

A TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO DO LEGISLADOR E SUA APLICABILIDADE NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS¹

THE THEORY OF THE MARGIN OF APPRECIATION OF THE LEGISLATOR AND ITS APPLICABILITY IN THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

*Mônia Clarissa Hennig Leal²
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 teoria da margem de apreciação do legislador, averiguando-se desde o surgimento da teoria na Europa até sua utilização na Corte Interamericana de Direitos Humanos. No decorrer do trabalho, buscou-se também compreender a interação entre a margem de apreciação e o controle de convencionalidade, bem como, a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, frente as questões de Lei de Anistia. Utilizados como referencial para uma melhor compreensão acerca da margem de apreciação do legislador em um contexto de protagonismo dos Tribunais Internacionais, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem tido uma atuação significativa no sentido de ordenar a concretização dos direitos previstos na Convenção.

Palavras-chaves: Margem de apreciação do legislador; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Controle de Convencionalidade.

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

¹ Este artigo 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), coordenado pela Professora Pós-Dr^a. Mônia Clarissa Hennig Leal, 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.

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 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

the thematic theory of the margin of appreciation of the legislator. In the course of the article, a study is made of the theory of the legislator's margin of discretion, ranging from the emergence of theory in Europe to its use in the Inter-American Court of Human Rights. In the course of this work, we also sought to understand the interaction between the margin of appreciation and the control of convention, as well as the position of the Inter-American Court of Human Rights, regarding Amnesty Law issues. Used as a reference for a better understanding of the legislator's margin of appreciation in a context of the International Courts, such as the Inter-American Court of Human Rights, which has had a significant role in ordering the Convention.

Keywords: Margin of Appreciation of the legislator; Inter-American Court of Human Rights; Conventional Control.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é resultado de uma pesquisa que teve por objetivo principal analisar 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 se utilizando da teoria da margem de apreciação.

Geralmente, a margem de apreciação é concedida pelo Tribunal no intuito de permitir ao Estado que efetive as obrigações, as quais se comprometeu ao ratificar a Convenção, observando a melhor forma, econômica, cultural e particularmente, e assim, efetivar o controle de convencionalidade. E dessa forma, podendo-se afirmar que a invocação da margem, tem por justificativa o resguardo e respeito do pluralismo cultural e constitucional do direito interno.

Portanto, objetiva-se em um primeiro momento entender como surgiu, e as principais noções atreladas a teoria da margem de apreciação, ainda a vinculação da teoria como ferramenta de exercício para o controle de convencionalidade, além de averiguar o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nas questões atinentes a Lei de Anistia, frente aos pedidos implícitos da consagração da teoria.

2 BREVES APORTES SOBRE A MARGEM DE APRECIAÇÃO

Cabe, inicialmente, para melhor compreensão deste artigo, salientar breves considerações sobre a teoria da “margem de apreciação”, esta surgiu no direito Europeu como forma de possibilitar uma atuação por parte do Estado, em questões que os Tribunais não possuíam um entendimento único. A teoria da margem de apreciação, foi inicialmente utilizada na Corte Europeia de Direitos Humanos e sua terminologia a princípio possui origem francesa: *margé d'appréciation*.⁴

⁴ Rojas, Marcela Peredo (2013). “El margen de apreciación del legislador y el control del error manifiesto.

A expressão margem de apreciação ou poder de apreciação, tem origem na jurisprudência do Conselho de Estado francês, no caso de Abbé Bouteyre, em 10 de maio de 1912, na qual encontra-se a expressão *pouvoir d'appréciation*. O caso tratava sobre o acesso a função pública. Em que o Ministro da Educação negou o acesso de um padre católico para a realização de um concurso de ensino, especificadamente para o ensino de 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 uma 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.⁵

Assim, a teoria, proveniente do direito administrativo francês, que surgiu de uma ideia da discricionariedade administrativa. Salienta, que a Comissão Europeia de Direitos Humanos, foi a primeira a invocar a teoria da margem de apreciação em âmbito de direito internacional, no caso do Reino Unido contra Grécia em 1958, e, dessa forma, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, passou a incorporar a teoria na sua jurisprudência.⁶

