia de Direitos Humanos com um mecanismo de prestígio à soberania dos estados membros nesses domínios recalitrantes, qual seja: a margem nacional de apreciação, adiante estudada.

³¹ MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal. A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Ed. 34/Edesp, 2004, p. 61, complementa: “No entanto, o processo de harmonização da legislação penal dos Estados membros não se restringe às disposições contidas nos tratados. Por meio de diretivas e regulamentos, as normas comunitárias podem definir elementos do crime – condutas proibidas, qualidades do autor, elementos normativos e às vezes critérios de imputação – e exigir dos estados membros a adoção de sanções aplicáveis em caso de violação das prescrições comunitárias, o que conduz ao reconhecimento de que a intensa produção normativa europeia intervém direta e indiretamente nas legislações penais nacionais. O foco central dessa intervenção é o âmbito econômico, ao qual se dedica prioritariamente a atividade legislativa comunitária desde os primeiros tratados”.

³² BACIGALUPO SAGGESE, Mariano (colab. FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel): *La cooperación policial y judicial en materia penal*, in FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel, e BACIGALUPO SAGGESE, Mariano: *Las Políticas de la Unión Europea: la política exterior y de seguridad común y la cooperación policial y judicial en materia penal*, Madrid, Colex, 2002, pp. 99-148, p. 126.

4 A MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO

A margem nacional de apreciação, como método do processo de interação do direito, é o melhor meio de preservar as diferenças e prestigiar os direitos humanos. Ela permite uma aproximação das práticas, por intermédio de um reexame periódico das práticas nacionais, observando-se a evolução da sociedade e da ciência. Preserva-se a diversidade das práticas nacionais determinadas por fatores religiosos e morais, sem perder de vista uma futura possibilidade de aproximação de distintos ordenamentos jurídicos.

Seria possível construir uma comunidade de direito sem uma comunidade de valores ou a universalização jurídica não é suficiente para a construção de uma sociedade de valores³³? Hodiernamente, faz-se necessário pensar na existência de um diálogo intercultural, argumentativo e contraditório, que leve em conta as diferenças históricas, geográficas, de tradições filosóficas e religiosas etc. No entanto, nos *hard cases* do direito penal, esse diálogo não resolveria, e somente a existência de uma clara margem nacional de apreciação respeitaria as particularidades locais e atingiria uma maior legitimidade parlamentar na representação dos interesses de uma específica comunidade moral.

A ideia é mostrar que em determinados casos concretos não há como pensar em valores comuns, pois aspectos relacionados a fortes sentimentos humanos, religião, moral, ética, impedem que se chegue a um denominador comum³⁴. Haveria, então, uma necessidade de se interpretar o direito penal em harmonia com as tradições nacionais.

O princípio da proporcionalidade, do mesmo modo, não resolveria esse tipo de problema de difícil solução, pois o princípio é pensado para ser aplicado no caso concreto, com uma ponderação à luz das especificidades do caso e, no caso de

³³ CHAIB, André Nunes. *Os direitos fundamentais e a possibilidade de uma comunidade internacional de valores*. Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 6, n. 1, p. 35-52, jan./jun. 2009, disponível em <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/view/701/618>, acesso em 09 de novembro de 2010.

³⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*. Éditions du Seuil, 2006, pág. 81.

direito penal, o assunto deveria ser tratado no plano abstrato, à luz da tipicidade ou não da conduta³⁵.

Em tais hipóteses, a única saída seria deixar a análise de mérito da matéria na seara da margem nacional de apreciação³⁶, como um mecanismo para conjugar o universalismo dos direitos do homem com o relativismo das tradições nacionais. A margem nacional permite uma certa lacuna para que se reporte à norma comum e uma certa diversidade entre os dispositivos nacionais, mas ainda haverá a possibilidade de um controle supranacional, por exemplo quanto à legalidade da medida, a existência de um recurso e a proporcionalidade da medida relacionando-se com a razão invocada. A norma é relativizada não somente no espaço, mas também no tempo.

Para evitar uma autonomia ilusória, poder-se-ia pensar em harmonizar os procedimentos e as regras de fundo, deixando à margem nacional de apreciação nacional as questões éticas que exigem do direito penal uma intervenção na seara da tipicidade³⁷.

Os textos sobre os direitos do homem revelam uma confusão entre moral comum e direito comum, substituindo um método dedutivo fundado sobre uma lógica formal descendente ao método inverso dos juriconsultos romanos e dos juízes da *common law*, sem fazer distinção entre o direito escrito e a jurisprudência, de forma que os juízes deverão progressivamente reinventar um método dialético e indutivo para conjugar norma universal e relativismo nacional.

