

A PROBLEMÁTICA DO USO DA TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL NO CASO “SUNDAY TIMES VS REINO UNIDO”: É POSSÍVEL LIMITAR O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM PROL DA IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO NO PROCESSO?

THE PROBLEM OF THE USE OF THE THEORY OF THE MARGIN OF NATIONAL APPRECIATION IN THE CASE "SUNDAY TIMES VS UNITED KINGDOM": IS IT POSSIBLE TO LIMIT THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION IN FAVOR OF THE IMPARTIALITY OF THE MAGISTRATE IN THE PROCEEDINGS?

Elenita Araújo e Silva Neta¹

Adrualdo de Lima Catão²

Leonardo Falcão de Almeida Rosa³

RESUMO: O Caso *Sunday Times* vs Reino Unido, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, acabou por suscitar se seria possível a prevalência do direito à liberdade de expressão em detrimento da proteção da imparcialidade do magistrado no processo, através da aplicação da “Teoria da margem de apreciação nacional” e com base no Art.10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Dessa forma, o presente artigo tem como objetivo central identificar se a liberdade de expressão, à luz da doutrina da margem de apreciação nacional no referido Caso, pode ter prevalência (ou não) em relação à imparcialidade do magistrado no processo.

PALAVRAS-CHAVE: direito à liberdade de expressão; teoria da margem de apreciação nacional; caso *sunday times* vs reino unido; imparcialidade. magistrado.

ABSTRACT: The *Sunday Times v United Kingdom*, tried by the European Court of Human Rights, eventually raised whether it would be possible to value the right to freedom of expression to the detriment of the protection of the magistrate's impartiality in the proceedings,

¹ Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Pós-graduanda em Direito Penal e Direito Processual Penal pelo Centro Universitário Tiradentes (UNIT/AL). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes (UNIT/AL). Advogada. E-mail: elenita.advocatus@gmail.com.

² Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (2001), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2005) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2009). Atualmente é professor adjunto da Universidade Federal de Alagoas e professor do Centro Universitário CESMAC. E-mail: adrualdocatao@gmail.com.

³ Graduando em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes (UNIT/AL). E-mail: leoalmeida1526@gmail.com.

by applying the "National Margin of Assessment Theory" and on the basis of Art.10 of the European Convention on Human Rights. Thus, this article has as its central objective to identify whether freedom of expression, in the light of the doctrine of the national margin of appreciation in that case, may have prevalence (or not) in relation to the impartiality of the magistrate in the case.

KEYWORDS: right to freedom of expression.; national margin of appreciation theory; case *sunday times vs uk*; impartiality; magistrate.

1 INTRODUÇÃO

Em linhas gerais, é possível perceber que o Caso *Sunday Times* vs Reino Unido acaba versando sobre o direito à liberdade de expressão, direito este protegido por vários diplomas nacionais (como no Brasil) e internacionais, através da Convenção Europeia de Direitos do Homem, que rege o sistema europeu de proteção dos direitos humanos.

Logo, para efetivar a proteção de tais direitos, a Corte Europeia de Direitos Humanos passou a se utilizar da denominada “Teoria da margem de apreciação nacional”, a partir da década de 1970. O problema é que o Tribunal Europeu, através da citada Teoria, acabava dando margem preferencial para as decisões proferidas pelo Estado, em detrimento do juiz internacional; uma vez que o juiz nacional estaria mais a par da realidade do seu povo (e de suas necessidades). Assim, o resultado disso era que as decisões nacionais não eram reformadas, deixando o Estado uma margem de preferência para decidir sobre alguns direitos, como o da liberdade de expressão.

Contudo, foi a partir do Caso *Sunday Times* vs Reino Unido que a Corte Europeia de Direitos Humanos precisou enfrentar a colisão da liberdade de expressão do jornal *Sunday Times* em relação à proteção da imparcialidade do magistrado que julgaria as ações judiciais movidas pelas famílias vítimas da droga talidomia contra a fabricante desta (*Distillers Company*). Com isso, o ponto chave da discussão foi analisar se a doutrina da margem de preferência nacional poderia ser utilizada, pelo Estado, para limitar a liberdade de expressão do indivíduo em prol da proteção do juiz no processo, tendo como base o preceito do Art.10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Portanto, a problemática do presente artigo é: pode o Tribunal Europeu se utilizar da Teoria da margem de apreciação nacional para reafirmar a limitação do direito à liberdade de expressão do indivíduo em prol de manter a imparcialidade do magistrado no momento do julgamento do caso concreto?

Diante disso, o trabalho em tela tem como objetivo central identificar se a liberdade de expressão, à luz da doutrina da margem de apreciação nacional no referido Caso, pode ter prevalência (ou não) em relação à imparcialidade do magistrado no processo.

