

**MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO E DIREITO AO ABORTO NA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS: O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO ALTERNATIVA À PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES GESTANTES**

***NATIONAL MARGIN OF APPRECIATION AND RIGHT TO ABORTION IN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: PROPORTIONALITY AS AN ALTERNATIVE TO PROTECTING THE RIGHTS OF PREGNANT WOMEN***

Ynes da Silva Felix

Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-doutora em Derechos Humanos sobre Las Generaciones de los Derechos Humanos y los Derechos Sociales” na Universidade de Salamanca. Professora titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Professora permanente do Curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

Endra Raielle Cordeiro Gonzales

Mestranda em direito na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Possui graduação em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (2018). Membro da Comissão da Jovem Advocacia, da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Mato Grosso do Sul (OAB/MS).

Maria Esther Martínez Quinteiro

Doutora em Filosofía y Letras pela Universidad de Salamanca. Titular aposentada da Universidade de Salamanca-ES. Doutora Honoris Causa pela Faculdade de Direito - Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS. Diretora do Observatorio Radiofónico de Violencia de Género (ORVG/USAL) de Radio Universidad USAL e da Red de Plataformas Audiovisuales e da Radio USAL. Em Portugal, é membro do Instituto Jurídico Portucalense (IJP/UPT), onde coordena o Grupo de Investigación Dimensions of Human Rights (GPDDH/IJP).

**Submetido em: 03/03/2023**

**Aprovado em: 03/03/2023**

**Resumo:** A pesquisa tem por objetivo examinar o caso *A, B and C v. Ireland*, a fim de compreender como se operou a aplicação da teoria da margem nacional de apreciação em detrimento do princípio da proporcionalidade na Corte Europeia de Direitos Humanos. A problemática busca identificar se, na ocasião do julgamento do caso analisado, a proporcionalidade não poderia ter sido empregada como instrumento capaz de reconhecer a existência do direito ao aborto, pois a discussão envolvia direta ou indiretamente a proeminência de outros direitos humanos relacionados a questões de gênero. A justificativa está relacionada à compreensão que a construção dos direitos humanos e a valorização da mulher são pautas em constante aperfeiçoamento, tanto que à época do julgamento do caso analisado, o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio (ODM) n. 5 traduzia-se em iniciativa internacional tendente a buscar a valorização da mulher no cenário internacional. O método de abordagem utilizado é o dedutivo, com base em documentos e bibliografias, visando a construir um estudo descritivo e exploratório.

**Palavras-chave:** Aborto na Irlanda; Corte Europeia de Direitos humanos; Margem Nacional de Apreciação; Proporcionalidade; Direitos humanos; Soberania.

**Abstract:** *The research aims to examine the case A, B and C v. Ireland, in order to understand how the application of the theory of the national margin of appreciation to the detriment of the principle of proportionality operated. The issue seeks to identify whether, at the time of the judgment of the case analyzed, proportionality could not have been used as an instrument capable of recognizing the existence of the right to abortion, as the discussion directly or indirectly involved the prominence of other human rights related to issues of gender. The justification is related to the understanding that the construction of Human Rights and the valorization of women are constantly being improved, so much so that at the time of the judgment of the analyzed case, the Millennium Development Goal (MDG) n. 5 translated into an international initiative aimed at valuing women in the international scenario. The approach method used is the deductive one, based on documents and bibliographies, aiming to build a descriptive and exploratory study.*

**Keywords:** *Abortion in Ireland; European Court of Human Rights; National Margin of Appreciation; Proportionality; Human rights.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A revisão do conceito de soberania em face da internacionalização dos direitos humanos. 1.1. A ideia clássica de soberania. 1.2. Ascensão do estado constitucional cooperativo e a relativização da soberania. 1.3. A proteção internacional dos direitos humanos como reflexo da revisão do conceito de soberania. 2. A corte Europeia de Direitos Humanos e o caso '*a, b and c v. Ireland*' (2010). 2.1. A margem nacional de apreciação. 2.2. O caso *a, b and c versus Ireland*. 2.3. A aplicação da teoria da margem nacional de apreciação no julgamento. 3. A proporcionalidade para o empoderamento da mulher no âmbito da corte europeia de Direitos Humanos. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

É notório que a superveniência da estatura internacional dos direitos humanos tratou-se de marco fundamental para efetivar a luta feminina pela melhora na qualidade de vida, sendo que o debate acerca dos direitos reprodutivos é ponto fundamental à efetivação da dignidade das mulheres. Nessa perspectiva, a discussão sobre o aborto é tópico central nesse ambiente, fazendo-se necessário

analisar sua regulação no âmbito do Sistema Europeu de Direitos humanos numa perspectiva evolutiva.

Assim, a pesquisa tem por objetivo examinar o caso *A, B and C v. Ireland*, a partir de duas teorias relevantes que podem relacionar à forma com que o empoderamento da mulher gestante ocorre no cenário internacional: a margem nacional de apreciação e a aplicação do princípio da proporcionalidade, ambas empregadas comumente pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CDHM). A problemática busca identificar se, na ocasião do julgamento do caso analisado, a proporcionalidade não poderia ter sido empregada como instrumento capaz de reconhecer a existência do direito ao aborto, pois a discussão envolvia direta ou indiretamente a proeminência de outros direitos humanos relacionados à questões de gênero.

A justificativa, por sua vez, repousa no raciocínio que a construção dos direitos humanos e a valorização da mulher são pautas em constante aperfeiçoamento, tanto que à época do julgamento do caso analisado, o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio (ODM) n. 5 traduzia-se em iniciativa internacional tendente a buscar a valorização da mulher no cenário internacional. A pesquisa utiliza do método de abordagem dedutivo, com base em documentos e bibliografias, visando a construir um estudo descritivo e exploratório.

Nesse sentido, o item 1 abordará a revisão do conceito de soberania, isto é, sua evolução a partir de um modelo absoluto para aquele posterior à internacionalização dos direitos humanos, marcado pela relativização ao recepcionar a ideia de responsabilidade do Estado. Em seguida, o item 2 analisará a aplicação da Teoria da Margem Nacional de Apreciação no caso *a, b and c V. Ireland*, discutindo a base fática e jurídica do julgamento. Finalmente, o item 3 tratará da verificação em como o tribunal poderia ter aplicado a regra da proporcionalidade para apreciar a matéria.

## **1. A REVISÃO DO CONCEITO DE SOBERANIA EM FACE DA INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

No presente tópico, o trabalho abordará como o conceito de soberania foi relativizado em face da superveniência de uma nova perspectiva sobre o direito internacional. Assim, começa discutindo a ideia clássica de soberania e como esta firmou-se na ótica global. Posteriormente, discutir-se-á a ascensão do Estado cooperativo e as causas do processo de relativização da soberania. Por fim, será abordada a influência do processo de revisão na proteção internacional dos direitos humanos, bem como a conformação dos diferentes modelos de proteção.

### 1.1. A IDEIA CLÁSSICA DE SOBERANIA

Presentes desde os primeiros estudos amplos sobre o Direito Internacional, as discussões a respeito dos limites, natureza e definição de soberania nortearam grande parte do desenvolvimento da disciplina (Rocasolano; Silveira, 2010). Nessa perspectiva, Rezek (2011, p. 260) a intitula como “[...] atributo fundamental do Estado”, enquanto Kelsen (1938) a estabelece como o requisito primordial de emancipação deste das demais ordens jurídicas.

Malgrado a sua importância, as tratativas a respeito da soberania nunca foram coesas ao longo da evolução doutrinária do Direito Internacional, havendo inúmeras mudanças em seu significado a depender do conjunto fático da época (Taiar, 2009). Segundo Kahn (2004, p. 266), “[...] soberania não é um mero conceito legal. Ao invés, ela representa um ethos; ela absorve um mundo inteiro de significado<sup>1</sup>” (tradução livre). Nessa perspectiva, trata-se de um conceito muito complexo, abrangendo uma série de elementos que acabam por por em conflito princípios marcantes dos direitos interno e internacional.

Certamente, o primeiro a analisar sistematicamente a ideia de soberania foi Jean Bodin (Rocasolano; Silveira, 2010). Diferenciando-se dos demais autores, o francês classifica a soberania como poder perpétuo e absoluto frente às demais ordens e poderes terrenos, cuja titularidade e o exercício recaem unicamente sobre a figura do monarca em um típico modelo absolutista. Ademais, ela é caracterizada como superior, incondicionada, ilimitada e independente. Entretanto, embora a ilimitada frente às ordens terrenas, a soberania não poderia ser exercida arbitrariamente, devendo respeitar as leis divinas e da natureza, bem como as leis comuns a todos os homens, isto é, os costumes (Taiar, 2009).

Autores subsequentes, ainda que a fundamentassem em bases filosófico-jurídicas diferentes, não questionaram a tese de uma soberania absoluta. Essa ideia foi consagrada na sociedade internacional a partir da paz de Vestefália, na qual os Estados passaram a ser entendidos como entes absolutos, dotados de soberania, pressuposto os que tornavam iguais perante as regras de conduta internacionais, sendo eles regidos pelo princípio da territorialidade. Sobre o tema, argumenta Anjos Ramos (2013, p. 37):

A Paz de Vestefália, que pôs fim à Guerra de Trinta Anos, em 1648, representou o fim do Império Romano e reconheceu a soberania total do território dos Estados-membros do Sacro Império Romano, estabelecendo o Estado como a unidade básica das relações internacionais. Ademais, a Paz de Vestefália acarretou a concepção de soberania na qual é direito do

<sup>1</sup> Original: “Sovereignty is not merely a legal concept. Rather, it represents an ethos; it absorbs an entire world of meaning”.

