



## MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL: ARGUMENTO VAZIO OU RECONHECIMENTO POR PARTE DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS?<sup>1</sup>

### NATIONAL MARGIN OF APPRECIATION: EMPTY ARGUMENT OR ACCEPTANCE BY INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS?

*Maria Valentina de Moraes<sup>2</sup>  
Bruna Tamiris Gaertner<sup>3</sup>*

**RESUMO:** A proteção multinível de direitos humanos vem sendo reforçada com os sistemas internacionais de proteção e com a atuação de tribunais internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Diversos países na América Latina, dentre eles o Brasil, reconhecem a jurisdição da Corte e se submetem ao cumprimento de suas decisões. Diante desse contexto, a teoria da margem de apreciação nacional surge como uma forma de reconhecimento de um espaço de atuação estatal no sistema internacional, permitindo que em determinadas questões seja reconhecido um espaço decisório ao Estado. Questiona-se, assim, se a margem de apreciação nacional é reconhecida e utilizada pela Corte Interamericana ou se configura apenas como um argumento em suas decisões. Utiliza-se, para

<sup>1</sup> Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias 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 as autoras atuam na condição de participantes. 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..

<sup>2</sup> Mestranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUC/CAPES e Bolsista CAPES no Processo nº. 88887.156773/2017-00, Edital PGCi nº 02/2015, Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil) e Universidad de Talca - Centro de Estudios Constitucionales de Chile - CECOCH (Chile). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Membro do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos", vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Drª. Mônia Clarissa Hennig Leal. E-mail: <marivalentina.23@hotmail.com>.

<sup>3</sup> Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, coordenado pela Profª. Pós-Drª. Mônia Clarissa Hennig Leal, 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



tanto, como método de abordagem o dedutivo e de procedimento o analítico, bem como a pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial, objetivando compreender a teoria da margem de apreciação e a sua utilização ou não pela Corte. São apresentados em um primeiro momento aspectos da teoria da margem de apreciação, desde sua origem até os contornos atuais para, por fim, por meio da análise jurisprudencial, compreender como ocorre na prática a utilização desta teoria. É possível afirmar, diante da análise realizada, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, embora reconheça a margem de apreciação em algumas decisões, ainda pouco utiliza a teoria, adotando mais uma postura de universalidade de suas decisões do que no sentido de reconhecimento desta margem em casos específicos.

**Palavras-chave:** análise jurisprudencial; Corte Interamericana de Direitos Humanos; margem de apreciação nacional; Sistema Interamericano de Proteção; soberania.

**ABSTRACT:** The multilevel protection of human rights have been reinforced with the international systems to protection of this rights and with the operation of international courts, like a Inter-American Court of Human Rights. Several countries in Latin America, among them the Brazil, recognize a jurisdiction by Inter-American Court and comply with their decisions. In this context, the national margin of appreciation theory emerge as a form to recognize of a space by state operation in a international system, allowing for certain issues be recognized as a space to decision-making for the State. It's questioned, so, if the national margin of appreciation is recognize by Inter-American Court or if it configures itself only as an argument in its decisions. It's used, as a method of approach the deductive and of procedure the analytics, as well as bibliographic research and jurisprudential analysis, with the aim of understanding the margin of appreciation theory and their use or not by the Court. Are presented in a first moment elements to the margin of appreciation theory, among their origin until the her current contours for, in the end, through the jurisprudential analysis, understand as in practice the use of the theory. It's possible to affirm, given the analysis, that the Inter-American Court of Human Rights, although it recognizes the margin of appreciation in some decisions, still uses little theory, adopting a more universal approach than in the sense to recognizing this margins in a specific cases.



**Key Words:** jurisprudential analysis; Inter-American Court of Human Rights; national margin of appreciation; Inter-American System of Protection; sovereignty.