O assunto necessita de uma verdadeira reflexão filosófica – razão filosófica da moral³⁸, pautada em normas de moral estabelecida e legitimidade, que impescinde de um diálogo interdisciplinário, aberto e pluralista, impossível de ser alcançado em um cenário internacional, ao menos sob a forma de imposição. Como leciona Peter Häberle³⁹, seria um pensamento possibilista, ou seja, pensar

³⁵ DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. *Teoria da argumentação jurídica e love's knowledge no caso da antecipação do parto do feto anencéfalo*. In Revista de Informação Legislativa, a. 47, n. 188, out/dez 2010, p.263.

³⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (I). Le relative et l'universel*. La Couleur des Idées, 2004, pág. 55.

³⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*. Éditions du Seuil, 2006, pág. 20.

³⁸ CORTINA, A. *Ética mínima*. Madrid: Tecnos; 1996.

³⁹ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. Estudio preliminar y traducción de Emilio Mikunda, Tecnos, 2008, pág. 63.

em e a partir de alternativas, em um procedimento chamado pelo autor de antonomásia e caracterizado pelo seguinte questionamento: que outra coisa poderia também ser em lugar do que é o que parece ser? O pensamento possibilista ou pluralista alternativo amplia o horizonte visual, dando espaço a outras e novas realidades, incompatível com a fixação de valores comuns.

A Corte elaborou sua doutrina da margem nacional de apreciação no caso *Ireland v. Reino Unido*. Considerou-se que os estados nacionais têm contato direto e contínuo com as pressões e necessidade do momento, de forma que as autoridades nacionais estão, em princípio, em uma melhor posição do que o juiz nacional para decidir. Entendeu-se que o art. 15, §1º da Convenção confere às autoridades nacionais essa margem de apreciação⁴⁰. A Corte entende, ainda que a ausência de um conceito europeu uniforme sobre moralidade deve fazer com que os países tenham um mínimo de poder discricionário⁴¹. A doutrina da margem nacional de apreciação foi uma resposta natural da Corte Europeia de Direitos Humanos às lacunas do direito e previsões de tratados a serem interpretados. A Corte indicou que há três razões para permitir que os Estados tenham certa discricionariedade: a natureza subsidiária da proteção internacional, o contato direto e contínuo dos estados com as forças vitais de seu país e a ausência de standards europeus comuns⁴². A Corte Europeia de Direitos Humanos admite uma margem nacional de apreciação, considerando que os estados estão, em princípio, mais bem situados do que o juiz internacional para decidir determinados temas, em regra ligados a restrições de direitos fundamentais. Trata-se de uma espécie de direito à diferença para os Estados⁴³.

A doutrina da margem nacional de apreciação tem uma função de balancear a uniformidade e a diversidade dentro do sistema internacional de proteção aos direitos humanos. O grande problema é a falta de critério na aplicação dessa doutrina pela CEDH. Quando se quer impor uniformidade, não se menciona a

⁴⁰ Artigo 15.º1 - Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional.

⁴¹ DELMAS-MARTY, Mireille (Ed). *The European Convention for the protection of human rights: international protection versus national restrictios*. Trad. Cristina Chodkiewicz. Kluwer Academic Publiser, 1992, p. 308.

⁴² CAMERON, Ian. *National security and the European Convention on Human Rights*. Londres: Kluwer Law International, 2000, p. 444.

⁴³ DARTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. *Democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 168.

margem nacional de apreciação; quando se quer garantir a diversidade, aplica-se a margem nacional de apreciação⁴⁴. Como a Convenção Europeia de Direitos Humanos não faz menção ao conceito de margem nacional de apreciação, a CEDH tem desenvolvido o conceito caso a caso, mas autores têm apontado que a margem de apreciação não tem sido aplicada de forma idêntica na interpretação dos artigos da Convenção⁴⁵, de maneira que a margem nacional de apreciação se tornou uma ferramenta multifuncional à disposição da CEDH⁴⁶.

Pode-se então afirmar que dentro dessa sistemática, o direito doméstico é o primeiro árbitro sobre os valores e moral que constituem o suporte de justificação para as regras domésticas⁴⁷. Propõe que valores éticos e princípios sejam considerados nas declarações internacionais e estudos, sugerindo então cinco categorias de documentos: 1) documentos intergovernamentais, 2) relatórios de comissões internacionais e declarações de conferências internacionais, 3) projetos e pesquisas não governamentais, 4) afirmações de indivíduos, especialmente os participantes de encontros relacionados com o Projeto Ético Universal, 5) propostas relativas a tradições religiosas⁴⁸.

