

A APLICABILIDADE DA DOUTRINA DA MARGEM DE APRECIÇÃO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

THE APPLICABILITY OF MARGIN OF APPRECIATION INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM

YULE LUIZ TAVARES DOS SANTOS¹

RESUMO

A doutrina da margem de apreciação, criada jurisprudencialmente pela Corte Europeia de Direitos Humanos, mostra-se um critério interpretativo estratégico e importante para a convivência saudável entre o âmbito internacional e o âmbito interno de proteção dos direitos humanos tendo em vista que possibilita maior flexibilidade ao tratado europeu de proteção. A sua aplicação consiste em analisar as cláusulas de restrição e derrogação de direitos de acordo com os objetivos protetivos do tratado e ao mesmo tempo conferir às autoridades nacionais um espaço de manobra para interpretar elementos intrínsecos as suas particularidades culturais. Tal doutrina também permite a interpretação evolutiva do tratado com base no consenso regional sobre o assunto, mantendo o tratado de defesa aos direitos humanos como instrumento “vivo” e condizendo com o contexto moderno da comunidade internacional. Com a mudança de padrões dos casos analisados, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem se deparado com situações cada vez mais diversas, analisando restrições que tocam em assuntos delicados e, apesar de já ter utilizado a interpretação evolutiva em alguns julgados, não possui uma técnica tão bem formulada como a margem de apreciação para auxiliá-la em seu julgamento. No entanto, mesmo que os diálogos entre os sistemas de proteção, a importação de instrumentos e técnicas de interpretação sejam constantes, cumpre-se analisar a aplicabilidade da doutrina da margem de apreciação no contexto americano de proteção devido as suas particularidades regionais, bem como analisar como e com que postura a doutrina deverá ser utilizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Pará (2014)

PALAVRAS-CHAVE: Doutrina da margem de apreciação; jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos; jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; contexto atual da proteção dos direitos humanos; a interação entre os âmbitos de proteção de direitos humanos; a interação entre os sistemas internacionais de defesa dos direitos humanos.

ABSTRACT

The doctrine of margin of appreciation, created by the European Court of Human Rights Jurisprudence, shown itself a strategic and important interpretive criteria for healthy coexistence between international and domestic law for protection of human rights, allowing greater flexibility to the European Convention of Human Rights protection. The application of the margin of appreciation consists to analyze the restrictions and derogations clauses under the protective goals of the treaty while give to national authorities an area of discretion to interpret criteria like “necessity”, “protection to morals”, criteria demand take into consideration their cultural particularities. This doctrine also allows the evolutionary interpretation of the treaty based on regional consensus on the subject, keeping the defense treaty of human rights as a "living" instrument and befitting the modern context of the international community. With changing patterns of the analyzed cases, the Inter-American Court of Human Rights has been facing increasingly diverse situations, analyzing constraints that touch on sensitive issues and, despite having already used in some evolutionary interpretation, not an art formulated as well as the margin of appreciation to assist in the judgments. However, even the dialogue between the systems of protection, importation of tools and interpretation techniques are constants, is necessary to analyze the applicability of the doctrine of margin of appreciation in the American context of protection due to their regional particularities, as well as analyzing how and with what posture the doctrine should be used by the Inter-American Court of Human Rights.

KEYWORDS: Doctrine of margin of appreciation; jurisprudence of the European Court of Human Rights; jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights; the current context of human rights protection; the interaction between the fields of

human rights protection; the interaction between international systems of protection human rights

INTRODUÇÃO.

A defesa dos direitos humanos evoluiu drasticamente após a Segunda Guerra Mundial ganhando o status de ser meta comum a ser atingida pela comunidade internacional e tendo os seus tratados protetivos caracterizados como normas de ordem pública internacional.

O novo contexto exigiu o surgimento de uma nova disciplina derivada do direito internacional público tradicional, o direito internacional dos direitos humanos, sendo que tal exigência decorrente da necessidade de relativizar institutos como a soberania, capacidade processual internacional e sujeitos de direito internacional, para melhor proteção, além de respeitar própria peculiaridade da disciplina direitos humanos que obriga uma interpretação diferenciada dos tratados internacionais.

Assim como ocorre no direito internacional público tradicional, a nova disciplina precisou tratar de assuntos como o relacionamento entre o âmbito internacional e o âmbito interno, especificamente no que diz respeito à jurisdição internacional.

Note-se que os tratados de direitos humanos afetam diretamente toda a estrutura do Estado, justamente por dizer respeito ao elemento “povo” do conceito tradicional estatal. Portanto, a interação entre o âmbito interno e internacional de proteção aos direitos humanos deve ser harmônico para atingir a efetiva proteção do ser humano sem ingerências externas desnecessárias na própria política e cultura dos Estados. A doutrina da margem de apreciação surge nesse contexto.

A Corte Europeia de Direitos Humanos (ademais Corte EDH) criou a doutrina da margem de apreciação para julgar as restrições e derrogações de direitos feitas pelos Estados com base em espaços regulatórios de discricionariedade outorgados aos pela Própria Convenção Europeia de Direitos Humanos (ademais CEDH).