Assim, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, passou a utilizar a teoria como um espaço de manobra concedido as autoridades internas para o cumprimento de suas obrigações advindas da Convenção Europeia. Apresentando a ideia de que os Estados membros trazem consigo uma certa margem para a aplicação e cumprimento da obrigação.⁷

De tal modo, a teoria seria aplicada “por el propio TEDH em los casos concretos, em los que exista la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*)”.⁸ Para tanto, a 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 teoria, então, se revela como uma certa discricionariedade, ou seja, uma margem 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 ocorre, porque o órgão a quem será proporcionada essa manobra está em uma posição melhor daquela em que se encontra o órgão jurisdicional, ou ainda, que aquele detém a legitimidade política necessária para atribuir o valor correto à

Algunas consideraciones a partir de la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés y del Tribunal Constitucional alemán”. En: *Estudios Constitucionales*,(AÑO 11, N. 2), pp. 47-96.

⁵ Rojas, Marcela Peredo (2013): “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”. En: *Estudios Constitucionales*,(AÑO 11, N. 2), pp. 47-96.

⁶ Palacios, David Lovatón (2017): *La gestación del Estado constitucional interamericano*. (Lima, Tarea Asociación Gráfica Educativa).

⁷ García Roca, Javier. (2010): *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. (Madrid, Civitas-Thomson Reuters).

⁸ Nogueira Alcalá, Humberto (2014): “El uso de Las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, en _____, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero* (Santiago, Librotecnia) p. 560.

interpretação que deve ser dada ao direito convencional previsto frente ao caso concreto.⁹

Desse modo, a teoria da margem de apreciação se apresenta como necessária tanto de onde surgiu com seu viés na administração pública, como também, e principalmente, no âmbito jurídico, como mais uma forma de efetivar o controle de convencionalidade, uma vez que o Estado precisa de certa autonomia para suas ações, mas também, de um certo controle do judiciário, a fim de que o Estado não ultrapasse os limites, ou, deixe de efetivar os direitos humanos e fundamentais. Na qual, essa liberdade segue duas ideias, conforme:

en primer lugar, el poder discrecional de la Administración es una libertad de acción. Em 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.”¹⁰

Assim, fundamentação jurídico funcional da margem de apreciação em relação a 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.¹¹

[...] 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.¹²

⁹ Rojas, Marcela Peredo (2013): “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”. En: *Estudios Constitucionales*, (AÑO 11, N. 2), pp. 47-96.

¹⁰ Rojas, Marcela Peredo (2013): “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”. En: *Estudios Constitucionales*, (AÑO 11, N. 2), pp. 47-96.

¹¹ Rojas, Marcela Peredo (2013): “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”. En: *Estudios Constitucionales*, (AÑO 11, N. 2), pp. 47-96.

¹² Saldanha, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Moraes (2015): “A margem nacional de apreciação e sua(in)aplicação pela Corte Interamericana de Derechos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (v. XV), pp. 204-205.

Além do mais, a margem de apreciação do legislador tem por fundamento a lei, sendo está responsável por permitir quando e em quais casos o juiz permite a administração o poder de agir.¹³

A margem de apreciação 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.¹⁴

Em virtude, entende-se que o emprego dessa teoria, traz a ideia de possibilidade do 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.¹⁵ 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.¹⁶

Dessa forma, pode-se entender que a teoria de “margem de apreciação”, se utiliza, basicamente, para a defesa de um critério de autonomia nacional para determinar o conteúdo dos direitos fundamentais, assim, é um critério relativo, na medida em que a margem depende da decisão da Corte Internacional respectiva. Dessa forma, há necessidade de uma autorização por parte da Corte que venha a julgar permitindo ao Estado o espaço de manobra. E dessa forma, podendo se afirmar que a invocação da margem tem por justificativa uma forma de resguardo e respeito ao pluralismo cultural e constitucional do direito interno.¹⁷

