

ASPECTOS INTRODUTÓRIOS A TEORIA DA “MARGEM DE APRECIÇÃO DO LEGISLADOR” E SUA APLICAÇÃO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS¹

*Mônia Clarissa Hennig Leaf²
Bruna Tamiris Gaertner³*

RESUMO: O presente trabalho expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, concebida a partir do método dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, sobre a temática teoria da margem de apreciação do legislador. Ao decorrer do artigo, é realizado um estudo sobre a margem de apreciação do legislador, averiguando-se desde o surgimento da teoria na Europa até o atual fenômeno da judicialização de aspectos políticos. No transcorrer do trabalho, buscou-se também compreender algumas temáticas que rodeiam o objetivo central, tais como ideia de soberania entre as normas internacionais e nacionais e a ideia de controle judicial, utilizados como referencial para uma melhor compreensão acerca da margem de apreciação do legislador em um contexto de protagonismo dos Tribunais, sejam os Tribunais Constitucionais, sejam os Tribunais Internacionais, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem tido uma atuação significativa no sentido

¹ Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Dever de proteção (Schutzpflicht) e proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) como critérios para o controle jurisdicional (qualitativo) de Políticas Públicas: possibilidades teóricas e análise crítica de sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14- 5), onde os autores atuam na condição de coordenadora e de participante, respectivamente. A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

² Com Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq.

³ Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, coordenado pela Prof^a. Pós-Dr^a. Mônia Clarissa Hennig Leaf, vinculado e financiado pelo CNPq e à Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst, desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul. Email: brunatamiris@mx2.unisc.br

de concretização desses direitos na esfera dos Estados, buscando jurisprudencialmente a empregabilidade da teoria por parte da Corte.

Palavras-chave: Margem de apreciação do legislador; judicialização da política; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

ABSTRACT: The present work presents the results of a bibliographical research, conceived from the deductive method, for purposes of approach, and monographic, on a procedural basis, on the thematic theory of the margin of appreciation of the legislator. In the course of the article, a study is carried out on the discretion of the legislator, examining from the beginning of the theory in Europe to the current phenomenon of the judicialization of political aspects. In the course of this work, we also sought to understand some themes that surround the central objective, such as the idea of sovereignty between international and national norms and the idea of judicial control, used as a reference for a better understanding of the legislator's discretion in a context of protagonism of the Courts, be it the Constitutional Courts, or the International Courts, as is the case of the Inter-American Court of Human Rights, which has had a significant action in the sense of concretizing these rights in the sphere of States, jurisprudentially seeking employability of theory by the Court.

Keywords: Legislator's margin of appreciation; judicialization of politics; Inter-American Court of Human Rights.

1. Introdução

O presente trabalho é resultado de uma pesquisa que teve por objetivo principal analisar, sob os contornos do constitucionalismo contemporâneo, a problemática que se tem com a margem de apreciação do legislador. Quando da Corte Interamericana de Direitos Humanos, utiliza como critério para apreciar os limites de liberdade do legislador na conformação das políticas relativas a direitos contidos no Sistema Interamericano, tratando-se de um conflito com a soberania interna e o direito de cada Estado de fixar sua própria legislação.

A internacionalização do direito, acarreta no conflito aparente entre as normas internas e externas, além de impactos culturais, sem contar, na competência dos órgãos para a resolução dos conflitos. Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem sutilmente se utilizando da teoria da margem de apreciação.

Geralmente, a margem de apreciação tem por sinônimo o poder discricionário da administração. Logo, dentro de uma liberdade estabelecida pela lei, pode o legislativo

optar pela escolha que melhor lhe convém. Devendo, observar a oportunidade, conveniência e garantir a melhor escolha para o interesse público.

Portanto, objetiva-se entender como surgiu a teoria da margem de apreciação e os efeitos da soberania e do controle judicial quando na aplicação da teoria. Além de compreender como a Corte Interamericana de Direitos Humanos emprega a doutrina em suas decisões.

2. Breves aportes a margem de apreciação do legislador

Criada no direito Europeu, a margem de apreciação surgiu como forma de possibilitar uma atuação por parte do Estado, em questões que as Cortes não possuíam um entendimento único.

Está teoria favorece a atuação dos Estados em relação às tensões geradas por realidades jurídico-sociais. Ela parte da ideia de que toda sociedade retém para si o espaço para resolver conflitos que são inerentes entre os direitos e os interesses nacionais ou entre as divergências morais existentes.

