

CENTRO UNIVERSITÁRIO BELAS ARTES DE SÃO PAULO INICIAÇÃO
CIENTÍFICA

RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Fabio Rafael Valente Cabral

Prof. Me. Helton Reginaldo Presto Santana

**A UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O RELATIVISMO
CULTURAL:**

UMA ANÁLISE DAS DECISÕES DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Resumo

Este trabalho almeja abordar a ameaça à credibilidade da Corte Europeia de Direitos Humanos por conta do uso do conceito de margem de apreciação nacional e, ao mesmo tempo, mostrar que o mecanismo, dentro do contexto da judicialização dos direitos humanos, possibilita o estabelecimento de um cenário propício à alternativa do debate universalismo dos direitos humanos e relativismo cultural, o diálogo intercultural.

Palavras-chave: Direitos humanos. Credibilidade. Corte Europeia de Direitos Humanos. Universalismo. Relativismo. Margem de apreciação nacional.

Abstract

This work aims to address the threat to the credibility of the European Court of Human Rights due to the use of national margin of appreciation concept and at the same time aims to show that this use within the context of judicialization of human rights, allows the establishment of an alternative on the universal human rights and cultural relativism debate, the intercultural dialogue.

Keywords: Human rights. Credibility. European Court of Human Rights. Universal. Relativism. Margin of national appreciation

SÃO PAULO

2014

Índice

1. Introdução	3
2. Histórico da Corte Europeia de Direitos Humanos.....	3
2.1 Contexto e criação da Convenção Europeia de Direitos Humanos	3
2.2 A Convenção e a Corte Europeia antes do Protocolo 11	4
2.3 O Protocolo 11 e a Nova Corte	5
3. O debate universalismo e relativismo dos Direitos Humanos.....	5
3.1 A origem do debate.....	6
3.2 Principais correntes do debate.....	6
3.3 Construção de um consenso: a reconstrução do universal.....	8
4. Análise dos casos	10
4.1 Dogru versus França.....	10
4.2 Leyla Şahin versus Turquia.....	12
4.3 A perda de credibilidade e a concretização do diálogo franco intercultural	15
5. Conclusão	17
Referências Bibliográficas.....	18

1. Introdução

A partir da entrada em vigor do Protocolo 11 e, conseqüentemente, podendo os próprios indivíduos acessar a Corte Europeia de Direitos Humanos, o número de casos aumentou substancialmente. Nestes casos, a Corte procura aplicar o que está previsto na Convenção Europeia de Direitos Humanos, que a norteia, porém lidando com as especificidades culturais de grupos minoritários presentes no Estado denunciado. Dessa forma, o debate entre o universalismo dos direitos humanos e o relativismo cultural entra em evidência.

2. Histórico da Corte Europeia de Direitos Humanos

2.1 Contexto e criação da Convenção Europeia de Direitos Humanos

Pós-Segunda Guerra Mundial, das perdas econômicas e estruturais nos países europeus até os horrores do holocausto, TONY JUDT nos dá o tom da paisagem no momento posterior à tomada de Berlim pelas tropas aliadas de ocupação:

Fotografias e documentários da época mostram fluxos patéticos de civis impotentes atravessando paisagens arrasadas, com cidades destruídas e campos áridos. Crianças órfãs perambulam melancólicas, passando por grupos de mulheres exaustas que reviram montes de entulho. Deportados e prisioneiros de campos de concentração, com as cabeças raspadas e vestindo pijamas listrados, fitam a câmera, com indiferença, famintos e doentes. Até os bondes parecem traumatizados – impulsionados por corrente elétrica intermitente, aos trancos, ao longo de trilhos danificados. Tudo e todos – exceto as bem nutridas forças aliadas de ocupação – parecem surrados, desprovidos de recursos, exauridos¹.

A Segunda Guerra Mundial deixou um rastro de destruição sem precedentes². Foram perdas estruturais, econômicas e, principalmente, humanas.

Para os que sobreviveram ao extermínio e à morte, conseqüências da destruição da Guerra, o cenário era traumático.

Se todo o horror causado na população geral, seja civil ou militar, pela Guerra não fosse o suficiente, é de conhecimento público o sistema de perseguição e extermínio em massa de judeus, ciganos e homossexuais sob o regime nazista de Adolf Hitler.

¹ JUDT, Tony. *Pós-Guerra: uma história da Europa desde 1945*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007. p. 27.

² “A Segunda Guerra Mundial ampliou a guerra maciça em guerra total”. HOBBSAWM, Eric. *A Era dos Extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 50.

A Europa Ocidental viu-se, em meio a esse cenário de desrespeito à pessoa humana, perdas econômicas e estruturais, bipolaridade no sistema internacional entre EUA e URSS no auge da Guerra Fria, ameaçada pela anexação de novos países à cortina de ferro soviética e pelas heranças dos conflitos entre Estados europeus, que acabara de ocorrer pela segunda vez. Nesse sentido, o Conselho da Europa visava também uma unidade europeia de cooperação³.