## 1 INTRODUÇÃO

A proteção de direitos fundamentais e humanos, sem adentrar nas diferenças conceituais de ambos os termos, tem ganhado relevância desde seu reconhecimento, enquanto direitos fundamentais, até sua proteção em nível internacional, enquanto direitos humanos. A importância dessa dupla forma de proteção é inegável, pois permite que violações desses direitos cometidas pelos próprios Estados - responsáveis por sua proteção inicial - sejam apuradas e sanadas, evitando que novas violações venham a ocorrer.

Entretanto, a existência de uma sistema internacional de proteção relativiza, em partes, a soberania dos Estados, submetendo-os à jurisdição de órgãos e de direitos que transcendem a dimensão puramente nacional. Nesse cenário, cada vez mais internacionalizado, teorias como a da margem de apreciação nacional buscam compatibilizar a relação entre os ordenamentos jurídicos internacionais e nacionais, permitindo o reconhecimento de espaços de decisão aos Estados, ainda que estes estejam submetidos à jurisdição interamericana. Questiona-se, desse modo, se a margem de apreciação nacional é reconhecida e utilizada pela Corte Interamericana ou se configura apenas como um argumento em suas decisões, sem uma aplicação prática da mesma.

Para a presente pesquisa utiliza-se, portanto, como método de abordagem o dedutivo e de procedimento o analítico, bem como a pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial, a fim de evidenciar como ocorre esta utilização e compreender a teoria da margem de apreciação desde sua origem. Analisa-se, em um primeiro momento, elementos da teoria da margem de apreciação, sua origem e desenvolvimento, para então analisar, a partir de exemplos de decisões da Corte Interamericana que reconhecem a doutrina, como a mesma vem sendo aplicada. Inicia-se, então, com a teoria que ainda vem sendo desenvolvida em termos de América Latina e que já é amplamente utilizada no Sistema Europeu de Proteção, para que seja possível identificar sua utilização jurisprudencial.



## 2 A TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL FRENTE AO ELEMENTO DE TENSÃO ENTRE JURISDIÇÕES: A SOBERNIA ESTATAL

As relações que se estabelecem entre a ordem interamericana e a ordem interna demandam o equilíbrio entre uma atuação jurisdicional pautada na proteção dos direitos humanos e também na proteção de direitos relacionados com o interesse do país. Os Princípios da Subsidiariedade, da Proporcionalidade e da Soberania Estatal surgem como fatores a serem sopesados em termos de atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A margem de apreciação nacional - que na "França é conhecida como 'marged'appréciation'; na Itália como 'marge de discrizionalità' e na Alemanha 'Ermessensspielraum'(SALDANHA e BRUM, 2015, p. 202) - identificada como um espaço de atuação reservado ao Estado, "não é peculiar da jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos. Ela deriva das práticas do direito administrativo europeu" (SALDANHA e BRUM, 2015, p. 202). É, contudo, com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos que a doutrina da margem de apreciação passa a representar, como uma "margem de manobra", uma ferramenta e um espaço para adequar as necessidades dos Estados dentro do estabelecido na Convenção Européia de Direitos Humanos, diante de condicionantes culturais, por exemplo (HARO, 2008).

Dita margem, como destacam Saldanha e Brum (2015, p. 203):

foi evocada pela primeira vez pela Comissão Europeia dos Direitos do Homem e, em seguida, introduzida pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), no caso *Lawless c. Irlanda*, de 1961, quando deixou ao Estado irlandês margem para decidir acerca da derrogação do artigo 15º da Convenção Européia de Direitos Humanos. Em tal caso, a CEDH reconheceu aos Estados uma margem nacional de apreciação. Todavia, somente no caso linguístico belga, de 1968, foi que a Corte de Estrasburgo precisou os fundamentos de sua doutrina.

Como colocado em sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no *Caso Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos*, o reconhecimento dessa margem de apreciação nacional outorga aos Estado um espaço onde os mesmos "regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos" (CORTE IDH, 2008, p. 48), preservando alguns direitos de caráter fundamental àquele Estado. Lembra Arroyo (2016, p. 106) que a margem de apreciação possibilita aos Estados "brindar tratamiento distinto al



contenido de un derecho, siempre que no se atente contra el mínimo o el contenido esencial de un derecho", existindo alguns padrões a serem respeitados em termo de proteção.