Também, vale destacar, sempre que o juiz internacional decidir aplicar e conceder ao Estado o espaço de manobra, esta decisão deverá ser fundamentada, pois o juiz deverá efetuar um trabalho persuasivo através de sua argumentação, confirmand que conceder a margem é a forma mais adequada para a realidade cultural e constitucional, pois ao mesmo tempo que demonstra respeito ao direitos mínimos, das normas de *jus cogens*, e é mais favorável aos direitos do individuo ou da comunidade afetada.¹⁸

¹³ Rojas, Marcela Peredo (2013): “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”, en: *Estudios Constitucionales* (AÑO 11, N. 2), pp. 47-96.

¹⁴ Reyes-Torres, Amaury A. (2014): “El principio de igualdad y no discriminación como límite al margen de apreciación en el reconocimiento del matrimonio entre peronas del mismo sexo”, en *American University International Law Review* (n. 4) pp. 760 – 795.

¹⁵ Costa, Andréia da Silva (2017): A harmonização entre Direito Interno e Internacional de Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Interamericano: margem de apreciação aderência nacional ou convergências paralelas?”. 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), pp. 47 – 60.

¹⁶ Casals, Maria Angélica Benavides (2009): “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos” en *Revista Ius et Praxis* (v. 15, n. 1), pp. 295–310.

¹⁷ Nogueira Alcalá, Humberto (2014): “El uso de Las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, en _____, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero* (Santiago, Librotecnia) p. 593.

¹⁸ Bogdandy, Armin Von (2013): “Ius constitutionale commune en América Latina: uma mirada a um constitucionalismo transformador”, en GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl; VALADÉS, Diego, *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo* (México, UNAM).

Relevante ressaltar que a atuação do Estado, quando concedida a margem, não significa uma liberdade absoluta, mas que está reflexionará de acordo com a conveniência e oportunidade sobre as medidas a serem tomadas, visando sempre o interesse público.¹⁹ E assim, o Tribunal concede a margem, mas ainda pode controla-la, ou seja, dar níveis de intensidades distintas de controle, podendo variar entre um controle forte ou fraco.

A margem de apreciação, portanto, 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.²⁰

Frente a isso, a margem de apreciação do legislador será mais ou menos livre dependendo da decisão. 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.²¹

A teoria da margem de apreciação do legislador possui como desafio de respeitar e proteger os direitos humanos, assim, pode-se perceber que não existe uma margem de apreciação para a violação dos direitos, apenas para a regulação, ou, efetivação de um direito.²²

Deste modo, a teoria da margem de apreciação serve como um instrumento para que o Estado efetive suas obrigações, adquiridas ao ratificar a convenção. Esta teoria, permite que o país realize a concretude da obrigações, levando em consideração os valores do pluralismo cultural.

3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A MARGEM DE APRECIÇÃO DO LEGISLADOR

A origem do termo controle de convencionalidade, advém da palavra “Convenção”, ou seja, da própria Convenção Americana. Além do mais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante mencionada como Corte IDH, não utiliza apenas a Convenção, mas todo o *corpus iuris interamericano*.²³

¹⁹ Rojas, Marcela Peredo (2013): “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”. En: *Estudios Constitucionales*, (AÑO 11, N. 2), pp. 47-96.

²⁰ Botelho, Catarina Santos (2013): “Quo Vadis” doutrina da margem nacional de apreciação? - O amparo internacional aos direitos do homem face à universalização da justiça constitucional”, [fecha de consulta: 01 de setembro de 2017]. [Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2911118].

²¹ Rojas, Marcela Peredo (2013): “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”. En: *Estudios Constitucionales*, (AÑO 11, N. 2), pp. 47-96.

²² Rojas, Marcela Peredo (2013): “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”. En: *Estudios Constitucionales*, (AÑO 11, N. 2), pp. 47-96.

²³ Nogueira Alcalá, Humberto (2012): “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011”, en *Estudios Constitucionales*, (año 10, n. 02), pp.57-140.