Com efeito, a partir de 1945, deflagrou-se um movimento em prol de uma nova Europa, que deveria ter unidade e forças capazes de evitar as atrocidades perpetradas ao longo de duas guerras mundiais, bem como apresentar melhores condições de inserção no âmbito das relações internacionais⁴.

Como um organismo sem poder, status jurídico, legislativo ou executivo, ou seja, meramente um fórum de debates, foi criado em 1949 o Conselho da Europa. Porém, isso não significa que o Conselho fora um fracasso: o simples fato de ele existir como um fórum de debate já era uma vitória para os entusiastas de uma unidade europeia⁵.

Atualmente, o Conselho conta com 47 Estados-membros e é totalmente desvinculado da União Europeia⁶. O ápice da sua atividade ocorreu em 1950 quando o Conselho criou a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que entrou em vigor em 1953, tratando de positivar algumas das garantias que já estavam previstas na Declaração Universal de Direitos Humanos e de criar a Corte Europeia de Direitos Humanos (em inglês, *European Court of Human Rights*, ECHR) em Estrasburgo na França, mesmo local da sede do Conselho⁷.

2.2 A Convenção e a Corte Europeia antes do Protocolo 11

A Convenção Europeia de Direitos Humanos detalha a criação da ECHR dos artigos 19 ao 51. Originalmente, o sistema era composto de três órgãos, a Comissão

³ JUDT, Tony. *Pós-Guerra: uma história da Europa desde 1945*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007. p. 168

⁴ PIOVESAN, Flavia. De que modo o processo de integração regional no âmbito europeu e latino-americano tem incorporado as denominadas cláusulas referentes aos Direitos Humanos e à democracia. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 54, p.229, dez. 2000.

⁵ Ibid., p. 168.

⁶ CONSELHO DA EUROPA. *The Council of Europe in Brief*. Disponível em: <<http://www.coe.int/aboutCoe/index.asp?page=quisommesnous&l=en>>. Acesso em: 20 jan 2014.

⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 113.

Europeia de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos e o Comitê de Ministros (advindos do Conselho da Europa). O primeiro era responsável por receber e avaliar a admissibilidade das denúncias de violações das normas da Convenção por meio de denúncias dos indivíduos violados de forma que, se apreciada a denúncia, a Comissão a levava à Corte que julgava estes casos. Por fim, o Comitê era o órgão político e diplomático do sistema regional europeu^{8,9}.

2.3 O Protocolo 11 e a Nova Corte

O Protocolo 11 criou o que os internacionalistas chamam de Nova Corte, referindo-se a uma nova versão da ECHR. Os artigos 25 e 46 foram substituídos pelos 34 e 32, o que trouxe os seguintes efeitos: exclusão da Comissão Europeia, permitindo que os indivíduos acionem a ECHR diretamente com suas demandas; número de juízes igual ao número de Estados-partes; fusão de todas as funções da Comissão Europeia e da antiga ECHR para a nova ECHR; exclusão do artigo que conferia ao Comitê de Ministros a possibilidade de declarar algum caso inadmissível mesmo tendo sido comprovada infração à Convenção¹⁰, reconhecimento da jurisdição exclusiva da ECHR sobre a interpretação e aplicação da Convenção Europeia e seus Protocolos.

Dessas mudanças a principal delas foi a exclusão da Comissão Europeia de modo a dar à Nova Corte a competência da admissibilidade, conseqüentemente, permitindo que indivíduos, grupos de indivíduos e ONGs, vítimas de violações, possam acessar diretamente a Nova Corte. Essa alteração levou a um aumento vertiginoso nos pedidos à Corte Europeia¹¹. Essa última característica é a que faz a Nova Corte Europeia de Direitos Humanos estar na vanguarda da proteção aos Direitos Humanos no mundo¹².

3. O debate universalismo e relativismo dos Direitos Humanos

⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O sistema regional europeu de proteção dos Direitos Humanos. *Cadernos de Relações Internacionais e Direito*, Curitiba, v. 1, p. 32, abr. 2010.

⁹ Ver também: RAMOS, André de Carvalho. op. cit., p. 114.

¹⁰ Vale lembrar que o Comitê de Ministros não foi extinto. Sua função de supervisão das decisões da Corte foi mantida baseada no fato de que o poder político que o Comitê detém é essencial ao cumprimento das decisões pelos Estados-partes. Ver mais em MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. op. cit., p. 38.

¹¹ Ibid, p. 43.

¹² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v.40, n.1, jun.1997.

3.1 A origem do debate

Com o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a positivação de suas regras em tribunais internacionais inter-regionais, um debate, que coloca de um lado o caráter universal do Direito Internacional dos Direitos Humanos e de outro a necessidade do reconhecimento das culturais locais a fim de relativizar essas regras, passou a ser percebido.

Principalmente quando práticas nacionais arraigadas se chocam com regras de tratados internacionais de Direitos Humanos, alguns países julgaram que essas regras não levam em consideração sua cultura e seriam uma imposição ocidental¹³.

