

Tribunais internacionais de direitos humanos e o Estado de Direito (internacional): Parte da solução, parte do problema ou ambos?¹²

International human rights courts and the (international) rule of law: Part of the solution, part of the problem, or both?

Andreas Føllesdal³
University of Oslo

RESUMO

Críticos contestam os tribunais internacionais por sua interferência nos processos democráticos internos e por supostas violações dos padrões do Estado de Direito: eles alegam que esses guardiões do Estado de Direito não estão, eles próprios, bem protegidos. Essas preocupações não devem ser descartadas apressadamente como mero desabafo de políticos populistas insatisfeitos. Este artigo foca nos tribunais regionais de direitos humanos e argumenta que os mesmos interesses e valores que justificam, em âmbito doméstico, os padrões do Estado de Direito — como imparcialidade, independência e responsabilização — também justificam a aplicação de padrões semelhantes para os tribunais internacionais. Com foco na Corte Europeia de Direitos Humanos e na sua doutrina da margem de apreciação, o artigo demonstra como essa doutrina pode contribuir para a realização do Estado de Direito, mas também pode colocá-lo em risco. Isso exige mudanças na doutrina para garantir que os padrões centrais do Estado de Direito — como a previsibilidade e a proteção contra a discricionariedade arbitrária — sejam respeitados.

Palavras-chave Corte Europeia de Direitos Humanos; direitos humanos; direito internacional; legitimidade; Estado de Direito.

ABSTRACT

Critics challenge international courts for their interference with domestic democratic processes and alleged violations of rule of law standards: they claim that these guardians of the rule of law are not well guarded themselves. These concerns should not be dismissed too quickly as mere disgruntled venting by populist politicians. This article focuses on regional human rights courts and argues that the same interests and values that justify rule of law standards of impartiality, independence and accountability domestically also justify similar standards for international courts. Focusing on the European Court of Human Rights and its doctrine of the margin of appreciation, the article demonstrates how this doctrine may contribute to fulfilling the rule of law but at the same time may also endanger it. This requires changes to the doctrine to ensure that the core rule of law standards of predictability and protection against arbitrary discretion are respected.

Keywords: European Court of Human Rights; human rights; international law; legitimacy; rule of law

¹ Este artigo foi originalmente publicado na *Global Constitutionalism*, e autorizada a tradução pelo autor, preservando-se todas as licenças Creative Commons CC BY NC AS. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/global-constitutionalism/article/international-human-rights-courts-and-the-international-rule-of-law-part-of-the-solution-part-of-the-problem-or-both/0BCAA75809CB7C60EEFA9CC17037CDD5>

² Artigo traduzido por Me. Stanlei Ernesto Prause e Me. Isabella Marques de Oliveira.

³ Professor de Filosofia Política na Universidade de Oslo, doutor pela Universidade de Harvard. Atua nas áreas de filosofia política internacional, teoria jurídica e legitimidade democrática, com ampla produção acadêmica sobre instituições globais e direitos humanos.



1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os tribunais internacionais, como os tribunais regionais de direitos humanos (RHRCTs), são frequentemente encarregados de promover os padrões de Estado de Direito que conhecemos em nacionais. Mas os RHRCTs também podem colocar em risco esses mesmos padrões e os valores que protegem. Os críticos argumentam, por exemplo, que os judiciários supranacionais interferem nos processos democráticos nacionais e nos padrões do Estado de Direito. Eles alegam que esses guardiões não estão bem protegidos.

O que devemos pensar de tais críticas? Este artigo argumenta que não devemos ignorar possíveis conflitos entre a prática dos TRDHs e os padrões do Estado de Direito. Essas preocupações não devem ser rapidamente descartadas como meros protestos de políticos populistas. A independência não controlada dos TRDHs pode torná-los imprevisíveis e sujeitar Estados e seus cidadãos a uma discricionariedade irrestrita, arbitrária e possivelmente tendenciosa por parte desses tribunais supranacionais. São precisamente esses os riscos contra os quais os padrões do Estado de Direito deveriam nos proteger, tanto em âmbito doméstico quanto internacional – ou assim sustenta este artigo. Como, então, podemos proteger da melhor maneira os guardiões internacionais independentes do Estado de Direito?

Para responder a essa pergunta, precisamos reconsiderar a natureza do Estado de Direito e perguntar quais padrões e valores do Estado de Direito se aplicam (também) aos tribunais internacionais. O artigo, primeiramente, reexpõe na seção II algumas das concepções dominantes do Estado de Direito. A julgar pela extensão da contestação, "o Estado de Direito" parece ser um conceito extremamente elusivo, talvez até "essencialmente contestado" (Gallie 1955–56: 169; Tamanaha 2004; Traisbach (in this issue); Waldron 1989).

No que se refere ao Estado de Direito internacional, os desacordos tornam-se ainda mais intensos. Alguns críticos duvidam da própria existência e desejabilidade de tais princípios no nível supranacional. Outros não vão tão longe, mas questionam a relação entre os padrões internacionais e domésticos (Chimni 2012; Kumm 2003–04, 2009; Waldron 2006, 2011). A seção III busca fornecer alguma unidade e consistência entre as versões doméstica e internacional do Estado de Direito, dando um passo filosófico atrás antes de avançar. Um primeiro passo é identificar os interesses dos indivíduos que nos levam a valorizar os padrões domésticos do Estado de Direito, antes que possamos



perguntar se e como esses padrões podem ser aplicados no contexto internacional. Dois interesses centrais estão em jogo, que são relacionados, mas não idênticos: aumentar a previsibilidade da conduta dos outros; e promover a "não-dominação" reduzindo o risco de ser submetido à discricionariedade arbitrária de governos e outras autoridades.

Esses interesses também têm implicações para as instituições que desenvolvem e aplicam o direito internacional e protegem os padrões do Estado de Direito, incluindo os TRDHs. Elas podem ajudar a aumentar a previsibilidade e a prevenir a dominação. Mas esses órgãos judiciais também podem contribuir para causar esses problemas, de modo que devem estar sujeitos a padrões similares de imparcialidade, independência, previsibilidade e legalidade aplicados aos judiciários domésticos.

Duas características dos TRDHs criam desafios particulares à luz dos diversos padrões do Estado de Direito, especialmente em relação aos dois valores de não-dominação e previsibilidade. Primeiro, como os TRDHs frequentemente julgam disputas envolvendo Estados, eles devem ser suficientemente independentes dos Estados para adjudicar de forma imparcial. Segundo, os tribunais internacionais funcionam fora dos mecanismos de responsabilidade bem desenvolvidos de freios e contrapesos que encontramos em algumas ordens constitucionais domésticas. Por exemplo, legislativos domésticos podem corrigir o que consideram uma interpretação equivocada da lei por parte de um tribunal doméstico mediante a revisão da legislação pertinente. Em contraste, as vias para responsabilizar tribunais internacionais e para "corrigir" sua jurisprudência são mais fragmentadas e dispersas. A combinação desses dois fatores compreensivelmente alimenta o temor de que os TRDHs exerçam discricionariedade excessiva sem controle. Assim, eles podem se tornar novas fontes de dominação ao cumprir seu mandato, pois sua jurisprudência afeta os direitos humanos internos e o próprio Estado de Direito doméstico.