A necessidade desse repensar a internacionalização do direito decorre do fato de que não é a política, mas a própria sociedade civil que impulsiona a mundialização dos diferentes discursos fragmentados, até porque hoje em dia os grupos sociais diferenciados se encontram nos diversos países, não respeitando fronteiras, em um processo que alguns chamam de spill over. Assim, o direito internacional se desenvolve a partir de periferias sociais para o centro, formando assim a chamada Bukowina⁴⁹ da sociedade mundial.

⁴⁴ BREMS, Eva. *The margin of appreciation doctrine of the European Court of Human Rights: Accomodating Diversity within Europe*. In *Human rights and diversity: area studies revisited*. David P. Forsythe, Patrice C. McMahon (Ed), University of Nebraska, p. 82.

⁴⁵ MERRILLS, J. G. *The development of international law by the European Court of Human Rights*. Melland Schill Monographs in International Law, 1993, p. 151.

⁴⁶ YOURROW, Howard Charles. *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*. Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 195.

⁴⁷ BARTH, William KurT. *On cultural rights: the equality of nations and the minority legal tradition*. Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 180

⁴⁸ KIM, Yersu, *Philosophy and the Prospects for a Universal Ethics*, in *God and globalization: religion and the powers of the common life*, ed. Max L. Stackhouse, Peter J. Paris, 2000, p. 101.

⁴⁹ TEUBNER, G. *Global Bukowina. Legal pluralism in the World Society*. In: Gunther Teubner (ed.), *Global Law Without a State*. Dartmouth, Aldershot 1997, p.3-28.

5 ESTUDO DE CASO: TRANSEXUALISMO

Caso Sheffield e Horshan v. Reino Unido – Fatos

Analisando o precedente Sheffield e Horsham v. Reino Unido, da Corte Europeia de Direitos Humanos⁵⁰, verifica-se que o primeiro demandante Kristina Sheffield, é um cidadão britânico nascido em 1946, que foi registrado, no nascimento, como sendo do sexo masculino. Casou-se com uma pessoa do sexo feminino e teve uma filha. Em 1986, após a separação, Sheffield começou um tratamento em uma clínica de Londres e posteriormente fez uma cirurgia de mudança de sexo. Em seguida ela mudou o seu nome, inclusive no passaporte e carteira de habilitação.

Sheffield alegou à Corte ter sofrido diversas dificuldades para fazer a cirurgia de mudança de sexo. Além disso, após ter feito a cirurgia de mudança de sexo, ao tentar regulamentar o direito de visita à sua filha, o juiz negou esse direito afirmando que o contato com um transexual não atenderia aos interesses da criança, de forma que Sheffield ficou sem ver sua filha desde então, período de 12 anos até o julgamento da CEDH.

Embora o novo nome feminino da demandante constasse em seu passaporte e carteira de habilitação, sua certidão de nascimento, cartão de seguridade social e diversos outros registros, inclusive policiais, ainda continham o seu nome e sexo originais. Assim, por ela continuar a ser do sexo masculino nesses registros estatais, ela era obrigada a se declarar do sexo masculino. Afirmou ainda que por causa dessa diversidade entre seu físico e seu nome e sexo originais, foi alvo de discriminação no trabalho ou para obter emprego, tendo sido despedida em 1986 como uma consequência direta da mudança de sexo e passou a ter grandes dificuldades em conseguir emprego em sua profissão de piloto. Atribui esses fatos, em grande parte, à posição legal dos transexuais perante o estado.

⁵⁰ Disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=national%20|%20margin%20|%20of%20|%20appreciation&sessionid=70252370&skin=hudoc-fr>, acesso em 28 abr 2011.

O segundo demandante, Rachel Horsham, é um cidadão britânico nascido em 1946, que viveu na Holanda desde 1974 e adquiriu a cidadania holandesa por naturalização em setembro de 1993. Ela foi registrada no nascimento como sendo do sexto masculino. Alega sempre ter sentido dificuldades de se encarar como homem e aos 21 anos entendeu completamente ser um transexual. Então ela deixou o Reino Unido em 1971 em face das conseqüências de ser identificada como transexual, passando então a viver como uma mulher.