Os primeiros indícios desse debate surgiram quando da elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

O debate suscitado pelos Estados-partes da ONU chegou a tal ponto que foi realizada, em 1993, a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena na qual países de diferentes matizes do cenário internacional chegaram à conclusão de que os direitos emanados na Declaração Universal são, de fato, universais¹⁴.

A partir desse ponto alguns autores deram o debate por encerrado, porém conflitos continuaram surgindo e países continuavam a dizer que algumas de suas práticas, que vão de encontro à Declaração, fazem parte da cultura local¹⁵.

3.2 Principais correntes do debate

3.2.1 Universalidade

A corrente universalista dos Direitos Humanos nasce, primeiramente, do intuito inicial da Declaração Universal de estabelecer proteções mínimas a todo ser humano, independentemente de cor, credo, raça, nacionalidade, ou qualquer outra variante. Os Direitos Humanos são, portanto, universais por seus titulares serem as pessoas humanas, chamada por RAMOS de plano da titularidade dos Direitos Humanos¹⁶. O autor ainda aborda dois outros planos: o temporal, em qualquer espaço de tempo esses direitos serão de propriedade da pessoa humana, e o cultural, independente

¹³ Ibid., p. 157.

¹⁴ LINDGREN ALVES, J. A., 1994, apud CARVALHO RAMOS, 2013, p. 159

¹⁵ “Esse “consenso formal” entre os Estados não foi suficiente, porém, para encerrar o debate, uma vez que o questionamento da existência de direitos universais não é feito somente no plano do reconhecimento de direitos, mas também no plano da interpretação do conteúdo desses direitos e na sua implementação” CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 159.

¹⁶ Ibid., p. 160.

das práticas culturais locais os princípios dos Direitos Humanos permeiam todas¹⁷.

O princípio dessa corrente do debate pode ser encontrado na filosofia iluminista da Revolução Francesa, já que, em diversos tratados sobre Direitos Humanos, inclusive a Declaração Universal, encontramos referências aos princípios iluministas “Liberté, Egálité et Fraternité”¹⁸.

O maior trunfo da corrente universalista se deu na Segunda Conferência Mundial de Viena sobre Direitos Humanos em 1993, na qual participaram mais de 180 Estados e cerca de 2.800 ONGs¹⁹.

A Declaração de Viena, proveniente desta Conferência, veio evocar que “a natureza universal desses direitos e liberdades não admite dúvidas” e, de maneira expressa, “todos os direitos humanos são universais”²⁰.

A partir dessa Declaração de Viena, no plano internacional, ficou reconhecida a pessoa humana como titular de todos os direitos humanos, que são sua segurança para viver uma vida em liberdade e dignidade, independentemente de qualquer peculiaridade local²¹.

3.2.2 Relativismo Cultural

Essa corrente do debate nasce de alguns questionamentos de cunhos filosófico, geopolítico e cultural.

As normas básicas de Direitos Humanos contidas nas convenções internacionais que tratam sobre o tema e amplamente aceitas passam a ser questionadas em alguns aspectos, dentre eles, por exemplo, se são ofensivas aos costumes locais de determinada região ou se tem um fundo geopolítico hegemônico²².

O primeiro argumento utilizado pelos relativistas é o filosófico. Os relativistas afirmam que a concepção universal não existe em se tratando de seres humanos, pois tem como base a “visão antropocêntrica do mundo, desvinculada da visão cosmotológica que ainda predomina em algumas culturas”²³.

O segundo argumento se refere à falta de adesão dos Estados. Os defensores desse argumento alegam que, embora a Declaração Universal de 1949 tenha sido

¹⁷ Ibid., p. 160.

¹⁸ Ibid., p. 160.

¹⁹ Ibid., p. 163.

²⁰ CONFERÊNCIA MUNDIAL DE DIREITOS HUMANOS. Declaração e Programa de Ação de Viena. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx>>. Acesso em: 21 mar 2014.

²¹ RAMOS, André de Carvalho. op. cit., p. 162.

²² Ibid., p. 162.

²³ Ibid., p. 164.

aprovada na ONU por unanimidade, houve 8 abstenções, além disso, muitas colônias ainda não tinham se tornado independentes e estavam sob a tutela das metrópoles europeias.

O terceiro argumento é o geopolítico, onde recai boa parte das críticas ao universalismo. Os autores adeptos desse argumento acreditam que o conjunto de normas de Direitos Humanos é usado como ferramenta de atuação da política externa dos Estados mais poderosos sobre os mais fracos.

O quarto argumento é o cultural que leva a diversas contradições, inclusive nas decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos. Alegam os relativistas que os Direitos Humanos foram criados de forma a ignorar outras culturas e suas relações com a comunidade, propriedade e tradições. Afirmam ainda que os princípios da Declaração Universal foram tão somente baseados nos princípios da cultura ocidental.