O presente trabalho tem o escopo de analisar a possibilidade de importação de tal doutrina pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (ademais Corte IDH) e sua aplicabilidade, devido a evidente mudança de padrões dos casos que tal tribunal tem

julgado atualmente e a tendência de receber casos envolvendo assuntos controversos na comunidade regional e global.

1. A DOUTRINA DA MARGEM DE APRECIÇÃO.

No contexto das relações entre os âmbitos internacional e interno de proteção dos direitos humanos, a Corte EDH criou a doutrina (ou teoria) da margem de apreciação (*margin of appreciation*) (ademais MOA) para outorgar ao Estado-Membro da CEDH áreas de manobra para cumprir suas obrigações convencionais². Segundo Pablo Contreras:

A expressão "margem de apreciação" é um termo técnico emprestado pela Corte Europeia dos sistemas jurídicos nacionais. Segundo Macdonald, a origem da expressão é oriunda do termo em francês *margé d'appréciation*, usado pelo Conseil d'Etat francês. Outro comentarista contestou esta conclusão e disse que o termo também vem do "sistema de direito administrativo dentro de cada jurisdição de direito civil", e principalmente, a partir da teoria alemã da discricionariedade administrativa (*Ermessensspielraum*), embora tal teoria seja muito mais estreita do que a doutrina MOA.

A MOA tem sido definida como "a noção de que cada sociedade tem o direito de certa latitude na resolução dos conflitos inerentes entre os direitos individuais e os interesses nacionais ou entre as diferentes convicções morais". É uma criação jurisprudencial adotada pelo Corte Europeia que permite o Tribunal deferir para os órgãos nacionais a proteção dos direitos e os seus limites, mas ao mesmo tempo, manter esses direitos sujeitos a supervisão internacional. Tem-se argumentado que o MOA é um dos veículos legais que equilibram o aspecto universal dos direitos humanos com as peculiaridades locais e domésticas de cada Estado.³(tradução nossa)

A margem de apreciação é uma espécie de discricionariedade que dispõe as autoridades nacionais para efetivar e restringir certos dispositivos da CEDH, visto que, a proteção internacional dos direitos humanos é subsidiária à nacional e que as

² CONSIL OF EUROPE. Publicação de artigos científicos. **The Margin Of Appreciation**. Disponível em: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp#P250_32680 Acesso em : 12 de maio de 2014.

³ CONTRERAS, Pablo. National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights. *Northwestern Journal of International Human Rights, International Law Commons*, vol. 11, edição 1, outono de 2012. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1155&context=njihr> Acesso em: 12 de maio de 2014.

autoridades nacionais estão em melhores condições, em tese, de avaliar situações como a “necessidade” de uma “restrição” ou “penalidade”.⁴

Pelo fato da comunidade europeia ser dotada de densa multiculturalidade entre seus povos, faz-se necessária flexibilidade da Convenção para possibilitar sua aplicação no maior número de Estados sem desconsiderar sua soberania e peculiaridades culturais.⁵

Justamente por necessidade desta flexibilidade é que existem, em diversos artigos da CEDH, dispositivos que outorgam ao estado poderes regulatórios por meio de redações que permitem adequação de certos conceitos jurídicos abertos⁶ como, por exemplo, o disposto no art. 8 da CEDH, correspondente ao direito à vida privada e familiar, que afirmar que tal direito “[...] não pode ser objeto de restrições senão as que, previstas em lei, constituírem necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e da moral públicas[...].”⁷

No entanto, em que pese a existência de conceitos jurídicos abertos como a “necessidade” da medida “em uma sociedade democrática”, a Corte EDH deixa bem claro que o uso da margem de apreciação não é irrestrito, sendo acompanhado de perto por tal tribunal para garantir que a margem não sirva de justificativa para descumprimentos imotivados dos dispositivos da CEDH.

3.1. ORIGEM DA DOUTRINA DA MARGEM DE APRECIÇÃO.

O instituto da margem de apreciação é uma criação jurisprudencial da Corte EDH utilizada pela primeira vez em 1976 no julgamento do caso *Handyside vs. Reino Unido*.⁸

No caso, o Estado confiscou os exemplares do livro didático *Little Red Schoolbook* sob a justificativa de restringir o conteúdo obsceno inapropriado para o público.

⁴ EUROPA, Corte EDH. **Caso Handyside VS. Reino Unido**, Sentença de 7 de dezembro de 1976. Disponível em: < <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57499> > Acesso em: 12 de maio de 2014.

⁵ CONSIL OF EUROPE, Op. cit., loc. cit.

⁶ VILA, Marisa Iglesias. **A Margin of Appreciation Doctrine for the European Convention on Human Rights: In Search of a Balance between Democracy and Rights in the International Sphere**. In: SELA, 2013, New Haven, Connecticut, Estados Unidos da América, Yale Law Scholl, 2013, p. 2

⁷ EUROPA. Conselho da Europa. **Convenção Europeia de Direitos do Homem**. De 4 de novembro de 1950. Disponível em: < http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf > Acesso em: 16 de maio de 2014.

⁸ CONSIL OF EUROPE, Op. cit., loc. Cit.