Desde 1990, Horsham passou a fazer psicoterapia e tratamento hormonal e, em 1992, fez a cirurgia de mudança de sexo em um hospital universitário de Amsterdã. No mesmo ano, ela procurou o Consulado britânico em Amsterdã para mudar sua fotografia, sexo e nome no passaporte, mas foi informado que isso só iria ocorrer se houvesse uma ordem judicial nesse sentido, a qual foi obtida no mesmo ano. No entanto, ao tentar alterar sua certidão de nascimento, foi informada que de acordo com as leis do Reino Unido, não havia qualquer previsão de inserção de qualquer nova informação em sua certidão de nascimento.

Horsham alegou perante a Corte que foi forçada a viver em exílio por causa da sua situação legal no Reino Unido. Ela tem um parceiro masculino com quem pretende se casar e eles pretendem morar no Reino Unido, mas foram informados que, por causa da legislação inglesa, seu casamento não seria considerado válido, ainda que contraído na Holanda ou em qualquer outro local.

O entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos

A CEDH entendeu que as denúncias dos demandantes deveriam ser consideradas a partir do exame se o Estado cumpriu ou não a obrigação positiva de assegurar respeito aos direitos da vida privada. A Corte asseverou que a noção de "respeito" não é suficientemente clara, especialmente em relação a obrigações positivas inerentes ao conceito: considerando a diversidade das práticas seguidas e as situações observadas nos estados-membros, essa noção poderia variar consideravelmente de caso para caso. Para determinar quando uma obrigação

positiva existe, é necessário balancear o interesse da comunidade e o interesse individual.

Nos precedentes *Rees* e *Cossey*, a Corte concluiu que o estado não tinha a obrigação positiva de modificar o seu sistema de registro de nascimento para atender aos anseios dos demandantes de anotar suas novas identidades sexuais em seus registros. As regras estatais, em casos que tais, determinam o gênero sexual de acordo com critérios biológicos e por isso há a imutabilidade do gênero após o registro do nascimento. Destacou-se que não existe consenso suficientemente amplo entre os estados-membros sobre como lidar com uma série de complexas questões jurídicas resultantes de uma cirurgia de mudança de sexo.

Assim, a não aceitação por parte das autoridades do estado requerido, por enquanto, do sexo do cérebro como um determinante crucial do gênero não pode ser criticado ou taxado de não razoável. Dessa forma, a cirurgia de mudança de sexo não resulta na aquisição de todas as características biológicas de outro sexo. Considerando essa ausência de consenso entre os estados-membros no tratamento das conseqüências da cirurgia de mudança de sexo, e o fato de que o transexualismo levanta questões científicas complexas, legal, moral e social, em relação às quais não existe uma abordagem única partilhada entre os estados contratantes, a CEDH reservou parte da matéria à discricionariedade dos estados.

Considerou-se que, se o Estado pode fazer exceções no caso das carteiras de habilitação, passaportes e filhos adotivos, é possível encontrar soluções que respeitem a dignidade e senso de privacidade dos transexuais pós-operatórios. Assim, entendeu que a lei deve dar reconhecimento jurídico da nova identidade sexual dos transexuais, sem necessariamente destruir o caráter histórico do registro de nascimentos como um registro de fato, relegando à margem nacional de apreciação escolhas específicas do estado em relação ao reconhecimento legal do transexual, tal como no caso de permissão ao casamento com pessoa do mesmo sexo biológico.

Assim, A CEDH delimitou que os estados-membros gozam de uma margem de discricionariedade para avaliar se e em que medida as diferenças nas situações de outro modo semelhantes justificam um tratamento diferente em lei e que o estado requerido não ultrapassou a margem de apreciação. Para chegar a esta conclusão, foi convencida de que um justo equilíbrio continua a ser firmado entre a necessidade de salvaguardar os interesses dos transexuais e os interesses da comunidade em geral e que as situações em que os requerentes podem ser obrigados a divulgar seu sexo pré-operatório não ocorrem com uma certa frequência que se possa dizer que atingem de forma desproporcional sobre o seu direito ao respeito pela vida privada.

A margem nacional de apreciação conforme o caso estudado

A CEDH, embora tenha jurisdição apenas na Europa, lida com realidades completamente distintas, como as noticiadas no caso supra, entre Holanda e Inglaterra. A margem nacional de apreciação foi o mecanismo desenvolvido pela Corte para reconhecer a diversidade dos sistemas jurídicos dos estados-membros e compatibilizá-la com a possibilidade de um direito comum, ainda que as legislações sejam diferentes.

A noção de margem nacional de apreciação implica uma ruptura com o conceito tradicional, unificado e hierarquizado, mas não pluralista, de ordem jurídica⁵¹. O próprio conceito de margem nacional de apreciação representa um reconhecimento da diversidade dos sistemas de direito, a existência simultânea de diferentes regras de direito aplicáveis a situações idênticas, exprimindo assim uma tensão entre direito internacional e direito interno, mas permitindo respeitar um pluralismo.