Diante desse panorama, o artigo discute ambos os aspectos em mais detalhe: como a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH, ou a Corte) promove o Estado de Direito doméstico nos Estados membros (seção IV) e como ela pode colocar o Estado de Direito em risco (seção V), antes de sugerir caminhos pelos quais a Corte pode mitigar os perigos potenciais. A seção IV considera um exemplo principal de como a CEDH pode evitar a dominação e a imprevisibilidade demonstrando deferência para com os Estados-parte. A doutrina da "margem de apreciação" promove, em tese, os direitos humanos e o Estado de Direito sem impor novos riscos a esses padrões. Essa doutrina, supostamente, permite que



a CEDH supervise o cumprimento, pelos Estados, de suas obrigações em matéria de direitos humanos, ainda que a uma certa distância. Ela até mesmo fortalece o Estado de Direito doméstico enquanto expressa uma deferência apropriada ao Estado.

A seção V desafia essa alegação e argumenta que a doutrina da margem de apreciação, conforme atualmente desenvolvida pela CEDH, não evita o dilema. Pelo contrário, a doutrina cria novos riscos de discricionariedade arbitrária, contrariando os valores do Estado de Direito que a Corte deveria proteger. Assim, as preocupações dos críticos não podem ser ignoradas e devem impulsionar mudanças na doutrina da margem de apreciação para melhor atender aos padrões e valores do Estado de Direito. Desenvolvimentos futuros da doutrina devem reduzir a discricionariedade da CEDH e a imprevisibilidade de sua aplicação, a fim de evitar que essa guardiã do Estado de Direito e dos direitos humanos se transforme em uma fonte imprevisível de dominação.

2. CONCEPÇÕES CONFLITANTES DO ESTADO DE DIREITO: DOMÉSTICO E INTERNACIONAL

As discussões sobre o Estado de Direito em contextos domésticos normalmente incluem vários princípios ou valores. A lista canônica de Dicey especifica três princípios: (1) supremacia da lei regular sobre o poder arbitrário; (2) igualdade perante a lei, inclusive para funcionários do governo; e (3) a lei constitucional como parte vinculativa do direito comum do país (Dicey 1959: 198–99). A formulação mais expansiva de Fuller (1964) apresenta oito desiderata da "moralidade interna do direito", incluindo aplicabilidade geral, promulgação, irretroatividade, clareza, consistência (dentro da capacidade humana), respeito ao stare decisis, possibilidade de obediência e congruência entre o significado e a aplicação da norma. Raz (2019; cf. Raz 1979: 217–18) lista onze princípios: as leis devem ser razoavelmente claras; razoavelmente estáveis; publicamente acessíveis; consistir em regras e padrões gerais; ser aplicadas prospectivamente e não retroativamente; as decisões governamentais devem ser apoiadas por razões publicamente declaradas; devem resultar de um processo justo e imparcial; que seja adequadamente aberto e participativo; as decisões devem ser razoáveis em relação às razões declaradas; os funcionários públicos (incluindo juízes) devem se conformar às convenções (locais) sobre como conduzir os negócios jurídicos, incluindo que suas ações sirvam aos interesses dos governados; e, finalmente, a doutrina do Estado de Direito e o que ela implica devem ser uma parte óbvia



e vital da cultura pública. Tamanaha (2004, 2012) identifica três temas principais nos padrões do Estado de Direito: (1) governo limitado pela lei; (2) legalidade formal; e (3) “o governo das leis, não dos homens”.

Além dessas diversas noções “delgadas” do Estado de Direito, várias listas incluem condições substantivas adicionais, abrangendo algum conjunto de direitos humanos, governo democrático ou a proteção de certos mínimos sociais ou econômicos. Assim, o Comitê sobre Legislação e Direito do Congresso Internacional de Juristas declarou em 1959 que o Estado de Direito requer “não apenas o reconhecimento de seus [isto é, do homem] direitos civis e políticos, mas também o estabelecimento das condições sociais, econômicas, educacionais e culturais que são essenciais para o pleno desenvolvimento de sua personalidade” (ver também Raz 1979: 210–11).

No que se refere ao Estado de Direito internacional, há uma gama ainda mais ampla de alternativas fundamentadas. Kumm (2003–04: 22) afirma que, pelo menos em algumas questões, “o Estado de Direito internacional se realiza na medida em que os Estados de fato obedecem ao direito internacional.” Crawford (2014: 342–43) propõe uma lista abrangente:

em primeiro lugar, que ninguém esteja fora da lei, muito menos acima dela; em segundo lugar, que ela seja de alguma maneira ou em algum sentido democrática, ao menos no sentido de ser passível de responsabilização perante outros; em terceiro lugar, que suas autoridades instituídas – especialmente o Conselho de Segurança – estejam, em princípio, sujeitas a restrições legais; em quarto lugar, que exista algo semelhante a uma constituição da sociedade internacional; e em quinto lugar, que essa sociedade não seja irremediavelmente injusta.

Diante desta profusão de alternativas, como podemos determinar os padrões apropriados para o Estado de Direito internacional – padrões que sejam adequados para os TRDHs? Precisamos assegurar alguma consistência entre os padrões domésticos e internacionais do Estado de Direito, reconhecendo, ao mesmo tempo, seus diferentes sujeitos e circunstâncias (Ulfstein 2018).

Uma estratégia proposta para “estender” os princípios domésticos do Estado de Direito ao direito internacional é a analogia entre indivíduos e Estados. Assim como a liberdade dos indivíduos deve ser protegida contra o poder de seus governos por meio do Estado de Direito em âmbito doméstico, a liberdade dos Estados deveria ser protegida pelas mesmas normas do Estado de Direito no plano internacional. A Assembleia Geral das



Nações Unidas pode ser interpretada como sustentando essa visão ao afirmar que o Estado de Direito internacional é "o Estado de Direito entre as nações" (UN General Assembly 1970). Vários autores apontam que tais argumentos por analogia provavelmente falham em diversos pontos cruciais, três dos quais merecem menção especial. Primeiro, os valores protegidos domesticamente pelos padrões do Estado de Direito dizem respeito aos interesses dos indivíduos, e não dos Estados. Segundo, entre os interesses dos indivíduos protegidos pelo Estado de Direito, muitos consideram que a liberdade ocupa uma posição central. Contudo, a liberdade individual e a liberdade soberana dos Estados são fundamentalmente diferentes. Terceiro, os riscos contra os quais o Estado de Direito busca proteger relacionam-se ao abuso do poder estatal centralizado (Hurd 2015; Waldron 2011). Nenhum desses valores domésticos se transfere facilmente para os interesses dos Estados no atual ordenamento jurídico internacional:

[Assim] as características mais moralmente convincentes do ideal do Estado de Direito dizem respeito às maneiras pelas quais um sistema jurídico pode proteger os interesses dos indivíduos e respeitar a autonomia dos indivíduos; mas grande parte do direito internacional diz respeito às relações entre Estados, e em muitos casos os Estados não representam os interesses de alguns ou mesmo da maioria de seus cidadãos. Assim, não está claro como o compromisso com o Estado de Direito deve ser concretizado no cenário internacional. (Buchanan 2006: 314–15, citado por Waldron 2011: 323).

Portanto, não podemos simplesmente assumir que a principal justificativa dos padrões do Estado de Direito internacional seja proteger a liberdade dos Estados contra alguma autoridade centralizada. Uma alternativa possível a esse raciocínio analógico é explorar algumas das bases dos padrões do Estado de Direito. Assim, podemos perguntar quais valores fundamentais o Estado de Direito protege no âmbito doméstico e quais implicações decorrem desses valores para o direito internacional e para os atores internacionais, como os TRDHs.