O quinto e último argumento é o desenvolvimentista. Por meio desse argumento, os relativistas alegam que os Estados se utilizam da sua precária situação econômica para justificar violações aos Direitos Humanos, de forma que estes não teriam condições de cessar as violações.

3.3 Construção de um consenso: a reconstrução do universal

Com o estabelecimento dos dois polos do debate anteriormente apresentados, verificou-se na comunidade acadêmica que essa polaridade deixava sobressair uma possibilidade de terceira via na abordagem. Essa visão se baseia na ideia de que não é necessário nem ignorar a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas e os demais documentos internacionais de direitos humanos e nem seria razoável aplicar as normas internacionais sem que as sociedades de todos os países reflitam e se identifiquem com as mesmas.

Esse posicionamento no debate é novo e cada autor que do seu núcleo compartilha estabelece um conceito do que seria esse diálogo, reconstrução, reflexão ou até juízo.

Porém, os autores concordam que há a necessidade do diálogo entre Estados, mas, principalmente, internamente aos Estados de modo que ocorra uma legitimação retrospectiva²⁴ das normas internacionais de direitos humanos já estabelecidas.

²⁴ RAMOS extraiu esse conceito de AN-NA`IM quando este aborda sua sugestão para que se quebre a polarização entre a universalidade e o relativismo cultural onde se utiliza do termo "universal cultural

Esse diálogo seria franco de tal sorte que as sociedades poderiam expressar suas visões sobre direitos humanos e dignidade humana como forma de reafirmar a universalidade desses direitos positivados em normas internacionais pautando-se no compartilhamento de valores universais e na discussão sobre a extensão dos mesmos²⁵.

Ora, se partirmos do pressuposto de que todas as sociedades comungam de alguns dos valores universais positivados em normas internacionais, mas divergem quanto à sua aplicabilidade e extensão²⁶, podemos, por meio desse diálogo, estabelecer uma reflexão que permita às sociedades reinterpretar seus hábitos culturais à luz dessas normas de modo que elas passem a emanar dessas sociedades e por elas sejam aceitas, o que seria como inseri-las no processo de reflexão e compreensão do qual as normas internacionais foram frutos²⁷.

Por meio desse diálogo, seria possível para os indivíduos das diferentes sociedades conhecerem essas normas internacionais de direitos humanos e questionarem sobre como sua sociedade compartilha, ou não, daqueles valores universais e como algumas práticas culturais locais podem ser alteradas, ou não, para que estes valores sejam preservados.

As normas internacionais de direitos humanos precisam dialogar com as diferentes visões de modo que aconteça uma reconciliação por meio do diálogo pautado num juízo reflexivo²⁸.

Dentro desse raciocínio, se pensarmos o juízo reflexivo como ferramenta do diálogo multicultural interno, temos que uma particularidade cultural pode ser revista à luz das normas internacionais de direitos humanos de modo que dela emane uma regra geral que converse e se legitime, mesmo que retrospectivamente, com as normas internacionais já positivadas.

legitimacy” ao tratar dessa corrente conciliadora do debate. Ver mais em Ibid, p. 431.

²⁵ Ibid, 174.

²⁶ “This approach is based on the belief that, despite their apparent peculiarities and diversity, human beings and societies share certain fundamental interests, concerns, qualities, traits, and values that can be identified and articulated as the framework for a common culture of universal human rights.” AN-NA`IM, Abdullahi Ahmed. *Human Rights in Cross-cultural Perspectives: A Quest for Consensus*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, p. 21, 1995.

²⁷ “To be committed to carrying out human rights standards, people must hold these standards as emanating from their worldview and values, not imposed on them by outsiders.” Ibid, p. 431.

²⁸ Juízo reflexivo é um conceito, originalmente de Emmanuel Kant, trazido por Hannah Arendt quando esta discorre sobre a ruptura dos direitos humanos em tempos de totalitarismo como uma forma de reintegrar o particular e o geral, onde esse juízo se torna a ferramenta pela qual é possível chegar na generalidade partindo do particular. Ver mais em LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 3ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 304.

Trazendo essa ideia para o campo do concreto, CARVALHO vê as Cortes Supremas dos Estados e as Cortes Internacionais de Direitos Humanos como mecanismos que possibilitam esse diálogo das normas internacionais de direitos humanos postas com as sociedades gerando jurisprudência, reformulando e atualizando a interpretação legítima²⁹ dos princípios contidos nas normas internacionais de direitos humanos³⁰.

4. Análise dos casos

4.1 Dogru versus França

O primeiro caso selecionado para análise retrata a situação de uma criança de 11 anos muçulmana que, na data do início do litígio intranacional, encontrava-se matriculada numa escola pública de segundo grau francesa. A partir de janeiro de 1999, ela passou a utilizar o véu islâmico ao frequentar a escola, inclusive nas aulas de educação física. Nessas aulas, sua professora pediu algumas vezes para que ela tirasse o véu e a menina negou tendo a decisão chancelada pelos pais. Com a negativa, a professora encaminhou um comunicado ao diretor da escola sobre o incidente.