Estado monopolizar o exercício de certos poderes, sendo respeitado seu território e seus cidadãos. Assim, o Estado transformou os territórios em propriedades estatais e converteu a população em sujeitos e cidadãos. Ainda, Vestefália consolidou o princípio da territorialidade no qual cada Estado passou a ser definido em razão do território, com o surgimento da jurisdição, na qual podia exercer o uso da força. Então, a partir de 1648, o princípio da não intervenção, apresentado no item 1.3 desta dissertação, também se tornou a regra básica da relação entre os Estados em prol da coexistência pacífica, como pedra fundamental da soberania por meio de um princípio. Com a consolidação dos Estados europeus, a política de colonização se instalou como prática internacional comum, sendo possível adquirir os direitos soberanos a partir da concreta ocupação e do controle efetivo sobre o território para outro Estado. Havendo qualquer indisposição à conquista colonial, podia-se adotar tanto a guerra como a elaboração de um tratado.

Com as revoluções liberais, sobretudo a francesa, pouco se alterou no conceito. Entretanto, é possível afirmar que o fortalecimento da noção de autodeterminação dos povos, junto à superveniência da ideia de nação, fez com que o princípio da territorialidade fosse complementado a nacionalidade. Assim, a imagem de nacionalismo ou nação tornou-se essencial para a perfeita compreensão de soberania estatal (Ramos, 2012).

Em síntese, o período clássico do direito internacional, embasado em autores como Bodin, Hobbes e Rousseau, ergueu um modelo absoluto de soberania, o qual não poderia ser apartado do princípio da territorialidade e a nacionalidade, ensejando uma sociedade internacional regida pela igualdade e independência dos Estados, somada a uma anarquia generalizada em termos de relações entre os países (Ramos, 2012).

Essa visão perdurou até meados do século XX, como é possível verificar no julgado da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) – atual Corte Internacional de Justiça (CIJ), acerca do caso *Lotus* (Godoy, 2009)<sup>2</sup>. Este, por sua vez, tratou-se de caso fundamental para marcar a posição jurisprudencial da Corte, no qual se afirmou que o direito internacional organiza as interações interestatais independentes, de forma que as limitações à soberania e à independência não poderiam ser presumidas para a solução de conflitos internacionais (Pallet, 2017).

<sup>2</sup> O caso *Lótus* foi julgado pela Corte Permanente Internacional de Justiça (Haia) entre janeiro a setembro de 1927. Estruturada junto à Liga das Nações, a Corte Permanente foi o equivalente à atual Corte Internacional de Justiça, também sediada em Haia, e presentemente ligada à Organização das Nações Unidas. No caso *Lótus França e Turquia* discutiram fixação de competência para julgamento de crime praticado em alto mar. A Turquia venceu a contenda, apertadamente, com voto de desempate (casting vote) do Presidente da Corte, Huber (Godoy, 2009, p. 42).

## 1.2. ASCENSÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO E A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA

A despeito da duração prolongada da visão clássica de soberania, resta claro que o novo modo de vida da sociedade, em virtude das vastas transformações sociais do século XX, não poderia conviver com um conceito absoluto e tão fechado, tanto no âmbito interno dos países, como na ótica internacional. Desta feita, pode-se visualizar a relativização do conceito para um ‘contemporâneo’ a partir de três diferentes perspectivas: os âmbitos privado, público interno e público internacional.

No que tange à ótica privada, a proliferação massiva da sociedade por todos os continentes, atrelada à nova divisão do trabalho, impulsionou um gigantesco processo de globalização, ensejando na frenética interação intercontinental representada por um grande fluxo pessoal, intelectual e produtivo, sem contar na hiperconectividade em matéria tecnológica, desenvolvida pelo *boom* das redes proveniente da terceira revolução industrial. Nessa perspectiva, a cooperação entre os Estados, tanto em matéria Penal como Civil, fez com que o Direito Interno recepcionasse cada vez mais a regulamentação internacional em matéria de Cooperação Jurídica, excluindo-se da absoluta concepção de territorialidade e adotando, até mesmo, em alguns casos, como o da União Europeia, o princípio da extraterritorialidade<sup>3</sup>; ou o da territorialidade temperada (caso brasileiro)<sup>4</sup> (Ramos, 2018).

Em matéria de direito internacional público, a grande responsável foi a internacionalização dos direitos humanos, que ocupou os debates do pós-Segunda Guerra Mundial. A Carta de São Francisco, ao contemplar a não-intervenção e a independência dos Estados com maior destaque do que o princípio humanista, recepcionou a ideia Vestefaliana de soberania. Entretanto, essa consagração foi limitada pela evolução do conceito no âmbito da organização, tanto pela emissão de um complexo arcabouço normativo versando sobre os direitos humanos, quanto pela evolução doutrinária do tema – como adoção do conceito de responsabilidade de proteger –, e pela Jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, que evoluiu no sentido da soberania ‘moderna’. Sobre o tema, Ramos (2012) argumenta que:

<sup>3</sup> O princípio da extraterritorialidade, consiste na aplicação da lei brasileira aos crimes cometidos fora do Brasil. A jurisdição é territorial, na medida em que não pode ser exercida no território de outro Estado, salvo em virtude de regra permissiva, emanada do direito internacional costumeiro ou convencional (Capez, 2019, p. 74).

<sup>4</sup> (...)cuida da principal forma de delimitação do espaço geopolítico de validade da lei penal nas relações entre Estados soberanos. A soberania do Estado, nota característica do princípio da igualdade soberana de todos os membros da comunidade internacional (art. 2.º, § 1.º, da Carta da ONU), fundamenta o exercício de todas as competências sobre crimes praticados em seu território (Masson, 2019).

Direito Internacional dos Direitos humanos consiste no conjunto de direitos e faculdades que protege a dignidade do ser humano e se beneficia de garantias internacionais institucionalizadas. No mesmo sentido, afirma SIMMA que esse ramo do Direito Internacional consiste em um conjunto de normas jurídicas internacionais que cria e processa obrigações do Estado em respeitar e garantir certos direitos a todos os seres humanos sob sua jurisdição, sejam eles nacionais ou não.

O processo de internacionalização dos Direitos Humanos teve início real com a emissão do tratado institutivo da ONU em 1945. Pode ser afirmado como fruto da 'Era dos Direitos' (Bobbio, 2004), cuja causa marcante trata-se do pânico provocado pelas atrocidades em massa cometidas na Segunda Grande Guerra, sobretudo pela reação à barbárie nazista (Ramos, 2018). Assim, é visto como uma tentativa desenfreada de limitar a ideia de jurisdição nacional com o objetivo de evitar a irresponsabilidade dos atores em matéria humanitária (Silveira; Sanches, 2016).

Embora o primeiro marco normativo tenha sido a Carta de São Francisco, é com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, e a aprovação posterior da *International Bill of Rights*, que se tem a base normativa internacional e regular à proteção dos direitos humanos. Após, uma série de tratados e convenções foram firmados sobre conjuntos específicos de direitos, instalando o que se convencionou a chamar de Sistema Global de Direitos Humanos.

Ademais, junto ao processo ora comentado, o fortalecimento da integração entre os Estados, com a formação dos organismos internacionais, representou um grande passo no que tange à revisão da concepção tradicional de soberania (Rocasolano; Silveira, 2010). Sobre o assunto, assevera Cassella (2012, p. 637) que:

As organizações internacionais fazem parte do direito internacional atual e são o resultado do aumento das relações internacionais e da necessidade da cooperação entre os estados. Nesse sentido, a anterior remissão à "Evolução institucional: do bilateralismo pontual ao multilateralismo institucional". Embora a multilateralidade seja característica do direito internacional e da diplomacia contemporânea, não representa integralmente novidade, visto que alguns exemplos podem ser apontados no passado.

O surgimento das organizações internacionais levou o direito internacional público a sair de um sistema de "*high authority state*" em direção a um modelo de "*supra organisation authority*", semelhante ao processo de federalização estadunidense, ou seja, uma diminuição do poder dos Estados Nacionais progressiva em favor do incremento na força política das organizações (Gibson, 1991).



A formação dessas instituições internacionais começou já no fim da Primeira Guerra, notadamente com a inauguração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e da Sociedade das Nações (SDN). Entretanto, é com o fim do segundo conflito que o direito internacional conhece a avalanche de instituições por todo o globo (Rocasolano; Silveira, 2010). É certo que o processo não foi muito bem coeso, se desenvolvendo diferentemente no plano internacional e regional e, ainda, em momentos diversos entre as regiões do globo. Acerca do assunto, pondera Varella (2019, p. 113):

Os processos de internacionalização do direito e aumento da interdependência global conduzem a uma maior integração entre os Estados em diferentes aspectos. Tal processo caminha por duas vertentes: uma regional, outra global. No plano regional, os Estados unem-se a outros Estados próximos onde os avanços na integração são facilitados por diferentes fatores como, por exemplo, a proximidade geográfica, os interesses comuns e as facilidades de integração de estruturas de produção. No plano global, os Estados se unem com dezenas, por vezes bem mais de uma centena de outros Estados para a formulação de processos comuns de integração. Sistemas regionais de integração são processos jurídico-políticos de aproximação entre Estados de uma mesma região geográfica para a criação de sinergias. Tais sistemas são constituídos por tratados entre os Estados com diferentes formas de harmonização de seus sistemas jurídicos, de modo a desbloquear o processo de integração e possibilitar a criação de estruturas comuns de poder.