Vê-se, no caso estudado, que os principais dispositivos da Convenção Europeia de Direitos Humanos debatidos foram os itens 1 e 2 do art. 8º, *verbis*:

⁵¹ DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. *Marge nationale d'appréciation et internationalization du droit. Reflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste*, In Revue Internationale de droit compare. Vol. 52. Nº 4. Octobre-décembre 200, p. 753-780.

Artigo 8.º (Direito ao respeito pela vida privada e familiar)

1. *Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.*

2. *Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.*

Utilizando o conceito de margem nacional de apreciação, a CEDH entendeu que o estado demandado tem a obrigação positiva de respeitar a vida privada dos demandantes em face de suas mudanças de sexo, mas que esses interesses individuais devem ser sopesados com os interesses sociais, da comunidade, e então entram em jogo valores morais e culturais de cada estado-membro, por isso a necessidade de não se impor valores, mas sim de respeitá-los. A margem nacional de apreciação, portanto, foi usada para permitir uma solução que tende mais à internacionalização por harmonização do que por unificação. Enquanto a unificação pressupõe a existência de regras precisas e a obrigação de conformidade dos estados, a harmonização implica somente uma aproximação com princípios diretores comuns, definidos de forma menos precisa, exatamente como é o caso do citado art. 8º, 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Permite-se, portanto, que cada estado-membro adote as suas próprias regras, respeitados esses princípios diretores comuns, no caso, a Convenção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Poucos sistemas históricos foram sujeitos a tantas críticas nas últimas duas décadas como o estado-nação. Cientistas sociais tem debatido o declínio do conceito de estado soberano e a expansão de redes sociais de poder como as sociedades transnacionais e a sociedade civil global. Os cientistas políticos, por outro lado, tem mudado o enfoque do nacionalismo metodológico para ideias de uma democracia cosmopolita⁵².

⁵² TRENTMANN, Frank. *After the Nation-State: Citizenship, Empire and Global Coordination in the New Internationalism*. In: *Beyond Sovereignty: Britain, Empire, and Transnationalism*. Ed. Kevin Grant and Philippa Levine. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2007, p. 34.

Sendo assim, diversos autores apontam a flexibilização da noção de soberania, especialmente em face da mudança de paradigma da soberania como poder para a de soberania como competência. Nessa seara, a competência legislativa dos estados também passa por transformações, de forma que se vê que o estado nacional não é mais a única fonte normativa, havendo portanto um pluralismo jurídico que deve ser analisado com cuidado e atenção.

Por outro lado, o papel do direito internacional deve ser o de garantidor, a cada indivíduo, da possibilidade de serem livres conforme os espaços culturais em que nasceram e foram criados⁵³. O caminho talvez seja aquele traçado pela Corte Europeia de Direitos Humanos⁵⁴, que em certos domínios prefere deixar o tratamento específico do tema ao poder discricionário dos Estados, passando a adotar o conceito de margem nacional de apreciação dos Estados.

No entanto, verifica-se que a análise e aplicação da margem nacional de apreciação pela Corte Europeia de Direitos Humanos tem sido feita de maneira casuística, e o que se propõe é que a margem nacional de apreciação seja aplicada especificamente a casos em que se trata de normas penais incriminadoras ou de seus corolários diretos ou indiretos, em temas ligados à religião e moral, que chamo de domínios recalcitrantes.

Nesses domínios, a uniformização, como processo de interação no direito internacional, não seria a via mais adequada, porque os países não estão abertos a assumir e aceitar valores diferentes dos seus. A harmonização por aproximação pode ser utilizada, como um mecanismo de mútua acomodação e dá espaço, como feito pela Corte Europeia de Direitos Humanos, para a adoção da margem nacional de apreciação, para que se prestigie o poder discricionário e a soberania do estado nesses temas mais sensíveis.

⁵³ IACUB, Marcela. *Gender, religion and law*. Disponível em <<http://www.cardozolawreview.com/content/30-6/IACUB.30-6.pdf>>. Acesso em 10.02.2011.

⁵⁴ CEDH : *Affaires Vo c. France*, 8 juill. 2004

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria dos discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

BARTH, William Kurt. ***On cultural rights: the equality of nations and the minority legal tradition***. Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

BAUMGART, Claudia. ***DEMOCRACY, DIVERSITY, AND CONFLICT: Religious Zionism and Israeli Foreign Policy***. Peace Research Institute Frankfurt, CORNELL UNIVERSITY, **PEACE STUDIES PROGRAM**, disponível em [http://www.einaudi.cornell.edu/peaceprogram/publications/occasional_papers/Zi necker-final.pdf](http://www.einaudi.cornell.edu/peaceprogram/publications/occasional_papers/Zi%20necker-final.pdf), acesso em 02 de novembro de 2010.