Cumpra, salientar, que a Corte IDH conceituou o controle de convencionalidade no caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* em 26 de setembro de 2006, onde consta no parágrafo 124, em que consta:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.²⁴

Portanto, quando um Estado ratifica a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, automaticamente, conforme o artigo 2 da referida Convenção, é obrigação do país adequar seu ordenamento interno, com o direito internacional, e assim, torna-se obrigação do Estado cumprir efetivamente no âmbito interno as obrigações derivadas da Convenção.²⁵

Para efetivação do cumprimento das obrigações advindas com a ratificação da Convenção, o Estado pode determinar a forma como será realizado, desde que se satisfaça um patamar mínimo e assegure que o indivíduo goze plena e efetivamente dos direitos assegurados.²⁶

A ideia de vinculação entre a Margem de Apreciação e Controle de Convencionalidade, reside em considerar que a margem torna-se um instrumento para implementação das obrigações dispostas na Convenção Americana de Direitos Humanos, uma vez que permite a implementação, respeitando as questões culturais e particulares do país.²⁷

Contreras, menciona que o controle de convencionalidade, dependendo do tipo que se trata, pode permitir mais ou menos discricionariedade ao órgão estatal, assim,

En el caso del control *fuerte*, los jueces estarían obligados a invalidar normas internas en correspondencia al estándar interamericano. En este caso, habría nula o muy poca discrecionalidad. Por el contrario, en el caso del control *débil*, la obligación de interpretación conforme al parámetro interamericano permite un margen de maniobra en el que el juez nacional puede salvar la validez de una norma interna y, a la vez, decidir un caso sin comprometer la responsabilidad

²⁴ Corte IDH: *caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 26 de setembro de 2006. Serie C No. 154, par. 124.

²⁵ Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), assinado na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969.

²⁶ Fondevila Marón, Manuel (2017): “Control de convencionalidad y tutela multinivel de derecho”, en *Estudios de Deusto*, (año 65, n. 01), pp. 347-360.

²⁷ Contreras, Pablo (2014): “Control de Convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Ius et Praxis*, (v. 20, n. 02), pp. 235-274.

internacional del Estado. Así, estaríamos ante un grado de discrecionalidad medio. Finalmente, en el caso del control como *directriz*, los órganos políticos tienen un grado considerable de latitud discrecional para escoger la forma más idónea de implementar las obligaciones internacionales. La discrecionalidad, en principio, sería amplia.²⁸

Apesar, da margem de apreciação do legislador ser um bom mecanismo para a efetivação do controle, 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 IDH tenta desenvolver uma jurisprudência universal coerente para todos os países signatários. A mesma preocupação de 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. Por vezes, as vítimas possuem apenas a Corte para serem ouvidas, 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.²⁹

Dessa maneira, a margem nacional de apreciação é utilizada como método do processo de interação do direito internacional com o interno, e torna-se 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.

4 A MARGEM DE APRECIÇÃO DO LEGISLADOR FRENTE A VEDAÇÃO DA APLICAÇÃO DA LEI DE ANISTIA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Diversos países latino-americanos passaram por regimes ditatoriais, e quando da queda destes governos totalitários, passou-se a impressão de impunidade aos responsáveis pelas atrocidades durante este período, dado que as autoridades (tanto mandantes, como agentes) encontravam-se livres, uma vez que restaram beneficiadas por lei de anistia, diversas vezes denominadas autoanistia. É dentro desse contexto que a atuação da Corte Interamericana de Direito Humanos cresceu e se destacou, produzindo uma jurisprudência cada vez mais sólida, que busca minuciosamente apurar a responsabilidade dos infratores de graves violações aos direitos humanos, bem como amenizar o sofrimento das vítimas diretas ou de seus familiares, alterando, assim, a realidade dos Estados-membros de forma positiva.³⁰

²⁸ Contreras, Pablo (2014): "Control de Convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Revista Ius et Praxis*, (v. 20, n. 02), pp. 266.