No que tange à vertente regional, é notório o destaque europeu entre os demais continentes, tendo em vista o fato de ser a União Europeia o bloco mais avançado no estágio de integração. Essa integração iniciou-se logo no pós-guerra, estando associada a questões eminentemente político-econômicas, visto o avanço soviético sobre o leste do continente e o incentivo do governo estadunidense por meio do Plano Marshall para a união. Assim, a formação do Benelux, da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), da Comunidade Europeia da Energia Atômica (EURATOM) e da Comunidade Econômica Europeia (CEE), conduziram os países à formação de uma ampla organização que permitisse o intercâmbio comercial, monetário e pessoal, chegando à criação da União Europeia em 1992, por meio da assinatura do Tratado de Maastricht e o de Amsterdam, em 1997 (Amaral, 2010).

A Organização beirou ao limite de configurar-se como verdadeira confederação dos Estados europeus, isso porque, em 29 de outubro de 2004, chegou a ser assinado, em Roma, um Tratado Constitucional que previu sua personalidade jurídica internacional, inclusive com a representação por meio de um Presidente



eleito nos Estados e aprovado pelo Parlamento Europeu. Contudo, em vista da necessidade de aprovação definitiva nos Estados, o tratado foi rejeitado por plebiscitos francês e holandês (Mazzuoli, 2010). Todo esse movimento internacional repercutiu na ótica constitucional dos Estados, levando à formação do que Peter Häberle chamou de Estado Constitucional Cooperativo, regido pelo Princípio da Dignidade Humana e imerso no Direito Internacional, admitindo uma interação cada vez maior com outros Estados (Silveira; Sanches, 2016).

### **1.3. A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS COMO REFLEXO DA REVISÃO DO CONCEITO DE SOBERANIA**

A relativização da soberania, somada à internacionalização dos direitos humanos, fortaleceu a necessidade de superar a jurisdição dos Estados em direção a um ambiente internacional de proteção humana. Fala-se, então, na criação de um sistema internacional de proteção de direitos humanos como o complexo normativo e orgânico, cujo objetivo é garantir a efetividade do princípio da dignidade humana (Rocasolano; Silveira, 2010). Esse sistema, conforme ensina Piovesan (2019, p. 4), subdivide-se em dois, um global e outro regional, os quais se complementam reciprocamente e com o ordenamento nacional:

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Nessa ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, tais sistemas se complementam, somando-se ao sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Essa é, aliás, a lógica e a principiologia próprias do Direito dos Direitos humanos.

Na atualidade, o sistema global é complexo, sendo representado um compêndio de tratados e convenções específicas sobre cada conjunto de direitos, todos edificados a partir da já comentada Carta Internacional de Direitos Humanos (Ramos, 2018). Essa estrutura normativa ensejou a criação de uma série de órgãos de fiscalização e monitoramento dos países em relação aos dispositivos normativos. Esse sistema global (onusiano ou universal) é um conjunto de mecanismos de proteção gerido pela ONU direta – os órgãos da própria instituição – ou indiretamente – aqueles edificados em tratados sob o patrocínio onusiano. São órgãos próprios da instituição: o Conselho de Direitos Humanos (CDH), as Relatorias Especiais de Direitos Humanos e o Alto Comissariado para Direitos Humanos

(ACNUDH), já os externos são: os comitês criados por tratados internacionais de âmbito universal e o Tribunal Penal Internacional (TPI) (Ramos, 2018).

O sistema regional, por sua vez, é aquele conjunto de normas e mecanismos interestatais de âmbito regional, decorrentes e desenvolvidos no bojo de um organismo regional (Accioly; Silva; Cosella, 2017). Nessa via, há três grandes sistemas de proteção regional no globo, sendo eles: o sistema interamericano, o sistema africano e o europeu.

O instrumento de maior importância no âmbito americano trata-se da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto Internacional de São José da Costa Rica, estabelecido no bojo da Organização dos Estados Americanos (OEA) (Piovesan, 2013). Junto a isso, tem-se a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) como mecanismo de monitoramento e proteção contra atos violadores dos dispositivos da convenção – para os países signatários do Pacto de São José – e contra os direitos consagrados na Carta Constitutiva da OEA, para os não signatários do citado pacto (Piovesan, 2013). Já no plano jurisdicional, atua a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), cujas atribuições subdividem-se em consultiva e contenciosos.

O Sistema Africano (SADH) estrutura-se de maneira similar ao modelo americano. Assim, tem-se que o principal instrumento normativo é a Carta Africana de Direitos Humanos – também conhecida como Carta de Bândua. Já como mecanismo de apuração e monitoramento, há a Comissão Africana de Direitos Humanos (CADHP) que funciona no âmbito da União Africana, organismo regional do continente. Ademais, também se ocupando das funções consultiva e contenciosa, a Corte Africana de Direitos Humanos exerce o papel jurisdicional do sistema (Bacião, 2020).

O Sistema Europeu de Direitos Humanos (SEDH) é o mais complexo e moderno na atualidade. É estabelecido nos entornos do Conselho da Europa, organismo internacional mais antigo do continente, que possui por função a defesa dos direitos humanos, manutenção da estabilidade político-social e o desenvolvimento democrático no continente (Piovesan, 2019). Isso ocorre pelo fato de os órgãos de controle ser parte do citado organismo, bem como pela exigência dos países em ser membros para ratificarem as disposições normativas de proteção aos direitos humanos.

Assim, o sistema possui como norte a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), tratado multilateral assinado no dia 4 de novembro de 1950, em Roma, e ratificado e entrado em vigor em 3 de setembro de 1953. Para além do texto original, a Convenção é complementada por uma série de Protocolos dispostos a alterar o seu texto, seja para aumentar o escopo de regulação, ou para

transformar a estrutura dos órgãos de proteção (Piovesan, 2019). Nessa via, dois são de maior destaque na história do sistema, os de n. 11<sup>5</sup> e 14<sup>6</sup>.

Nessa perspectiva, o Sistema conta com dois órgãos principais. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) é o órgão jurisdicional com duas competências primordiais: consultiva – podendo emitir pareceres sobre a convenção e os protocolos aos Estados membros e ao Comitê de Ministros – e resolutiva, competindo resolver sobre os processos judiciais pendentes. Ademais, o órgão pode ser acionado tanto pelo mecanismo de petição inicial, pelos cidadãos dos Estados-membros, como por outros Estados contra violações aos direitos humanos em outros membros, funcionando como uma espécie de *actio popularis* (Piovesan, 2019).

Junto a isso, há o chamado Conselho de Ministros, órgão político, composto por um representante de cada um dos países partes da Convenção, cuja função primordial é fiscalizar a atuação do tribunal e o cumprimento das determinações deste. Vale ressaltar que o citado órgão não possui mais a competência resolutiva sobre casos, como o tinha anteriormente à emissão do protocolo n. 11, quando os processos eram remetidos ao Comitê de Ministros pelo Comitê de Direitos Humanos (Piovesan, 2019). Ocorre que, por ser órgão político, suas decisões tendiam a favorecer os Estados, tendo em vistas que esses possuíam voto no Comitê, bem como boa articulação com demais membros, geralmente ministros das relações exteriores dos outros países.

<sup>5</sup> Decorreu a necessidade de dinamizar o trâmite das demandas pelo sistema em virtude de um aumento exponencial dos casos, decorrente da entrada repentina de inúmeros países do leste europeu, tendo suprimido o Comitê de Direitos Humanos e judicializado inteiramente o sistema, através da criação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. O Tribunal passou a ser a nova versão da Corte de Direitos Humanos, agora composto - ao invés dos 7 juízes de outrora - pelo número de magistrados coincidentes com o número de membros do Conselho da Europa. Ademais, o Tribunal passou a ser uma corte permanente e responsável por julgar todas as demandas impetradas na corte, retirando a competência do comitê de ministros, o qual passou a exercer apenas a função de fiscalizador do tribunal.

<sup>6</sup> A superveniência deste protocolo deu-se em reação à avalanche de processos impetrados no tribunal após a alteração estrutural proveniente do do de n. 11. Ocorre que, malgrado a extinção do comitê e a instalação de um novo procedimento, unicamente judicial, a alteração n. 11 não criou nenhuma limitação à iniciativa para peticionar no tribunal, o que fez com que se proliferaram para além da capacidade do órgão, comprometendo o acesso à justiça em virtude da morosidade processual. Ramos elenca os novos motivos de inadmissibilidade: “1) ausência de esgotamento dos recursos internos; 2) perda do prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva para peticionar à Corte EDH; 3) anonimato da petição; 4) coisa julgada, caso a petição seja essencial, idêntica a uma petição anteriormente examinada pela Corte ou já submetida a outra instância internacional de direitos humanos sem qualquer fato novo; 5) teor incompatível com o disposto na Convenção ou manifestamente mal fundada ou com caráter abusivo; e, finalmente, 6) não ocorrência de qualquer prejuízo significativo ou matéria de grave indagação, salvo se o respeito pelos direitos exigir uma apreciação da petição” (2013).