3. O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ENFRENTAMENTO DA CRISE DO ESTADO DE DIREITO E DA EROSÃO DEMOCRÁTICA

Em vez de depender de analogias falhas, seguimos uma estratégia que Krygier (2008) também recomenda: começar pelos fins do Estado de Direito, em vez do que se pretende ser sua anatomia institucional. O primeiro passo é identificar quais interesses dos



indivíduos os padrões domésticos do Estado de Direito protegem e promovem. Em seguida, perguntamos, em um segundo passo, quais normas, instituições e práticas podem ajudar os tribunais internacionais a assegurar esses mesmos interesses dos indivíduos organizados em Estados no plano internacional, um contexto que apresenta outras oportunidades e riscos. A gama de interesses dos indivíduos que justifica a reivindicação de que seus Estados devem cumprir os padrões domésticos do Estado de Direito pode também sustentar padrões e instituições internacionais que busquem orientar e restringir os Estados para que de fato ajam como curadores e agentes de seus cidadãos.

Quais interesses fundamentam os padrões domésticos do Estado de Direito? Podemos responder a essa pergunta por meio de uma cuidadosa conjectura indutiva, confrontando interesses propostos com vários padrões sugeridos. Pelo menos três justificativas podem ser identificadas, refletindo interesses distintos dos indivíduos.

Os padrões do Estado de Direito podem ser compreendidos no sentido amplo de governo justo, conforme proposto, por exemplo, pelo mencionado Congresso Internacional de Juristas em 1959. Isso pode incluir direitos humanos e governo democrático. Em segundo lugar, os padrões do Estado de Direito proporcionam maior previsibilidade sobre o direito e, conseqüentemente, sobre as ações das autoridades públicas. Em terceiro lugar, eles reduzem o risco de indivíduos serem submetidos à discricionariedade arbitrária de agentes — um interesse em não-dominação. Essas três justificativas são distintas, mas apoiam claramente conjuntos sobrepostos de padrões do Estado de Direito — tanto em contextos domésticos quanto internacionais. Sustento, em consonância com diversos outros estudiosos, que os dois interesses em previsibilidade e não-dominação estão na base de um conjunto familiar de normas do Estado de Direito.

O que podemos dizer sobre o primeiro interesse proposto: que o Estado de Direito serve para proteger e promover uma concepção ampla de governo justo, incluindo direitos humanos e governança democrática? Bingham (2010: 67, citado em Waldron 2016), por exemplo, favorece “uma definição ‘robusta’, que inclui a proteção dos direitos humanos em seu escopo. Um Estado que reprime ou persegue brutalmente setores de seu povo não pode ser considerado como observando o Estado de Direito.”

Por outro lado, muitos estudiosos e autoridades distinguem o Estado de Direito dos direitos humanos. Por exemplo, os objetivos da Comissão de Veneza do Conselho da Europa incluem “a promoção dos valores fundamentais do Estado de Direito, dos direitos



humanos e da democracia” (Committee of Ministers of the Council of Europe 2002). Alguns podem reear a introdução de valores substantivos como padrões do Estado de Direito, temendo disputas sobre quais valores incluir. Esse não é um argumento convincente neste contexto, uma vez que o que se busca são valores substantivos que sustentem conjuntos variados de padrões do Estado de Direito. O objetivo não é evitar premissas carregadas de valor (Pavel 2019: 8). Ao contrário, excluimos outros padrões normativos da definição do Estado de Direito com base em nossa análise crítica de dilemas, sem a intenção de descartar ou silenciar tais questões normativas importantes. Uma das implicações é que os padrões do Estado de Direito são apenas um entre vários conjuntos de valores que as ordens jurídicas precisam assegurar para serem legítimas. Assim, nessa perspectiva, as autoridades podem aumentar a conformidade com suas regras respeitando o Estado de Direito (Hurd 2015: 367; Waldron 2011: 337). Contudo, essa afirmação pode ser infundada. Não devemos assumir que melhorias nos padrões do Estado de Direito tornem uma sociedade mais justa, independentemente da qualidade normativa do regime jurídico em vigor. Regimes autocráticos podem ainda ser profundamente ilegítimos, mesmo cumprindo normas do Estado de Direito.

Consideremos, então, a segunda justificativa. Vários estudiosos parecem defender uma fundamentação dos padrões do Estado de Direito baseada no interesse dos indivíduos pela previsibilidade. Por exemplo, Raz (1979: 214; cf. Waldron 2011: 338) sustenta que “a intuição básica da qual deriva a doutrina do Estado de Direito [é que]: a lei deve ser capaz de guiar o comportamento de seus súditos.” Isso parece plausível. Além disso, proponho que, além desse interesse, alguns padrões do Estado de Direito são melhor explicados com base no interesse pela não-dominação.

A terceira justificativa sustenta que a proteção contra o governo arbitrário é um valor adicional, distinto da previsibilidade (Raz 1979: 219). Para o indivíduo, há valor em um tipo particular de liberdade: a proteção contra uma autoridade política arbitrária que não é controlada pelos sujeitos afetados — “não-dominação”, em resumo (Pettit 1997, 2010). Para nossos propósitos, o ponto central é que os padrões do Estado de Direito contribuem não apenas para uma maior previsibilidade, mas também para a proteção contra e a orientação da discricionariedade de autoridades poderosas. A proteção contra tal dominação foi um valor central em grande parte do pensamento político ocidental (Pettit 1997, 2010; Skinner 1998). Tal dominação censurável pode ocorrer mesmo quando as



autoridades não exercem sua discricionariedade (Pettit 2009: 44). E não se limita às autoridades domésticas: cidadãos e seus “Estados representantes podem ser sujeitos ao controle dominante de organismos públicos internacionais” (Pettit 2015: 55).

Por que esse interesse também deveria fazer parte dos padrões do Estado de Direito? Para muitos observadores, uma razão é que até mesmo uma discricionariedade completamente previsível por parte das autoridades sobre seus súditos é censurável. Além disso, vários autores parecem recorrer a esse interesse quando afirmam que essa forma particular de frustração de expectativas na estabilidade do direito é especialmente censurável e até desrespeitosa: “Quando tal frustração resulta da ação humana ou das atividades de instituições sociais, ela expressa desrespeito” (Raz 1979: 222). Uma combinação dos interesses em previsibilidade e não-dominação também parece se adequar melhor à lista historicamente informada de Tamanaha (2004). As normas que garantem a legalidade formal e evitam as “predileções imprevisíveis de atores individuais” (2004: 497) podem, de fato, ser justificadas em parte por preocupações com a previsibilidade. Mas ele também menciona tais normas como restrições ao poder legislativo dos governos para evitar a tirania governamental (2004: 497), o que parece se adequar melhor à preocupação com a não-dominação. Chimni (2012) igualmente sustenta que sua essência é a proibição do exercício do poder arbitrário e Martin Krygier (2008) argumenta que um objetivo central do Estado de Direito é reduzir a arbitrariedade.

Concluo que a maioria, se não todos, dos padrões domésticos do Estado de Direito podem ser justificados como meios de proteger e promover um ou ambos dos dois interesses centrais dos indivíduos em nível doméstico: não-dominação, entendida como proteção contra a vontade arbitrária dos outros; e previsibilidade, entendida como a capacidade de prever as ações dos outros.

Alguma elaboração adicional desses interesses em não-dominação e previsibilidade é necessária para compreender as implicações para o Estado de Direito internacional e, em particular, para os tribunais internacionais. O interesse na não-dominação justifica, argumentavelmente, uma variedade de padrões do Estado de Direito que ajudam a controlar o exercício da discricionariedade e proteger contra decisões arbitrárias. Existem variações importantes em termos de como especificar “arbitrário” neste contexto (cf. Blunt 2015). Para nossos propósitos, esta explicação é útil:



Quando dizemos que um ato de interferência é perpetrado com base arbitrária... implicamos que ele é escolhido ou rejeitado sem referência aos interesses ou às opiniões daqueles afetados. A escolha não é forçada a acompanhar o que os interesses desses outros requerem de acordo com seus próprios julgamentos. (Pettit 1997: 55).