A margem de apreciação, conforme Marcela Rojas (2013) pode ser referida como um poder de caráter discricionário⁴. Na qual, o legislador escolhe a melhor solução a fim de resolver o problema do interesse público, desde que não conflite com as normas internacionais. O mesmo, é dado pela razoabilidade da atuação e o interesse público que convém o ato. Portanto, entende-se por

[...] margem nacional de apreciação uma deferência dos tribunais internacionais aos órgãos nacionais —executivo, judiciário e legislativo— para que cumpram os instrumentos internacionais de direitos humanos. Essa “deferência judicial” que combina aspectos processuais e critérios hermenêuticos inspirou-se nas práticas nacionais relacionadas à reserva deixada ao administrador, atuação dos juízes nacionais de verdadeiro self restraint ou autocontrole na medida em que deixam ao administrador decidir acerca da conveniência e oportunidade dos atos administrativos, bem como deixam ao legislador fazer as leis e aos juízes nacionais decidir acerca de inúmeras matérias. (SALDANHA; BRUM, 2015, p. 204-205)

A teoria, então, se revela como uma discricionariedade que um órgão jurisdicional reconhece a outros órgãos não jurisdicionais (políticos) na adoção de certas decisões, na aplicação ou interpretação de uma norma jurídica. Isso se dá pelo fato de o órgão a quem se reconhecerá a discricionariedade estar em uma posição melhor do que o órgão jurisdicional, ou ainda, que aquele detém a legitimidade política

⁴ Valendo-se da conceituação de Queiró (1969): “O poder discricionário é concebido, como um certa margem de liberdade, concebida deliberadamente pelo legislador à Administração, a fim de que esta escolha o comportamento mais adequado para a realização de um determinado fim público.” Queiró, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 1969.

necessária para atribuir o valor correto à interpretação que deve ser dada ao direito convencional previsto frente ao caso concreto. (MATTOSINHO; MARTINS, 2015)

Na França, o início da utilização desta teoria se teve com as terminologias como margem de apreciação, poder de apreciação e poder de manobra que surgiram com a jurisprudência do Conselho de Estado da França, de 10 de maio de 1912, no caso *arrêt Abbé Bouteyre*, que tratava sobre o acesso de um padre a um concurso de ensino em um estabelecimento público. Ocorre que o Ministro da Educação negou o acesso de um padre católico para a realização de um concurso de ensino, especificadamente para o ensino da filosofia, em um estabelecimento público. O Conselho entendeu que o ministro comprovou a existência de regras legais relativas as condições e aptidões que um candidato deveria possuir para exercer a função pública, tão logo, entenderam que é parte do poder de apreciação da Administração. Fundamentando a sentença com base na teoria da margem de apreciação, na qual, teria a Administração liberdade de negar a participação do padre. (ROJAS, 2013)

Para a autora, há uma necessidade da margem de apreciação a administração pública, uma vez que está precisa de certa autonomia para suas ações. Na qual, essa liberdade segue duas ideias, conforme,

en primer lugar, el poder discrecional de la Administración es una libertad de acción. En segundo lugar, esta libertad es necesaria. El primer elemento – siguiendo a Fortsakis – es que la noción del poder discrecional como sinónimo de acción libre, la cual no concierne únicamente a la Administración, porque esta libertad se funda em el concepto de soberanía, que conduce a la admisión de un poder discrecional en todas las funciones del Estado, administrativas, jurisdiccionales o parlamentarias. El segundo elemento (necesidade de esta libertad) se funde en la definición de Bonnard sobre el poder discrecional cuando afirma que “El poder discrecional es un poder de libre apreciación que la ley otorga al agente administrativo. (ROJAS, 2013, p. 52)

Já na Alemanha, o conceito de margem de apreciação, é aspecto de núcleo residual da discricionariedade e sua relação com os conceitos jurídicos indeterminados, influenciando e determinando mutuamente opera como uma técnica de precisão destes como um instrumento normativo. (ROJAS, 2013)

A autora Marcela Peredo Rojas (2013), se utiliza de cinco ideias metodológicas para conceituar margem de apreciação, de acordo com o direito administrativo Alemão.