Em determinados casos, há um espaço de apreciação maior do que em outros, variando conforme o direito a ser protegido, existindo uma maior aderência às decisões quando encontra-se em jogo o direito à vida e uma maior margem em casos, por exemplo, como de um direito de cunho previdenciário (ARROYO, 2016). Tal margem "está relacionada com os limites decisórios dos sistemas de justiça internacional, supranacional e regional em matéria de direitos humanos" (SALDANHA e BRUM, 2015, p. 203), configurando-se como "un instrumento de interpretación útil para que el tribunal decida con claridad y transparencia acerca de la competencia local, nacional y europea" (HARO, 2008, p. 63) - no caso, interamericana.

Trata-se de um instrumento que atenua a atuação da Corte, a qual detém "no sólo competencias jurisdiccionales, sino del poder explícito de definir el alcance de su propia competencia; es decir de la competencia de la competencia [...], de conformidad con el artículo 62.3 de la CADH" (ARROYO, 2016, p. 43). Essa prerrogativa da Corte Interamericana, se não utilizada de forma deferente, pode ocasionar uma intervenção demasiada da Corte, pois, como coloca Leal (2014, p. 134) "también o fenómeno do ativismo judicial pode ser aplicada às Cortes Internacionais" e, assim sendo, "en ese sentido, órganos como la Corte deberán autolimitar los alcances de supronunciamento" (ARROYO, 2016, p. 83).

O Princípio da Subsidiariedade desempenha um interessante papel nesse sentido, sendo característica da Corte Interamericana e também da Corte Europeia - como organismos jurisdicionais internacionais - a atuação subsidiária, a qual deixa "en los niveles inferiores una mayor responsabilidad en la toma de decisiones con relativa autonomía e intervención limitada por parte de los niveles jerárquicos superiores (HARO, 2008, p. 74). Desse modo, "el control de convencionalidad, debe ser realizado, en primer lugar por los jueces nacionales, y eventualmente por la Corte Interamericana en el ejercicio de su competencia contenciosa" (ARROYO, 2016, p. 72).

Também o Princípio da Proporcionalidade desempenha um papel fundamental na análise da margem de apreciação, ao servir para "para balizar, de um lado, a adoção estatal de medidas restritivas de direitos fundadas em 'necessidades sociais imperiosas' e, de outro, a gravidade da medida tomada"



(SALDANHA e BRUM, 2015, p. 212). Deve ser tomada em conta a necessidade da restrição ao direito em relação ao prejuízo causado e se esse objetivo buscado com a restrição, pelo Estado, de algum direito, estaria acima de qualquer prejuízo causado, não existindo outra forma de atingi-lo (NASPOLINI e SILVEIRA, 2016, p. 87). Há que se considerar que:

en la práctica es obvio que un margen demasiado amplio es sinónimo de la discrecionalidad nacional proporcional; circunstancia en la cual los individuos y sus demandas son generalmente rechazados. El fenómeno es igualmente cierto al invertir la proporcionalidad. Un margen de apreciación reducido resulta en el debilitamiento de las instituciones nacionales por aceptar el tribunal todos los recursos y apelaciones, lo que llevaría al descontento de cada país (HARO, 2008, p. 78)

É preciso buscar um equilíbrio no que toca à relação entre soberania estatal/autonomia e proteção dos direitos humanos por Cortes Internacionais, considerando-se nessa busca o Princípio da Subsidiariedade e da Proporcionalidade (HARO, 2008, p. 84). Nesse sentido, Saldanha e Brum (2015, p. 204) apontam para uma alternativa em termos de atuação, a qual "respeita o pluralismo e fortalece a coexistência de duas ordens jurídicas diferentes. A presença de uma 'soberania nacional controlada' e de uma 'primazia europeia relativa' parece ser o que mais celebra o pluralismo", o que se aplica também em relação aos Estados que reconhecem a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No que tange a essa relação entre Tribunais e a margem, grande parte da doutrina defende "ser a 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" (SALDANHA e BRUM, 2015, p. 204). Essa relação de deferência trazida com a margem de apreciação perpassa também questões relativas à jurisdição interna, no tocante à relação entre os Poderes do Estado - Executivo, Legislativo e Judiciário. Enquanto a margem de apreciação nacional guarda estreita conexão com o Princípio da Soberania Estatal, a margem de apreciação, em nível interno, encontra no Princípio da Separação de Poderes essa correlação.