A proteção contra esse tipo de arbitrariedade é importante domesticamente contra governantes e governos – foco principal de Waldron ao discutir o Estado de Direito internacional (Waldron 2011: 323). Observe-se que esse interesse na não-arbitrariedade e na não-dominação é mais limitado do que um interesse geral em garantir a escolha autônoma do indivíduo entre uma ampla gama de alternativas. Este último poderia expressar um valor mais individualista e ocidental. A distinção de Tamanaha parece apropriada aqui: o foco não é “na liberdade individual, mas na contenção da tirania governamental... Isso significa, primeiro, que os funcionários do governo devem obedecer à lei positiva vigente e, segundo, que há restrições ao seu poder legislativo” (Tamanaha 2004: 497–98).

Isso inclui exigências de legalidade para garantir que a autoridade seja exercida apenas dentro de certos domínios e de acordo com certos procedimentos e normas jurídicas. Diversos mecanismos institucionais de freios e contrapesos ajudam a reduzir o risco de que as autoridades excedam seu mandato ao orientar ou restringir o uso de seus poderes. Esse interesse também justifica um princípio de não-retroatividade e acolhe a resolução de disputas de maneira imparcial, pacífica e orientada por normas. Além disso, o interesse fundamenta as reivindicações dos indivíduos de serem protegidos pelo Estado ou outras autoridades contra a discricionariedade arbitrária de atores privados poderosos. Tudo isso é importante para reduzir o risco de dominação entre atores privados, bem como por autoridades estatais, incluindo os tribunais. Diversas normas do Estado de Direito são necessárias para que os indivíduos possam confiar na função judicial de resolução não-arbitrária e imparcial de disputas. Esses interesses se expressam em padrões de imparcialidade e independência (Crawford e McIntyre 2012: 190).

Nosso interesse em previsibilidade, por outro lado, decorre da nossa necessidade de fazer planos de longo prazo em busca de nossos diversos interesses com alguma expectativa de sucesso. Essa necessidade de coordenação e planejamento explica nosso interesse em poder confiar na conformidade dos outros com as normas jurídicas e, em



particular, em não ser vítima de ações inesperadas do governo (Raz 1979). Martin Krygier (2008: 58) elabora esse valor em sociedades complexas e grandes:

O Estado de Direito pode fornecer aos concidadãos informações e segurança cruciais, “uma base para expectativas legítimas”, permitindo-lhes saber bastante uns sobre os outros, embora muitos sejam estranhos entre si; coordenar suas ações entre si; e sentir alguma segurança e previsibilidade em seus relacionamentos. Pois, embora nem tudo possa ser tornado previsível, muito do que, de outra forma, estaria em disputa pode ser estabilizado.

Esse interesse em expectativas legítimas e estáveis fornece justificativa adicional para muitos padrões familiares de legalidade e, no contexto dos tribunais, para práticas de respeito a precedentes, de modo a permitir que os cidadãos se coordenem à luz de decisões judiciais passadas.

Passamos agora a considerar se e como esses interesses em não-dominação e previsibilidade também se refletem nos padrões do Estado de Direito internacional e suas implicações para os TRDHs em particular. Note-se que este tópico específico não difere tão fortemente da relação doméstica entre indivíduos e tribunais como ocorre em muitas outras questões relativas ao Estado de Direito internacional. Aqui, não estamos preocupados principalmente com a relação entre Estados no plano internacional, mas sim com a relação entre indivíduos e a autoridade estatal – fora das preocupações principais de Hurd (2015: 368) e Waldron (2011: 322–23).

As principais funções dos TRDHs correspondem em grande parte às dos tribunais domésticos: fornecer resolução imparcial de disputas com base em normas jurídicas e aplicando métodos judiciais, incluindo a identificação e o desenvolvimento do direito relevante. Isso também acarreta riscos que os tribunais domésticos e supranacionais compartilham. Já vimos que o perigo da dominação é uma das razões pelas quais vários estudiosos se preocupam com a revisão judicial doméstica em geral (Bellamy 2007; Tamanaha (in this issue); Waldron 2006 (in this issue)). Alguns dos riscos destacados por esses estudiosos parecem ser ainda maiores para os tribunais internacionais, já que é mais difícil submetê-los ao controle dos Estados e seus legislativos.

Pode-se argumentar, no entanto, que os possíveis riscos que os TRDHs apresentam são um pouco mitigados na medida em que esses tribunais servem principalmente como um mecanismo subsidiário para fortalecer e corrigir o judiciário doméstico. Assim, as falhas dos TRDHs pareceriam representar uma ameaça menor aos interesses dos indivíduos e de seus Estados.



Se um TRDH deixa de decidir contra um Estado de maneira equivocada, o indivíduo não está muito pior em termos de previsibilidade e não-dominação com relação à autoridade doméstica do que estaria se o TRDH não existisse. Se, por outro lado, um TRDH decide equivocadamente contra um Estado, o Estado pode ser obrigado a fornecer compensações desnecessárias ou ajustar políticas e legislações de forma indevida, mas o Estado pode evitar tais custos – pelo menos a longo prazo – ao se retirar do tratado regional de direitos humanos (Hurd 2015: 378).

No entanto, esses argumentos não são convincentes. O primeiro argumento contradiz o próprio propósito dos TRDHs de corrigir falhas domésticas. Uma decisão equivocada de um TRDH claramente afeta negativamente os interesses do indivíduo. O segundo argumento ignora que a possibilidade de retirada muitas vezes não está politicamente ou legalmente disponível. Considere, por exemplo, que a adesão ao Conselho da Europa, incluindo a ratificação da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), é um requisito de fato para a adesão à União Europeia. Assim, embora erros dos TRDHs não sejam necessariamente tão prejudiciais a indivíduos específicos quanto falhas na justiça doméstica, eles acarretam custos para os indivíduos e seus Estados.

As normas do Estado de Direito que servem para assegurar a não-dominação e a previsibilidade, portanto, também devem se aplicar aos judiciários internacionais. Esta linha de argumento, entre outras, sustenta os Princípios de Burgh House sobre a imparcialidade e independência da magistratura internacional (International Law Association Study Group 2004, reimpresso em Sands, Mackenzie e McLachlan 2005: 251–60; cf. Crawford e McIntyre 2012).

4. TEDH COMO PARTE DA SOLUÇÃO: PROMOÇÃO DO ESTADO DE DIREITO EM VEZ DE REGRAS ARBITRÁRIAS

Consideramos que os TRDH – particularmente, o TEDH – podem promover o Estado de Direito em cada País-membro. Os tribunais internacionais podem contribuir para aumentar a previsibilidade e proteger as pessoas da dominação de atores nacionais, internacionais ou transnacionais. A contribuição mais óbvia consiste em auxiliar os Estados a cumprirem as obrigações internacionais, monitorar o cumprimento desses compromissos, interpretar as normas dos tratados e resolver casos de violações praticadas por tais atores. A atuação dos tribunais internacionais reduz a chance de os Estados descumprirem as



obrigações internacionais e a tomada de decisões arbitrárias. Além dos TRDH, outros tribunais podem proteger os indivíduos da dominação de atores não estatais, transnacionais ou regionais. No caso Kadi, por exemplo, o Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE analisou a legalidade de uma medida que implementou as resoluções do Conselho de Segurança (2008).