En primer lugar, la tesis de la fundamentación teórica normativa (*normtheoretischerbegrundungsansatz*). Em segundo lugar, aquella que vincula el margen de apreciación a determinados tipos de decisión administrativa. Em tercer lugar, la fundamentación jurídico funcional del margen de apreciación. Em cuarto lugar, la conceptualización del margen de apreciación como un margen habilitado por la ley. Por último, la fundamentación tópica e integradora del margen de apreciación. (ROJAS, 2013, p. 55-56)

A fundamentação jurídico funcional da margem de apreciação da administração, surge no intuito de melhorar a posição desta em adotar medidas concretas em favor dos administrados. Assim, o juiz se encontra em uma posição diferente e nesse caso não pode substituir os critérios técnicos da administração do estado, produzindo a exceção do controle em determinadas matérias. (ROJAS, 2013)

A autora, enfatiza que a margem de apreciação do legislador tem por fundamento a lei, sendo está responsável por permitir quando – em quais casos – a administração pode agir com discricionariedade. (ROJAS, 2013)

Na Alemanha, ainda teria uma fundamentação de duas razões pela qual se reconhece margem de apreciação. A primeira razão, seria pela competência técnica da Administração que limita o controle judicial. E a segunda razão, pela densidade normativa para que a administração goze de liberdade para proteger aos administradores. (ROJAS, 2013)

Essa atuação discricionária, não significa liberdade absoluta a administração, mas sim, que está reflexionará de acordo com a conveniência e oportunidade sobre as medidas a serem tomadas, visando sempre o interesse público. (ROJAS, 2013)

Para Rey-Torres (2014) a margem de apreciação nacional implica ao Estado o reconhecimento de uma certa discricção na hora de adotar uma determinada medidas legislativa, administrativa ou judicial, em relação aos direitos tutelados pela convenção.

A margem nacional de apreciação, geralmente é utilizada quando entre os países signatários de tratados, não há um consenso entre os diferentes Estados e os tribunais regionais se encontram impedidos de criar uma interpretação única sobre determinada lei. (DELGADO, 2011)

Os apoiadores dessa teoria, trazem a ideia de que possibilitaria o cumprimento dos instrumentos internacionais de proteção, sem prejudicar a soberania e os valores internos do país. Tendo o Estado mais capacidade para decidir sobre o assunto que os juízes da corte, pois desconhecem a realidade da situação. (COSTA, 2017)

Assim, a teoria vem como um aporte para os casos em que não há o entendimento mínimo comum, por parte da Corte sobre determinado assunto, dessa forma, “abrindo margem de ação ao Estado, permitindo de acordo com as circunstâncias jurídicas, sociais e culturais de certos direitos.” (CASALS, 2009)

A margem nacional de apreciação, como método do processo de interação do direito, é o melhor meio de preservar as diferenças e prestigiar os direitos humanos. Ela permite uma aproximação das práticas, por intermédio de um

reexame periódico das práticas nacionais, observando-se a evolução da sociedade e da ciência. Preserva-se a diversidade das práticas nacionais determinadas por fatores religiosos e morais, sem perder de vista uma futura possibilidade de aproximação de distintos ordenamentos jurídicos. (DINIZ 2011)

Conforme Saldanha e Brum (2015), a margem nacional de apreciação, não é corriqueiramente utilizada na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tendo origens no Direito Europeu, principalmente na França, Alemanha e Itália. Assim a margem é garantida ao legislador e administrador, como forma de manter a autonomia dos poderes.

Alguns dos casos que chegam a Corte Europeia de Direitos Humanos são de violações comuns de direitos humanos, o que possibilita a Corte deixar as soluções ao Estado. Contudo, os casos encaminhados para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em regra são de violações graves e sistemáticas aos direitos humanos. Além de que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tentar desenvolver uma jurisprudência universal coerente para todos os países signatários, caso algum venha a cometer a mesma violação. (COSTA, 2017)

A mesma preocupação da Corte Interamericana de Direitos Humanos é partilhada por outros doutrinadores, onde entende-se que essa teoria não pode ser utilizada imoderadamente, sem uma norma, nem parâmetro ou critérios claros, pois poderiam os Estados faltar com o compromisso designado pela Corte. (COSTA, 2017)

Por muitas vezes, os violados possuem apenas as Cortes para serem ouvidos. Entretanto, se esta destina a resolução do conflito para o Estado, conseqüentemente traz uma sensação de vulnerabilidade, uma vez que o Estado pode não solucionar o caso que resultou nas violação dos direitos humanos. (COSTA, 2017)

De este modo, la Corte Interamericana há tenido por la promoción de interpretaciones homogéneas del derecho interamericano de los derechos humanos, em línea com sus estándares judiciales. Em otras palabras, la Corte admite la descentralización del control de convencionalidad em forma de um modelo de control difuso, pero guiado a partir de la interpretación que ella efectúe de las normas interamericanas, lo que em últimas es una expresión visible de la aplicación vigorosa del principio de autonomía. (GÓNGORA-MERA, 2013, p. 321)