O Estado britânico, por meio do Judiciário, confiscou e destruiu as cópias do livro por violação à *Obscene Publications acts 1959/1964*. O Estado considerou que tal obra possuiria tendência à depravar e corromper, além de ser inimigo da boa relação entre professores e alunos, adotando o posicionamento majoritário na imprensa e repercussão social.

O peticionário, Sr. Richard Handyside, após esgotar os recursos internos, denunciou o Reino Unido pelas supostas violações aos direitos à liberdade de expressão e propriedade, previstos nos arts. 10 da CEDH e art. 1 do protocolo adicional.⁹

A Corte entendeu que o fato de existir legislação interna (*obscene publications acts 1959/1964*) restringindo o direito à liberdade de expressão, não haveria violação do direito alegado, tendo em vista que o Estado estava utilizando sua margem de apreciação que o próprio artigo convencional outorga, ou seja, as publicações estão submetidas à formalidades imposta pelo Estado o qual pode restringir, sancionar e condicionar estas quanto tais medidas forem necessárias para proteção da moral naquela sociedade democrática.

O Tribunal de Estrasburgo, ao analisar o caso, deixou claro que seu papel era analisar a razoabilidade das medidas restritivas do Estado, tendo em vista que sua competência é subsidiária aos sistemas nacionais de defesa dos direitos humanos e, não havendo consenso europeu sobre moral, as autoridades do Estado possuem ampla margem de apreciação sobre o assunto.¹⁰

No entanto, logo em seu julgado inaugural, a Corte EDH já entende que o poder de usar a margem de apreciação não é ilimitado, devendo os órgãos do sistema europeu de proteção dos direitos humanos fiscalizarem as ações estatais para não haver qualquer violação às obrigações convencionais.¹¹

Ao concluir a análise do caso, a Corte especifica que o seu papel de análise de razoabilidade recai de maneira específica aos dispositivos que outorgam a margem de apreciação, no caso a “necessidade” da medida restritiva para proteção da moral, concluindo pela razoabilidade da restrição, tendo em vista a ausência de consenso

⁹ EUROPA, Conselho da Europa. **Convenção Europeia de Direitos do Homem**. De 4 de novembro de 1950. Disponível em:< http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 16 de maio de 2014.

¹⁰ EUROPA, Corte EDH, **Caso Handyside Vs. United Kingdom**. Sentença de 7 de dezembro de 1976. Disponível em:< [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57499#{"itemid":\["001-57499"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57499#{)>. Acesso em: 16 de maio de 2014.

¹¹ EUROPA, Corte EDH, **Caso Handyside Vs. United Kingdom**. Sentença de 7 de dezembro de 1976. Disponível em:< [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57499#{"itemid":\["001-57499"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57499#{)>. Acesso em: 16 de maio de 2014.

européu sobre o assunto e, principalmente, haver uma pressão social imperiosa que reforçava a interferência no direito à liberdade de expressão.

O julgamento da suposta violação ao direito à propriedade foi diretamente influenciado pela conclusão do julgamento anterior, tendo a Corte EDH enquadrado o confisco do livro como restrição para atendimento do interesse geral, sendo esta, igualmente prevista em lei prévia pelo Estado. Ou seja, o confisco e a destruição dos livros ocorreram pelo julgamento oriundo do devido processo legal estatal entender como ilícitas aquelas obras.

O caso *Handyside vs Reino Unido* enumera vários elementos necessários para o uso da margem de apreciação, sendo posteriormente melhor trabalhado em conjunto com a jurisprudência da Corte.

3.2. TIPOS DE MARGEM DE APRECIACÃO.

Segundo Contreras, existem dois tipos de margem de apreciação, a que visa derrogar direitos em situações de emergências, conforme previsto no art. 15 da CEDH, e a que visa restringir e implementar os direitos convencionais de forma ordinária.¹²

A origem da doutrina MOA mostra sua aplicação jurisprudencial, por um lado, em situações de emergência e as derrogações dos direitos e, por outro, na restrição dos direitos sob circunstâncias normais. Foi introduzido pela primeira vez pela Comissão Europeia dos Direitos Humanos ("Comissão Europeia"), no contexto de medidas de emergência e as derrogações dos direitos humanos nos termos do artigo 15 da Convenção. O Tribunal Europeu, por outro lado, adotou inicialmente a doutrina MOA na decisão histórica *Handyside* contra Reino Unido. Dois anos depois, o Tribunal baseou-se na doutrina em um caso de lidar com derrogações dos direitos. Tem-se dito que a doutrina MOA tem "dupla origem", tanto no estado do contexto de emergência sob o regime do artigo 15 da Convenção, bem como a restrição normal ou comum dos direitos humanos, conforme autorizado em pela Convenção. De emergências para circunstâncias normais, e em seguida, novamente para situações de emergência, o conceito do MOA completou um círculo doutrinário que selou o seu lugar na jurisprudência do Tribunal Europeu.