Uma das maneiras pelas quais o TEDH promove padrões nacionais do Estado de Direito e os valores de previsibilidade e não dominação merece exame minucioso. O TEDH desenvolveu a doutrina da “margem de apreciação”. Em determinados casos, o TEDH abstém-se de revisão independente e detalhada de verificar se dado Estado tem cumprido as obrigações previstas em tratados. Em vez disso, permite que o Poder Judiciário nacional analise inteiramente o assunto ou realiza escrutínio menos rigoroso. O TEDH, portanto, concede ao Estado reclamado certa margem de discricionariedade.

O TEDH tem utilizado as margens de apreciação em três áreas: no equilíbrio entre os direitos da Convenção e outras questões urgentes, como emergências, segurança pública, bem-estar econômico etc. – conforme o regramento de vários direitos, como a vida privada, a religião e a liberdade de expressão (Artigos 8, 9 e 10). A segunda área de discussão trata do “equilíbrio” ou das “restrições” aos direitos da Convenção – como entre a liberdade de expressão (Artigo 10) e a privacidade (Artigo 8). Em terceiro lugar, um Estado pode receber margens de apreciação para tratar de desafios na aplicação das normas da Convenção às circunstâncias específicas, quando há, por exemplo, visões morais majoritárias ou outros valores questionados.

Muitos entendem que a doutrina da margem de apreciação é uma forma de o TEDH “equilibrar a soberania dos Estados-Partes e as obrigações da Convenção” (Macdonald 1993, 123) – de modo a respeitar os tratados e a soberania nacional. Outro aspecto da doutrina da margem de apreciação que pode ser compreendido como expressão de respeito às características dos Estados-Partes é que o TEDH é menos propenso a conceder maior margem de discricionariedade em questões nas quais é identificado consenso emergente (*Wingrove v. United Kingdom*, 1996; *X, Y e Z v. United Kingdom*, 1997; Dzehtsiarou, 2015). Nesses casos, o TEDH é menos deferente ao Estado e confere maior peso ao consenso em formação entre outros países.

Uma das várias condições para que o TEDH considere válida a decisão de um Estado, para fins de concessão de margens de apreciação, é que as autoridades estatais



tenham realizado teste de proporcionalidade (*Handyside v United Kingdom* 1976). O Estado precisa considerar se a suposta violação de direitos poderia ter sido evitada com outras políticas voltadas aos mesmos objetivos sociais. Ou seja, o Judiciário nacional deve analisar se as potenciais violações da Convenção por leis ou políticas locais são “proporcionais” aos objetivos perseguidos pelo Estado e se esses próprios objetivos são permitidos pela CED. No entanto, há exceções a essa regra (*Schalk e Kopf v. Austria* 2010). Esse teste de proporcionalidade, obviamente, não é condição suficiente para que um Estado desfrute de margem de apreciação: mesmo quando o TEDH considera o teste de proporcionalidade interno foi satisfatório, ele ainda pode anular a decisão interna. Mas, em vários casos, o TEDH parece considerar a evidência de que o Estado realizou teste de proporcionalidade como condição para conceder margem de apreciação (*Hirst v United Kingdom (II)*, 2005; *Animal Defenders International v. United Kingdom*, 2013).

Entendo que a exigência de um teste de proporcionalidade interna pode ajudar a promover os padrões do Estado de Direito, e o valor da não dominação em particular. Este teste ajuda a garantir não apenas que os Estados cumpram suas obrigações legais. Eles devem também demonstrar que apresentaram e que avaliaram leis ou políticas alternativas em relação ao impacto nos direitos dos indivíduos e aos objetivos possíveis de serem buscados, e que o Judiciário nacional realizou o exame independente desses esforços. Essa exigência reduz os riscos de discricionariedade arbitrária e irrestrita por parte das autoridades nacionais. Ao insistir em tal evidência como uma condição necessária (embora insuficiente) para se conceder margem de apreciação, o TEDH, indiscutivelmente, incentiva o cumprimento dos padrões do Estado de Direito e a regulação da discricionariedade. Assim, o TEDH desempenha valioso papel “prescritivo” ou “positivo”, de caráter subsidiário, em relação aos padrões do Estado de Direito (Follesdal, 1998): não somente analisa se as autoridades nacionais violam os direitos humanos, mas a doutrina da margem de apreciação fortalece a independência do Poder Judiciário nacional e o cumprimento interno das obrigações internacionais.

Outra defesa otimista desse requisito é que ele atenua uma falha nas tentativas de promoção do Estado de Direito que visam apenas aspectos jurídicos e institucionais. Tais controles e restrições têm impacto social mais forte se fizeram parte de uma cultura que usa as leis para efetivamente restringir os poderosos. Assim, Krygier argumenta que “as normas institucionalizadas precisam ser consideradas uma fonte de restrição e um recurso



normativo, utilizável e com alguma confiança rotineira na vida social” (Krygier, 2008: 60). Pode-se argumentar que o TEDH desempenha papel subsidiário “positivo” adicional ao ajudar a promover essa cultura de cumprimento das normas, incentivando o Legislativo, o Executivo e o Judiciário nacionais a considerarem, regularmente, como seus planos afetarão os direitos humanos dos indivíduos – e como alternativas podem contribuir para minimizar impactos prejudiciais. Promover tal mentalidade, sem dúvida, auxilia a garantir que a lei tenha efetividade, até mesmo quando compete com outras fontes de influência nos pensamentos e comportamentos, na economia normativa de setores significativos de uma sociedade (Krygier, 2008: 65).

5. TEDH COMO PARTE DO PROBLEMA: COMO PROTEGER OS GUARDIÕES DO ESTADO DE DIREITO?

Quais são as implicações dessa abordagem dos padrões e dos valores do Estado de Direito em relação à doutrina da margem de apreciação do TEDH?

Embora muitos padrões do Estado de Direito sejam contestados, especialmente por organismos internacionais, muitos autores concordam com a necessidade de um Poder Judiciário independente e imparcial, tanto em nível nacional quanto internacional. Esses padrões são necessários para que o tribunal desempenhe sua tarefa central: a resolução de disputas com base em normas jurídicas e métodos judiciais, e não com base na parcialidade dos juízes em favor de uma das partes. Os tribunais devem ser imparciais entre as partes em litígio para que não sejam usados como instrumentos de dominação por uma das partes e para reduzir a suspeita em relação a isso. A independência também é importante para aumentar a previsibilidade em relação a essas questões entre as partes. Isso é especialmente relevante para os tribunais internacionais, que, geralmente, julgam os casos com o consentimento das partes.

Observe que o motivo da preocupação com os padrões do Estado de Direito para o TEDH, por esse motivo, não é principalmente a necessidade de previsibilidade. Isso poderia levar a políticas de intrusão mínima do TEDH no tratamento dado pelos Estados aos seus cidadãos. Isso interpretaria fundamentalmente mal as funções dos tribunais de direitos humanos. No entanto, os padrões do Estado de Direito ajudam a proporcionar aos cidadãos de Estados democráticos previsibilidade e não-dominação – tanto em relação ao seu próprio Estado quanto em relação a outros órgãos, incluindo tribunais internacionais.