A divisão entre os três Poderes do Estado sofreu adequações ao longo dos anos e, embora inicialmente pensada por Montesquieu, em moldes diferentes, é com a Constituição Americana que a noção de uma divisão funcional de poderes, relacionada a noção de pesos e contrapesos (*check and balance*), se constitui (MENDES, 2008). Na construção de Montesquieu a "separação de poderes ainda



está associada à hierarquia estamental. Nos Federalistas, monta-se uma maquinaria governamental que não se conecta diretamente com a suposição de uma sociedade dividida rigidamente" (MENDES, 2008, p. 175). Assim, embora se estabeleça uma lógica de atuação harmônica entre os Poderes, a "doutrina da divisão de poderes acaba tendo de apontar a instância de último recurso que cumpra o papel do soberano, caso os poderes não convirjam para um mesmo ponto" (ARAÚJO, 2006, p. 252), todavia, de forma um tanto quanto contraditória, "o espírito da separação de poderes é deixar essa questão em aberto"(ARAÚJO, 2006, p. 252).

Nesse cenário de divisão de funções e competências, as discussões acerca dos limites de atuação de cada um dos Poderes ganha destaque, especialmente diante da existência de um controle de constitucionalidade cuja atribuição é do Poder Judiciário. Não são poucas as críticas quanto a um agigantamento do Supremo Tribunal Federal em relação aos demais Poderes, sendo "as críticas mais ferrenhas a este modelo de jurisdição e de controle se dão, por seu turno, sob a égide e o argumento do paternalismo representado pela jurisprudência de valores incorporada pelos tribunais constitucionais" (LEAL, 2007, p. 90). Outra corrente aponta, ainda, uma sobreposição do Judiciário em relação aos demais, de natureza representativa, o que acarretaria uma substituição do "poder constituinte soberano" (LEAL, 2007).

A atuação da jurisdição, em relação aos Tribunais Constitucionais, também é criticada por Maus (2000, p. 191), que aponta que não é mais a Constituição que outorga competência à atuação dos Tribunais, sendo que

tal competência deriva diretamente de princípios de direito suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolveu em sua atividade constitucional de controle normativo, o que o leva a romper com os limites de qualquer "competência" constitucional. O TFC submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais.

Em meio a tais críticas à atuação jurisdicional, Klatt (2015, p. 221), pautando-se na ideia de um controle judicial ponderado, onde as competências possuem um caráter de princípio - devendo ser ponderadas - e não de regras, entende que "ao invés de adotar um único modelo de controle judicial, forte ou fraco, os Tribunais devem adotar uma abordagem flexível que permita uma maior gama de níveis de intensidade de controle judicial". Ainda nessa tese, o autor observa que "qualquer controle judicial será uma interferência na competência do Legislativo [...]. A questão



não é se há ou não interferência, mas sim, qual é o peso dessa interferência" (KLATT, 2015, p. 241).

A margem de apreciação ocupa, nesses debates, um espaço fundamental, estabelecendo uma relação que reconheça a primazia de atuação em determinadas questões. Internamente, a margem de apreciação do legislador "comprende, basicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan al legislador a la adopción de una o otra fórmula normativa" (LARRAÍN, 2008, p. 234), relacionada as escolhas que encontram-se em um espaço de conformação legislativa, regulado constitucionalmente.