## 2. A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS E O CASO 'A, B AND C V. IRELAND' (2010)

O presente capítulo abordará, primeiramente, a construção teórica da margem nacional de apreciação, bem como sua inserção no âmbito do Sistema Europeu de Direitos Humanos. Adiante, discutir-se-á a tramitação do caso *a, b and c versus Ireland* e, por fim, a aplicação da teoria no âmbito do processo.

### 2.1. A MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO

A margem nacional de apreciação é um recurso hermenêutico utilizado para conferir certa fronteira de discricionariedade interpretativa ao juiz, que o permite interpretar o complexo de normas de acordo com as especificidades culturais e/ou nacionais. Tendo origem no direito administrativo europeu, a função do instituto é permitir uma adequação do ordenamento às particularidades culturais de cada região e/ou país (Silveira; Sanches, 2016).

Cabe trazer à baila o fato de que – malgrado ser o continente mais avançado em matéria de integração regional – as diferenças culturais na Europa são avassaladoras. Isso ocorre em virtude da forte incidência do feudalismo na história regional<sup>7</sup>. Outrossim, embora o predomínio cristão ao longo dos séculos da pós-antiguidade, a diferença religiosa é muito forte, seja dentro do próprio cristianismo, com as matrizes católica, protestante e ortodoxa, bem como outras crenças emergentes – como o islamismo e o ateísmo –, fato importante em matéria de assimetria cultural (Burns, 1999) derivado de diversos processos migratórios.

A MNA é um importante recurso na aplicação dos direitos humanos em respeito às peculiaridades de cada Estado, atuando, também, como uma forma de diminuir o impacto promovido pela relativização da soberania – fenômeno ora discutido. Sobre o tema, argumenta Diniz (2001, p. 402):

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.

<sup>7</sup> Período responsável por um grande isolamento entre os micro territórios, controlados pelos senhores feudais, fenômeno que provocou grande revés à comercialização, bem como às trocas culturais, instaurando certo distanciamento cultural entre eles.

Um dos fundamentos da aplicação da MNA decorre da competência do TEDH definida no artigo 32 da CEDH que estabelece: “[...] a competência do Tribunal abrange todas as questões relativas à interpretação e à aplicação da Convenção e dos respectivos protocolos que lhe sejam submetidos” (Silveira; Sanches, 2016, p. 86). Já no que concerne à função jurisdicional, o órgão possui *status* subsidiário ao ordenamento interno dos Estados, não possuindo competência concorrente, o que é reafirmado pela impossibilidade de petições no caso de não esgotamento dos recursos internos.

Essa subsidiariedade implica duas noções à MNA: uma técnica e outra política. A primeira diz respeito a sua própria fundamentação, relacionando-se com a imprecisão de alguns preceitos que permitem certa liberdade ao juiz, nos chamados *hard cases* (Silveira; Sanches, 2016). A política implica na sensibilidade dos membros a esses temas mais polêmicos e o impacto das decisões na estabilidade interna (Mello, 2014, p.35). A partir dessas premissas, o tribunal já aplicou diversas vezes a MNA, ainda que não esteja prevista diretamente na convenção, embasando-se no §1º do art. 15º da CEDH.

## 2.2. O CASO A, B AND C VERSUS IRELAND

O caso *a, b and c versus ireland* trata-se de conflito jurídico levado ao TEDH, a partir da petição n.º 25579/05 contra a Irlanda, com base no artigo 34 da Convenção Europeia de Direitos do Homem, por duas cidadãs irlandesas, senhoras a e b, e uma lituana, senhora c, as quais pediram sigilo quanto à identificação. As impetrantes alegaram supostas violações ao artigo 8º da Convenção por parte do governo e, para além, a srª c indicou o descumprimento de direito constitucional ao aborto em caso de risco à vida da gestante por parte da Irlanda (CEDH, 2010).

O caso da requerente ‘a’ trata-se de aborto realizado por cidadã irlandesa, já com 9 semanas e meia, que viajou na data de 28 de fevereiro de 2005 à Inglaterra por acreditar ser impossível a realização do aborto em território nacional. A requerente era pobre e solteira, já possuindo 4 filhos na época do ocorrido, sendo 1 portador de deficiência, todos abrigados em orfanato em virtude de condição de alcoólatra da mãe. Além disso, a requerente foi diagnosticada com quadro severo de depressão, motivos pelos quais alegou não ser capaz de lidar com a superveniência de nova gravidez, o que a fez tomar dinheiro emprestado, com elevada taxa de juros, para realizar o procedimento no país vizinho. Posteriormente ao ocorrido, a requerente teve um quinto filho, detendo a guarda de 3, sendo que

---

<sup>8</sup> 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.

dois, inclusive o portador de deficiência, permanecem sob cuidados que não os dela (CEDH, 2010).

No caso da requerente 'b', trata-se de aborto realizado no dia 17 de janeiro de 2005 na Inglaterra por cidadã irlandesa, que não se sentia capaz de lidar com a superveniência de gravidez indesejada (tomou pílula do dia seguinte), alegando motivos financeiros. Após o procedimento, viu a formação de coágulos e sofreu graves consequências decorrentes da prática de aborto. No julgado, dispõe a corte: “[...] no seu retorno à Irlanda, ela começou a apresentar coágulos sanguíneos e duas semanas depois, por não ter certeza da legalidade de ter viajado para fazer um aborto, procurou acompanhamento em uma clínica em Dublin afiliada à clínica inglesa” (CEDH, 2010).

A terceira requerente praticou, no dia 3 de março de 2005, aborto na Inglaterra, acreditando na impossibilidade de realizá-lo em solo irlandês. Antes do ocorrido, a senhora submeteu-se a 3 anos de tratamento quimioterápico contra forma rara de câncer. Tendo perguntado a seu médico sobre as implicações da doença acerca de sua vontade de ter filhos, foi informada sobre a inexatidão dos efeitos à doença e a possibilidade de prejuízo ao feto no caso de realizar quimioterapia no primeiro trimestre de gravidez (CEDH, 2010).

Ocorre que, com a entrada em remissão da doença, acidentalmente engravidou, realizando uma série de exames de câncer contraindicados durante a gravidez – enquanto a desconhecia. Com a descoberta, resolveu perguntar ao seu médico sobre o impacto dos exames, alegando a requerente não ter recebido informações em virtude do efeito inibidor do quadro jurídico irlandês. Com a desinformação, procurou na *internet* sobre os riscos e, a partir da inexatidão sobre eventual risco para si, realizou o procedimento em solo inglês. Após retornar ao país de origem, sofreu consequências pelo procedimento ter sido incompleto, ensejando uma série de complicações, tais como sangramentos e infecções. Alegou, também, ter sido tratada incorretamente pelos médicos (CEDH, 2010).

Antes de adentrar especificamente nas alegações das partes e na decisão da corte, vale discutir brevemente o principal dispositivo em debate: tratou-se do questionado artigo 40.3 da Constituição Irlandesa.

É sabido que o aborto sempre foi restringido em solo irlandês ao longo da história, sendo que o código penal e as demais Leis no País proibiam a prática. Entretanto, com a evolução doutrinária e jurisprudencial no restante do continente europeu, surgiu, no final do século XX, certo medo na comunidade do País que a prática viesse a ser admitida via hermenêutica evolutiva do Supremo Tribunal. Daí veio a ideia de promulgar uma emenda constitucional proibindo expressamente a prática. Nessa perspectiva, em 1983, foi aprovado o referendo

para a inclusão de um parágrafo 3<sup>9</sup> no art. 40.3 da Lei fundamental, que proibiu expressamente a prática, salvo nos casos em que a gravidez gerasse risco à vida da mãe (CEDH, 2010).

Após a alteração, muito se discutiu, no âmbito da Suprema Corte, sobre a interpretação do novo dispositivo. Nessa perspectiva, cabe trazer a decisão do tribunal no caso 'Procurador Geral *versus* X e outros', mais conhecido como 'caso X'. Nessa lide, discutiu-se sobre a possibilidade de impor limites a uma jovem de 14 anos, que estava grávida em virtude de estupro, deixando a jurisdição do país para realizar aborto no Reino Unido. A Corte decidiu que, malgrado a proibição constitucional, seria impossível impedir a cidadã de viajar a outro país. Essa decisão fez com que ascendesse novo debate sobre alteração constitucional (Mello, 2014). Assim, em 1992, duas emendas foram aprovadas. A décima terceira emenda incluiu a seguinte alteração ao terceiro parágrafo: "[...] esta subsecção não limita a liberdade de viagem entre o Estado e outro Estado". e a décima quarta: "esta subsecção não limita a liberdade de obter ou disponibilizar, no Estado, nas condições que vierem a ser estabelecidas por lei, informações relativas aos serviços legalmente disponíveis em outro Estado" (Irlanda, 1992).