Quando ocorre a violação de um Direito Humano e principalmente se está for uma violação grave, tem a Corte a possibilidade de adotar ou não o emprego da teoria, podendo-se perceber

que a natureza das violações impactam sobremaneira na adoção ou não da margem de apreciação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, isso porque, quando uma violação de direitos humanos se mostra grave, não cabe aos Estados justificar sua postura frente à violação com base em

determinado dispositivo de lei interna, desconhecendo a proteção internacional. De todo modo, a teoria da margem de apreciação não vem sendo muito adotada na Corte Interamericana de Direitos Humanos também em razão de seu enfoque unidirecional, ou seja, o entendimento de que as cortes constitucionais nacionais decidem se adota (ou não) um *standard* interamericano ou se impõem um padrão interpretativo próprio, se mostra dissonante do sentido de proteção global do ser humano. (COSTA, p. 58, 2017)

A relação da Corte para com os Estado signatários é de soberania, portanto está quando emana uma decisão, devem os seus Estados acatar. E além de tudo, devem respeitar o Pacto ao qual ratificaram, não o violando, mas também, garantindo que nenhum de seus cidadãos o viole. (DINIZ, 2011)

Portanto, quando ocorre o conflito aparente de normas internacionais e nacionais e mirando-se uma resolução que obedeça a ordem de soberania entre os entes envolvidos, tem-se como solução a empregabilidade da teoria da margem de apreciação. Uma vez que está visa auxiliar o juiz, enquanto receptor da norma, a interpretar de acordo com a espécie cultural que determina o senso da norma. (SALDANHA; SILVA; MELLO, 2015)

No processo de internacionalização, contudo, a noção de margem ganha o adjetivo “nacional” e passa a ser um elemento de tentativa de aproximação com a finalidade de atingir um direito comum com bases humanistas. Logo, a margem nacional de apreciação teria a finalidade de proceder a uma espécie de síntese entre os anseios de unidade jurídica e o desejo de separação proveniente de uma autonomia estatal. A margem, portanto, sob o viés da internacionalização, corresponderia ao caminho do meio entre o pressuposto de universalização dos direitos humanos e o relativismo ou os particularismos culturais de cada Estado. (SALDANHA; SILVA, MELLO, p. 162, 2015)

A margem de apreciação, pode ser dividida em dois pontos, margem fraca e margem forte. A margem fraca é aquela em que se redonda em menor favor ao Estado. Ou seja, a existência de um denominador comum, acarreta um maior controle do Tribunal, havendo pouco espaço para participação do Estado. Já na margem forte, se tem um controle brando do judiciário, dessa forma os tribunais não exercem um controle tão rigoroso, permitindo uma maior participação do Estado. (BOTELHO, 2011)

Frente a isso, a margem de apreciação do legislador será mais ou menos livre dependendo do tipo de decisão que se trata. Por exemplo, se tratar de uma política, na qual se estabelece uma norma para a idade mínima de um candidato a algum cargo público, então haverá mais discricionariedade, diferente se o caso for uma norma que estabelece limites a liberdade de opinião, onde a margem será restrita. (ROJAS, 2013)

De acordo com Rojas (2013), a relação posta entre a margem de apreciação do legislador e o controle judicial das normas, se tem entre a política e o direito, que por

vezes é uma relação conflituosa, mas também complementar, quando ambos se interessam pela liberdade, ordem, direitos e legitimidade.

À vista disso, se tem o fenômeno da judicialização da política. Que em princípio, seria uma forma de intervenção do poder judiciário no âmbito legislativo. Contudo, tratando-se da relação entre a Corte e os países signatários, tem-se uma relação de soberania. Sendo assim, as decisões da mesma devem ser acatadas pelos países. (ROJAS, 2013)

Atualmente, o poder judiciário vem intervindo de três formas no poder legislativo, conforme salienta John Ferejohn,

Primeiro, os tribunais têm-se tornado cada vez mais capazes e dispostos a limitar e regular o exercício da autoridade parlamentar, impondo limites substantivos ao poder das instituições legislativas. Segundo, as salas de audiências passaram a servir cada vez mais de lugar para a realização de política substantiva. Terceiro, os juízes têm-se mostrado cada vez mais dispostos a regular a conduta da própria atividade política - seja esta praticada no ou ao redor do legislativo, de órgão governamentais ou do eleitorado - ao criar e aplicar padrões de comportamentos aceitáveis para grupos de interesse, partidos políticos e autoridades tanto eleitas quanto nomeadas. (FEREJOHN, p. 63, 2012)

Ran Hirschl (2012) considera que a judicialização da política possui três faces, sendo elas a propagação do discurso, das normas e dos procedimentos jurídicos da esfera política e os foros e processos do fazer político.