Tal como ocorre com a margem de apreciação nacional, a margem de apreciação do legislador se relaciona com a proporcionalidade, devendo ser realizado um exame quanto aos meios utilizados e sua relação com a necessidade existente (ESTAY, 2014). Trata-se de um reconhecimento de um espaço onde não cabe - ao menos em um primeiro momento - a atuação do Poder Judiciário, devendo esse, em casos onde seja chamado a realizar um controle jurisdicional, agir com deferência.

Na França, onde se originou a teoria da margem de apreciação, a mesma é utilizada "como criterio por el *Conseil d'Etat* a propósito del control de la discrecionaridad administrativa o *pouvoir discrétionnaire*, en casos paradigmáticos como el *arrêt Gomet* (1914) o el más conocido *arrêt Lagrande*" (ESTAY, 2014, p. 378). Desde a década de 1980, contudo, a margem também passou a ser utilizada pelo *Conseil Constitutionnel* como um mecanismo para que este estabeleça se em determinados casos a atuação legislativa se encontra dentro de um espaço de decisão política (ESTAY, 2014).

Nesse ínterim, a margem de apreciação do legislador, ainda que utilizada como critério de aferição de competência em eventual controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário, reflete uma ótica de separação de poderes mais estática e com competências definidas. Tem-se, assim, que o "desafio da teoria normativa [...] não é aprisionar as instituições num esquema rígido da separação de poderes [...], mas fazer com que o princípio regulador dessas oscilações seja permeável a 'bons argumentos'" (MENDES, 2008, p. 186). Cabe analisar, desse modo, se na prática há o reconhecimento da margem de apreciação nacional por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos.





### 3 O RECONHECIMENTO DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL PERANTE À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

As demandas encaminhadas para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em regra são de violações graves e sistemáticas aos direitos humanos. Ainda, pode-se afirmar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tende a desenvolver uma jurisprudência universal coerente para todos os países signatários, caso algum venha a cometer a mesma ou semelhante violação. Além disso, 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)

Quando ocorre a violação de um Direito Humano e principalmente se esta for uma violação grave, tem a Corte a possibilidade de adotar ou não o emprego da teoria da margem de apreciação, 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 adotam (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).

Inicialmente, vale ressaltar que a primeira vez que a Corte IDH aplicou a teoria da margem de apreciação foi em 19 de janeiro de 1984 na *Opinião Consultiva 4/84*. Neste caso, a Costa Rica solicitava uma análise por parte da Corte IDH, sobre a compatibilidade da proposta de emenda dos artigos 14 e 15 da Constituição da Costa Rica com a Convenção Americana de Direitos Humanos, para observar se os artigos, que referiam-se a naturalização dos costa-riquenhos, ensejasse alguma hipótese de discriminação (CORTE IDH, 1984).

Assim, a posição adotada pela Corte Interamericana foi no sentido de que tais assuntos devem ser governados primeiramente pelo direito interno daquele Estado, cabendo a este decidir as regras e as condições a serem satisfeitas para a concessão da nacionalidade costa-riquenha, desde que estas regras não entrem em conflito com normas superiores (CORTE IDH, 1984). Destacou a decisão que:



Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso. En tal sentido, no puede ponerse en duda la potestad soberana de Costa Rica para resolver sobre los criterios que han de orientar el discernimiento o no de la nacionalidad a los extranjeros que aspiran a obtenerla, ni para establecer ciertas diferencias razonables con base en circunstancias de hecho que, por razones objetivas, aproximen a unos aspirantes más que a otros al sistema de valores e intereses de la sociedad costarricense (CORTE IDH, 1984, p. 17).

Em um segundo momento, ao decidir sobre a discriminação, entendeu-se que a igualdade está ligada à dignidade humana, sendo assim inadmissível os tratamentos diferenciados que denotem superioridade de qualquer grupo em relação aos demais (CORTE IDH, 1984). Porém, destacou que deve se considerar que nem toda e qualquer forma de diferença de tratamento é classificada como discriminatória, uma vez que nem toda diferença de tratamento é ofensiva à dignidade humana (CORTE IDH, 1984).