De quem o tribunal deve ser independente, entre quem deve ser imparcial e como depende das disputas que julga. No âmbito doméstico, a independência em relação aos Poderes Executivo e Legislativo é importante se a tarefa do tribunal for restringir o poder do Estado para garantir que ninguém seja juiz seu próprio juiz. Para evitar aparências de parcialidade em uma disputa entre atores privados, outras formas de independência podem ser necessárias. Defendo que a doutrina da margem de apreciação, conforme desenvolvida atualmente pelo TEDH, apresenta algumas lacunas no desafio do desenho institucional ao estabelecer organismos internacionais – e tribunais em particular: quão seguro é um TEDH independente e responsável? Como proteger o guardião do Estado de Direito? (Waldron 2002, 147-48).

Existem vários riscos de que um tribunal internacional exerça dominação. Como reduzir o risco de que juízes profiram sentenças a partir de subjetivismos (Autor, 2019: xx)? Quais padrões e diretrizes podem orientar esses julgamentos para que os juízes fundamentem as decisões em métodos judiciais? Em ambiente doméstico e democrático, isso pode ser alcançado tornando os tribunais as leis indiretamente responsáveis perante a população. Os tribunais internacionais sofrem com outros riscos de parcialidade e com outros modos de controle. Existem várias fontes de abuso tendencioso da discricionariedade a que estão sujeitos os juízes internacionais: a ideologia particular, as peculiaridades pessoais, a corrupção, a falta de autonomia em relação aos Estados-Partes e os riscos de lobistas (Autor B, 2019). Em relação à ideologia, os juízes devem ser especialistas em interpretação, mas podem encontrar divergências hermenêuticas. Nesses casos, existe o risco de o juiz aplicar teorias idiossincráticas e violar padrões de bom julgamento. Um segundo risco é que os juízes internacionais possam prosseguir com preconceitos ou preferências pessoais – que vão desde atitudes discriminatórias em relação a algum segmento da população, até aversão ou preferência por certas políticas econômicas. Um terceiro risco é que os juízes se tornem corruptos em benefício próprio. Em quarto lugar, os juízes podem servir como fantoches – como peões ou marionetes do poder dos Estados que os nomeiam (Shapiro 1981: 1-64; Voeten 2013). Assim, a ex-juíza belga do TEDH, Françoise Tulkens, observou que "a razão de ser está mais presente aqui do que eu teria imaginado ser possível" (Bruinsma, 2006; Voeten 2008). E há alguns relatos individuais de juízes que não são suficientemente independentes do Estado que os nomeia, ou, de outra forma, inadequados para o cargo (Kosar, 2015; Engel, 2012). Em quinto lugar,



existe um risco "corporativo". Os juízes, particularmente em um novo tribunal internacional, devem construir seu "capital" de legitimidade e sua autoridade entre vários grupos de conformidade (Alter, 2014). O risco de abuso do poder discricionário surge se os juízes ou os órgãos administrativos do tribunal internacional buscarem aumentar o poder da instituição, fazendo julgamentos em desacordo com o que os padrões de legalidade exigem, ou além do que é necessário para garantir os objetivos do tratado.

Analisando a forma como o ambiente institucional do TEDH, com seus procedimentos e práticas, tratam esses riscos, consideramos, primeiro, as boas notícias antes de identificar alguns desafios remanescentes criados pela doutrina da margem de apreciação. Diversos mecanismos podem controlar ou orientar a discricionariedade dos juízes. Incluem estruturas de responsabilização relativas à forma como os juízes são nomeados e formas de proteger e orientar o tribunal internacional como um todo. O objetivo é manter o tribunal em conformidade com as normas jurídicas de raciocínio nos procedimentos e julgamentos, a fim de garantir que as decisões sejam sólidas e consideradas autoritativas. O desafio de concepção de tais mecanismos é complexo, uma vez que as estruturas de controle e de responsabilização devem permitir que o Tribunal Internacional seja suficientemente independente dos Estados que monitora. O TEDH busca combinar responsabilidade e independência por meio de um procedimento em que cada Estado-Parte seja representado por um juiz, com mandatos, não renováveis, de nove anos. Cada Estado nomeia três candidatos por meio de um "procedimento de seleção nacional justo, transparente e consistente" (Assembleia Parlamentar, Recomendação 1646 de 2009), entre os quais a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa seleciona um. A Assembleia é orientada por painéis consultivos de peritos estabelecidos pelo Conselho de Ministros em 2010 e a Diretriz do Comitê de Ministros sobre seleção de candidatos, acordada em 2012.

Esse processo parece proteger, em tese, dos riscos mencionados. Parece haver pouco viés entre os juízes do TEDH em relação ao seu Estado de origem, apesar de alguns casos. Erik Voeten não encontra evidências que demonstrem tais inclinações nos julgamentos em geral (Voeten, 2008; cf. Kuijer, 1997, citado em Kosar 2014). Os juízes do TEDH também não são mais propensos a votar em favor de países dos quais seus governos nacionais dependem, por exemplo, para o comércio. Voeten encontra apenas uma correlação positiva fraca, mas sem significância estatística (Voeten 2008: 429-30).



Essa ausência de viés pode ser, em parte, devida à natureza do TEDH em comparação com outros órgãos internacionais: o TEDH é, em grande parte, um meio pelo qual o Estado se compromete a respeitar as normas de direitos humanos em relação aos seus próprios cidadãos. Essas queixas são geralmente apresentadas por indivíduos, enquanto queixas interestatais são extremamente raras no TEDH. O TEDH é, principalmente, um mecanismo para reforçar a proteção dos cidadãos, no âmbito do Estado de Direito interno contra o abuso da discricção do seu próprio Estado. Isso é importante para muitos Estados, a fim de aumentar sua credibilidade aos olhos de seus próprios cidadãos – e, às vezes, aos olhos de outros Estados. Assim, a adesão à UE exige que os Estados se sujeitem ao TEDH, em parte para que outros Estados possam confiar que apenas governos que respeitam os direitos humanos participam da Convenção. Em contraste, muitos outros órgãos internacionais ajudam os Estados a resolver problemas coletivos, por exemplo, no comércio internacional. Esses órgãos internacionais e tribunais ajudam os Estados a assumir compromissos mais confiáveis aos olhos de outros Estados e atores privados, no que diz respeito a possíveis disputas futuras relativas a acordos comerciais. Em tais órgãos internacionais “vinculativos a outros” (Alter, 2008), pode-se esperar que os juízes demonstrem uma maior parcialidade em relação ao seu próprio Estado.

Passamos agora a considerar alguns pontos fortes e fracos da doutrina da margem de apreciação para garantir que o TEDH respeite os padrões e valores do Estado de Direito. Pode-se argumentar que ela serve como um mecanismo de responsabilização muito necessário para o Tribunal, mas ainda apresenta algumas fragilidades a esse respeito. Existem várias partes da doutrina que deixam muita margem de discricionabilidade arbitrária para os juízes.

Em primeiro lugar, um “consenso europeu” desempenha um papel na doutrina da margem de apreciação do TEDH para, possivelmente, reduzir o risco de o Tribunal abusar do seu poder de controle jurisdicional. O TEDH limita a sua discricionabilidade na medida em que alinha os seus próprios julgamentos a observações de um consenso europeu sobre desenvolvimentos democraticamente decididos nos seus Estados-membros. O (emergente) consenso europeu orienta e limita a interpretação da Convenção pelo Tribunal e regula a sua concessão de margem aos Estados. Alguns estudiosos referem-se a estes papéis do consenso europeu como “ativismo majoritário”:



[O TEDH] eleva o padrão de proteção em um determinado domínio quando um número suficiente de Estados retira justificativas de interesse público para restringir o direito. Em outras palavras, a margem de apreciação diminui à medida que surge o consenso sobre padrões mais elevados. Essa medida sempre colocará alguns Estados em desacordo. No entanto, o tribunal e seus defensores podem alegar que o ativismo majoritário constitui um meio externo e "objetivo" de determinar os pesos a serem atribuídos aos interesses jurídicos em conflito, deixando o Estado perdedor a defender um padrão inferior de proteção de direitos com base em argumentos aparentemente idiossincráticos (Stone Sweet e Brunell 2013: 78–79).