²⁹ Costa, Andréia da Silva (2017): A harmonização entre Direito Interno e Internacional de Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Interamericano: margem de apreciação aderência nacional ou convergências paralelas?". LOPES, Ana Maria D'Ávila; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto, *A internacionalização de tratados internacionais de direitos humanos na América do Sul* (Porto Alegre, Livraria do Advogado), pp. 47 – 60.

³⁰ Leal, Mônia Clarissa Hennig; DE AZEVEDO, Douglas Matheus (2016): "O outro lado da incompatibilidade das leis de anistia por graves violações aos direitos humanos: análise acerca da

Assim, países como El Salvador, Perú, Uruguai, Chile, Suriname, e, inclusive, o Brasil, sofreram condenações pela Corte IDH, por promulgarem e aplicarem a Lei de Anistia, ou em alguns casos, até autoanistia. Todos estes países foram denunciados a Corte IDH, por não terem empreendido as devidas investigações e aplicado sanções cabíveis aos responsáveis. Nesses casos, a Corte IDH entendeu que por tratar-se de graves violações de direitos humanos, as leis de anistia são incompatíveis com o direito internacional e obrigações internacionais dos Estados.³¹

Oportuno averiguar minuciosamente a decisão do caso *Gomes Lund y otros* (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, onde o Brasil foi levado a Corte, por violações aos direitos humanos na época da ditadura militar, que ocorreu entre o período de 1964 a 1985. Em meados de 1970, surgiu um movimento de resistência à ditadura, tal resistência foi denominada Guerrilha do Araguaia e contava com o apoio de aproximadamente 70 participantes. Assim, o governo introduziu medidas para reprimir, e posteriormente, eliminar tal resistência, por volta de 1974, não haviam mais resistentes no Araguaia, tais métodos horrendos para aniquilar a resistência foram mantidos em silêncio, sendo que, inclusive, o Estado negou que um dia houve a Guerrilha do Araguaia. A posteriori o Estado reconheceu sua responsabilidade pelo desaparecimento forçado dos integrantes. Não obstante, os restos mortais de muitos desaparecidos, nunca foram encontrados, muito menos existiam informações sobre o ocorrido.³²

E, portanto, entendeu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, adiante mencionada como CIDH, que o desaparecimento forçado dos indivíduos é um delito contra a humanidade e que o presente caso “revendo o significado histórico particular que os eventos ocorreram em um contexto de prática sistemática de prisões arbitrárias, tortura, execuções e desaparecimentos forçados perpetrados pelas forças de segurança do governo militar, em que agentes estatais usaram a investidura oficial e recursos concedidos pelo Estado para [fazer] todos os membros do grupo guerrilheiro do Araguaia desaparecerem”. Alguns casos iniciais de prisão e tortura, até porque todos os Guerrilheiros restaram desaparecido e os ditadores ocultaram todas as provas de seus delitos, bem como criaram mecanismos, tais mecanismos, com aparência de legais, de manterem-se impunes às atrocidades cometidas. Uma vez que os violadores ou dando negando, distorcendo informações sobre o paradeiro das vítimas, e assim, ocasionando a impossibilidade das vítimas de exercer seus direitos e mantendo seus familiares em situação de penumbra, pois os mesmos não receberam nenhum informativo sobre o paradeiro ou situações em que se encontravam os associados do movimento da Guerrilha do Araguaia.³³

Contudo, a CIDH apreciou o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelo desaparecimento forçado realizado a nível interno e o pagamento de certas

necessidade de contextualização da realidade político-social dos países condenados”, [fecha de consulta: 02 de agosto de 2018]. [Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/xy6mqj74/et0i5356>]

³¹ Saldanha, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Moraes (2015): “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?” em *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (v. XV), pp. 204-205.

³² Corte IDH: *Caso Gomes Lund Y Otros (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia 24 de novembro de 2010. Serie C N. 219.