BEER, Joop de; DEVEN, Freddy. ***Diversity in family formation: the 2nd demographic transition in Belgium and the Netherlands.***, Springer; 1st edition, 2000.

BELLAH, Robert Neelly. ***Civil Religion in America***. Journal of the American Academy of Arts and Sciences 96 (1): 1-21. Disponível em http://www.robertbellah.com/articles_5.htm. Acesso em 30 nov 2010.

BELTRAME, Adriana; CHAIB, André Nunes; SILVA, René Marc da Costa. **O multiculturalismo e a globalização como princípios para uma internacionalização do direito**. Padê, Brasília, v. 2, n. 1, p. 4-46, jan./jun. 2008. Disponível em <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/pade/article/viewFile/583/531>. Acesso em 29 nov 2010.

BIDART, G. ***Derecho constitucional y Bioética en relación con la vida humana***. Revista Jurisprudencia Argentina 1998;6113(Num. Esp.): 12-18.

BIJDERVEL, SOPHIE, C. Van. ***Freedom of religion in the Netherlands***. Brigham Young University Review, 1995, v. 2, p. 555, 29 p. disponível em <http://web.ebscohost.com/ehost/delivery?vid=10&hid=9&sid=92f90>, acesso em 20 de outubro de 2010.

BODÉÜS, Richard. **Aristóteles, a justiça e a cidade**. São Paulo: Ed. Loyola, 2007.

BOGDANDY, A. V. e DELLAVALLE, S. ***Universalism and particularism as paradigms of international law***. IILJ Working Paper, 2008.

BREMS, Eva. ***The margin of appreciation doctrine of the European Court of Human Rights: Accomodating Diversity within Europe***. In Human rights and diversity: area studies revisited . David P. Forsythe, Patrice C. McMahon(Ed), University of Nebraska.

BUSATO, Paulo César. **Tipicidade material, aborto e anencefalia**. Disponível em

<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/25.%20Anencefalia_e_%20aborto.pdf>. Acesso em 10.02.2011.

CAMERON, Ian. **National security and the European Convention on Human Rights**. Londres: Kluwer Law International, 2000

CARBAJAL, Mariana. **La situación del aborto en la Argentina. Un debate pendiente**. Debate Feminista 34, no. 17 (October 2006): 143-157. Academic Search Complete, EBSCOhost (accessed November 9, 2010).

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **"DO ABORTO EUGÊNICO"**. Disponível em www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/14_286.pdf, acesso em 05.07.2010.

CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Tolerância e seus limites. Um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade**. São Paulo: Editora Unesp, 2008.

CARVALHO, Teresa Robichez de. **A antecipação terapêutica de parto na hipótese de anencefalia fetal: estudo de casos do Instituto Fernandes Figueira e a interpretação constitucional do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=126556>. Acesso em 27 de julho de 2010

CHAIB, André Nunes. **Os direitos fundamentais e a possibilidade de uma comunidade internacional de valores**. Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 6, n. 1, p. 35-52, jan./jun. 2009, disponível em <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/view/701/618>, acesso em 09 de novembro de 2010.

CHORUS, Jeroen M. J.; GERVER, P. H. M.; HONDIUS, E. H.; RECHTSVERGELIJKING, Nederlandse Vereniging voor (ed). **Introduction to Dutch law. Kluwer Law International**, 2006.

COBRA, Rubem Queiroz. **Vida, época, filosofia e obras de Benedito Espinosa**. Disponível em <http://www.cobra.pages.nom.br/fmp-spinoza.html>, acesso em 02 de novembro de 2010.

COLE, George D. FRANKOWSKI, Stanislaw. **Abortion and protection of the human fetus: legal problems in a cross-cultural perspective (Current and Legal Issues in International and Comparativ)**. University of Santa Clara. Institute of International and Comparative, 1987.

CONTRERAS, Franciso J. **Cristianismo, razón pública y guerra**. Disponível em <http://web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=17&hid=112&sid=9bb3f265-13e9-49eb-b648-893cc9f763d9%40sessionmgr110>, acesso em 09 de novembro de 2010.

CORTINA, A. **Ética mínima**. Madrid: Tecnos; 1996.

DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. **Democracia**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (I). Le relative et l'universel**. La Couleur des Idées, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné**. Éditions du Seuil, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille (Ed). **The European Convention for the protection of human rights: international protection versus national restrictios**. Trad. Cristina Chodkiewicz. Kluwer Academic Publiser, 1992.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. **Teoria da argumentação jurídica e love's knowledge no caso da antecipação do parto do feto anencéfalo**. In Revista de Informação Legislativa, a. 47, n. 188, out/dez 2010, p. 255-276.

DORNAS. Danilo Santos. **A Separação entre a Filosofia e a Teologia segundo Spinoza**. Revista Eletrônica Print by FUNREI. Metavnoia. São João del-Rei, n. 3. p. 55-59, jul. 2001 Disponível em <http://www.funrei.br/publicações/Metavnoia>, acesso em 03 de novembro de 2010.

DUPUY, Pierre-Marie. **L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public (2000) / par Pierre-Marie Dupuy**. Recueil des cours, Volume 297 (2002).

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

GEORGE, Robert P.; WOLFE, Cristopher (Ed.) **Natural law and public reason**. Georgetown University Press, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. **Teoria da imputação objetiva e aborto anencefálico: atipicidade material do fato**. Disponível em <http://www.lfg.com.br/artigos/art_aborto_lfg.pdf>. Acesso em 10.02.2011.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. LAPA, Thais de Souza. **Aborto e Religião nos Tribunais Brasileiros**. Coordenação de Tamara Amoroso Gonçalves. — São Paulo: Instituto para a Promoção da Equidade, 2008.

GREEN, Ronald. **Religion and moral reason. A new method for coparative study**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1988,

GRIFFITHS, John Griffiths; BOOD, Alex; WEYERS, Heleen. **Euthanasia and law in the Netherlands**. Amsterdã Universtiy Press, 1998.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta**. Estudio preliminar y traducción de Emilio Mikunda, Tecnos, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **A era das transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HERRERO, Silvina. **Adelantamiento del parto por Anencefalia del feto**. Tesina Nº 192, apresentada à Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Carrera de Abogacía. Disponível em www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/192_herrero.pdf, acesso em 03 de julho de 2010.

HOOFT, Pedro F. **Anencefalia: consideraciones bioéticas y jurídicas**. Acta bioethica, versión On-line ISSN 1726-569X, Acta bioeth. v.6 n.2 Santiago dic. 2000. Disponível em http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2000000200006&script=sci_arttext, acesso em 05.07.2010.

HTUN, Mala. **Abortion Politics and Policy in Argentina, Brazil, and Chile**. Conference Papers -- American Political Science Association (August 28, 2002): 1-47. Academic Search Complete, EBSCOhost (accessed November 9, 2010).

HUNTINGTON, S.R, **El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial**, Paidós, Barcelona, 1997. En una línea similar: KAGAN, R., El retorno de la Historia y el fin de los sueños, Taurus, Madrid, 2008.

IACUB, Marcela. **Gender, religion and law**. Disponível em <http://www.cardozolawreview.com/content/30-6/IACUB.30-6.pdf>. Acesso em 10.02.2011.

Icon Group. **Abortions: Webster's Quotations, Facts and Phrases**. California: Icon Group International, 2008.

KIM, Yersu, **Philosophy and the Prospects for a Universal Ethics, in God and globalization: religion and the powers of the common life**, ed. Max L. Stackhouse, Peter J. Paris, 2000.

KOSKENNIEMI, Martti. **The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

HERRERO, Silvina. **Adelantamiento del parto por Anencefalia del feto**. Tesina Nº 192, apresentada à Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Carrera de Abogacía. Disponível em www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/192_herrero.pdf, acesso em 03 de julho de 2010.

HOFFMANN, John P., and Sherrie Mills Johnson. 2005. **Attitudes Toward Abortion Among Religious Traditions in the United States: Change or Continuity?** Sociology of Religion 66, no. 2: 161-182. Academic Search Complete, EBSCOhost (accessed November 9, 2010).

HUNTINGTON, Samuel P., **The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order**, New York, Simon & Schuster, 1996.

KIM, Yersu, ***Philosophy and the Prospects for a Universal Ethics, in God and globalization: religion and the powers of the common life***, ed. Max L. Stackhouse, Peter J. Paris, 2000.

KOSKENNIEMI, M. ***Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law***. Report of the Study Group of the International Law Commission. United Nations.

LOPES, Jaime Ferreira. **Frente contrária ao aborto leva vantagem. Brasil sem aborto.** Disponível em <http://www.brasilsemaborto.com.br/destaques.asp?op=1&id=147>. Acessado em 02.02.2011.