Em casos que lidam com emergências e derrogações dos direitos, os primeiros traços da doutrina podem ser encontrados nos primeiros relatórios da Comissão Europeia. Nos termos do artigo 15, os Estados gozam de uma ampla MOA para determinar se há uma emergência e quais os direitos e em que medida esses direitos deve ser afastada da Convenção. Este tipo de MOA, portanto, está estritamente ligada aos

¹² CONTRERAS, Op. cit., p.

diferentes elementos previstos no artigo 15. No caso Chipre, a Comissão considerou que os Estados "devem ser capazes de exercer uma certa margem de discricionariedade na avaliação da medida do estritamente necessário pelas exigências do situação." a mesma Comissão Europeia, mais tarde, mudou o nome de critério interno como uma "margem de apreciação "na decisão do caso *Lawless v. Irlanda*. A Comissão considerou que aos Estados deve ser permitido "um certo poder discricionário , uma certa margem de apreciação... para determinar se existe uma emergência pública que ameaça a vida da nação e que devem ser tratadas por medidas excepcionais de derrogação de suas obrigações normais no âmbito da Convenção.". No entanto, o Tribunal Europeu não contam com a doutrina MOA em emergência e questões de derrogação até que decidiu Irlanda contra o Reino Unido, um caso abordando a discricionariedade sobre o uso do poder do Estado para derrogar as obrigações estabelecidas na Convenção Europeia. O Tribunal teve de examinar se o governo britânico tinha aplicado medidas restritivas drásticas de direitos "na medida do estritamente necessário pelas exigências da situação", conforme prescrito pelo artigo 15. Neste caso, e pela primeira vez no contexto de situações de emergência, o Tribunal Europeu considerou que "em razão de seu contato direto e contínuo com as necessidades prementes do momento, as autoridades nacionais são , em princípio, em uma posição melhor do que o juiz internacional para decidir tanto sobre a presença de uma emergência desse tipo e sobre a natureza e o alcance de derrogações necessárias para evitá-lo" e, conseqüentemente , os órgãos internos desfrutar de " uma ampla margem de apreciação " na aplicação do artigo 15 da Convenção Europeia.¹³ (tradução nossa)

Além desses dois tipos de MOA, George Letsas afirma que o próprio instituto possui duas dimensões: uma substantiva e outra estrutural, sendo a primeira seria como lidar com as restrições e derrogações de direitos propriamente dito, ou seja, restrições de direitos individuais para atender a interesses coletivos; e a segunda seria abordaria a subsidiariedade entre tribunais internacionais em relação aos Estados, ou seja, aborda os limites e intensidades de análise e interferência dos tribunais internacionais.¹⁴

O efeito prático de ambos tipos de MOA são restringir direitos previsto na Convenção e a diferenciação é feita apenas pela justificativa da restrição, uma restrição sendo ordinária e outro apenas em casos de emergência, especificamente, aquela prevista no art. 15 da CEDH.

3.3. CRITÉRIOS NECESSÁRIOS PARA O USO DA MARGEM DE APRECIÇÃO PELOS ESTADOS

¹³ Ibidem, p. §18

¹⁴ LETSAS, George *apud* KRATOCHVÍL, Jan. The inflation of the margin of appreciation by the European Court of Human Rights. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, vol. 29, nº 3, 2001. P. 328. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26992.pdf>>. Acesso em: 12 de maio de 2014.

Como requisito básico para o Estado utilizar a sua margem de apreciação é a existência de norma de deferência prevista na CEDH, ou seja, a Convenção deve outorgar ao Estado margem para atuação. Tanto para restrições e intervenções ordinárias, quanto para derrogações de direitos. Vale destacar que existem direitos convencionais que não permitem restrições por meio de tal doutrina, ou seja, não há margem de apreciação para o Estado restringir direitos como as proibições à tortura e tratamento/penas degradantes, à escravidão e à discriminação, os direito à vida e à legalidade. Ressalta-se que a MOA restritiva é expressa nos demais artigos substancias da CEDH e a MOA derogativa expressamente proíbe derrogação de tais direitos, excepcionando a possibilidade de derrogação do direito à vida quando assim for decido pelo Estado em caso de atos ilícitos de guerra.

Desde sua primeira aplicação no caso *Handyside vs. Reino Unido*, a doutrina da margem de apreciação apresenta requisitos bem claros para sua utilização. Os requisitos gerais são: i) necessidade da medida estar prevista/ de acordo com a lei; ii) que busque um objetivo legítimo; e iii) a medida ser necessária em uma sociedade democrática.

Primeiramente, a restrição deve estar prescrita ou de acordo com lei (i), ou seja, democraticamente a restrição deve ter passado pelo devido processo legal legislativo do Estado ou, em caso de restrições administrativas, autorizada pela lei.

A Corte interpretou esse primeiro requisito como a necessidade de medida legal para assegurar aos cidadãos que não haveria qualquer arbitrariedade das autoridades nacionais na restrição do direito convencional.¹⁵

Note-se que a Corte deixa claro também que, além da obrigatoriedade de existencia da medida legal restritiva de direitos, ela deve ser clara e pública, sendo acessível à todos que possam ser afetados. No caso *Silver e outros vs. Reino Unido*, no qual o Estado britânico regulou e restringiu, por meio de via administrativa da Secretaria de Estado responsável pela penitenciária, o direito de receber correspondências dos presidiários.