Vale ressaltar que o artigo foi confeccionado através de um método dedutivo (partindo-se de uma visão geral do direito à liberdade de expressão para se chegar a análise do caso concreto – *Sunday Times vs Reino Unido*). Além disso, também foi realizada uma pesquisa jurisprudencial do Tribunal Europeu de proteção dos Direitos Humanos com o intuito de entender a evolução do conceito e aplicação do instituto da doutrina da margem de apreciação nacional, através dos casos “*Handyside vs Reino Unido*” (1971), “*Sunday Times vs Reino Unido*” (1979), “*Goodwin vs Reino Unido*” (2002) e “*Mathieu-Mohin e Clerfayt vs Bélgica*” (2005).

Bem como, também foi utilizada obras dos principais autores que tratam sobre essa temática, como Augusto Cançado Trindade, Paulo Bonavides e Winfried Brugger.

1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM DIREITO PLÚRIMO

Foi através de tais movimentos históricos - como a Independência Americana (1787) e a Revolução Francesa (1789) - que surgiram os denominados “direitos de primeira dimensão”, norteados por garantias de não intervenção por parte do Estado, isto é, diretrizes para que este viesse a cumprir, através da abstenção. Assim, direitos como o devido processo legal, a paridade de armas, a propriedade, a vida e, inclusive, a liberdade; acabam por corresponder a este bloco.

Nesse sentido, o direito à liberdade pode acabar se subdividindo em outras ramificações, como ocorre em sua normatização na Constituição Federal de 1988 (CF) no Brasil, já que este também pode compreender: a liberdade de consciência e de crença (Art.5º, Inciso VI, CF), a liberdade de associação (Art.5º, Inciso XVII, CF), a liberdade de locomoção (Art.5º, Inciso LXVIII, CF), a liberdade de imprensa (Art.139, Inciso III, CF), a liberdade de reunião (Art.139 Inciso IV, CF), a liberdade de educação (Art.206, Inciso II, CF) e, o foco do presente artigo; a liberdade de expressão (Art.5º, Inciso IX, CF) que “[...] pode ser compreendida como a capacidade que o indivíduo detém para expressar seus pensamentos e ideias, recebendo especial proteção do Estado”.⁴

⁴ CATÃO, Adrualdo de Lima; E SILVA NETA, Elenita Araújo. O Caso Charlottesville, a liberdade de expressão e o discurso de ódio. **Revista Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, [s. l.], v. 5, n. 2, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/36470/29525>. Acesso em: 12 out. 2022. p.183.

Em relação ao direito à liberdade de expressão, este possui um conceito plúrimo. Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), através da sua Opinião Consultiva n.º 5/85⁵, o direito à liberdade de expressão pode ser compreendido de acordo com duas concepções: uma individual e a outra social (ou coletiva).

Com isso, segundo a citada Corte Interamericana, o direito à liberdade de expressão, em sua concepção individual; corresponderia ao direito de falar, escrever e usar quaisquer meios apropriados para disseminar o pensamento e chegar ao maior número de pessoas possível. Agora, em sua interpretação coletiva, o referido direito se identificaria na possibilidade de trocar e disseminar informações pelas comunicações de massa (entre os próprios indivíduos).⁶

Porém, apesar da tentativa conceitual da Corte, Paulo Bonavides define o direito à liberdade de expressão como um direito civil e político e que corresponde ao núcleo “direito à liberdade”, sendo um dos primeiros a constarem nos instrumentos normativos constitucionais da região ocidental do mundo.⁷

Só que não é apenas na seara das tentativas de conceituação que o direito à liberdade de expressão encontra uma pluralidade de concepções, mas também é possível perceber que a depender do ordenamento jurídico interno de cada Estado, a liberdade de expressão acaba encontrando um tratamento diferenciado.

Como forma de exemplificar o que foi mencionado anteriormente, pode-se perceber que em solo norte-americano, o referido direito encontra previsão na Primeira Emenda⁸ (1791) da Constituição Americana, onde há um comando normativo negativo para que o Congresso Americano não legisle, proíba ou cerce a liberdade da palavra⁹. Outro ponto interessante, segundo Winfried Brugger, é que “nos Estados Unidos, a liberdade de expressão é o primeiro

⁵ A referida Opinião Consultiva n.º. 5/85 tratou sobre a compatibilidade da “Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica”, exatamente em seus arts.12 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Tal discussão acabou gravitando se o exercício da profissão de jornalista deveria requerer a inscrição do indivíduo em alguma associação de jornalistas. Tal Opinião Consultiva foi primordial para a conceituação e definição das esferas do direito à liberdade de expressão, tendo a Corte Interamericana, ao final do julgamento; determinado que a pré-inscrição do jornalista em algum conselho, para o exercício da profissão, não deveria ser algo obrigatório no labor jornalístico.

⁶ CIDH, OC 5/85, julg. 13/11/1985. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/5a3794bc4994e81fd534219e2d57e3aa.pdf>. p.07-08.