Um mês depois, o conselho de professores da escola decidiu expulsar a menina pelo não cumprimento de assiduidade nas aulas de educação física, pois a mesma era impedida de participar das aulas ao utilizar o véu islâmico. Os pais recorreram ao conselho alegando o direito da garota utilizar a vestimenta durante as aulas tendo o pressuposto de que o uso advinha de sua crença religiosa, a qual tinha direito assegurado pela Constituição francesa. O diretor de educação da região de Caen, onde ocorreu o incidente, manteve a decisão baseado em relatórios internos da escola e em uma decisão do *Conseil D'Etat* que afirmavam que o uso de véu prejudica o desempenho durante as aulas de educação física e que por isso não deveria ser permitido.

Em abril de 1999, os pais da Dogru entraram com um processo na Corte Administrativa de Caen visando derrubar a decisão do diretor educacional da região. Em Outubro de 1999, a Corte Administrativa de Caen não acatou o pedido dos pais de Dogru baseando-se nos mesmos motivos do diretor educacional, além de dizer que a atitude da menina causou uma atmosfera de tensão na escola.

²⁹ O adjetivo “legítima” aqui é usado com o sentido do conceito de legitimação retrospectiva das normas internacionais de direitos humanos.

³⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 176.

Em Julho de 2003, os pais apelaram da decisão na Corte Administrativa de Apelação de Nantes contra a decisão da Corte Administrativa de Caen que reiterava o posicionamento do conselho de professores da escola de Dogru. Porém, a mesma não acatou a apelação baseada na mesma justificativa mencionada anteriormente.

Os pais de Dogru, então, apelaram para o *Conseil D'Etat*, órgão máximo de apelação do sistema judiciário francês, baseados no direito da filha de liberdade de consciência e expressão, porém o Conseil manteve a decisão das cortes anteriores.

Em 22 de julho de 2005, após tornar-se capaz legalmente, Dogru encaminhou sua demanda à Corte Europeia de Direitos Humanos alegando violação do governo francês aos artigos 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e 2º do Protocolo 1 adicional à Convenção, que tratam, respectivamente, da liberdade religiosa e do direito à educação.

Em 7 de novembro de 2006, comunicou ao governo francês da existência do processo e que iria analisar sua admissibilidade. Em 4 dezembro de 2008, antes do julgamento, a Corte declarou o caso admissível dentro do colocado nos artigos 34 e 35 da Convenção que tratam da admissibilidade dos casos.

O governo francês reiterou em sua defesa a questão da liberdade religiosa e das regras das escolas e disse que a liberdade religiosa deve ser balizada por regras para que não infrinja os direitos e liberdades dos outros cidadãos que não compartilham da mesma crença.

A processante disse que regras que restringem ou balizam a liberdade religiosa das pessoas devem ser, no mínimo, leis oficiais, e não apenas pareceres e notas. No caso da França, não há qualquer lei ou decreto que defina privações ou limitações quanto à liberdade religiosa.

A Corte, preliminarmente, entendeu que a proibição do uso do véu pela garota caracterizaria uma violação ao artigo 9º da Convenção, a não ser que o governo francês conseguisse provar que perseguição religiosa não foi o motivo da proibição, como abre a possibilidade o segundo parágrafo do mesmo artigo citado anteriormente. Após ouvir ambas as justificativas apresentadas pelo governo francês, a Corte entendeu que o mesmo utilizou-se de três principais argumentos para manter a proibição do véu: a) presença nas aulas; b) requerimentos de segurança; c) vestimentas apropriadas para esportes.

Sendo assim, a Corte tomou as seguintes decisões perante o caso:

- a) Entendeu que não necessariamente é imprescindível uma lei para definir regras

escolares;

- b) A discussão sobre o estabelecimento de uma lei que limite a liberdade religiosa ou apenas pareceres e circulares que o façam não procede, pois esse mérito não está sob regulamentação dos Estados signatários da Convenção;
- c) No momento do incidente, já existia uma deliberação legislativa na sessão 10 do Ato Educacional francês de 1989 que dizia que os alunos são livres para expressar sua religião contanto que isso não interfira nas atividades desenvolvidas nas escolas;
- d) Pelas circunstâncias desse caso e pelos termos das decisões dos tribunais locais, a ação tomada pela escola teve como objetivos legítimos proteger os direitos e as liberdades dos outros e proteger a ordem pública;
- e) O artigo 9º da Convenção não permite que toda e qualquer expressão religiosa ou ato motivado pela mesma aconteça de forma descontrolada;
- f) Numa sociedade democrática, o Estado tem de ser o regulador imparcial que aplique restrições às liberdades religiosas para que algumas não passem o direito das outras;
- g) É possível restringir a liberdade religiosa de determinado grupo quando o Estado consegue provar que a) infringe os direitos e liberdades de outros, b) ameaça a ordem pública, c) ameaça a segurança pública;
- h) Em nome da proteção do secularismo previsto na Constituição da República Francesa, são plausíveis restrições às liberdades religiosas, principalmente, em ambiente escolar que deve ser neutro, sem referência a nenhuma religião. – utilizou como exemplo os casos de Leyla Sahin v Turkey e Köse and Others;

Pelos motivos acima, a Corte entendeu que não houve violação do artigo 9º da Convenção que trata sobre liberdade religiosa. Não obstante, também declarou a não violação sobre o artigo 2º do Protocolo 1 da Convenção, também evocado pela reclamante, que trata sobre a negação do direito à educação por entender que a expulsão pelo descumprimento de regras legítimas escolares não configura uma negação ao direito à educação, como uma perseguição, por exemplo.