A questão é que não se classifiquem as diferenças de tratamento aos indivíduos como discriminatórias por parte de um Estado quando elas estiverem baseadas em diferenças substanciais fáticas e desde que exista relação de proporcionalidade entre tais diferenças e os objetivos da norma legal em questão (CORRÊA, 2013). Justamente por considerar, em um juízo de ponderação de possíveis restrições à dignidade em relação ao bem estar público, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos aplicou a teoria da margem de apreciação, entendendo que é reservado aos Estados estabelecer os requisitos de aquisição da nacionalidade e determinar se estes foram satisfeitos (CORRÊA, 2013).

Há, portanto, o reconhecimento desse espaço de manobra ao Estado, atuando a Corte nesse caso em uma postura de auto-contenção e reconhecendo a possibilidade de que o Estado, de forma proporcional, decida a questão. Também se destaca na referida Opinião Consultiva, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos se utiliza da teoria, ao referir expressamente que:

**esa conclusión de la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla. Pero de ningún modo podría verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados.** La mayoría de estas hipótesis, no sometidas por cierto a la consideración de la Corte, constituyen verdaderos casos de discriminación en razón del origen o del lugar de nacimiento que crean injustamente dos grupos de distintas jerarquías entre nacionales de un mismo país (CORTE IDH, 1984, p 17) (grifou-se).



Contudo, mesmo que tenha ocorrido o reconhecimento dessa margem estatal na Opinião Consultiva no tocante à questão de cidadania, a própria Corte entende que este é um caso isolado que merece o emprego dessa teoria (NASPOLINI; SILVEIRA, 2016). Há que se destacar a preocupação do órgão com a identificação da situação no caso em específico, sem torná-lo um padrão fixo de utilização da margem de apreciação. Percebe-se que a Corte não se manifesta como favorável ao uso dessa em outras situações (NASPOLINI; SILVEIRA, 2016).

Após, a Corte IDH invocou novamente a teoria no caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, com sentença em 02 de julho de 2004, sendo o caso levado à Corte Interamericana por virtude de restrições de liberdade de expressão, em razão de violações cometidas pelo Estado Costarricense ao emitir uma sentença penal condenatória em 12 de novembro de 1999. A decisão condenatória decorre do fato de que nos dias 19, 20 e 21 de maio e 13 de dezembro, todos do ano de 1995, se publicou no jornal “La nación” diversos artigos escritos por Mauricio Herrera Ulloa, cujo conteúdo supostamente consistia em uma reprodução parcial de reportagens da imprensa belga que atribuíram ao diplomata Félix Przedborski, representante *ad honorem* da Costa Rica na Organização Internacional de Energia Atômica na Áustria, uma comissão de feitos ilícitos graves (CORTE IDH, 2004).

No referido caso, a Corte IDH reconheceu a margem de apreciação para que os Estados firmem recursos ordinários eficazes para proteger os direitos, como poder ser destacado dos parágrafos 127 e 128 da referida decisão:

127. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público.

128. En este contexto es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático (CORTE IDH, 2004, p. 70).

Ainda, destaca-se também o parágrafo 161 da mesma:

161. De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la



eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. **Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos (CORTE IDH, 2004, p. 70) (grifou-se).**

Portanto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu uma margem de apreciação ao Estado quanto ao recurso ordinário, tendo em vista que os Estados possuem uma margem para regular o exercício de recorrer, entretanto não podem estabelecer restrições ou requisitos que infrinjam o direito de recorrer do fato. Além do mais, a teoria foi requerida no caso *Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica*, com sentença em 28 de novembro, em que foi abordada as questões de legalização da fertilização *in vitro*. O caso tratava da proibição absoluta, sem possibilidade de exceção, para utilização das técnicas de fertilização *in vitro*, e se essa medida estabelecida pela Sala Constitucional era compatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CORTE IDH, 2012).

A medida estabelecida pela Sala Constitucional acarretou diversos prejuízos às vítimas, algumas tiveram que cancelar a continuação dos tratamentos, outras necessitaram continuar em outro país no qual fosse permitido o tratamento, além de que alguns nunca puderam usufruir dessa ciência (CORTE IDH, 2012). A particularidade do caso em tela, perpassa pelo fato de que a teoria da margem de apreciação foi invocada pelo Estado da Costa Rica, que figurava como parte no processo.