Quanto a primeira face da judicialização da política, a propagação do discurso, o jargão jurídico, é caracterizado como pelo autor, como assuntos que antes tratados e negociados de maneira extrajudicial, hoje passaram a ser normas e acabam sendo decididos dentro dos tribunais. Sendo denominados de judicialização da vida moderna. (HIRSCHL, 2012)

A judicialização desse tipo é indissociável da apreensão pelo direito das relações sociais e da cultura popular e de sua expropriação dos conflitos sociais. Ela deriva da crescente complexidade e contingência das sociedades modernas, ou da criação e expansão do moderno estado de bem-estar social e seus numerosos órgãos regulamentadores. Alguns relatos do rápido crescimento da judicialização em nível jurídico supranacional a retratam como uma resposta institucional inevitável aos complexos problemas de coordenação que derivam da necessidade sistêmica de adotar normas jurídicas e regulamentações administrativas padronizadas entre estados membros em uma era de mercados econômicos convergentes. (HIRSCHL, p. 133, 2012)

A segunda face, é a expansão da seara de tribunais e juízes na determinação dos resultados de políticas públicas, geralmente através da jurisprudência ordinária. (HIRSCHL, 2012)

Não se passa uma única semana sem que tribunal superior nacional em um país qualquer profira julgamento relativo ao alcance de proteções de direitos constitucionais ou aos limites do poder legislativo ou do executivo. Dentre

esses, os mais comuns dizem respeito às liberdades civis clássicas, sobretudo ao direito ao devido processo em ações penais, a vários aspectos do direito à privacidade e à igualdade formal – todos eles que expandem e fortificam as fronteiras da esfera privada constitucionalmente protegida, muitas vezes vista como ameaçada pelo longo braço do Estado interventor e suas leis regulatórias. (HIRSCHL, p. 135, 2012)

Na terceira e última classe, Hirschl (2012) afirma o surgimento de empatia com o judiciário e os juízes na tomada de decisões que lidam com a “megapolítica”.

A judicialização da megapolítica incluiu algumas algumas categorias: judicialização dos processos eleitorais; o escrutínio judicial das prerrogativas do poder executivo nos campos do planejamento macroeconômico ou de questões de segurança nacional; os dilemas fundamentais de justiça restaurativa; a corroboração judicial de transformação de regime; e, acima de tudo, a judicialização da identidade coletiva formativa, de processos de construção de uma nação e de batalhas quanto à definição - ou *raison d'être* – da política como tal aparentemente o tipo mais problemático de judicialização do ponto de vista da teoria constitucional. Essas novas áreas da política judicializada expandem as fronteiras do envolvimento de tribunais superiores nacionais na esfera política para além do âmbito dos direitos constitucionais ou da jurisprudência do federalismo, e leva a judicialização da política a um ponto que excede em muito qualquer limite anterior (HIRSCHL, p. 138, 2012)

Em algumas vezes, a se a necessidade de uma legislação judicial, em virtude de um legislativo fraco. Tendo em vista, que alguns grupos trabalham arduamente em prol de um candidato, devido aos benefícios que este possa trazer caso for eleito. (FEREJOHN, 2012)

Assim, a legislação judicial nem sempre tem caráter negativo, em vista de que esta possa impedir que maiorias legislativas atuem apenas em seu favor e não em favor do interesse público. Deste modo, o judiciário cria leis de caráter positivo, ao agir quando o legislativo abstém-se, principalmente em questões de ameaça aos direitos fundamentais. (FEREJOHN, 2012)

Em virtude dessa forte intervenção do judiciário em questões políticas, por muitas vezes intimida o poder público a se adequar ao entendimento do Tribunal. Conseqüentemente causando certa tendência a influir eficácia prévia, que se manifesta principalmente quando o Parlamento tenta positivar as decisões ou recomendações judiciais. Que podem ser observadas geralmente, na exposição de motivos ao criar-se o projeto de lei. (MENDES, 1992)

O controle judicial sobre os poderes políticos, acaba por muitas vezes, cobrando um comportamento positivo, obrigando o Estado a agir, de forma preventiva ou repressiva, a fim de garantir que o interesse público seja efetivado. (MENDES, 2002)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem a possibilidade de conferir ao Estado uma atuação na resolução de conflito entre as normas internas e

externas. Apesar de não ser adepta a utilização, por predicar uma jurisprudência em caráter universal.

3. O caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos e a aplicabilidade da margem de apreciação

O caso refere-se à responsabilidade internacional do Estado pela ausência de um recurso adequado e efetivo em relação ao impedimento de Jorge Castañeda Gutman para registrar sua candidatura independente à Presidência do México.