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**/ Paulo Bonavides. – 34. ed., atual. – São Paulo: Malheiros, 2019. p.577.

⁸ Emenda I - O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.

⁹ ESTADOS UNIDOS. Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022. p.07.

direito elencado na Declaração de Direitos [...], ao passo que não há limitações expressas à Primeira Emenda na Constituição dos Estados Unidos”.¹⁰

Por outro lado, se houver a análise do tratamento conferido pelo ordenamento jurídico alemão, será possível perceber que o direito à liberdade de expressão tende a sofrer limitações pela própria lei. Nesse sentido, é através do Art.5^{o11} da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (LF) que o direito à liberdade de expressão é garantido, porém, o mesmo artigo – em sua segunda disposição – defende a limitação desta liberdade com o intuito proteger a juventude e a honra das pessoas¹².

Importante frisar, nesta oportunidade, que a existência de possível limitação expressa contra o direito à liberdade de expressão em solo alemão se dá também, como afirma Rômulo Fernandes e Anna Carolina Azevedo, como uma possível reação contra as tentativas de negação do Holocausto e o repúdio ao passado da Alemanha vinculada aos ideais nazistas.

Segundo os autores referidos:

[...] a negação do Holocausto não se enquadra como manifestação de opinião, mas tão somente como afirmação de um fato histórico, e que assertivas inverídicas sobre fatos, por não contribuírem em nada para a formação da opinião pública, não são constitucionalmente protegidas pelo direito fundamental da liberdade de expressão.¹³

Além de tais concepções, também é válido mencionar como a liberdade de expressão é recepcionada pelo Brasil. Bom, como dito anteriormente, a Constituição Federal de 1988 elenca o direito à liberdade de expressão como uma ramificação do núcleo do direito à liberdade, conforme o seu Art.5, Inciso IX, CF. Além disso, o próprio diploma constitucional brasileiro acaba trazendo limites expressos à manifestação da liberdade de expressão, quando esta – por exemplo – acaba por ferir a intimidade, a privacidade, a honra ou a imagem das pessoas, bem como há a vedação do seu exercício através do anonimato (Art.5º, Incisos X e IV,

¹⁰ BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio?: algumas observações sobre o direito alemão e americano. **Revista de Direito Público**, [s. l.], n. 15, p. 117-136, 2007. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/541>. Acesso em: 12 out. 2022. p.123.

¹¹ [1] Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura. [2] Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal.

¹² ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha/tradução de Aachen Assis Mendonça. Versão Alemã: 23/05/1949. Última atualização: 0/2022. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022. p.17.

¹³ FERNANDES, Rômulo Magalhães; AZEVEDO, Anna Carolina. Liberdade de expressão e o discurso de ódio: notas sobre a jurisprudência constitucional dos EUA, da Alemanha e do Brasil. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**. Belo Horizonte, n.32, maio/ago, 2017. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/114648/liberdade_expressao_discurso_fernandes.pdf. Acesso em: 12 out. 2022. p.156.

CF); uma vez que “[...] é necessário redobrada cautela quando se trata de limitar a liberdade de expressão em razão do conteúdo das ideais manifestadas”.¹⁴

Assim, fazendo um breve comparativo entre tais realidades normativas, é possível perceber que cada Estado possui o seu próprio entendimento do que vem a ser o direito à liberdade de expressão. Porém, tal pluralidade não se limita ao direito interno, pois acaba também sendo alvo de preocupação dos diplomas internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948; bem como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), do ano de 1950.

Enquanto que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pertencente ao sistema de proteção onusiano dos direitos humanos, prevê o direito à liberdade de expressão como aquele que inclui a liberdade de ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias, por quaisquer meios (independentemente da existência de fronteiras)¹⁵; a Convenção Europeia dos Direitos Humanos acaba trazendo tal direito em uma concepção diferenciada.

Dessa maneira, a DUDH apenas traz o conceito de liberdade de expressão em seu Art.19, por outro lado a CEDH acaba normatizando tal direito logo em seu Art.10 e ainda acrescenta que esse direito (a se expressar) pode ser submetido a certas formalidades legais, como condições, restrições ou sanções; para assegurar uma sociedade democrática, a segurança nacional, a prevenção de crimes, a integridade territorial, a segurança pública, a defesa da ordem, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra e, inclusive, para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.¹⁶

Contudo, a partir da década de 1970, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) – regido pela Convenção Europeia de Direitos Humanos – começou a se utilizar de uma teoria denominada de “margem de apreciação nacional”, como forma de invocar a preferência da decisão do Estado em detrimento do juízo internacional, já que este estaria mais a par da realidade do seu país e do seu povo (isto é, em melhores condições de decidir).

O problema é que essa doutrina (da margem de apreciação nacional) começou a demonstrar que seria um verdadeiro mecanismo usado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos para limitar o direito à liberdade de expressão em seus julgamentos.