O Estado trabalhou sobre as teses de que não existe consenso em relação a um estatuto jurídico do embrião, ainda, não existe um consenso sobre o início da vida humana, e para tanto deve a Corte aplicar a margem de apreciação para a regulação da técnica da fecundação *in vitro* (CORTE IDH, 2012). Argumentou, por fim, que não é válido o argumento de que como existem outros Estados que, por omissão legislativa, permitem a prática da fecundação, Costa Rica não deve ter reconhecida sua margem de apreciação (CORTE IDH, 2012).

O Estado em sua defesa, destacou o fato da margem ser amplamente desenvolvida no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, e que já há alguns precedentes que contemplam a teoria na Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que reforça a possibilidade de o Estado regular da forma que conviesse a matéria



(CORTE IDH, 2012). Contudo, o argumento era plausível para a decisão, onde visava questões particulares do país, entretanto o Estado foi falho ao invocar a teoria, principalmente ao realizar a comparação entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, pois, a margem de apreciação, quando delegada nos casos europeus, era invocada para autorizar e não proibir as práticas de fecundação *in vitro* (CHÍA; CONTRERAS, 2014).

Os magistrados da Corte entenderam que não haveria possibilidade de aplicação da teoria da margem de apreciação, mas sim do princípio da proporcionalidade, pois houve uma grande violação aos direitos envolvidos, além de que a interferência teve um impacto diferenciado nas vítimas, seja pela situação de deficiência na reprodução, estereotipo de gênero, ou situação econômica. Portanto, não caberia o emprego da teoria, pois o Estado havia realizado uma grave violação, ao proibir, sem nenhuma exceção, a fecundação *in vitro*. Dessa forma, observa-se que tanto a teoria da margem de apreciação, quanto o princípio da proporcionalidade, não se substituem, e logo, devem permanecer a disposição da Corte, para a interpretação e aplicação da melhor forma que convier.

Pelo exposto, importante salientar que:

é necessário que se reflita se a margem nacional de apreciação não tem contribuído para uma aplicação não uniforme e até mesmo relativa e flexibilizada de direitos consagrados na normativa internacional, dando a ideia de que essas normas não possuem caráter obrigatório. Por esses motivos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos ("CIDH") na Opinião Consultiva n° 4/84 demonstra preocupação com o uso da margem de apreciação e adverte que a discricionariedade dada aos Estados corre o risco de levar a julgamentos subjetivos e arbitrários. Assim, a CIDH pouco tem desenvolvido e aplicado esse método (NASPOLINI; SILVEIRA, 2016, p. 88).

Dessa forma, vislumbra-se que a Corte, dos três casos apresentados, empregou apenas em dois a teoria da margem de apreciação do legislador, sendo que no último optou por aplicar o princípio da proporcionalidade ao invés da margem de apreciação. Embora ainda reconhecida em pouquíssimos casos, o reconhecimento alargado dessa margem de apreciação "equivaldría a transformar el sistema interamericano de protección en una especie de 'menú a la carta'. En otras palabras, equivaldría a desmantelar el sistema interamericano de protección" (CAVALLO, 2013, p. 643). Deve a mesma ser usada, portanto, nos casos em que de fato exista uma necessidade de compatibilização que será melhor avaliada pelo Estado envolvido na lide.



Além do mais, restou perceptível que a Corte empregou a referida teoria em níveis diferentes, pois na Opinião Consultiva 4/84 houve uma margem mais branda, com maior poder de atuação do legislador, porém, quanto ao caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica margem foi mais restrita, atribuída apenas quanto regulamento do exercício dos recursos. Para tanto, fica identificado que a teoria é invocada pela Corte IDH, em casos que a pouca violação aos Direitos Humanos e, geralmente, envolvendo discussões culturais dos países signatários.