Os fatos que circundam o presente caso ocorreram devido aos registros para candidaturas presidenciais do México. Sendo em 5 de março de 2004, quando Jorge Castañeda Gutman apresentou ao Conselho Geral do Instituto Federal Eleitoral uma solicitação para a inscrição como candidato sem partido político ao cargo de Presidente dos Estados Unidos Mexicanos, para as eleições de 2006. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2008)

A vítima solicitou que seu registro fosse realizado na eminência do artigo 35, II da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos⁵.

Artículo 35.- Son prerrogativas del ciudadano:

I.- Votar en las elecciones populares;

II.- Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley;

III.- Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país;

IV.- Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes;

y

V.- Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición. (ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 1917, grifo nosso)

Assim, apresentando todos os documentos necessários e alegando o cumprimento integral dos requisitos constitucionais para exercer o direito ao cargo eletivo. Da mesma forma, a Dirección Ejecutiva de Prerrogativas y Partidos Políticos, Dirección de Partidos Políticos y Financiamiento del IFE informou à Castañeda Gutman a impossibilidade de atender seu pedido nos termos solicitados, uma vez que apenas os partidos políticos nacionais teriam o direito de solicitar o registro de candidatos para cargos de eleição popular. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2008)

Frente a essa declaração, a vítima apresentou uma demanda de amparo perante o Tribunal do Sétimo Distrito em Matéria Administrativa, porém o tribunal decidiu por rejeitar o recurso interposto pela vítima. Dessa forma, realizou um

⁵ Dispositivo anterior a reforma de 2012.

recurso contra a decisão do referido Tribunal, contudo o recurso também foi indeferido pela Corte Suprema do México. Por conseguinte, Gutman não pode concorrer para as eleições presidenciais. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2008)

Destarte, interpôs o autor da ação, Jorge Castañeda Gutman, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos deveria declarar violação dos direitos a participação política, a igualdade perante a lei e a proteção judicial, conforme os artigos 23, 24 e 25 relacionando-os juntamente com os artigos 1.1 e 2, todos da Convenção Americana.

Artículo 23. Derechos Políticos:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b. de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Artículo 24. Igualdad ante la Ley:

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Artículo 25. Protección Judicial:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

- a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1917)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, traz na ideia do artigo 23 da Convenção Interamericana, que a todos os cidadãos cabe o direito de gozar dos direitos e oportunidades políticas elencados no respectivo artigo, além de que estes devem ser garantidos pelo Estado de forma igualitária entre todos. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2008)

El artículo 23 contiene diversas normas que se refieren a los derechos de la

persona como ciudadano, esto es, como titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos, como elector a través del voto o como servidor público, es decir, a ser elegido popularmente o mediante designación o nombramiento para ocupar un cargo público. Además de poseer la particularidad de tratarse de derechos reconocidos a los ciudadanos, a diferencia de casi todos los demás derechos previstos en la Convención que se reconocen a toda persona, el artículo 23 de la Convención no sólo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término “oportunidades”. Esto último implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. Como ya lo señalara este Tribunal anteriormente, es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, p. 43, 2008)

Entretanto, a Corte reconhece a discricionabilidade ao Estado quanto a modalidade específica ou um sistema eleitoral particular. Sendo que a convenção apenas estabelece algumas características do processo eleitoral e princípios da votação, regulamentando o suficiente para não permitir a violação dos Direitos Humanos. Podendo-se perceber conforme o parágrafo 149, do referido caso. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2008)

El derecho y la oportunidad de votar y de ser elegido consagrados por el artículo 23.1.b de la Convención Americana se ejerce regularmente en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. Más allá de estas características del proceso electoral (elecciones periódicas y auténticas) y de los principios del sufragio (universal, igual, secreto, que refleje la libre expresión de la voluntad popular), la Convención Americana no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular mediante el cual los derechos a votar y ser elegido deben ser ejercidos (infra párr. 197). La Convención se limita a establecer determinados estándares dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional; esto es, sea razonable de acuerdo a los principios de la democracia representativa. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, p; 43-44, 2008)

Não entrando ao mérito da referida ação, pois o que interessa a este artigo é quanto a possibilidade de aplicação e reconhecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos com a teoria da margem de apreciação.