Esses papéis de um consenso europeu são, sem dúvida, uma maneira pela qual o TEDH pode buscar ser responsabilizado perante outros atores. No entanto, este é um mecanismo de responsabilização fraco em vários aspectos. Primeiro, o TEDH não é obrigado a monitorar o que os Estados concordam. Segundo, essa descrição da prática do consenso europeu não é geralmente aceita. Críticos afirmam que o TEDH detecta esse consenso emergente de forma aleatória (Benvenisti, 1999; Letsas, 2007). Para fortalecer esse papel orientador e, assim, reduzir o risco de dominação pelo TEDH, ele deve desenvolver a doutrina do "ativista majoritário" com critérios mais claros sobre o tema do consenso, seja ele expresso por legislaturas ou judiciários, seja ele explicitamente abordado etc.

Uma segunda preocupação com a atual doutrina da margem de apreciação é que ela, em geral, é muito vaga e deixa muita discricionariedade aos juízes. Com efeito, a própria doutrina pode ser usada como uma ferramenta de dominação pelo Tribunal. Os críticos, portanto, alegam que a doutrina vaga da margem de apreciação faz com que a constatação de que um Estado viola ou não a CEDH é uma questão sujeita ao arbítrio discricionário dos juízes do TEDH (Benvenisti, 1999, 844; Kratochvil, 2011). Alguns indicam que a margem permite ao TEDH evitar conflitos prejudiciais com Estados poderosos – ou seja, contrários aos padrões do Estado de Direito de tratar casos semelhantes da mesma forma (Macdonald, 1993). Observe que o problema da dominação não surge apenas quando a autoridade abusa de sua discricionariedade, mas simplesmente quando sua discricionariedade é utilizada. Assim, a taxa real de incidência do uso indevido da discricionariedade não é central para o argumento.

Várias contribuições valiosas apresentam diferentes componentes da doutrina (por exemplo, Brems, 1996), mas muitas pedem mais clareza (Gerards, 2011) – por exemplo,



se um teste de proporcionalidade pública de boa-fé nacional deve ser exigido antes que o TEDH conceda tal margem.

O resultado é que a doutrina da margem de apreciação, tal como desenvolvida atualmente, torna o TEDH uma fonte de dominação. Este é um dos motivos da preocupação de vários estudiosos do controle de constitucionalidade em geral (Waldron, 2006 e 2019, Bellamy, 2007). De fato, alguns dos riscos são ainda maiores para os tribunais internacionais, visto que é mais difícil submetê-los a verificações indiretas por parte dos legisladores – e eles podem servir aos interesses de Estados mais poderosos.

Essas críticas à doutrina da margem de apreciação não são insuperáveis. O TEDH deveria definir com mais cuidado as condições de abrangência para a concessão de uma margem a um Estado: quais direitos estão em jogo, quais objetivos sociais, quão detalhado deve ser o teste de proporcionalidade e o que o Estado precisa demonstrar para garantir tal margem. À medida que tais critérios sejam públicos e defensáveis, eles servem para reduzir o risco de o Tribunal usar seu poder discricionário de forma arbitrária e suspeitas de excessos.

Considere, como exemplo, o teste de proporcionalidade específico aplicado pelo Tribunal. Pode-se argumentar que existem outras maneiras de garantir que o Estado atenda adequadamente aos direitos das partes afetadas. O caso Hirst, referente à decisão do Reino Unido sobre o voto de prisioneiros, pode ilustrar isso. O Parlamento debateu a questão, mas não exatamente da maneira que o TEDH desejava – e, portanto, o Tribunal não concedeu ao Reino Unido margem de apreciação. As críticas ao Tribunal em relação a este caso têm sido generalizadas. Parece que um passo importante para reduzir as críticas à interferência indevida no bom funcionamento dos procedimentos democráticos nacionais seria tornar as etapas do teste de proporcionalidade do Tribunal mais explícitas e defendê-lo como preferível a modos alternativos de deliberação pública, que buscam evitar conflitos entre a Convenção e propostas políticas específicas.

Serão prováveis tais desenvolvimentos em direção a uma doutrina de margem de apreciação mais precisa? O Protocolo 15, que ainda não entrou em vigor, incluirá uma referência explícita à margem de apreciação no Preâmbulo da Convenção (Conselho da Europa, 2013). Podemos esperar que essa inclusão fortaleça ainda mais os apelos por uma doutrina mais precisa e justificável de margem de apreciação. A doutrina de margem de apreciação pode, portanto, servir como um mecanismo para promover os interesses que



justificam os padrões do Estado de Direito em geral: pode incitar os Estados a uma discricionariedade mais regulamentada em relação a considerações de proporcionalidade e reduzir a discricionariedade do próprio TEDH na concessão de tal margem de apreciação.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tribunais internacionais de direitos humanos são criados para fortalecer o Estado de Direito e a democracia nos Estados signatários. Paradoxalmente, os críticos questionam se esses guardiões do Estado de Direito podem, eles próprios, ameaçar esses mesmos padrões. Embora tais críticas possam ser exageradas e, em última análise, deixadas de lado, não devem ser facilmente descartadas. Algumas defesas conceituais e práticas contra a acusação são consideradas insuficientes. Alguns padrões de Estado de Direito são relevantes também para organismos internacionais, e o caso do TEDH evidencia o risco de discricionariedade arbitrária também por parte desse Tribunal.

As reflexões atuais explicitaram alguns padrões do Estado de Direito de forma adequada para organismos internacionais, com atenção especial aos tribunais regionais de direitos humanos, como o TEDH, que tem a tarefa de promover o Estado de Direito. Para identificar alguns dos padrões relevantes do Estado de Direito, consideramos, primeiro, quais interesses dos indivíduos são protegidos e promovidos por esses padrões no âmbito nacional. Indiscutivelmente, esses valores incluem a prevenção da dominação – na forma de discricionariedade – e o aumento da previsibilidade. O TEDH pode, de fato, promover os padrões nacionais do Estado de Direito e esses valores, revisando o cumprimento da Convenção Europeia dos Direitos Humanos pelos Estados e verificando a discricionariedade das autoridades estatais para que se envolvam cuidadosamente no necessário equilíbrio entre os direitos da Convenção e outros objetivos importantes. No entanto, como vários outros organismos internacionais, o TEDH também enfrenta dilemas peculiares do Estado de Direito: assegurar sua independência em relação aos Estados acusados e, ao mesmo tempo, ser suficientemente responsável perante os detentores do tratado. A doutrina da margem de apreciação do TEDH apresenta uma face de Janus nesse sentido. Por um lado, pode promover o Estado de Direito interno e reduzir o risco de o próprio TEDH ser uma fonte de dominação. No entanto, a doutrina é atualmente tão vaga que o Tribunal é frequentemente acusado de exercer excessivo poder discricionário – em



violação aos padrões internacionais de independência e imparcialidade do Estado de Direito, e aos valores que eles asseguram.