As 3 requerentes alegaram violação ao artigo 8<sup>o10</sup> da CEDH por invasão a suas vidas privadas por parte do governo irlandês. Assim, malgrado reconhecerem a previsão legal em vista a proteger a vida fetal, impuseram uma série de críticas a essa regra. Em primeiro lugar, alegaram que as restrições ao aborto não foram capazes de cumprir o objetivo, isso porque, os índices de aborto no país eram semelhantes aos demais Estados do continente os quais o haviam legalizado. Ademais, para as requerentes, mesmo que este objetivo tivesse sido cumprido, o governo não poderia sustentá-lo moralmente em face das críticas dos órgãos de direitos humanos e o posicionamento divergente dos vários organismos internacionais. Junto a isso, alegaram que a população europeia, na atualidade, não mais compactuava com médias tão restritivas em relação à matéria, pois alguns referendos e plebiscitos no sentido do endurecimento haviam sido rejeitados, em

<sup>9</sup> *"The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right."*

<sup>10</sup> Artigo 8º 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 económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.



contrapartida a outras medidas de flexibilização, como na décima terceira emenda (CEDH, 2010).

A alegação relevantíssima imposta pelas requerentes foi no sentido de acusar a desproporcionalidade das medidas restritivas para proteção à vida fetal em oposição aos direitos das mulheres. Além disso, trouxeram à mesa a prevalência marcante das medidas restritivas no que tange ao ambiente internacional, tanto no sentido dos demais países europeus, quanto em relação aos organismos internacionais que o circundam (CEDH, 2010).

Especificamente, a terceira requerente – ‘c’ – arrazoou contra a Irlanda pela falta de regulamentação de norma constitucional, especialmente em relação à possibilidade do aborto nos casos em que há risco à mãe, bem como pela ausência de limites legais para o fornecimento de informações sobre procedimentos em outros Estados. Segunda ela, a inexistência de limites legais impediu que os médicos em solo irlandês a orientassem sobre os reais riscos da gravidez para sua saúde, bem como gerou insegurança aos médicos para atuarem no pós-operatório, visto que seu clínico geral não comentou sobre os traumas do aborto, mesmo sendo visivelmente prejudicada (CEDH, 2010).

Contrariamente, o governo irlandês sustentou que os órgãos da convenção jamais admitiram o artigo 8º como qualquer conclusão permissiva em relação a certos tipos de abortos, visto ser questão muito controversa, podendo gerar graves problemas aos Estados, razão pela qual a divergência somente poderia ser solucionada a partir de regulação doméstica. Nesse sentido, buscando abrigo no art. 53<sup>11</sup> da CEDH requereu respeito ao devido processo democrático, cuja proeminência constitucional tem importância indiscutível. Entretanto, mesmo que o citado artigo pudesse ser aplicado, houve cumprimento dos requisitos, ou seja, previsão em lei e necessária à proteção dos direitos e das liberdades de terceiros (CEDH, 2010).

O governo também questionou as alegações de uma suposta mudança no entendimento popular acerca da matéria. Isso porque, nas aprovações de todas as emendas relativas à matéria – em 1983, 1992 e 2002 – não houve manifestação em favor da alegada flexibilização, tendo isso sido reforçado pela repulsa da população em assinar os Tratados de Maastricht e Lisboa, que ensejaram a proposição de protocolos especiais para o país. Contestou, também, a alegação de inefetividade da proibição, apontando a diminuição de cerca de 2.000 viagens

---

<sup>11</sup> Nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte.

para cometimento do ato entre 2001 e 2007, de modo que o país teria, então, um dos menores níveis de mortalidade materna da Europa. Já sobre a desproporcionalidade alegada, o governo foi no sentido contrário, argumentando sobre a total proporcionalidade entre a proteção à vida e à saúde da mãe, visto a regularização da prática no caso em que a gravidez importa em risco materno (CEDH, 2010).

No que concerne à terceira requerente, o governo alegou que a disposição constitucional que garante o aborto no caso de risco materno é claríssima e conhecida nos tribunais, bem como na atuação médica. Cita, inclusive, as Diretrizes do Conselho Médico, que iriam ao mesmo sentido, de modo que seria clara aos profissionais a possibilidade da prática nos casos especificados. Ademais, o governo trouxe à baila o caso *'Open Door'*, no qual a corte afirmou a suficiência do art. 40.3.3 para regular o tema, independentemente de lei complementar (CEDH, 2010).

Em relação aos casos 'a' e 'b', o tribunal entendeu pela ausência de violação ao artigo 8º, pois os requisitos para a intervenção foram atendidos, assim como disposto na legislação supracitada. No que tange à clareza de previsão legal, ambas as partes concordaram. Já sobre a proteção à moral, a Corte foi no sentido contrário ao alegado pelas requerentes, isto é, prescreveu que não houve indícios sobre a existência de uma mudança na concepção moral irlandesa acerca do tema, dando causa à argumentação do Estado irlandês. Em última ponderação, sobre a "necessidade em uma sociedade democrática", há o ponto mais importante ao presente trabalho, que será discutido no próximo tópico. Nesse sentido, a Corte decidiu pela confecção de larga margem irlandesa de apreciação, indeferindo o pedido das citadas requerentes (CEDH, 2010).

Já no caso da terceira requerente, o tribunal julgou procedentes suas alegações, pois compreendeu que a Irlanda descumpriu sua obrigação positiva de proteção à autonomia privada, manifestada no direito à integridade física e psicológica, por não regular legalmente a autorização constitucional de aborto no caso de risco à vida materna (CEDH, 2010).

### **2.3. A APLICAÇÃO DA TEORIA DA MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO NO JULGAMENTO**

A questão mais controversa quanto à ocorrência de violação ao artigo 8º diz respeito à existência ou não de um justo equilíbrio entre interesses concorrentes relevantes, acerca dos quais os Estados gozam de uma margem de apreciação. No caso, a seguridade contra ingerência estatal na vida privada dos indivíduos e o interesse legítimo irlandês em proteger forte questão moral e, conseqüentemente, a vida do nascituro, foram os principais parâmetros pela decisão exarada pela Corte (CEDH, 2010).

Por um lado, as requerentes alegaram que a proteção ao nascituro não poderia ser absoluta e ignorar desproporcionalmente a proteção das mulheres, além de ser crucial levar o consenso europeu em relação ao aborto como limitação à margem nacional de apreciação. Em contrapartida, o governo argumentou pela perfeita proporcionalidade entre o resguardo ao direito à vida do nascituro e à proteção da mulher, visto o já legalizado procedimento no caso de risco à mãe. Ademais, invocando a inexistência de consenso europeu sobre quando começa a vida, a Irlanda argumentou que a margem no caso deveria ser ampla por se tratar de controversas questões morais e científicas (CEDH, 2010).

Assim, o ponto em debate relevante para esta pesquisa passa a ser o valor da amplitude de apreciação no caso e a consequente aplicação da teoria da proporcionalidade ou da margem nacional. Assim, a jurisprudência do tribunal<sup>12</sup> caminha no sentido de que o grau de extensão da margem deve ser definido em conformidade com o grau de consenso internacional e europeu sobre a matéria. Nesse sentido, quanto maior o consenso, menor a margem. No entanto, onde não há consenso e o “[...] caso suscita debates sobre questões éticas e morais delicadas”, essa margem deve ser mais ampla, tendo em vista o juiz local ser mais preparado que o internacional por conhecer melhor os liames éticos de seu país (CEDH, 2010).

No caso em tela, mostra-se inegável a existência de um debate de valor moral e ético; a dúvida que se não ficou silente, porém, é se a existência de suposto consenso reduziria a amplitude da margem<sup>13</sup>. Nessa perspectiva, a Corte concordou com a argumentação das requerentes, no sentido da existência de consenso europeu sobre a descriminalização do aborto (CEDH, 2010). Entretanto, dispôs que tal consenso não era suficiente para diminuir a amplitude da margem nacional de apreciação, de modo a permitir o tribunal a fazer juízo de proporcionalidade. Isso porque, como alegado pelo governo, não havia consenso científico-doutrinário a respeito do momento de início da vida. Assim, na ausência de tal consenso, o Estado ficaria livre para determinar o momento de início, podendo o reconhecer para o nascituro (CEDH, 2010). Dessa forma, estabelecer a proporcionalidade entre a vida do nascituro e a vida privada da mãe tornou-se questão muito complexa que conferiu larga margem ao Estado.

### **3. A PROPORCIONALIDADE PARA O EMPODERAMENTO DA MULHER NO ÂMBITO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS**

No presente tópico, buscar-se-á ponderar qual seria o resultado no caso de o julgamento ter ocorrido com a aplicação da regra da proporcionalidade, a

<sup>12</sup> Nesse sentido, X, Y e Z v. Reino Unido, Frett v. França, Goofwin v. Reino Unido.

<sup>13</sup> Nesse sentido, Tyrer vs. Reino Unido.

partir da ponderação entre os direitos envolvidos, ao invés do uso da teoria da margem nacional de apreciação. Assim, em um primeiro momento, discutir-se-á em abstrato a regra da proporcionalidade no âmbito da teoria geral dos direitos fundamentais para, depois, analisar como se daria sua aplicação no caso em tela. Antes de entrar na discussão propriamente dita, cabe ressaltar que o presente artigo não entrará na ponderação relacionada à existência de eventual direito à vida do nascituro, pois esse ponto não foi discutido no julgamento, sendo que o Tribunal se manteve apenas a analisar a possibilidade de restrição da autonomia privada em face da defesa de premente questão moral do povo irlandês.