O Secretário de Estado confeccionou circulares e ordens para uniformizar a discricionariedade conferida pela *Prision Acts* (lei de Prisão), determinando que os presidiários deveriam requerer permissão da Secretária para se relacionar mediante correspondencia com pessoas que não possuía relações próximas, excluindo essa

¹⁵EUROPA. Corte EDH. **Caso Malone vs. United Kingdom**. Sentença de 02 de agosto de 1984. Disponível em:< [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57533#{"itemid":\["001-57533"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57533#{)>. Acesso em 12 de maio de 2014.

necessidade quando tratava-se de parentes e amigos previamente existente antes da regulamentação.

A terceira obrigatoriedade para que o Estado se adeque ao requisito “de acordo com a lei” pode ser retirado igualmente do caso *Silver e outros vs. Reino Unido*. Como supracitado, a lei deve ser suficientemente clara para que os cidadãos tenham condições de vislumbrar as possíveis consequências de suas ações.

Portanto, para que a restrição estatal se adeque ao requisito de ser “de acordo com a lei”, esta lei deve necessariamente evitar condutas arbitrariedades das autoridades nacionais, deve ser acessível aos possíveis influenciados por tal restrição legal, ou seja, elas devem ser publicadas para conhecimento geral; por fim tal restrição legal deve ser feita com uma redação clara que permita ao cidadão regular suas condutas sabendo, com certeza razoável, das consequências de suas ações.

A restrição legal deve buscar um fim legítimo (ii), ou seja, deve proteger um objetivo convencionalmente previsto, segundo o Conselho da Europa:

A Convenção enumera uma série de objetivos legítimos, permitindo que o direito reivindicado a ser interferido, desde que foi prescrito de acordo com a lei e necessárias numa sociedade democrática, para fazê-lo.

Qualquer interferência com os direitos da Convenção acima tem a conceder a um objetivo legítimo e o Estado-Membro deve demonstrar que a disposição legal pertinente perseguiu um destes objetivos estabelecidos, e foi realmente aplicada ao candidato em um caso particular. Assim, um objetivo legítimo não pode ser um pretexto para uma medida tomada para outra finalidade imprópria, como observado no Art.18.¹⁶

Um exemplo de fim legítimo convencionalmente previsto é a proteção dos valores morais como justificativa à restrição do direito à liberdade de expressão no caso *Handyside vs. Reino Unido*. Conforme mencionado, a Corte entendeu que restrição à publicação do *Little Red Schoolbook* estava abarcada pela margem de apreciação conferida ao Estado pelo parágrafo 2 do art. 10 da CEDH, tendo em vista que a proteção da moral é considerada por tal tratado como objetivo legítimo a ser perseguido.

Além da restrição ou interferência ao direito convencionalmente previsto dever ser prevista em lei e buscar um fim legítimo, tal restrição deve ser necessária para uma sociedade democrática (iii), sendo nesse critério o ponto de inteseção entre a doutrina da margem de apreciação e a proporcionalidade.

¹⁶ CONSIL OF EUROPE, Op. cit, Loc. cit.

Note-se que a restrição de um direito convencional é algo relevante e que deve possuir um motivo igualmente relevante para justificar a restrição, motivo esse que deve ser necessário, ressalta-se que a mera conveniência da restrição não a torna necessária. Segundo o Conselho da Europa:

A terceira característica significa que não é suficiente que o Estado interfira nos direitos do requerente para um fim legítimo; A Corte deve também estar satisfeita com a restrição e considerar necessária, dadas as circunstâncias . Isso implica que o Tribunal deve tomar uma decisão qualitativa sobre os méritos da disposição legal nacional relevante e sua aplicação.

Além disso , o Tribunal insiste que há uma forte justificação objetiva para a lei e sua aplicação. Por exemplo, embora possa ser útil ou conveniente ter uma lei que proíbe a publicação de material susceptível de causar ofensa ou incómodo para a maioria da sociedade, não seria só por isso ser "necessária" ter tal restrição legal.(tradução nossa)¹⁷

Note-se que logo no caso inaugural à aplicação da doutrina da MOA, a Corte entendeu que a “necessidade” deve ser movida por uma necessidade social imperativa (*pressing social need*), foi a repercussão crítica que o Little Red Schoolbook sofreu pela mídia especializada e a sociedade por enter que seu conteúdo era corrempedor de menores.

Nesse requisito a aplicação da proporcionalidade é indispensável para Corte averiguar a regularidade da restrição feita perante a Convenção. Na avaliação desse critério serão constatadas se o Estado realmente utilizou sua margem de apreciação de maneira menos prejudicial ao direito individual restringido, se havia mesmo necessidade que obrigasse o Estado à restringir tal direito. Novamente nas lições do Conselho da Europa:

A doutrina da proporcionalidade está no centro de investigação da Corte para a razoabilidade da restrição. Embora a Corte ofereça uma margem de apreciação aos Estados-Membros e suas instituições, o principal papel do Tribunal é garantir que os direitos previstos na Convenção não sejam interferidos desnecessariamente.