¹⁴ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech". In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.03.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022. p.05.

¹⁶ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS DO HOMEM. Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 12 out. 2022. p.12.

Assim sendo, a referida Teoria da margem de apreciação nacional deve ser alvo do nosso estudo a partir deste momento.

2 A UTILIZAÇÃO DA TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL PELO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

Foi a partir da década de 1970 que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos passou a invocar a doutrina da margem de apreciação nacional, tendo como finalidade central a ideia de que o Estado estaria mais a par da realidade do seu próprio povo e das necessidades deste, em detrimento do juízo internacional. Assim, invocando a referida teoria o TEDH acabava reafirmando o caráter subsidiário de proteção do sistema internacional de direitos humanos, dando margem de preferência à decisão emanada pelo Estado.

Nas palavras de Maria Valentina e Sabrina Lima, tal teoria constitui:

Uma ferramenta e um espaço de adequação das necessidades dos Estados dentro do que foi pactuado e estabelecido na Convenção Europeia de Direitos Humanos, diante de condições culturais e sociais.¹⁷

Importante frisar que a sua utilização acabou por envolver, nos casos concretos, a discussão sobre dois direitos fundamentais, inicialmente: o direito à liberdade de expressão (inclusive, sendo a primeira espécie de direito tratada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos ao utilizar tal doutrina da margem de apreciação); e a proteção de grupos vulneráveis, como a questão dos transexuais e o reconhecimento dos seus direitos pelo ente estatal (como no Caso *Goodwin vs Reino Unido*¹⁸).

Nesse sentido, o primeiro registro da Teoria da margem de apreciação nacional se deu através do Caso *Handyside vs Reino Unido*¹⁹, fazendo com que o citado Tribunal acabasse por

¹⁷ DE MORAES, Maria Valentina; LIMA, Sabrina Santos. As teorias da margem de apreciação nacional e do legislador diante da prática do *homeschooling*: os casos brasileiro e alemão. **Revista jurídica em pauta**, Bagé/RS, v. 2, n. 1, 2020. Disponível em: <http://revista.urcamp.tche.br/index.php/revistajuridicaurcamp/article/view/3142>. Acesso em: 12 out. 2022. p.42.

¹⁸ O referido Caso *Goodwin vs Reino Unido* acabou envolvendo a possibilidade (ou não) de reconhecimento de direitos trabalhistas, civis (como de casamento e herança) e individuais para pessoas transexuais. Apesar do Reino Unido, a época, não reconhecer tais direitos a Sra. Goodwin, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos acabou afastando a doutrina da margem de apreciação nacional para reformar a decisão proferida pelo Estado, no sentido de conceder tais direitos aos transexuais (inclusive, por se classificarem como um grupo vulnerável).

¹⁹ O Caso *Handyside vs Reino Unido* acabou versando sobre a possibilidade de restrição – ou não – do direito à liberdade de expressão, pelo Estado, em detrimento de manter a “moralidade pública”. Assim, o Sr. *Handyside* havia contribuído com a publicação e distribuição do denominado “livro vermelho da juventude”, onde tal livro trazia temas voltados ao aborto, contraceptivos e relações homossexuais direcionados à juventude da época. O problema é que o Estado acabou determinando o confisco dos livros (e condenou o Sr. *Handyside* ao pagamento de multa, como forma de punição pelo ato). Recorrendo ao TEDH, a Corte Europeia invocou a margem de apreciação nacional e deu margem de preferência para que o Estado decidisse sobre tal conceito de “moralidade

enfrentar se o Estado (Reino Unido) poderia limitar a liberdade de expressão do indivíduo em detrimento ao conceito de “moralidade pública” determinado pela sociedade. Assim, o TEDH acabou definindo que, como o ente estatal estaria mais a par da realidade do seu povo (e das suas concepções de “moralidade pública”), não poderia o juiz internacional reformar tal decisão, uma vez que não estaria na melhor posição para decidir sobre esta limitação ao direito à liberdade de expressão.

Conforme o próprio Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em julgamento do caso: “a margem interna de apreciação anda de mãos dadas com a supervisão europeia. Tal supervisão diz respeito tanto ao objetivo da medida contestada como a sua ‘necessidade’; abrange não só a legislação de base, mas também a decisão de aplicar [...]”.²⁰

Logo, é evidente que a doutrina da margem de apreciação nacional acabou representando um mecanismo epistemológico para definir as limitações de reforma do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em relação às decisões proferidas pelos Estados.

Inclusive, o direito à liberdade de expressão, dentre os sete julgamentos²¹ já realizados pelo TEDH, os quais se utilizou a Teoria da margem de apreciação nacional; aparece como o direito discutido em três²² destes julgamentos. Contudo, apesar de ser um direito posto em debate no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o uso da doutrina da margem de apreciação nacional ainda não possui balizas exatas.