MENEM, Carlos. ***Discurso del Presidente Menem en el acto en conmemoración del "Día Nacional del Niño por Nacer"***, Decreto 1406/98, realizado en el Teatro Coliseo, disponível em <<http://www.vidahumana.org/dia/discurso.html>>, acesso em 11.02.2010

MERRILLS, J. G. ***The development of international law by the European Court of Human Rights***. Melland Schill Monographs in International Law, 1993.

MERRIMAN, Scott. A. ***Religion and the law in America: an Encyclopedia of Personal Belief and Public Policy***. ABC-CLIO, 2007.

MEZIARA, Flávia Corrêa. **Anencefalia: análise crítica nos âmbitos médico e legal.** Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=116857>. Acesso em 27 de julho de 2010.

MORON, A. ***Medicina fetal na prática obstétrica***. São Paulo: Santos Editora, 2003

MOUFFE, Chantal. ***The return of the political***. Londres: Verso, 1993, 2005.

NUSSBAUM, Martha C. ***Love's knowledge. Essays on philosophy and literature***. New York: Oxford University Press, 1990.

NUSSBAUM, Martha C. ***Poetic Justice. The literary imagination and public life***. Beacon Press Books, 1995.

OLIVEIRA, Nythamar. **Habemus Habermas: O universalismo ético entre o naturalismo e a religião**. Porto Alegre: Veritas, v. 54, n. 1, jan/mar 2009, p. 217-237.

OUTSHOORN, Joyce. ***Policy-Making on Abortion: Arenas, Actors and Arguments in the Netherlands***. In *Abortion politics, women's movements, and the democratic state: a comparative study of state feminism*. Dorothy Mc. Bride Stetson (Ed), Oxford University Press, 2003.

PATTERSON, Eric. "***Different Religions, Different Politics? Religion and Political Attitudes in Argentina and Chile.***" Journal for the Scientific Study of Religion 43, no. 3 (September 2004): 345-362. Academic Search Complete, EBSCOhost (accessed November 9, 2010), p. 103.

PINTER, Aubeny E, Bartfai G, Loeber O, Ozalp S, Webb A. ***Accessibility and availability of abortion in six European countries.*** European Journal of Contraception & Reproductive Health Care [serial online]. March 2005;10(1):51-58. Available from: Academic Search Complete, Ipswich, MA. Accessed November 2, 2010.

RANDAXHE, Fabienne. 2007. ***Religion, politique et régulation juridique aux États-Unis.*** French Politics, Culture & Society 25, no. 3: 19-36. Academic Search Complete, EBSCOhost (accessed November 9, 2010).

RATZINGER, Joseph. HABERMAS, Jürgen. ***Dialéctica de la secularización. Sobre la razón e la religión.*** Trad. Isabel Blanco. Ediciones Encuentro, 2006.

RAWLS, John. ***Political liberalism.*** Columbia Classics in Philosophy. Columbia University Press, 1996.

REAGAN, James E. ***Ethics Consultation: Anencephaly and Organ Donation.*** The Journal of Law, Medicine & Ethics. Disponível em <<http://web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=10&hid=11&sid=5a4f5fbb-4b34-4aaf-9e98-c82088bad4ba%40sessionmgr13>>. Acesso em 27 de julho de 2010.

SAN JOSÉ, Daniel García. ***Unilateralismo y multilateralismo como conceptos de geometría variable en la sociedad internacional poscontemporánea.*** Disponível em www.reei.org., acesso em 05 de novembro de 2010.

SERAFINI, Anthony. 1993. ***Is Coma Morally Equivalent to Anencephalia?*** Ethics & Behavior 3, no. 2: 187. Academic Search Complete, EBSCOhost. Acesso em 27 de julho de 2010.

SIMON, Rita James. ***A comparative perspective on major social problems.*** Lexington Books, 2001.

TEUBNER, G. ***Global Bukowina. Legal pluralism in the World Society.*** In: Gunther Teubner (ed.), Global Law Without a State. Dartmouth, Aldershot 1997, p.3-28.

TEUBNER, G. e FISCHER-LESCANO, A. ***Regime collisions: the vain search for legal unity.*** In the fragmentation of international law in Michigan Journal of International Law, 2003/2004, p.999-1046.

THOMAS, Scott. ***Religion and international conflict.*** In Religion and International Relations, Ed. K. R. Dark, Palgrave, 2000.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Soberania e margem nacional de apreciação. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.2, 2º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

YOUROW, Howard Charles. ***The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence***. Martinus Nijhoff Publishers, 1995.