Pela simples exegese do artigo 8º da CEDH, extrai-se que a autonomia privada pode ser restringida para a proteção da moral coletiva de um povo. Entretanto, o controverso assunto, quando enfrentado sob o liame da proporcionalidade, está assentado em verificar até que ponto o direito fundamental da autonomia pode ser restringido para captar ganhos à proteção da moral coletiva – outro fundamento convencional. Cabe trazer aqui, conforme prescreve Canotilho (2003, p. 407), que esses direitos fundamentais possuem dupla ótica; isto é, por um lado são prescrições negativas ao Poder Público – que fica impossibilitado de violá-los – e, do outro, retrata a capacidade de exigir positivamente do Estado sua proteção.

A regra da proporcionalidade<sup>14</sup> mostra-se inerente à própria teoria dos direitos fundamentais. Ocorre que esta se revela como um artifício hermenêutico próprio do Estado de Direito, o qual busca a otimização no aplicar dos direitos incidentes em determinada ordem constitucional ou convencional. É fundamental, pois, malgrado o todo sistemático caminhar para a persecução de um fim comum – a efetivação da dignidade humana –, os princípios individualmente considerados, muitas vezes, acabam por se chocarem, desembocando em uma colisão que resulta na restrição de um direito em detrimento de outro (Silva, 2014).

Conforme é retirado da análise de Canotilho (2003), os direitos e, tampouco, as técnicas de ponderação, não podem ser considerados como prescrições absolutas, razão pela qual devem se comportar de acordo com os limites impostos pela ordem sob a qual a Nação está adstrita. No caso em tela, por exemplo, as restrições devem manter-se aos limites do todo sistemático da Convenção Europeia de Direitos do Homem.

Acerca da natureza dessas restrições, grande debate emerge, havendo duas correntes sobre o tema. Em primeiro ponto, os adeptos da chamada Teoria Interna

---

<sup>14</sup> Importante salientar que, embora parte da doutrina insista em chamar tal instituto de princípios, concordamos com Oliveira (2010, p. 45) no sentido de que a melhor nomenclatura para tanto é ‘regra da proporcionalidade’ por ser mais afeita à teoria de Dworkin e Alexy sobre os princípios e regras.

acreditam que os direitos fundamentais possuem *per se* limites imanentes às suas próprias naturezas, ou seja, como aponta Sarlet (2009, p. 388), esses direitos já nasceriam com seus respectivos limites, apresentando, assim, um conteúdo determinado desde o início. Por outro lado, a Teoria Externa emana diretamente da teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2014), prescrevendo a distinção em dois campos diferentes: o dos direitos fundamentais e o de suas restrições. Assim, os direitos fundamentais não são limitados desde sua superveniência, mas apenas têm suas aplicações restringidas quando postas em conflito com outros (Alexy, 2014). Desta feita, é na colisão e necessária restrição de um ou alguns em detrimento de outro(s) que entra em cena a análise proporcional.

Como dito, a superveniência da proporcionalidade tem relação direta com a da teoria geral dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Este a classifica como um sistema que coordena a aplicação das normas sobre direitos fundamentais, sobretudo os de princípios fundamentais, cuja incidência no caso concreto cause colisão entre suas prescrições (Alexy, 2008). Sobre o tema, assevera Barbosa (2011, p. 237):

A construção da Proporcionalidade, é importante lembrar, tem fundamento lógico na Teoria dos Princípios – donde advém sua nomenclatura jurídica mais difundida na linguagem forense. Como “padrões que devem ser observados porque são uma exigência da justiça, da equidade, ou outra dimensão da moralidade”, os princípios, conforme Dworkin, contêm uma dimensão de peso (*dimension of weight*), sendo necessário para o emprego de um princípio verificar o seu peso relativamente aos princípios a ele colidentes (ponderação). Distinguindo também, conforme já mencionado, regras e princípios como modalidades de normas jurídicas, Alexy considera os princípios como “mandamentos de otimização”, ou seja, ordenam que algo seja realizado na maior medida possível de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. Influem sobre a aplicação dos princípios não apenas as possibilidades fáticas da situação *in concreto*, mas também as possibilidades jurídicas determinadas pelas regras e pelos princípios colidentes. O sopesamento intrínseco à sua aplicação induz que, em certos casos de colisão, haja *prima facie* uma precedência de um princípio em relação ao outro. O termo precedência neste caso significa que, *in concreto*, um princípio seja considerado de maior valia do que outro a este colidente, aplicando-se um e não o outro, ou aplicando-se um em maior escala do que o outro.

Com o intuito de atingir a proporcionalidade, alguns pontos devem ser atendidos na aplicação ao caso concreto, são eles: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (Silva, 2014). A sub-regra da adequação

ou da conformidade ordena que a restrição a determinado direito em favor de outro oportuniza alcançar o objetivo desejado, qual seja, a proteção efetiva a outro direito fundamental. Ademais, a segunda sub-regra – necessidade – exige que a restrição seja necessária para o cumprimento do outro direito, ou seja, não pode existir nenhuma outra forma de alcançá-lo a não ser pela restrição. Por fim, a proporcionalidade *stricto sensu* exige que, além de adequada e necessária, a restrição de um direito deve ser proporcional ao outro, ou seja, a intensidade da redução em um não pode ser maior do que os ganhos com a manutenção do outro, devidamente consideradas suas respectivas relevâncias para o ordenamento (Silva, 2014).

Como já aludido, a questão central em discussão no caso foi a existência ou não de violação por parte do governo irlandês do artigo 8º da CEDH, cuja redação garante o “[...] respeito da vida privada e familiar” dos indivíduos, salvo quando a ingerência estiver prevista em lei e, entre outras, for necessária para proteção da saúde ou da moral coletiva. Observa-se, portanto, um conflito entre o direito contra a ingerência da autoridade pública na vida privada – ao aborto – e o direito de proteção contra a moral. Nessa perspectiva, no caso da aplicação da proporcionalidade ao invés da margem de apreciação, o julgamento do Tribunal pautar-se-ia na ponderação entre esses direitos.

Quanto à adequação ou conformidade, como assevera Ramos (2018, p. 133), “[...] busca-se verificar se o meio escolhido é apto para atingir a finalidade, que também deve ser constitucionalmente legítima”. Assim, no caso em tela, parece evidente o fato de que a restrição à autonomia privada para impedir o aborto é um recurso adequado para atender a proteção moral da sociedade irlandesa, que vai no sentido da reprovação do ato.

Noutro norte, a regra da proporcionalidade também exige o exame da necessidade da restrição, a qual enseja a comparação entre todas as medidas possíveis para consecução do outro objetivo. Na visão de Silva (2014, p. 104), há duas facetas na técnica para averiguar a necessidade, sendo elas: (i) o grau de eficácia dos meios para concretizar o fim proposto e; (ii) o valor da restrição imposta ao direito para proteção do outro. Em síntese, neste momento, o intérprete deve procurar se há alguma medida capaz de atingir igualmente ou mais o objetivo pretendido de forma a restringir menos o direito atingido. No caso de existência de medida que seja considerada como desnecessária, a restrição não será, por via de consequência, proporcional (Silva, 2014).

No conflito analisado, da mesma forma que expelido do exame da adequação, a necessidade advém de entendimento lógico. Isso, pois, se o direito ao qual se procura abrigo é o direito à proteção da moral irlandesa, e o coletivo reconhece o

aborto como crime que não deve ser relativizado, a medida pode ser considerada necessária, pois não há outra alternativa que chegue ao resultado desejado.

Deveras, é na terceira dimensão de análise, entretanto, que o caso redundava em medida desproporcional. Isso porque, a regra da proporcionalidade *stricto sensu*, com assevera Guerra Filho (2004, p. 95), “[...] determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado que seja juridicamente a melhor possível”. Dessa forma, a proteção ao direito adquirida deve ser maior do que a restrição impetrada ao outro (Ramos, 2018); ou seja, o *trade-off* entre ambos os procedimentos deve ter saldo positivo para alcançar a dignidade humana. Nesse ponto, então, é relevante o questionamento sobre se seria a questão moral do aborto, direito fundamental de igual estatura ao de autonomia privada. De antemão, cabe observar que o presente trabalho vai no sentido da ausência de proporcionalidade *stricto sensu* da decisão, tendo em vista três pontos fundamentais que serão doravante abordados.

Em primeiro lugar, parece inconciliável a alegação de descompasso com as peculiaridades culturais e morais como forma de limite à perspectiva internacional dos direitos humanos. Isso decorre da compreensão que, se os direitos são universais – como consagrados em tantos dispositivos normativos, sobretudo no texto fundamental da Carta Internacional de Direitos Humanos (DUDH) – e todos são titulares a fim de atingir a dignidade da pessoa humana, é premente discordar sobre a forte cultura católica e conservadora da Irlanda como fator para limitar a autonomia individual enquanto um direito fundamental para consagração de uma sociedade democrática<sup>15</sup>.