Neste caso, a Corte utilizou a teoria da margem de apreciação, tacitamente, ao considerar que os “Estados parte podem deliberar distintos modelos de regulamentação do direito a ser elegido, tomando em consideração o direito comparado aplicável”. (VERA; MANTILLA; MOSER, p. 60, 2014)

A Corte Interamericana de Direito Humanos, praticamente não emprega a margem de apreciação em suas decisões, diferentemente da Corte Europeia que

muitas vezes a aplica. Porém, a uma certa diferença nos casos recebidos pelas Cortes, possibilitando que uma exerça mais do que a outra. (COSTA, 2017)

Apesar de ser pouco mencionada e utilizada pela Corte, justamente por entender que em regra as violações de Direitos Humanos são violentas, e para tanto, não há como ocorrer a aplicabilidade da teoria. Pode-se perceber que timidamente a Corte reconhece um espaço ao legislador, para que possa definir as modalidades específicas e as formas do sistema eleitoral. (BEMVENUTO, 2006)

Assim, quanto ao embate das modalidade de votar e ser votado, tem o poder político do México discricionariedade para atuar. Ou seja, este deve decidir quais regras se aplicam, de acordo com as observações do próprio país.

Contudo, apesar da Corte reconhecer a teoria da margem de apreciação, dificilmente ela permite a empregabilidade da mesma, pois entende a necessidade de uma decisão concreta, para a real reparação das violações.

Envolvendo países signatários da convenção e a Corte, quando está possibilita uma margem ao poder político destes, para que tome a melhor decisão na reparação aos danos sofridos pelas vítimas e criar medidas que impeçam a violação dos direitos humanos de outros. Porém, em regras os poderes destes países não realizam o pedido da Corte.

4. Conclusão

O emprego da teoria aos poucos vem tomando forma e espaço na Corte Interamericana de Direitos Humanos, apesar de não ser vulgarmente utilizada. Está possibilita que o judiciário permita a atuação conjunta do Estado, trazendo facilidade na resolução dos conflitos.

Logo, a teoria da margem de apreciação é uma questão institucional a capacidade decisória das autoridades nacionais superiores à dos órgãos internacionais, que por muitas vezes carecem de informações específicas sobre a realidade daquela nação. Mas cabe aos órgãos internacionais a supervisão, um vez que estes possuem maior domínio sobre as normas internacionais.

Alguns criticam a utilização da teoria, pois entendem que a discricionariedade conferida aos juízes na aplicação das normas internacionais dificultaria a efetividade das normas. Também, essa pratica comprometeria a imparcialidade do Judiciário em razão da possibilidade de supervalorização dos interesses do Estado em relação às normas internacionais. Assim como, a margem de apreciação tende a deixar os indivíduos mais vulneráveis às ações do Estado.

Após a pesquisa, entende-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos praticamente não se utiliza da teoria. Seja, por casos de grave violação aos Direitos Humanos, ou por vontade de unificar a jurisprudência a todos os países signatários do Pacto de São José da Costa Rica.

Também, a teoria possibilita a fração do poder da Corte, permitindo uma divisão e até reconhecimento de competência para resolução dos conflitos através dos próprios Estados.

Além do mais, tendo a utilização da teoria da margem de apreciação, ocorre um forte controle moderado das decisões por parte do judiciário. Já que parte da iniciativa da própria Corte em possibilitar a atuação do Estado na reparação das violações de Direitos Humanos.

5. Referências

BEMVENUTO, Jayme. Perspectiva comparada da proteção dos direitos humanos pelos Sistemas Europeu e Interamericano via o princípio da indivisibilidade. In: *Revista CEJIL*, n. 2, p. 31-50, set. 2006. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24791.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2017.

BOTELHO, Catarina Santos. “Quo Vadis” doutrina da margem nacional de apreciação? - O amparo internacional aos direitos do homem face à universalização da justiça constitucional. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*. Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 341 – 376, 2011. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2911118>. Acesso em: 01 set. 2017.

CANAS, Vitalino. Constituição prima facie: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicados ao “corte” de pensões). In: *Revista Eletrónica de Direito Público*, Lisboa, v. 1, n. 1, p. 01-49, jan. 2014 . Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2014000100001&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em:16 set. 2017.

CANAS, Vitalino. Constituição prima facie: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicados ao “corte” de pensões). In: *Revista Eletrónica de Direito Público*, p. 1- 49, 2014. Disponível em: < http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2014000100001>. Acesso em: 29 ago. 2017.

CASALS, Maria Angélica Benavides. “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos.” *Revista lus et praxis*, Talca, v. 15, n. 1 p. 295 – 310, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100009>. Acesso em: 14 set. 2017.