O princípio da proporcionalidade exige que haja uma relação razoável entre um objetivo particular a ser alcançado e os meios utilizados para atingir esse objetivo.

[...]

¹⁷ CONSIL OF EUROPE, Op. cit. loc.cit

Quando a inter-relação entre a proporcionalidade e a margem de apreciação vem a ser considerada, os seguintes fatores parecem ser importantes:

Em primeiro lugar, a importância do direito em questão, como o Tribunal afirmou que alguns direitos da Convenção têm sido caracterizados como fundamentais (como o direito a um julgamento justo ou à vida privada ou à liberdade de expressão).

Em segundo lugar, a objetividade da restrição em causa, como, no *Sunday Times*, Tribunal estabeleceu uma distinção entre a natureza objetivo de manter a autoridade do Poder Judiciário (que deixou uma margem estreita de valorização para o Estado) e da natureza subjetiva da proteção da moral, onde a Corte deve deferir para visões domésticas.

Em terceiro lugar, quando houve um consenso na lei e na prática entre os Estados membros como, no caso *Marckx*, o Tribunal reconheceu um consenso emergente sobre o tratamento legal de filhos ilegítimos e derrubou as leis de herança que discriminavam contra eles.¹⁸(tradução nossa)

É notório que margem de apreciação é intimamente ligada ao princípio da proporcionalidade, sendo, em regra, utilizados em conjunto. Sendo a proporcionalidade, segundo o Conselho da Europa, o princípio que exige a relação razoável entre um objetivo particular e os meios utilizados para atingir esse objetivo¹⁹, sendo necessária a resposta do questionário de adequação que consiste na resolução das seguintes perguntas, para avaliar o justo equilíbrio entre meios e fins:

·Existe uma necessidade social premente de alguma restrição da Convenção?

·Em caso afirmativo, a restrição especial correspondem a essa necessidade?

·Se assim for, é uma resposta proporcional a essa necessidade?

·Em qualquer caso, as razões apresentadas pelas autoridades são relevantes e suficientes?²⁰

Ressalta-se que a existência de soluções alternativas não torna violadora a norma restritiva, não sendo papel da Corte EDH analisar se a legislação representa a melhor maneira de lidar com o problema ou se o critério legislativo deveria ter sido exercida de outra forma, no entanto, será considerada desproporcional a medida quando houver possibilidades de medidas menos restritivas para atingir o fim.²¹

Portanto, até o presente ponto, visualiza-se que para que o Estado use a doutrina da margem de apreciação para restrição de direitos convencionais, primeiramente deve

¹⁸ Ibidem, op. Cit, loc. Cit.

¹⁹ Ibidem, loc.cit

²⁰ Ibidem, loc.cit.

²¹ Ibidem, Op. cit. loc. Cit.

existir na CEDH previsão que autorize o Estado a atuar de tal forma, tal restrição deve estar prevista em lei, objetivar um fim convencionalmente legítimo e ser necessária para sociedade democrática, sendo proporcional o meio restritivo utilizado ao fim que se almeja, evitando-se restrições indevidas a direitos considerados *common standards of achievement*.

Além de todos esses critérios e sub-requisitos, a Corte entende que a margem de apreciação dos Estados está diretamente ligada à como o assunto é tratado na comunidade europeia. Portanto, quanto maior o consenso europeu sobre determinado direito, menor será a margem de apreciação do Estado para restringi-lo.

A justificativa para adotar o consenso europeu como critério para análise das interferências feitas sob a margem de apreciação do Estado diz respeito à tal critério retratar a realidade da comunidade e possibilitar a interpretação da CEDH de maneira evolutiva, ou seja, de maneira que seu texto não fique defasado e continue a ser um importante diploma na proteção dos direitos humanos naquele continente. Segundo o Conselho da Europa:

A Corte interpreta a Convenção como um documento vivo, muitas vezes, a aplicação de uma interpretação teleológica do texto com base no consenso observado em vez de a intenção dos redatores. Mas, sem uma compreensão clara de como definir um consenso, o tribunal corre o risco de ilegitimidade com esta abordagem.

O padrão "Consenso Europeu" é um rótulo genérico usado para descrever inquérito do Tribunal sobre a existência ou não- existência de uma base comum, principalmente na lei e na prática dos Estados-Membros .

Esta norma tem desempenhado um papel-chave no caráter mais largo ou mais estreito da aplicação da margem de apreciação adota na prática. De um modo geral, a existência de padrões semelhantes de prática ou regulação nos diferentes Estados-Membros irá legitimar uma maior margem de apreciação para o Estado que fica dentro desse quadro e deslegitimar as tentativas de separar com eles.

Neste contexto, a inexistência de um consenso europeu sobre a matéria será normalmente acompanhado por uma maior margem de apreciação concedida ao Estado em questão. O critério de consenso europeu tem, no entanto, foi criticado em contos diferentes, incluindo a falta de estudos comparativos profunda e detalhada em que afirma residir.

Às vezes, um país que " fica para trás " é sancionado.