Com isso, enquanto a Teoria da margem de apreciação nacional é utilizada em sua totalidade no Caso *Handyside* vs Reino Unido, em outro caso, como em *Mathieu-Mohin e Clerfayt* vs Bélgica, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos acabou não concordando com a decisão proferida pela Bélgica, onde proibiu que os presos (cumprindo pena) não teriam o direito de participar ativamente das votações do país, ou seja, não possuiriam o direito de votar, enquanto estivessem cumprindo pena.

Apesar do TEDH acabar não concordando com a forma que a Bélgica acabou regulamentando o seu sistema democrático de votação, mencionando – inclusive – que tal proibição acabaria por representar uma “punição adicional” ao preso (além dos efeitos

pública”, uma vez que estaria mais a par dos costumes e realidade do seu povo (se comparado ao juiz internacional).

²⁰ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM. *Case of Handyside vs The United Kingdom (Application N.º 5493/72)*. Disponível em: <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2015/07/CASE-OF-HANDYSIDE-v.-THE-UNITED-KINGDOM.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022. p.18.

²¹ Os sete casos já julgados são: “*Handyside* vs Reino Unido” (1971), “*Engel* vs Holanda” (1976); “*Sunday Times* vs Reino Unido” (1979), “*Cossey* vs Reino Unido” (1981); “*Goodwin* vs Reino Unido” (2002), *Mathieu-Mohin e Clerfayt* vs Bélgica” (2005) e “*Konrad* vs Germany” (2006).

²² Nos seguintes julgamentos: “*Handyside* vs Reino Unido” (1971), “*Engel* vs Holanda” (1976) e “*Sunday Times* vs Reino Unido” (1979).

primários da pena), o referido Tribunal invocou a Teoria da margem de apreciação nacional com a intenção de não reformar a decisão proferida pela Bélgica, sobre a mesma justificativa do Caso *Handyside* vs Reino Unido, isto é, que o Estado estaria mais a par da realidade do seu próprio país (e povo) em detrimento do juiz internacional, logo estaria em uma posição melhor para decidir sobre tais conflitos; já que:

A margem nacional de apreciação, entendida como o reconhecimento de uma reserva de atuação do Estado de acordo com suas peculiaridades em relação às normas internacionais, apresenta-se como uma das ferramentas de conciliação entre a noção tradicional de soberania estatal — com as inúmeras escolhas no âmbito interno — e as disposições inscritas nos tratados internacionais de Direitos Humanos, muitas vezes redigidas com um alto grau de abstração.²³

Por outro lado, também é interessante mencionar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos — diferentemente do que ocorreu nos casos anteriores (*Handyside* vs Reino Unido e em *Mathieu-Mohen* e *Clerfayt* vs Bélgica) — acabou afastando totalmente a referida doutrina da margem de apreciação no Caso *Goodwin* vs Reino Unido, uma vez que o TEDH afirmou que, apesar do Estado decidir com base nos costumes próprios do seu povo, a proteção de grupos vulneráveis (como a transexual *Goodwin*) deveria ter prevalência. É possível perceber, através deste julgamento, que o Tribunal Europeu deu prevalência a sua jurisdição — em comparação com a do Estado — como forma de efetivar a proteção dos direitos humanos, ou seja, a sua universalização.

Diante disso, outra questão também gravita na utilização desta doutrina pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a saber: se seria possível o uso da Teoria no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos (vinculado a Organização dos Estados Americanos – OEA).

Em relação tal controvérsia (se seria possível o uso da Teoria no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos), a doutrina acaba por se dividir: enquanto que autores, como Antônio Augusto Cançado Trindade, defendem que a citada doutrina da margem de apreciação não poderia ser aplicada no sistema interamericano, já que não foi recepcionada pela Convenção Americana de Direitos Humanos²⁴; há outro autores (Gilberto Schäfer, José Eduardo Previdelli e Jesus Tupã Gomes) que prelecionam a não proibição do uso

²³ SCHAFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES, Jesus Tupã Silveira. A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 2, p. 324-337, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/5351>. Disponível em: 10 out. 2022. p.327.

²⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2ª Ed. r. e Atual. Vol.III. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. p.306-307.

da margem de apreciação nacional, uma vez que esta buscaria a efetivação da proteção dos direitos humanos neste sistema.²⁵

Apesar de tais divergências, a Corte Interamericana de Direitos Humanos teve que enfrentar a utilização – ou não – da Teoria da margem de apreciação nacional no sistema interamericano de direitos humanos.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) acabou se utilizando da doutrina da margem de apreciação nacional através das Opiniões Consultivas ns. 04/1984²⁶ e 24/2017²⁷. Dessa forma, tanto em uma, quanto na outra; a CIDH invocou a Teoria da margem de apreciação nacional para ditar que o Estado teria liberdade para determinar as suas regras de naturalização (Opinião Consultiva nº. 04/1984), bem como seria possível a utilização da margem de apreciação nacional para a realização do controle de convencionalidade entre o sistema jurídico interno do país em comparação ao sistema normativo internacional (Opinião Consultiva nº. 24/2017).