O processo de secularização nos países europeus, que exigiu uma postura mais laica dos Estados, operou-se na vanguarda do mundo. Essa circunstância exigiu a racionalização dos indivíduos, bem como do Poder Público, para um melhor alargamento organizacional e de soberania interna das Nações, capaz, inclusive, de resultar na proeminência de um Estado de Direito. Esse afastamento da igreja enquanto gerência de um Estado e, principalmente, do meio social, foi condição essencial à potencialização dos direitos humanos, pois retirou do ramo teocrático o enfoque da explicação do mundo e passou a contextualizá-la ao ser humano (Panasiewick, 2012).

---

<sup>15</sup> Adverte-se que não se extrai a importância das teorias jurídico-culturalistas que permeiam o debate sobre direitos humanos, mas a perspectiva universal posta tem apenas a intenção de salientar a necessidade de sobrelevação da dignidade humana. Ademais, sequer em uma vertente relativista a discussão adentra, porquanto a moral social ora discutida não está relacionada como uma prática capaz de relativizar o direito fundamental ao aborto. Independentemente da ótica observada – relativista ou universalista –, os contornos jurídicos do debate seriam o mesmo.



Por consequência, além do alargamento na proteção e valorização da sociedade, redundou, também, no fortalecimento e reavivamento de novas religiões, enquanto expressão cultural (Andrade; Bingemer, 2012). Conforme Panasiewick (2012, p. 14) salienta, a laicidade no Estado de Direito não significa a predominância do ateísmo ou das descrenças em relação à igreja, mas sim, na “[...] quebra a pretensão da religião em ditar comportamentos sociais”. Desse modo, por mais que o apego a um ramo religioso na Irlanda seja expressão de manifestação cultural, tem-se que sua utilização para justificar a ingerência na autonomia privada e, portanto, para impedir a realização do aborto, acaba representando, no exame da proporcionalidade, uma excessiva restrição capaz de esvaziar diretamente àquilo que às requerentes, no julgamento da Corte Europeia, era relevante: a autonomia privada representada na intenção de realizar o aborto, que é carregada de significações valorativas derivadas de direitos relacionados a gênero, à saúde, à autonomia privada e à cidadania.

Ademais, a moral social, por ser fruto de construção histórica, não é essencialmente um direito que traz consigo limites inerentes de sua própria natureza; mas, em verdade, conforme explica Pereira (2006), representa uma densificação em seu conteúdo em face da amplitude que possui. Assim, em termos de proporcionalidade, o sentido atribuído para a questão poderia ser de contorno; ou seja, para configurar, delimitar ou conformar o direito fundamental à moral social não só a uma possível existência do direito fundamental ao aborto, mas, também, às demais categorias de direitos das mulheres que são instrumentais à satisfação de uma vida com dignidade.

Em um segundo momento, ainda em relação aos efeitos da restrição, tem-se uma segunda colocação que é essencial. Mesmo que estivessem em mesma estatura normativa – os direitos à proteção moral da comunidade irlandesa e à autonomia privada –, salienta-se que não aparenta se estar diante de questão moral tão sensível no âmbito do Sistema Europeu de Direitos Humanos, para ser cabível a aplicação da Margem Nacional de apreciação de maneira ampla. Isso porque, a Irlanda mostra-se totalmente isolada do consenso europeu e entre as opiniões das principais organizações de defesa e proteção das mulheres, sendo o único país que admite o aborto apenas no caso de risco à vida da mãe.

Portanto, ainda que a vedação ao aborto seja medida adequada e necessária à proteção da moral coletiva da Irlanda, tem-se que já à época do julgamento (2010) havia um movimento de fortalecimento das questões de gênero em países vizinhos, capazes de orientar uma percepção gradativa – por mais lenta que seja – sobre a alteração do paradigma axiológico do direito ao aborto.

Adverte-se que essa colocação não importa na retirada da importância sobre aspectos ou valores culturais que são praticados na Irlanda, mas a intenção é clarificar que, no âmbito do Sistema Europeu de Direitos Humanos, esses diálogos já se traduziam em substrato fático relevante a ser considerado no momento do julgamento para se estreitar a dimensão da elasticidade da Margem Nacional de Apreciação que foi garantida à Irlanda. Até para fins de consideração, neste ponto, é interessante mencionar que a própria Corte Europeia, em certas ocasiões, precisou exarar posicionamentos nos quais a aplicação da regra da proporcionalidade redundou em uma sobrelevação das questões de gênero, em seu âmbito de jurisdição internacional (Bucci, 2014).

Ademais, em um terceiro momento, ainda que seja desconsiderado o consenso internacional e regional sobre a matéria, é notório que as consequências da violação ao artigo 8º são muito mais caóticas para a ótica humanitária do que eventual prejuízo à moral irlandesa. Nessa perspectiva, a violação ao bem-estar e à saúde da mulher, bem como os riscos impostos a danos graves e até fatais em ter de realizar o procedimento de forma clandestina, inadequada ou por mobilidade – seja por atraso em virtude da necessidade de viagem ou pela falta de fiscalização das clínicas – são medidas muito mais drásticas se comparadas à violação da moral social, o que afasta a conotação de harmonia que se espera entre os direitos humanos fundamentais.

Esses foram argumentos detidamente destacados pelas requerentes no decorrer do julgamento, vez que, ao submeterem-se a procedimentos clínicos fora do território da Irlanda – na Inglaterra –, acabaram não contando com o apoio pós-operatório e psicológico que eram essenciais (CEDH, 2010). Em vista disso, experimentaram consequências graves, que interferiram na concretização do Direito Humano à saúde. Inclusive, para o futuro – após a decisão, em 2010 –, a postura assumida no âmbito da Corte Europeia tornou possível que casos semelhantes novamente ocorressem, dado que a resposta aos reclamos foi, em singelas palavras, que cidadãos Irlandesas poderiam continuar a buscar na mobilidade uma forma própria de se garantir a autonomia privada e, assim, realizar o aborto; mesmo que tal sistemática fosse excessivamente mais degradante e onerosa às mulheres.

Os riscos, físicos ou psicológicos, vão no sentido contrário às convenções internacionais de proteção às mulheres. Vale lembrar que, à época, vigia na Irlanda os objetivos do milênio nos 3 e 5, ou seja, a valorização da mulher e a melhora na saúde das gestantes (Bucci, 2014). Assim, sendo o país membro da ONU, parece incabível renunciar a proteção legalizada das mulheres, provocando sérios danos ao bem-estar físico e psíquico, que caminha, inclusive, à contramão de um objetivo

progressista traçado pela sociedade internacional. Essas questões foram mantidas no bojo do novo objetivo 5 da Agenda 2030, que enseja o fortalecimento da igualdade de gênero, sendo a proteção aos direitos reprodutivos fator fundamental para atingir tal meta.

Nessa perspectiva, a Corte Europeia, ao deixar de aplicar a técnica da proporcionalidade e definir a discussão apenas na garantia da Margem Nacional de Avaliação, possibilitou até um comportamento contraditório da Irlanda, que delimitou severamente o âmbito de proteção das mulheres em seus territórios, mesmo assumindo compromissos internacionais diretos à sua valorização. E, se à época, conforme destacado na decisão, existiam casos de mobilidade a outros países para o aborto clandestino e, principalmente, consequências negativas à concretização do direito à saúde e à própria continuidade da vida da mulher (CEDH,2010), tem-se que a questão seria mais bem enfrentada a partir de uma detida aplicação da regra da proporcionalidade, com a finalidade de não restringir a autonomia privada ao ponto de esvaziar o seu conteúdo naquilo que era essencial: o direito ao aborto.

Em termos conclusivos, a Corte Europeia, ao delimitar sua análise sobre ‘o aborto não ser um direito fundamental das cidadãs Irlandesas’, diante da garantia de uma extensa Margem Nacional de Avaliação à Irlanda, negou vigência à preponderância das normas e objetivos internacionais que eram assumidos em seu âmbito de tutela, atribuindo aos valores morais da comunidade Irlandesa, sobretudo pela consideração do momento da vida do feto, um patamar desarrazoado se comparado aos demais direitos envolvidos, o que permite dizer que, na análise da proporcionalidade *stricto sensu*, há um desarrazoamento considerável em favor da proteção da moral social.

Nessa ótica, é válido relembrar as colocações de Bobbio (2004, p. 21) no sentido de que “[...] dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ter, um e outro, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irreversíveis”. E aparentemente foi isso que aconteceu ao se garantir uma ampla margem nacional de apreciação à Irlanda, na medida em que a proteção da moral social, além de esvaziar significativamente a autonomia privada, deixou de conferir uma resposta útil e adequada ao enfrentamento do problema, consistente em reconhecer que, mesmo com a proibição do aborto, essa era uma realidade social que continuaria sendo pretendida e praticada, mas de maneira precária.

Inclusive, em termos de gestão da saúde doméstica, poderia representar um próprio ônus à Irlanda, em virtude do dever de tratar os efeitos posteriores ao aborto realizado de maneira clandestina ou por mobilidade a outros países.

Portanto, a dimensão axiológica atribuída à moral social – próxima de absoluta – redundava naquilo que Bobbio (2004) chamaria de ‘ilusão’, pois interferiu no campo de um limite insuperável à tutela de outros direitos, sem, entretanto, harmonizá-los e reconhecerem-nos como limites ao próprio Estado irlandês.