CORRÊA, Paloma Morais. Corte Interamericana de Direitos Humanos: opinião consultiva 4/84 - a margem de apreciação chega à América. In: *Revista de Direito*

Internacional, Uniceub, p. 263 – 279, 2013. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2581>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Castañeda Gutman vs. México*: sentença de 06 de agosto de 2008 (exceções preliminares, fundos, reparações e custos). San Jose da Costa Rica, 2008. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=298&lang=es>. Acesso em: 14 ago. 2017.

COSTA, Andréia da Silva. *A harmonização entre Direito Interno e Internacional de Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Interamericano: margem de apreciação aderência nacional ou convergências paralelas?*. In: *A internalização de tratados internacionais de direitos humanos na América do Sul*. LOPES, Ana Maria D'Ávila; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 47 – 60, 2017.

DELGADO, Francisco R. Barbosa. *El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática*. In: *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*. ALVARADO, Paola Andrea Acosta; POBLETE, Manuel Núñez. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 1089 – 1117, 2012.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. *Soberania e margem nacional de apreciação*. In: *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí: Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v.6, n.2, 2011. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 04 jul. 2017.

FEREJOHN, John. *Judicializando a Política, Politizando o Direito*. In: *Judicialização da política*. MOREIRA, Luiz. São Paulo: 22 Editorial, p. 63-96, 2012.

GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. *Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo*. In: *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. BOGDANDY, Armin Von; Flávia PIOVESAN; ANTONIAZZI, Mariela Morales. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 60-80, 2013.

HIRSCHL, Ran. *A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos*. Em *Judicialização da política*. MOREIRA, Luiz. São Paulo: 22 Editorial, p. 27-62, 2012.

MATTOSINHO, Francisco Antonio Nieri; MARTINS, Taigoara Finardi. *A teoria da margem de apreciação e a liberdade religiosa na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos*. *Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito*, p. 1428 – 1442, jan. 2015. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1195>>. Acesso em: 15 set. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador - appellentscheidung - na Práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. *Revista Informação Legislativa*. p. 473 – 502, 1992. Disponível em: <http://www.gilmarmendes.org.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=103:o-apelo-ao-legislador-appellentscheidung-na-praxis-da-corte-constitucional-federal-alema&id=8:tecnicas-de-decisao&Itemid=74>. Acesso em: 15 set. 2017.

MÉXICO. Constituição, de 05 de fevereiro de 1917. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Mexico/mexico2004.html>>. Acesso em: 14 set. 2017.

NASPOLINI, Samyra H. Dal Farra; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. O direito internacional dos Direitos Humanos e a margem nacional de apreciação: tendências da Corte Europeia. *Cadernos do programa de pós-graduação Direito/UFRGS*. Porto Alegre, v. 11, n. 1, p. 80-92, ago. 2016. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/62292>>. Acesso em: 14 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Pacto de San José da Costa Rica), adotada em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/>>. Acesso em: 13 set. 2017.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 97, p. 1-8, ago. 1969. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/32546>>. Acesso em: 14 set. 2017.

REYES-TORRES, Amaury A. El principio de igualdad y no discriminación como límite al margen de apreciación en el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo. In: *American University International Law Review*, n. 4, p. 760 – 795, 2014. Disponível em: <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol29/iss4/3/>>. Acesso em: 12 set. 2017.

ROJAS, Marcela Peredo. El margen de apreciación del legislador y el control del error manifiesto. Algunas consideraciones a partir de la jurisprudencia del Consejo Constitucional Francés y del Tribunal Constitucional Alemán. In: *Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, p. 47 – 96, 2013.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Moraes. A margem nacional de apreciação e sua(in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? In: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, v. XV, p. 195 – 238, 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v15/v15a6.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2017.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da; MELLO, Rafaela da Cruz. Novas geometrias jurídicas e a construção de um direito comum pluralista: uma análise da aplicação da margem nacional de apreciação pelo tribunal europeu

dos direitos do homem. In: *Revista Culturas Jurídicas*, Niterói, v. 2, n. 3, p. 157 – 181, 2015. Disponível em: <
<http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/91>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

VERA, Óscar Parra; MANTILLA, Alexandra Sandoval; MOSER, Patricia Tarre. Orientación sexual, margen de apreciación, derechos de las niñas y los niños, no discriminación, derecho a la educación y cuestiones procesales ante la Corte Interamericana: Debates en torno al Caso Niña “X” y sus padres Vs. La República de Muykyta (CEJA 2012). In: *Revista Costarricense de Derecho Internacional*, Costa Rica, 1ª edição, p. 52-77, janeiro 2014. Disponível em: <
www.corteidh.or.cr/tablas/r32530.pdf>. Acesso em: 14 set. 2017.