Note-se que no caso *Handyside Vs Reino Unido* a Corte deixa clara que a margem de apreciação do Estado era larga devido a ausência de consenso europeu sobre a

proteção da moral em matéria de restrição à liberdade de expressão, visto que a moral muda de tempo em tempo e de lugar para lugar.

No mesmo sentido foi o julgamento do caso *Markx Vs Belgica*, no supracitado excerto das lições do Conselho da Europa. No caso em questão, a existência do consenso europeu sobre a proibição de tratamento discriminatório entre filhos legítimos e ilegítimos, possibilitou a interpretação teleológica e evolutiva da CEDH para constatar que o Estado não possuía margem de apreciação na matéria, sendo seu dever convencional abolir toda e qualquer norma que tenha conteúdo discriminatório, incluindo a litigiosa lei de herança.

Por fim, ressalta-se que os critérios necessários para constatação de regularidade de derrogações à direitos da CEDH são os mesmos utilizados para o uso da MOA restritiva, no entanto, com nomenclaturas diferentes dadas pelo art. 15 da CEDH.²²

O artigo 15 da CEDH trás apenas um requisito específico o qual obriga que tais restrições “não sejam incompatíveis com suas outras obrigações no direito internacional” matéria essa que deve ser alegada pelos peticionários e analisado em cada caso.

No caso *Irlanda vs. Reino Unido* a Corte entendeu que em casos de derrogação de direitos por emergência, o Estado está em melhor condições de avaliar urgência e restrições do que o tribunal internacional, no entanto, tais derrogações não são ilimitadas, devendo ser acompanhadas de perto pela Corte para evitar restrições desnecessárias, ou seja, o Estado possui ampla margem de apreciação nos casos de derrogações por urgência, no entanto, o exercício dessa margem de apreciação deve ser acompanhada de perto pelo Tribunal de Estrasburgo.²³

Nota-se que primeiramente as restrições devem estar previstas em lei, buscar um fim convencionalmente legítimo e ser na estrita medida do necessário para atingir tal fim, sendo este ultimo critério intimamente ligado com o juízo de proporcionalidade da Corte EDH, bem como exige a MOA restritiva, sendo o único requisito específico a obrigatoriedade de não contratação com outras obrigações decorrentes do direito internacional.

²² EUROPA. **Convenção Europeia de Direitos do Homem**. De 4 de novembro de 1950. Disponível em:< http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 16 de maio de 2014.

²³ EUROPA, Corte EDH, **Caso Ireland. vs. United Kingdom**. Sentença de 18 de janeiro de 1978. Disponível em:< <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57506>>. Acesso em: 12 de maio de 2014.

4. APLICABILIDADE DA MARGEM DE APRECIACÃO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS.

A partir do que foi exposto, pode-se concluir que a margem de apreciação além de ser um critério interpretativo (uma doutrina interpretativa), é um método de compatibilização²⁴ entre o sistema regional europeu de proteção aos direitos humanos e os ordenamentos internos dos seus Estados-membros.

Segundo o Conselho da Europa, a Corte EDH interpreta a CEDH como um instrumento vivo, aplicando o entendimento teleológico do instrumento com base no atual consenso europeu. Ignorar tal requisito e definir padrões universais para determinadas restrições seria deixar a Corte EDH sujeita a ilegitimidade²⁵, ou seja, padronizar “emergência” ou “necessidade” para uma sociedade democrática é correr o risco do Tribunal de Estrasburgo intrometer-se por demais em assuntos íntimos do Estado e suas peculiaridades culturais ou pior, impor uma padronização de critérios específicos de determinado(s) Estado(s) aos demais.

Explica-se, No caso da restrição do direito à liberdade de expressão, como no caso *Handycase vs. Reino Unido*, a proteção da moral é um conceito trazido pela CEDH que é impossível de ser padronizado, conforme trecho supracitado, a Corte entende que a ideia de valores morais muda de acordo com o contexto histórico-cultural de cada sociedade.

Surge a primeira indagação que merece ser estudada para vislumbrar a aplicabilidade da doutrina MOA no sistema interamericano. Seria tal doutrina uma vertente do relativismo cultural? Seria uma contradição usar tal método interpretativo e de compatibilização com a característica universal dos direitos protegidos pela CIDH?

4.1. DOCTRINA MOA COMO MÉTODO RESTRITIVO E SUA RELAÇÃO COM A UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS.

²⁴ Compatibilização em sentido estrito, no sentido gramatical de tornar compatível a coexistência dos âmbitos de proteção, e não necessariamente, como entende Cançado Trindade, em cláusulas de adaptação da lei interna aos dispositivos convencionais, tais como os prazos e medidas legislativas a serem tomadas exigidas pelo Tratado de direitos humanos.

²⁵ CONSIL OF EUROPE, Op. cit., loc. cit.