## 5 CONCLUSÃO

Diante da análise realizada, é possível afirmar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tende a não invocar, em grande escala, a teoria da margem de apreciação em suas decisões, optando por decisões universais, visando utilizá-las em casos similares. A diferença do Sistema Europeu de Proteção, onde a margem de apreciação tem sua origem internacional, ainda são poucos os casos em que a mesma é reconhecida pela Corte Interamericana.

Também doutrinariamente ainda é pouco discutida dita margem em termos latino-americanos, uma vez que os dois sistemas - Europeu e Interamericana - possuem características distintas que exigem a adequação da teoria francesa aos casos levados à Corte de San José. Respondendo ao questionamento apresentado, pode-se afirmar, portanto, que a teoria não é invocada pela Corte de forma irresponsável e que, embora ainda haja um pequeno reconhecimento dessa margem em relação às demais decisões, quando reconhecida, há uma preocupação do órgão em apresentar a teoria e justificá-la diante do caso concreto.

## REFERÊNCIAS

- ARROYO, César Landa. *Convencionalización del Derecho peruano*. Lima: Palestra, 2016.
- CAVALLO, Gonzalo Aguilar. "'Afinando las cuerdas" de la especial articulación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno. Comentario de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancuaga en el caso del homicidio simple de Luis Almonacid Arellano, Sentencia de fecha 14 de enero de 2013, *Estudios Constitucionales*, 2013, p. 633-654.
- CHÍA, Eduardo; CONTRERAS, Pablo. Análisis de la sentencia Artavia Murillo y otros ("fecundación *in vitro*") vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Revista Estudios Constitucionales*, v. 12, n. 01, p. 567-585, 2014.



CORRÊA, Paloma Moraes. Corte Interamericana de Derechos Humanos: opinión consultiva 4/84 - a margem de apreciação chega à América. In: *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 02, p. 263 – 279, 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica*. Sentença de 28 de novembro de 2012. Disponível em:  
<[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)>. Acesso em: 14 ago. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de 6 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose da Costa Rica, 2008. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_184\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf). Acesso em 10 out. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentença de 02 de julho de 2004. Disponível em:  
<[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_107\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf)>. Acesso em: 14 ago. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinião Consultiva 4/84, de 19 de janeiro de 1984*. Disponível em:  
<[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf)>. Acesso em: 11 set. 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: LOPES, Ana Maria D'Ávila; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *A internalização de tratados internacionais de direitos humanos na América do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 47 – 60, 2017.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2011.

ESTAY, José Ignacio Martínez. Auto Restricción, Deferencia y Margen de Apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Talca, v. 1, p. 365-396, 2014.

HARO, Carlos Brokmann. La Doctrina del Margen de Apreciación como instrumento de la protección de. *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, México, v. 8, p. 59-89, 2008.

KLATT, Matthias. Direitos a prestações positivas: quem deve decidir? Controle judicial ponderado. In: ALEXY, R.; BAEZ, N. L. X.; SILVA, R. L (Orgs.). *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. Tradução de Carlos Luiz Strapazzon. Florianópolis: [s.n.], 2015. p. 215-266.

LARRAÍN, Patricio Zapata. *Justicia constitucional. Teoría y practica en el derecho*



---

*chileno y comparado*. Santiago: Jurídica de Chile, 2008.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdicción constitucional: judicialización e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-140, setembro/dezembro 2014.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". *Novos Estudos - CEBRAP*, São Paulo, v. 58, p. 193-202, novembro 2000.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. 219 f. Tese: Doutorado em Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

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 em Direito PPGDir. UFRGS*, Porto Alegre, v. XI, p. 80-92, 2016.

NUÑEZ POBLETE, Manuel. Introducción al concepto de identidad constitucional y su función frente al derecho suprenacional e internacional de los derechos de la persona. In: *Revista Ius et Praxis*, v. 14, n. 02, p. 331-372, 2008.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Derechos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermeneutica a serviço do pluralismo ordenado? *Anuário Mexicano de Derecho Internacional*, México, v. XV, p. 195-238, 2015.