³³ Corte IDH: *Caso Gomes Lund Y Otros (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia 24 de novembro de 2010. Serie C N. 219.

indenizações, destaco que os familiares dos desaparecidos seguem sem informações mínimas acerca do sucedido e o paradeiro de seus entes queridos. Logo, a Comissão solicitou a Corte IDH que responsabiliza-se o Estado por violar os direitos a personalidade jurídica, a vida, a integridade e liberdade pessoal dos desaparecidos, e dessa forma, condenando o Estado nos artigos 3,4,5 e 7 da Convenção Americana, respectivamente, em relação com a obrigação geral de respeitar os direitos, conforme o artigo 1.1 do mesmo instrumento.³⁴

O Brasil em sua contestação alegou três exceções preliminares, sendo a falta de competência pelo Tribunal, em razão do tempo para examinar determinados direitos, o não esgotamento dos recursos internos e a falta de interesse processual da Comissão e dos representantes. Bem como, alegou não ser aplicável a doutrina de crimes contra a humanidade, com base nos princípios da legalidade e anterioridade da lei penal.³⁵

Ainda, em sede de mérito, o país alegou que a utilização da Lei de Anistia é justificada pela percepção de que a punição dos crimes contra os direitos humanos após o fim das hostilidades pode vir a impor um obstáculo ao processo de transição, perpetuando o clima de desconfiança e rivalidade entre grupos políticos nacionais.³⁶

Em audiência pública, o Brasil, apontou que é um momento histórico, no qual o Estado brasileiro reconhece sua responsabilidade pela violação dos direitos humanos, ocorridos durante o trágico episódio conhecido como Guerrilha do Araguaia. Bem como, reconheceu que é, também, um momento mais que oportuno para honrar aos mortos e vítimas. No entanto, o Estado enfatizou que havia adotado diversas medidas, entre muitas outras, a Lei n. 9.140/95 e a publicação do Direito à Memória e à Verdade. Porém, não apresenta alegações específicas a respeito das desapareções forçadas supostamente ocorridos no presente caso.³⁷

Assim mesmo, a Lei acima mencionada, criou a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, a qual tem como uma de suas atribuições “levar a cabo o reconhecimento das pessoas desaparecidas não incluídas no Anexo da lei”. De tal modo, as solicitações de reconhecimento de pessoas desaparecidas não incluídas no Anexo da lei, devem ser interpostas pelos familiares ante a dita Comissão Especial, junto com informações e documentos que permitirão comprovar o desaparecimento de seu familiar.

Por tratar-se de questões referentes a anistia, autoanistia ou um “acordo político”, a Corte mantém seu posicionamento de que é incompatível a Lei de Anistia com a Convenção, uma vez que envolve graves violações de direitos humanos.³⁸

Dessa forma, o Tribunal entende, por mais que o processo de promulgação da Lei e a autoridade que emitiu a Lei da Anistia, atenda a sua *ratio legis*, deixar de punir

³⁴ Corte IDH: *Caso Gomes Lund Y Otros (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia 24 de novembro de 2010. Serie C N. 219.

³⁵ Corte IDH: *Caso Gomes Lund Y Otros (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia 24 de novembro de 2010. Serie C N. 219.

³⁶ Saldanha, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Moraes (2015): “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?” em *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (v. XV), pp. 204-205.

³⁷ Corte IDH: *Caso Gomes Lund Y Otros (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia 24 de novembro de 2010. Serie C N. 219.

³⁸ Corte IDH: *Caso Gomes Lund Y Otros (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia 24 de novembro de 2010. Serie C N. 219.

graves violações aos direitos internacionais cometidas pelo regime militar, seria uma afronta aos direitos humanos. Inclusive, a incompatibilidade as leis de anistia com a Convenção Americana em casos de graves violações de direitos humanos não deriva de uma questão formal, quanto a sua origem, mas sim, quanto ao aspecto material, enquanto violações dos direitos consagrados nos artigos 9 e 25, em relação aos artigos 1.1 e 2 da referida Convenção.³⁹

Dessa forma, o Estado brasileiro não se ocupa de negar que a Lei de Anistia seja aplicável a crimes definidos pelo direito internacional em que ocorra uma lesa a humanidade, como também, não nega que tais fatos tenham ocorrido. Entretanto, o Estado não reconhece que ao instituir a Lei de Anistia tenha violado disposições da Convenção Americana dos Direitos Humanos, e abordou que a constitucionalidade da lei seria analisada, em breve, pelo Supremo Tribunal Federal.