Existem outros valores e padrões além daqueles do Estado de Direito que uma ordem política e jurídica internacional legítima deve proteger, e alguns padrões do Estado de Direito permanecem contestados. Mas o argumento aqui defendido sugere que mesmo os guardiões internacionais do Estado de Direito nacional devem, eles próprios, cumprir pelo menos alguns dos mesmos padrões que defendem. Devemos acolher e apoiar os esforços dos tribunais regionais de direitos humanos para orientar e restringir sua própria discricionariedade à luz dos padrões e valores do Estado de Direito.

7. AGRADECIMENTOS

Este artigo foi escrito sob os auspícios da Bolsa Avançada ERC 269841 MultiRights – sobre a Legitimidade do Judiciário Multinível em Direitos Humanos; e parcialmente apoiado pelo Conselho de Pesquisa da Noruega por meio do seu Programa de Financiamento de Centros de Excelência, projeto número 223274 – PluriCourts, A Legitimidade do Judiciário Internacional. O argumento foi apresentado pela primeira vez na Academia de Direitos Humanos de Veneza em 2014. Sou muito grato pelos comentários recebidos lá e posteriormente, particularmente de Knut Traisbach, Geir Ulfstein e leitores anônimos.



REFERÊNCIAS

Handyside v United Kingdom. December 7, 1976. ECtHR App No 5493/72.

Wingrove v United Kingdom. November 25, 1996. ECtHR App No 17419/90.

X, Y and Z v United Kingdom. April 22, 1997. ECtHR App No 21830/931997.

Leyla Sahin v Turkey. June 29, 2004. ECtHR App No 44774/98.

Hirst v United Kingdom (No 2). October 6, 2005. ECtHR App No 74025/01.

Animal Defenders International v United Kingdom. April 22, 2013. ECtHR App No 48876/08.

Declaration on principles of international law concerning friendly relations and co-operation among states in accordance with the Charter of the United Nations. October 24, 1970. General Assembly Resolution A/RES/25/2625.

Protocol No. 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. June 24, 2013. Council of Europe Treaty Series No 213.

Alter, Karen. 2008. "Delegating to International Courts: Self-binding vs. other-binding delegation." *Law and Contemporary Problems* 71(1):37–76.

Alter, Karen. 2014. *The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights*. Princeton NJ: Princeton University Press.

Benvenisti, Eyal. 1999. "Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards." *New York University Journal of International Law and Politics* 31(4):843–854.

Brems, Eva. 1996. "The margin of appreciation doctrine in the case-law of the European Court of Human Rights." *Heidelberg Journal of International Law*. 56:240–314.

Bruinsma, Fred J. 2006. "Judicial Identities in the European Court of Human Rights." In *Multilevel Governance in Enforcement and Adjudication*, edited by Aukje van Hoek, Antoine Hol, Oswald Jansen, Peter Rijpkema, and Rob Widdershoven, 203–240. Antwerp: Intersentia.



Buchanan, Allen. 2006. "Democracy and the Commitment to International Law." *Georgia Journal of International and Comparative Law* 34(2):305–332.

Collier, David, Fernando D Hidalgo, and Andra O Maciuceanu. 2006. "Essentially contested concepts: Debates and applications." *Journal of Political Ideologies* 11(3):211–246.

Dicey, Albert V. 1959. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Basingstoke: Macmillan Education.

Dzehtsiarou, Kanstantsin. 2015. *European Consensus and the Legitimacy of the Strasbourg Court*. Cambridge: Cambridge University Press.

Engel, Norbert P, ed. 1998. "The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice." *Human Rights Law Journal* (special issue) 19(1):1–36.

——— 2012. "More Transparency and Governmental Loyalty for Maintaining Professional Quality in the Election of Judges to the European Court of Human Rights." *Human Rights Law Journal* 32(7-12):448–454.

Freeden, Michael. 1994. "Political Concepts and Ideological Morphology." *The Journal of Political Philosophy* 2(2):140–164.

Fuller, Lon L. 1964. *The Morality of Law*. New Haven, Yale University Press.

Gallie, Walter B. 1955-56. "Essentially contested concepts." *Proceedings of the Aristotelian Society* 56:167-198.

Grossman, Nienke. 2012. "Sex on the Bench: Do Women Judges Matter to the Legitimacy of International Courts?" *Chicago Journal of International Law* 12(2):647–684.

Kosar, David. 2015. "Selecting Strasbourg Judges: A Critique." In *Selecting Europe's Judges: A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, edited by Michal Bobek, 120–161. Oxford: Oxford University Press.

Kratochvil, Jan. 2011. "The inflation of the margin of appreciation by the European Court of Human Rights." *Netherlands Quarterly of Human Rights* 29(3):324–357.



Krygier, Martin. 2008. "The Rule of Law: Legality, Teleology, Sociology." In *Re-locating the Rule of Law*, edited by Gianluigi Palombella and Neil Walker, 45–69. Oxford, Hart Publishing.

Kuijter, Martin. 1997. "Voting Behaviour and National Bias in the European Court of Human Rights and the International Court of Justice." *Leiden Journal of International Law* 10(1):49–67.

Kumm, Matthias. 2003-2004. "International Law in National Courts: The International Rule of Law and the Limits of the Internationalist Model." *Virginia Journal of International Law* 44(1):19–32.

———. 2009. "The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State." In *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, edited by Jeffrey L. Dunoff and Joel P. Trachtman, 257–324. Cambridge: Cambridge University Press.

Letsas, George. 2007. *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford, Oxford University Press.

Madsen, Mikael R. 2015. "The Legitimization Strategies of International Judges: The Case of the European Court of Human Rights." In *Selecting Europe's Judges: A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, edited by Michal Bobek, 259–278. Oxford: Oxford University Press.

Pettit, Philip. 1997. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Clarendon Press.

Raz, Joseph. 1979. *The Authority of Law*. Oxford: Oxford University Press.

Sadurski, Wojciech. 2019. "Quasi-constitutional court of human rights for Europe?"

Sajó, András. 2013. "An all-European conversation: Promoting a common understanding of European human rights." In *The European Court of Human Rights and its Discontents*:



Turning Criticism into Strength, edited by Spyridon Flogaitis, Tom Zwart, and Julie Fraser, 183–191. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

Shapiro, Martin. 1981. *Courts: A Comparative and Political Analysis*. Chicago: University of Chicago Press.

Stone Sweet, Alec, and Thomas L Brunell. 2013. “Trustee Courts and the Judicialization of International Regimes: The Politics of Majoritarian Activism in the European Convention on Human Rights, the European Union, and the World Trade Organization.” *Journal of Law and Courts* 1(1):61–88.

Tamanaha, Brian Z. 2004. *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press.

——— 2012. “The History and Elements of the Rule of Law.” *Singapore Journal of Legal Studies*: 232–247.

——— 2019. “Always imperfectly achieved rule of law.”

Ulfstein, Geir. 2019. “The European Court of Human Rights as transnational constitutionalization.”

Voeten, Erik. 2008. “The Impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Rights.” *American Political Science Review* 102(4):417–433.

——— 2013. “International Judicial Independence.” In *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art*, edited by Jeffrey L Dunoff and Mark A Pollack, 421–445. Cambridge: Cambridge University Press.

Waldron, Jeremy. 1989. “The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory.” *Ratio Juris* 2(1):79–96.

——— 2006. “The Rule of International Law.” *Harvard Journal of Law and Public Policy* 30(1):15–30.

——— 2011. “Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?” *European Journal of International Law* 22(2): 315–343.



— 2019. “The rule of law and the role of courts.”

RECEBIDO EM 28/04/2025
APROVADO EM 29/04/2025
RECEIVED IN 28/04/2025
APPROVED IN 29/04/2025