É interessante perceber, diante disso, que a margem de apreciação nacional – tanto no sistema europeu, quanto no sistema interamericano de direitos humanos – pode adotar uma postura limite para a reforma (ou não) da decisão do ente estatal.

Porém, nos casos em que envolveram o debate sobre o direito à liberdade de expressão – no sistema europeu de direitos humanos – o referido TEDH acabou, através do Caso *Sunday Times* vs Reino Unido, enfrentando a seguinte questão: pode o Tribunal Europeu se utilizar da Teoria da margem de apreciação nacional para reafirmar a limitação do direito à liberdade de expressão do indivíduo em prol de manter a imparcialidade do magistrado no momento do julgamento do caso concreto?

Tal problemática – norte do presente artigo – será alvo do nosso estudo a partir desse ponto, em especial, sendo analisada à luz do Caso *Sunday Times* vs Reino Unido.

²⁵ SCHAFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES, Jesus Tupã Silveira. A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 2, p. 324-337, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/5351>. Disponível em: 10 out. 2022. p.334.

²⁶ A referida Opinião Consultiva nº. 04/1984 tratou sobre a possibilidade (ou não) do Estado (Costa Rica) definir suas próprias regras de naturalização. Segundo a Comissão Europeia, o ente estatal teria tal liberdade assegurada. É considerada a primeira opinião consultiva em que a doutrina da margem de apreciação nacional é mencionada de forma expressa.

²⁷ A Opinião Consultiva nº. 24/2017 acabou trazendo a discussão sobre o reconhecimento do direito de nome, identidade de gênero e união homoafetiva. O interessante é que graças a tal Opinião Consultiva, houve a realização do controle de convencionalidade pelo sistema interamericano sobre os referidos termos.

3 O CASO *SUNDAY TIMES* VS REINO UNIDO: ENTRE OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A PROTEÇÃO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ

Inicialmente, o Caso *Sunday Times* vs Reino Unido²⁸ acabou suscitando a discussão se o direito à liberdade de expressão do indivíduo poderia ser limitada em prol de proteger a imparcialidade do magistrado para o julgamento de determinado caso litigioso.

Em linhas gerais (e conforme já mencionado anteriormente), a Convenção Europeia de Direitos Humanos acaba por definir como um direito assegurado o da liberdade de expressão, consoante o que preleciona o Art.10 do citado diploma legal. Contudo – e ao mesmo tempo em que garante tal direito – a CEDH determina que a liberdade de expressão pode sofrer restrições legais, com o intuito de garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

Assim, o Tribunal Europeu, primeiramente; ressaltou que a limitação que pode constar na lei (a de limitar o direito à liberdade de expressão) precisaria atender a dois critérios: a razoabilidade e o discernimento necessário do particular em entender que tais condutas protegidas pela liberdade de expressão podem vir a acarretar consequências. Logo, A Corte Europeia afirmou que para que haja uma correta limitação a tal direito, de acordo com a legislação, deve-se haver uma razoabilidade na proibição.

No caso envolvendo o jornal *Sunday Times*, o direito à liberdade de expressão que é atribuído ao jornalista, durante o exercício da sua função, é algo inerente a sua profissão, de tal maneira que proibir – sem a razoabilidade necessária – que o próprio jornal venha a se manifestar, apenas por proibições legais positivas, poderia vir a ferir o critério da razoabilidade da medida.

²⁸ O caso *Sunday Times* vs Reino Unido tratou sobre o fenômeno do uso da droga talidomia, no Reino Unido, por mães que estavam em período de gestação entre os anos de 1958 até 1961. O problema é que se observou, após o período de uso deste sedativo, que as crianças estavam nascendo com má-formação. Diante disso, a empresa responsável pela substância, a *Distillers Company*; acabou retirando a droga do mercado britânico em 1961. Contudo, chegando ao ano de 1971, cerca de 389 processos haviam sido movidos contra a empresa *Distillers Company*, pelas famílias que foram vítimas do mau uso do medicamento da talidomia. Assim, o jornal *Sunday Times* começou a publicar artigos informando a sociedade sobre os fatos que estavam repercutindo contra a referida empresa, bem como as tentativas de negociação que estavam sendo feitas entre as famílias vítimas da talidomia e a *Distillers Company*. O problema é que o jornal começou a criticar as propostas de acordo que estavam acontecendo, principalmente em relação à criação de um fundo (com dinheiro) para as crianças vítimas do uso da droga. Tais artigos acabaram chegando ao conhecimento da Corte Divisional do Banco da Rainha, em 1972, que concedeu uma liminar para proibir a circulação de novos artigos, pelo jornal, sobre tais fatos. Ao chegar o presente caso na Corte Europeia de Direitos Humanos, esta acabou determinando que a restrição feita pelo Reino Unido acabaria por violar a liberdade de expressão do jornal, uma vez que esta estaria atrelada ao interesse público de receber e propagar a informação, não podendo – neste caso – o Estado ter margem de preferência para impor tal limitação à liberdade de expressão (isto significa, que a Corte afastou o uso da margem de apreciação nacional em prol do interesse público da informação sobre a droga talidomia).