E assim, ao entender que a Lei de Anistia não viola os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, o país requereu que a Corte IDH permitisse que o próprio Estado deliberasse sobre o tema, portanto o Brasil invocou para si, de forma implícita, uma “margem de apreciação”, para poder apreciar a matéria.⁴⁰

Então, a alegação utilizada pelo Estado para que fosse reconhecida esta margem, recai sobre a especificidade histórica da Lei nacional de Anistia, pois o Estado se considera mais apto a deliberar sobre o tema e decidir sobre a constitucionalidade e convencionalidade da norma em questão. E, portanto, pede um espaço de manobra para aplicar a interpretação e a validade da referida lei frente a Constituição e as Convenções Internacionais de Direitos Humanos. E dessa forma, percebe-se que o argumento utilizado pelo Estado perpassa por uma questão de interpretar a norma, conforme as questões culturais do próprio país.⁴¹

Porém, a Corte IDH, em sua decisão, entendeu que a Lei de Anistia tratava-se de uma violação grave, ou seja, deixar as vítimas de crimes horrendos a mercê de respostas, e nesse caso, não sendo permitida à aplicação da margem. Frente a isso, declarou que o Estado era responsável pela violação de diversos direitos consagrados na Convenção Americana, e, ainda, declarou que o Estado não cumpriu o dever de adequar o direito interno à Convenção.⁴²

Na decisão, a Corte menciona que no Sistema Interamericano, são diversos os pronunciamentos de incompatibilidade das leis de anistia, com as obrigações convencionais dos Estados, quando se tratam de altas violações aos direitos humanos. Também, salienta que é obrigação do Estado adequar seu ordenamento interno com a Convenção.

³⁹ Corte IDH: *Caso Gomes Lund Y Otros (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia 24 de novembro de 2010. Serie C N. 219.

⁴⁰ Saldanha, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Moraes (2015): “A margem nacional de apreciação e sua(in)aplicação pela Corte Interamericanade Direitos Humanos em matéria de anistia:uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (v. XV), pp. 204-205.

⁴¹ Saldanha, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Moraes (2015): “A margem nacional de apreciação e sua(in)aplicação pela Corte Interamericanade Direitos Humanos em matéria de anistia:uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (v. XV), pp. 204-205.

⁴² Corte IDH: *Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia 24 de novembro de 2010. Serie C N. 219.

El Estado ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contenida en su artículo 2, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 de la misma, **como consecuencia de la interpretación y aplicación que le ha dado a la Ley de Amnistía respecto de graves violaciones de derechos humanos. Asimismo, el Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial previstos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento**, por la falta de investigación de los hechos del presente caso, así como del juzgamiento y sanción de los responsables, en perjuicio de los familiares de los desaparecidos y de la persona ejecutada indicados en los párrafos 180 y 181 de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 137 a 182 de la misma.⁴³ (grifou-se)

Assim, a Corte não concedeu o espaço de manobra ao Estado brasileiro, sob o pretexto de lesa humanidade, ou seja, por tratar-se de violações graves, ao momento em que a Lei de Anistia, torna impunível a responsabilização dos envolvidos nas atrocidades acometidas na época do regime militar.

5 CONCLUSÃO

A teoria se traduz em espaço de manobra que a Corte Interamericana de Direitos Humanos permite ao Estado, por meio de decisão fundamentada, sendo que está margem pode ser forte ou fraca, ou seja, possibilita um espaço, amplo ou reduzido, de atuação para o país cumprir a obrigação prevista na Convenção, sendo este um bom instrumento para a garantia do equilíbrio entre a democracia e o direito na esfera internacional.

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 Tribunal permita a atuação conjunta do Estado, trazendo facilidade na resolução dos conflitos.