4.2 Leyla Şahin versus Turquia

Leyla é turca e vive desde 1999 em Viena (Austria) cursando medicina na Vienna University. De família muçulmana ela leva o hábito de vestir véu islâmico como um dever religioso sagrado.

A reclamante estudava, em 1997, seu quinto ano de medicina na Universidade de Istambul, quando o vice-reitor da universidade publicou uma circular que proibia alunos barbados ou alunas vestindo véu muçulmano de assistir aulas e estarem matriculados em quaisquer atividades na universidade. O comunicado dizia basear-se na Constituição da Turquia, em casos julgados na Suprema Corte Administrativa da Turquia e na Comissão Europeia de Direitos Humanos, bem como respaldadas em decisões anteriores da diretoria da universidade.

A partir da publicação dessa circular, Leyla foi impedida de assistir suas aulas e fazer suas provas usando o véu islâmico.

Leyla entrou com um processo na Corte Administrativa de Istambul dizendo que a circular do vice-reitor infringia o direito dela de acesso à educação e à expressão religiosa, respectivamente artigos 14 e 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Após continuar infringindo a circular emitida pelo vice-reitor da universidade por estar usando o véu islâmico, em fevereiro de 1999, Leyla foi suspensa por um semestre pelo reitor da Universidade de Istambul.

Em março de 1999, a Corte Administrativa de Istambul não acatou o pedido de Leyla afirmando que, por conta do Ato de Educação Superior turco, um vice-reitor tem o direito de regular a vestimenta dos estudantes com o propósito de manter a ordem na universidade.

Em junho de 1999, a reclamante entrou com um pedido de suspensão da decisão de afastá-la da faculdade na Corte Administrativa de Istambul, a qual negou o pedido de Leyla.

A Lei no. 4584, que previa anistia às punições administrativas de instituições de ensino dirigidas a estudantes, entrou em vigor em Junho de 2000, atingindo também as medidas dirigidas a Leyla, ou seja, retirando a suspensão da reclamante.

Nesse meio tempo, em Setembro de 1999, Leyla matriculou-se na Vienna University para concluir seus estudos.

Em 21 de julho de 1998, a reclamante entrou com um processo na extinta Comissão Europeia de Direitos Humanos³¹. Após a entrada em vigor do Protocolo 11 o caso de Leyla foi transferido para a Corte que reconheceu sua admissibilidade em 2 de Julho de 2002.

O governo turco reiterou em sua defesa a questão da liberdade religiosa e das regras

³¹ Órgão responsável à época por declarar a admissibilidade dos processos para tornarem-se casos a serem julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

contidas no Ato do Ensino Superior turco e alegou que a liberdade religiosa deve ser balizada em regras para que não infrinja a liberdade religiosa das outras pessoas.

A reclamante alegou que regras que restrinjam ou balizem a liberdade religiosa das pessoas devem ser, no mínimo, leis oficiais, e não apenas pareceres e notas, como foi a circular do vice-reitor.

A Corte entendeu que a circular tomada pela Universidade de Istambul e as medidas tomadas contra Leyla afetaram o direito da reclamante manifestar sua religião. Porém, disse que as medidas estavam amparadas em leis locais e pode ter sido evocada com o princípio “necessário numa sociedade democrática”, ambas condições do segundo parágrafo do artigo 9º que define situações em que a restrição à liberdade religiosa é válida.

Leyla apelou à Corte para que a interpretação da Comissão fosse revista e o governo da Turquia pediu que a interpretação de não violação do artigo 9º fosse mantida.

A Corte atestou que:

- a) houve interferência no direito de expressar a religião (artigo 9º);
- b) a circular do vice-reitor estava amparada na lei doméstica, já que a seção 17 da lei turca 2547 de 1991, antes de Leyla matricular-se, proibia que alunos cobrissem pescoço e cabeça em instituições de ensino e foi publicada em jornais de grande circulação;
- c) por meio da margem de apreciação dos Estados-Contratantes, no caso do artigo 9º, são expressas condicionantes para expressão religiosa no segundo parágrafo do mesmo artigo. A Corte reconheceu a usurpação do direito de liberdade religiosa de Leyla, porém, afirmou, baseada em julgamentos anteriores, que numa sociedade democrática, as expressões religiosas devem ser reguladas pelo Estado para que estas não interfiram nos direitos dos outros, na ordem pública e na preservação da democracia. A Corte entendeu que esses foram os objetivos legitimadores possuídos pela Turquia. Portanto, a violação do artigo 9º foi justificada por conta do objetivo de manter a ordem dentro de uma sociedade democrática;
- d) a denúncia de violação do artigo 2º do Protocolo 1 que trata do direito à educação deve ser julgada separadamente da denúncia de violação do artigo 9º da Convenção, mesmo que o objeto de litígio seja a mesma circular emitida em Fevereiro de 1998 pelo vice-reitor;
- e) é admissível que seja julgada a denúncia do artigo 2º do protocolo 1, mesmo

que este não seja específico em relação ao ensino superior, para que fossem constatados, ou não, méritos que possibilitassem a justificativa das medidas impeditivas praticadas contra a reclamante. Isso porque, a Corte entende que o ensino superior é vital para a promoção dos direitos humanos e da democracia e que, por isso, caso existam instituições de ensino superior no País, o acesso a elas não deve ser restringido;

- f) a denúncia de violação dos artigos 8º (direito à privacidade) e 10 (direito à liberdade de expressão), também reclamadas por Leyla em sua petição inicial, foram contestadas pela Corte, pois a denúncia estava munida apenas de uma réplica dos argumentos utilizados na denúncia de violação do artigo 9º (liberdade religiosa). Tendo a denúncia de violação do artigo 9º sido declarada inadmissível, a Corte entende que assim também são as denúncias quanto às violações aos artigos 8º e 10;
- g) a última violação denunciada pela reclamante em sua petição inicial acerca do artigo 14 (proibição de discriminação) não procede, pois a mesma não indicou quais foram os particulares que a poderiam ter discriminado. Além disso, a Corte reafirmou que a restrição do uso do véu islâmico não teve como objetivo discriminar a reclamante, mas sim proteger os direitos e liberdades de terceiros. Sendo assim, a Corte entende que também não houve violação do artigo 14.

4.3 A perda de credibilidade e a concretização do diálogo franco intercultural

Ambos os casos têm em comum o uso, por parte da Corte, de mecanismos ou argumentações jurídicas que possibilitam ao Estado alegar que determinada ação ora não se configura como uma violação, embora, na prática seja uma violação reconhecida, o Estado não poderia cumprir uma condenação, por exemplo, por meio de uma política pública advinda de uma potencial condenação, por questões de “ordem pública”³² interna.

Podemos notar tal posicionamento da Corte no caso de Dogru vs França quando uma das justificativas apresentadas pela mesma para decidir sobre a não violação do artigo 9º, que trata sobre liberdade religiosa, foi a manutenção da ordem pública. Ora, tem-se aqui o termo “ordem pública”, o qual tem significados bastante variados e passíveis de interpretação. Segundo SILVA, ordem pública é "a situação e o estado de legalidade

³² As aspas são utilizadas aqui, pois o conceito “ordem pública” possui diferentes interpretações, fato que será abordado ainda no capítulo em questão.

normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protestos"³³.

O termo em questão volta a ser mencionado pela Corte na decisão referente ao caso de Leyla vs Turquia, onde considera que a Turquia agiu com objetivo legítimo ao impedir a reclamante de utilizar o véu islâmico, pois o Estado estaria defendendo os direitos e liberdades dos outros cidadãos em nome da ordem pública.

O uso dessa argumentação jurídica e de outros mecanismos que permitem ao Estado encontrar uma solução outra que não uma condenação visando o fim da violação de determinado artigo está escorado no conceito de margem de apreciação nacional³⁴.

De acordo com BENEVISITI, o uso da margem de apreciação nacional incorre no desgaste da credibilidade da Corte e demonstra uma cessão ao relativismo cultural³⁵.

Além de uma cessão à corrente do relativismo cultural, o uso da margem de apreciação nacional é uma cessão ao fenômeno da politização das normas de direitos humanos. Tais cessões corroem, portanto, o aspecto da credibilidade da Corte Europeia, em específico, e das normas internacionais de direitos humanos, como um todo³⁶.

Outro fator que deve ser levado em conta é o número de votos a favor, ou contra, a decisão final da Corte sobre cada um dos casos.

No caso de Leyla vs Turquia, datado de 10 de novembro de 2005, a decisão pela não violação do direito à liberdade religiosa foi amparada por 16 votos e contrariada por 1 voto. No caso de Dogru vs França, datado de 04 de março de 2009, a decisão pela não violação do direito à liberdade religiosa foi amparada por unanimidade.

O interessante nesse ponto da análise é a distribuição dos votos e o fator temporal. Isso porque, na tradição jurídica, quando um colegiado de juízes não decide por unanimidade, ou seja, alguns deles vão contra a opinião majoritária, naturalmente abre-se uma possibilidade de que aquela opinião minoritária um dia venha a tornar-se majoritária. Dada essa possibilidade e o reconhecimento por parte de um colegiado de

³³ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. Vol. III, p 291.