No mesmo sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos também advertiu que o jornal *Sunday Times* tinha a consciência das consequências que poderiam ser originadas dos artigos que foram publicados e envolveram o acordo que tratava sobre o possível futuro das crianças que adquiriram a talidomida, após a ingestão da droga durante o período de gestação (o que acarretou a má-formação das crianças).

Dessa forma e segundo a Corte Europeia, o jornal sabia do alcance do conteúdo dos seus artigos que exporiam a referida negociação com as mães das crianças e a empresa *Distillers Company*, além de que era evidente que tais artigos poderiam interferir na formação do convencimento – ou não – sobre o caso; uma vez que:

[...] o TEDH, decidiu no caso *Sunday Times* c Reino Unido, que o conceito de leis deve ser interpretado consoante o sistema jurídico existente, isto é levando-se em conta o órgão ou Poder com competência para elaborar a lei, na forma da Constituição ou de outros instrumentos normativos; a carta de direitos decorrente da fórmula política adotada, e os mecanismos de sua efetividade.²⁹

Outro ponto – e central – que a Corte Europeia também enfrentou, à luz da teoria da margem de apreciação nacional, é se a decisão emitida pelo Estado (Reino Unido) de proibir a circulação de artigos futuros que tratassem sobre o acordo entre as mães das crianças e a empresa *Distillers Company* para proteger a imparcialidade do magistrado nas ações judiciais de má-formação causada pela droga talidomida constituiria uma proibição válida e que atenderia os preceitos do Art.10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, isto é, se possuiria um vim democrático (no viés social), bem como um objetivo legítimo.

Porém, o próprio Tribunal Europeu prelecionou que os artigos propostos pelo jornal *Sunday Times* tratavam sobre o tema de forma moderada e que atendia, para a época, a discussão de um tema que estava bastante em voga na sociedade. Isso significaria que os artigos publicados pelo referido jornal detinham a função de proteger a democracia dentro da sociedade. Nesse primeiro ponto o que prevaleceu foi a proteção da informação, como uma necessidade social, em que os indivíduos possuiriam o direito de informação com base na repercussão que o caso acabou envolvendo.

Segundo a própria Corte Europeia de Direitos Humanos, durante o julgamento:

A divergência de opinião que nos separa dos nossos colegas prende-se sobretudo com a necessidade da ingerência e a margem de apreciação que, a este respeito, deve ser concedida às autoridades nacionais.³⁰

²⁹ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto; TAQUARY, Catharina Orbage de Britto. A margem de interpretação dos tratados. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Salvador, v. 4, n. 1, 2018. DOI <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0219/2018.v4i1.4215>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitointernacional/article/view/4215>. Acesso em: 16 out. 2022. p.120.

³⁰ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM. *Case of the Sunday Times vs The United Kingdom (Application n.º 6538/74)*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57584%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57584%22]}). Acesso em: 15 out. 2022. p.31

Sobre o segundo ponto (a imparcialidade do magistrado nas ações judiciais movidas contra a empresa *Distillers Company*), o TEDH definiu que limitar a liberdade de expressão, diante de um assunto que possui um viés social e democrático, como forma de proteger a imparcialidade do juiz, não atendia ao princípio do interesse público; já que conforme a própria Corte Europeia:

Sem dúvida, o princípio da margem de apreciação já consagrado na jurisprudência deste Tribunal deve ser considerado e aplicado em favor do sistema judicial nacional. Mas a lacuna entre os dois sistemas e os padrões adotados para o exercício dos direitos às liberdades abrangidos pela Convenção pode ser muito grande para ser superada pelo princípio mencionado.³¹

Isto é, deveria prevalecer o interesse público quanto à liberdade de expressão; uma vez que:

[...] a Corte Europeia decidiu oposto do quanto decidido pelo tribunal máximo inglês em matéria de liberdade de expressão jornalística, encontrando uma ofensa à Convenção na forma como o tribunal nacional realizou o exame de proporcionalidade.³²

Ao final do julgamento, o TEDH afastou a doutrina da margem de apreciação nacional, determinando que o Estado só poderia determinar limites ao direito à liberdade de expressão quando estes observarem: (i) a razoabilidade da proibição; (ii) a possível consciência do autor das obras, das consequências que irão advir do conteúdo de suas publicações; (iii) o atendimento à proteção da sociedade democrática, com o intuito de difundir o direito à informação entre as pessoas; e (iv) a prevalência do princípio do interesse público à informação, em detrimento da imparcialidade do magistrado nas ações judiciais que foram movidas contra a empresa *Distillers Company*.