A margem de apreciação do legislador atua como um mecanismo para o exercício do controle de convencionalidade exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, na qual, nota-se que permite ao Estado efetivar as obrigações contraídas com a ratificação da Convenção, resguardando ao Estado sua soberania, e ainda, garantindo o pluralismo cultural, ou seja, preservando a diversidade das práticas nacionais determinadas por fatores religiosos e morais, sem perder de vista uma futura possibilidade de aproximação de distintos ordenamentos jurídicos.

Após a pesquisa, entende-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos não reconheceu a margem aos países condenados por promulgarem as leis de anistia (e autoanistia), uma vez que trata-se de grave violação aos Direitos Humanos. E, portanto o direito interno dos países responsabilizados, em especial o Brasil, se mostra incompatível com o direito internacional, e tão logo, tal violação se mostra inconciliável de harmonização entre os sistemas jurídicos interno e externo. Inclusive, tendo em vista que a lei de anistia, é prejudicial ao cidadão daquele país, deve prevalecer a norma

⁴³ Corte IDH: *Caso GOMES LUND Y OTROS ("GUERRILHA DO ARAGUAIA") VS. BRASIL*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia 24 de novembro de 2010. Serie C N. 219, par. 116.

internacional, visando acabar com a transgressão dos direitos humanos daquelas vítimas.

REFERÊNCIAS

Bogdandy, Armin Von (2013): “Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a um constitucionalismo transformador”, en GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl; VALADÉS, Diego, *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo* (México, UNAM).

Botelho, Catarina Santos (2013): “Quo Vadis” doutrina da margem nacional de apreciação? - O amparo internacional aos direitos do homem face à universalização da justiça constitucional”, [fecha de consulta: 01 de setembro de 2017]. [Disponível en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2911118].

Casals, Maria Angélica Benavides (2009): “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos” en *Revista Ius et Praxis* (v. 15, n. 1), pp. 295–310.

Contreras, Pablo (2014): “Control de Convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Ius et Praxis*, (v. 20, n. 02), pp. 235-274.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), assinado na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969.

Costa, Andréia da Silva (2017): A harmonização entre Direito Interno e Internacional de Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Interamericano: margem de apreciação aderência nacional ou convergências paralelas?”. 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), pp. 47 – 60.

Fondevila Marón, Manuel (2017): “Control de convencionalidad y tutela multinivel de derecho”, en *Estudios de Deusto*, (año 65, n. 01), pp. 347-360.

GARCÍA ROCA, Javier. (2010): *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. (Madrid, Civitas-Thomson Reuters).

Leal, Mônia Clarissa Hennig; De Azevedo, Douglas Matheus (2016): “O outro lado da incompatibilidade das leis de anistia por graves violações aos direitos humanos: análise acerca da necessidade de contextualização da realidade político-social dos países condenados”, [fecha de consulta: 02 de agosto de 2018]. [Disponível en: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/xy6mqj74/et0i5356>]

Nogueira Alcalá, Humberto (2014): “El uso de Las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, en

_____, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero* (Santiago, Librotecnia) p. 560.

Nogueira Alcalá, Humberto Nogueira (2012): “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011”, en *Estudios Constitucionales*, (año 10, n. 02), pp.57-140,

Palacios, David Lovatón (2017): *La gestación del Estado constitucional interamericano*. (Lima, Tarea Asociación Gráfica Educativa).

Reyes-Torres, Amaury A. (2014): “El principio de igualdad y no discriminación como límite al margen de apreciación en el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo”, en *American University International Law Review* (n. 4) pp. 760 – 795.

Rojas, Marcela Peredo (2013). “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”. En: *Estudios Constitucionales*,(AÑO 11, N. 2), pp. 47-96.

Saldanha, Jânia Maria Lopes; Brum, Márcio Moraes (2015): “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?” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (v. XV), pp. 204-205.

JURISPRUDÊNCIA CITADA

Corte IDH: *caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 26 de setembro de 2006. Serie C No. 154, par. 124.

Corte IDH: *Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia 24 de novembro de 2010. Serie C N. 219.