Portanto, é possível concluir que a regra da proporcionalidade era instrumento jurídico indispensável ao enfrentamento da discussão pela Corte Europeia, cuja abordagem poderia sugerir, tal como analisado no presente trabalho, que a proeminência exclusiva da proteção da moral social não seria harmonizável com o conjunto de direitos fundamentais e humanos relacionados à prática do aborto. Assim, embora aparente ser adequada e necessária à garantia da moral social, em contrapartida esvazia a análise do outro direito colocado em discussão.

## CONCLUSÃO

Primeiramente, tratou-se no artigo da relativização do conceito de soberania em face da contemporização do direito internacional. Tal transformação subdivide-se em 3 óticas diferentes. Concernente à privada, percebeu-se que a internacionalização das atividades humanas com a nova organização do trabalho, proveniente das revoluções industriais e a conseqüente mundialização do comércio, foram requisitos fundamentais para a necessidade de se superar as fronteiras de modo a criar uma nova rede cooperativa entre os Estados.

Ademais, no que tange à ótica pública, a internacionalização dos direitos humanos fez com que o modelo absoluto de soberania tivesse que ser destronado a fim de conferir responsabilidade aos estados quanto à proteção dos direitos humanos. Em relação à ótica interna, o novo constitucionalismo exigiu um direito afeito ao princípio da dignidade humana, cuja concretização em um mundo globalizado depende da cooperação entre os Estados, dando origem ao que Häberle chamou de Estado Nacional Cooperativo.

Junto a isso, o presente trabalho examinou o caso *A, B and C v. Ireland*, a partir das duas teorias utilizadas no bojo do Tribunal Europeu de Direitos do Homem: a margem nacional de apreciação e a aplicação do princípio da proporcionalidade, ambas empregadas comumente pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Concluiu-se, assim, que, na ocasião do julgamento, era perfeitamente cabível a aplicação da regra da proporcionalidade para afirmar a violação do governo irlandês ao artigo 8º da CEDH, ensejando desproporcionalidade na violação à comentada autonomia privada para proteger forte questão moral.

Embora aparentemente adequada e necessária a medida adotada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, viu-se que o maior problema está no exame da

proporcionalidade em sentido estrito. Isso porque, pela ótica externa da restrição dos direitos fundamentais – vertente em que a Corte Europeia foi instada a se manifestar –, a verificação do ‘conteúdo dos direitos’ e a ‘identificação dos limites externos’, advindos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, poderiam corroborar para a definição menos ampla da margem nacional de apreciação.

Desse modo, considerando que a problemática buscou compreender se, na ocasião do julgamento do caso analisado, a proporcionalidade não poderia ter sido empregada como instrumento capaz de reconhecer a existência do direito ao aborto, a resposta é positiva. Mas, além disso, orienta à percepção que, à época do julgamento, havia motivos e fatos sociais relevantes para aplicação desta técnica hermenêutica. Nesse sentido, o uso da proporcionalidade no julgamento possibilitaria identificar o que seria protegido – no âmbito de conteúdo dos dois direitos em colisão –, conciliá-los aos outros direitos fundamentais e, ao final, identificar com precisão o que efetivamente mereceria ser o objeto de proteção harmônica. Em outros termos, o debate era muito mais significativo do que o paradigma entre a moral social e o aborto, e adentrava à própria concretude de um conjunto de direitos reflexos ligados às questões de gênero.

Em um raciocínio inverso, para a moral coletiva, não haveria um prejuízo tão drástico se fosse reconhecida a possibilidade de realizar o aborto no âmbito da Irlanda. Primeiro porque, pela estrutura cultural da Irlanda – esse foi um dos fundamentos utilizados na decisão –, boa parte da população, que manteria suas matrizes subjetivas acerca do assunto, não praticaria o aborto e, tampouco, coadunaria com o seu incentivo; de modo que ele somente seria realizado pelas mulheres que o vissem como uma alternativa objetiva à garantia de sua vida privada – e que já praticavam, por outros meios, diante da necessidade.

Em segundo lugar, se o exercício da cidadania perpassa pela visualização da confiança dos cidadãos em seu próprio Estado, que é cultivada a partir do sentimento de pertença e da própria proteção dos direitos considerados inerentes; então, definir uma estatura superior da moral social – ainda que seja um direito de natureza coletivo – à autonomia privada, enseja em uma ingerência significativa que interfere na forma com que a proteção da mulher se opera no cenário doméstico e internacional, principalmente se entendido que a ‘autorização de mobilidade para a realização do aborto’ – colocação feita pela Irlanda em sua defesa junto à Corte Europeia – representa em um distanciamento consequencial de mulheres de seu Estado, pois, embora haja o reconhecimento de uma demanda social, opera-se, em contrapartida, uma omissão pública em relação a seu enfrentamento de maneira efetiva.

Por sua vez, em terceiro lugar, não se pode olvidar que a preponderância das normas internacionais dos direitos humanos e os objetivos que têm sido comumente assumidos são fatores que exigem dos Estados uma postura ativa na garantia da dignidade humana. Nesse cenário, aliado à percepção que o Estado-Nação está cada vez mais garantindo abertura a um Estado Cooperativo, no qual as Organizações Internacionais possuem papel de destaque, tem-se que o exame do caso sem a necessária aplicação da regra da proporcionalidade – que já havia sido objeto de aplicação em outros momentos pela Corte Europeia – poderia representar preocupações futuras à proeminência do direito internacional dos direitos humanos, principalmente pela maneira com que definiu a margem de apreciação internacional.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA; Geraldo Eulálio do Nascimento; COSELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Renata Campetti, *O direito internacional: público e privado*. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

ANDRADE, Paulo Fernando Carneiro de; BINGEMER, Maria Clara. (Orgs). *Secularização: novos desafios*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2012.

ANJOS RAMOS, Mariana dos. *“Responsabilidade de proteger” dos Estados e sua dimensão jurídico-normativa*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

BACIÃO, Domingos Nhambuca Hale. O Sistema Africano de Proteção aos Direitos humanos: uma análise crítica. *Revista Direitos humanos & Sociedade*, Florianópolis, v. 2, n. 2, p. 66-90, 2019.

BARBOSA, Laís Teixeira. SIQUEIRA NETO, José Francisco. An hermeneutical analysis of reasonableness and proportionality: Common Law and Civil Law. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 3, n. 2, p. 227-244, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUCCI, Daniela. *Dimensões jurídicas da proteção da vida e o aborto do feto anencéfalo*. Curitiba: Clássica Editora, 2014.

BURNS, Edward McNall. *1897-1972. História da civilização ocidental: do homem das cavernas às naves espaciais* - v. 2 39. ed. São Paulo: Globo, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CAPEZ, F. *Curso de direito penal: parte geral*. v. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. O longo Caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CEDH. *Sentença na Demanda n. 25579/05: Caso A, B y C vs. Irlanda*. Estrasburgo: Sítio online da CEDH, 2010. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5210/11.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2021.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Soberania e margem nacional de apreciação. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 6, n. 2, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GIBSON, John S. *International Organizations, Constitutional Law and Human Rights*. Nova Iorque: Praeger Publishers, 1991.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. História do Direito Internacional: o caso lótus (1927). *Revista do Mestrado em Direito da UCB*, Campo Grande, v. 03, n. 03, 2009. Disponível: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/2560>. Acesso em: 02 mar. 2023.

KAHN, Paul. K. The question of Sovereignty. *Stan J. Int'L*, v. 40, p. 259-282, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Estado*. 1. ed. Saraiva : São Paulo, 1938.

MASSON, C. *Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)*. v. 1. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Rafaella da Cruz. *Internacionalização dos direitos e caminhos para construção de um direito comum europeu: análise da margem nacional de apreciação*. 2014. 64 fls. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria, Rio Grande do Sul, 2014.

MORAIS, Fausto Santos. Descobrendo o pressuposto hermenêutico do princípio da proporcionalidade. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 6, n. 1, 2014.

MORAIS, Fausto Santos. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. São Leopoldo: Unisinos, 2013.

SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini. SILVEIRA, Vladimir Oliveira. O direito internacional dos direitos humanos e a margem nacional de apreciação: tendências da corte europeia. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 2, p.80-94. 2018.

OLIVEIRA, Vanessa Batista. A regra da proporcionalidade e sua aplicação na hermenêutica constitucional. *Revista Espaço Acadêmico*, n. 111, p. 45-52, 2010.

PANASIEWICZ, Roberlei. Secularização: o fim da religião? In: ANDRADE, Paulo Fernando de; BINGEMER, Maria Clara (Orgs.). *Secularização: novos desafios*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2012. p. 9-26.



PELLET, Alain. Lotus, quantos despropósitos são proferidos em teu nome! Considerações sobre o conceito de soberania na jurisprudência da Corte Mundial. *Publicum*, v. 3, n. 1, 2017.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. – 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Nasponili; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. O direito internacional dos Direitos humanos e a margem nacional de apreciação: tendências da corte europeia. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS*, Porto Alegre, v. 11, n. 1, 2016, p. 80-92. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/62292/38136>. Acesso em: 16 jun. 2021.

REZEK, José Francisco *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. rev, ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. Conteúdo essencial. Restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2014.

TAIAR, Rogério. *Direito internacional dos direitos humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos*. 2009. Tese (Doutorado em Diretos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 8. ed. Saraiva. São Paulo, 2019.