³⁴ "A margem de apreciação nacional traduz-se em dispositivos e/ou argumentações jurídicas baseados na noção de que cada Estado tem direito a uma determinada margem quanto aos seus assuntos internos que possam gerar algum tipo de desestabilização na sociedade" BENEVISITI, Eyal. *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*. *New York University Journal of International Law and Politics*, Nova Iorque, Vol. 31, n. 31, p. 843-844, 1999. Disponível em: <http://www.pict-pcti.org/publications/PICT_articles/JILP/Benvenisti.pdf>. Acesso em: 25 ago 2014.

³⁵ "Margin of appreciation, with its principled recognition of moral relativism, is at odds with the concept of the universality of human rights. If applied liberally, this doctrine can undermine seriously the promise of international enforcement of human rights that overcomes national policies". Ibid, p. 844.

³⁶ "(...) the influential European jurisprudence, with its liberal use of the doctrine, may compromise the global efforts of the other human rights bodies and of national judges to set universal standards" Ibid. 845.

juízes, mesmo sendo apenas um voto discordante, da argumentação da parte vencida, cria-se um espaço para que outros casos semelhantes apliquem-se para julgamento na Corte esperando que a argumentação da defesa um dia seja aceita pela maioria dos juízes.

Emanando interpretações de normas internacionais de forma a balancear a vontade da sociedade e o direito das minorias junto às normas internacionais de direitos humanos, a Corte cria uma forma jurídica do diálogo franco sugerido pelos autores anteriormente apresentados que representam a terceira via do debate.

5. Conclusão

A hipótese inicial desse trabalho era provar que o uso da margem de apreciação nacional pela Corte Europeia dentro do contexto do debate de universalismo e relativismo cultural apresentava uma cessão ao relativismo cultural e uma consequente ameaça à credibilidade do organismo e das normas internacionais de direitos humanos. Como vimos no capítulo anterior, de fato, quando a Corte sentenciava penas alternativas ou utiliza-se de argumentações jurídicas evasivas, como nos casos apresentados, visando evitar que uma penalidade cause desconforto a um Estado-parte e que tal penalidade abra espaço para outros “hard cases” incômodos tanto à Corte quanto ao Estado, tem-se uma fragilidade na credibilidade da Corte quanto à fidelidade perante à Convenção que a rege e, também, das normas internacionais de direitos humanos como um conjunto, dada a influência da Corte Europeia no cenário da proteção internacional aos direitos humanos.

No decorrer do estudo sobre o debate do universalismo dos direitos humanos e do relativismo cultural, deparei-me com um novo posicionamento ainda não totalmente delineado, mas que expressa de maneira interessante uma alternativa àquele debate. Contrastando com o comprometimento de credibilidade da Corte nos julgamentos em que utiliza-se da margem de apreciação nacional, os julgamentos oferecem um ambiente no qual um grupo minoritário, sociedade e organismo internacional podem dialogar sobre suas concepções acerca daquelas normas contratadas de modo que discutam diferentes visões. Dessa forma, amparado na judicialização do processo, por fim, emana-se uma nova interpretação e aplicação dessas normas. Ainda assim, não de forma definitiva e sistemática, podendo, então, como ocorreu no caso *Dogru vs França*, num futuro um outro caso espelhar-se no julgamento de um caso anterior buscando atualizar aos novos tempos as interpretações que podem emanar das

normas internacionais de proteção aos direitos humanos.

Referências Bibliográficas

AN-NA`IM, Abdullahi Ahmed. *Human Rights in Cross-cultural Perspectives: A Quest for Consensus*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1995. 488 p.

BENVENISTI, Eyal. Margin of appreciation, consensus, and universal standards. *New York University Journal of International Law and Politics*, Nova Iorque, Vol. 31, n. 31, 1999. Disponível em: <http://www.pict-pcti.org/publications/PICT_articles/JILP/Benvenisti.pdf>. Acesso em: 25 ago 2014.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 329 p.

CONFERÊNCIA MUNDIAL DE DIREITOS HUMANOS. Declaração e Programa de Ação de Viena. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx>>. Acesso em: 21 mar 2014.

CONSELHO DA EUROPA. *The Concil of Europe in Brief*. Disponível em: <<http://www.coe.int/aboutCoe/index.asp?page=quisommesnous&l=en>>. Acesso em: 20 jan 2014.

HOBBSBAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. 632 p.

JUDT, Tony. *Pós-Guerra: uma história da Europa desde 1945*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 3ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O sistema regional europeu de proteção dos Direitos Humanos. *Cadernos de Relações Internacionais e Direito*, Curitiba, v. 1, p. 32, abr. 2010.

PIOVESAN, Flavia. De que modo o processo de integração regional no âmbito europeu e latino-americano tem incorporado as denominadas cláusulas referentes aos Direitos Humanos e à democracia. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 54, p.229, dez. 2000.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 877 p.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v.40, n.1, jun.1997.