CONCLUSÃO

Ao final do presente artigo, foi possível identificar que o direito à liberdade de expressão não pode ser limitado, através da doutrina da margem de apreciação nacional, em detrimento da imparcialidade do juiz no processo, uma vez que – segundo a própria Corte Europeia de Direitos Humanos – entre a imparcialidade do magistrado e o interesse público à

³¹ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM. *Case of the Sunday Times vs The United Kingdom (Application n.º 6538/74)*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57584%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57584%22]}). Acesso em: 15 out. 2022.p.42.

³² TEDESCO, Thomaz Fiterman. **A questão da última palavra nas Cortes Europeias e Interamericana de Direitos Humanos**: da margem de apreciação ao controle de convencionalidade. Orientador: Roberto Baptista Dias da Silva. 2019. 246 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/22976/2/Thomaz%20Fiterman%20Tedesco.pdf>. Acesso em: 15 out. 2022. p.63-64.

informação, com base no Art.10 da Convenção Europeia de Direitos do Homem; esta última deve prevalecer.

O próprio Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao longo do julgamento do caso analisado (*Sunday Times vs Reino Unido*) também prelecionou que a limitação ao direito à liberdade de expressão deveria ser pautada na: (i) a razoabilidade da proibição; (ii) na possível consciência do autor das obras, das consequências que irão advir do conteúdo de suas publicações; e (iii) no atendimento à proteção da sociedade democrática, com o intuito de difundir o direito à informação entre as pessoas.

Isso acaba por demonstrar, portanto, que diante de tais critérios determinados pela referida Corte Europeia, não pode a imparcialidade do magistrado no processo ter prevalência sobre o direito à liberdade de expressão do indivíduo, bem como que a Teoria da margem de apreciação nacional não pode ser utilizada de forma discricionária (e sem balizas) pelo Estado para limitar direitos fundamentais, como a liberdade de se expressar do indivíduo.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha/tradução de Aachen Assis Mendonça. Versão Alemã: 23/05/1949. Última atualização: 0/2022. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? algumas observações sobre o direito alemão e americano. **Revista de Direito Público**, [s. l.], n. 15, p. 117-136, 2007. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/541>. Acesso em: 12 out. 2022.

CATÃO, Adualdo de Lima; E SILVA NETA, Elenita Araújo. O Caso Charlottesville, a liberdade de expressão e o discurso de ódio. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, v. 5, n. 2, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/36470/29525>. Acesso em: 12 out. 2022.

CIDH, OC 5/85, julg. 13/11/1985. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/5a3794bc4994e81fd534219e2d57e3aa.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM. *Case of the Sunday Times vs The United Kingdom (Application n.º. 6538/74)*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57584%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57584%22]}). Acesso em: 15 out. 2022.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM. *Case of Handyside vs The United Kingdom (Application Nº. 5493/72)*. Disponível em: <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2015/07/CASE-OF-HANDYSIDE-V.-THE-UNITED-KINGDOM.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022.

DE MORAES, Maria Valentina; LIMA, Sabrina Santos. As teorias da margem de apreciação nacional e do legislador diante da prática do *homeschooling*: os casos brasileiro e alemão. **Revista jurídica em pauta**, Bagé/RS, v. 2, n. 1, 2020. Disponível em: <http://revista.urcamp.tcche.br/index.php/revistajuridicaurcamp/article/view/3142>. Acesso em: 12 out. 2022.

ESTADOS UNIDOS. Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022.

FERNANDES, Rômulo Magalhães; AZEVEDO, Anna Carolina. Liberdade de expressão e o discurso de ódio: notas sobre a jurisprudência constitucional dos EUA, da Alemanha e do Brasil. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n.32, maio/ago, 2017. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/114648/liberdade_expressao_discurso_fernandes.pdf. Acesso em: 12 out. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022.

SCHAFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES, Jesus Tupã Silveira. A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 2, p. 324-337, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/5351>. Acesso em: 10 out. 2022.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech". In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto; TAQUARY, Catharina Orbage de Britto. A margem de interpretação dos tratados. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Salvador, v. 4, n. 1, 2018. DOI <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0219/2018.v4i1.4215>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitointernacional/article/view/4215>. Acesso em: 16 out. 2022.

TEDESCO, Thomaz Fiterman. **A questão da última palavra nas Cortes Europeias e Interamericana de Direitos Humanos**: da margem de apreciação ao controle de convencionalidade. Orientador: Roberto Baptista Dias da Silva. 2019. 246 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/22976/2/Thomaz%20Fiterman%20Tedesco.pdf>. Acesso em: 15 out. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS DO HOMEM. Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 12 out. 2022.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2ª Ed. r. e Atual. Vol.III. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.