Segundo Paulo Klautau Filho, a doutrina do relativismo cultural, formulada principalmente por estudiosos antropólogos, prega a tolerância cultural e a impossibilidade de formulação de postulados universais. Padrões de quem serão adotados para formulação de postulados universais? Segundo tal doutrina, a ideia de direitos humanos universais seria um desrespeito à cultura dos povos que não tiveram seus padrões adotados e levados em consideração nas confecções dos padrões universais.²⁶

Segundo Klautau Filho duas foram as correntes relativistas formuladas pelos antropólogos:

Duas principais versões do relativismo ético foram desenvolvidas pela Antropologia: o ceticismo e o relativismo Boasiano (assim designados por ter como figuras de proa os antropólogos Melville Herskovits e Ruth Benedict, ambos alunos do etnólogo norte-americano Franz Boas)

Para o ceticismo, nada é certo ou errado, inexistindo princípios morais com razoável legitimidade universal. Já segundo a posição Boasiana, o relativismo ético reconhece a validade e legitimidade relativa e limitada dos princípios certo e errado. Tais princípios seriam legítimos apenas para os membros da sociedade em que estão assentados. Os valores da classe média norte-americana seriam válidos para os americanos de classe média, mas não para os índios caiapós, e vice-versa.

O relativismo Boasiano propõe um apelo a tolerância intercultural. Há, nessa versão, implícito julgamento de valor: o de que devemos respeitar os modos de vida dos outros povos. Nesse sentido, o relativismo cultural consistiria no mútuo respeito pelas diferenças entre as várias culturas.

Tal apelo à tolerância surgiu dentro do pensamento liberal com relação aos direitos humanos e à autodeterminação. Ele prega o princípio de que os outros povos devem poder conduzir seus destinos de acordo com os valores culturais e crenças de cada sociedade. Tratar-se-ia, em suma, de uma questão de liberdade humana.²⁷

Na seara jurídica, a doutrina relativista segue a mesma linha de raciocínio e é explicada por Jack Donnelly:

Em um extremo está o relativismo radical, que vê a cultura [...] como fonte de todos os valores. Essa posição tem o efeito de negar a própria ideia de direitos humanos, de vez que sustenta não haver direitos pertencentes igualmente a todos, simplesmente por serem humanos.

²⁶ KLAUTAU FILHO, Paulo de Tarso Dias. **Igualdade e liberdade: Ronald Dworkin e a concepção contemporânea de Direitos Humanos**. Belém, CESUPA, 2004. pp. 35 a 38.

²⁷ *Ibidem*, p. 38 e 39.

[...] No outro lado do espectro encontra-se o universalismo radical, visão de que todos os valores, incluindo-se os direitos humanos, são inteiramente universais, de modo algum sujeitos a modificações em razão de diferenças históricas ou culturais. Nessa forma pura, o universalismo radical sustentaria que existe somente uma série de direitos humanos aplicáveis a todos os tempos e lugares. [...] O forte relativismo sustenta que os direitos humanos (e outros valores) são principalmente, mas não inteiramente, determinados pela cultura ou outras circunstâncias. Direitos humanos “universais” servem como um controle de valores culturais específicos. A ênfase, contudo, é na variação e na relatividade. O relativismo fraco inverte a ênfase. Direitos humanos universais somente seriam sujeitos a modificações culturais secundárias.²⁸

Klautau Filho entende ser temerário o relativismo ético e sua implicação na teoria dos direitos humanos, o que não quer dizer que a doutrina universalista seja imune à críticas. O relativismo aplica, muitas vezes, o termo tolerância cultural de maneira maléfica, possibilitando a prevalência de valores morais devassos, ou supostos valores morais, tendo em vista que muitas vezes o relativismo é utilizado como justificativa para esconder interesses econômicos dos países e acobertar violações à direitos humanos causados pelo Estado opressor.

O relativismo vai de encontro com a ideia fundamental da proteção internacional dos direitos humanos de estipular metas comuns a serem atingidas e padrões mínimos a serem adotados por todos e é levantado com constância nos debates internacionais de direitos humanos resultando em longos e infrutíferos debates.²⁹

Cançado Trindade pontua com clareza que os particularismos culturais, se bem entendidos, não conflitam com a universalidade dos direitos humanos, ao contrário, são pontos que outorgam legitimidade a esta característica.

É, com efeito, a partir das particularidades ou da diversidade do gênero humano que se buscam os valores universais, que se manifesta uma consciência universal. Mesmo os que tivessem preferido que os redatores da Declaração Universal dos Direitos Humanos houvessem levado mais em conta também o legado de antigas civilizações asiáticas e distintas religiões, admitem, no entanto, que a Declaração Universal de 1948 alcançou um determinado grau de universalidade que a tornou aceita por seres humanos de todas as civilizações e culturas, - a ponto de seu elenco de direitos consagrados vir a permear gradualmente as Constituições nacionais, e a ser invocado ante tribunais nacionais, de numerosos países de todo o mundo. A

²⁸ DONNELLY, Jack *apud* KLAUTAU FILHO, Paulo de Tarso Dias. **Igualdade e liberdade: Ronald Dworkin e a concepção contemporânea de Direitos Humanos**. Belém, CESUPA, 2004. p. 48

²⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2ª Ed. r. e Atual. Vol.III. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 305

Declaração Universal tornou-se possível, apesar das distintas cosmovisões dos seres humanos e de sua diversidade cultural. A universalidade da Declaração de 1948 erigiu-se, com efeito, no respeito a estas distinções e à diversidade do gênero humano, subjacente à proclamação de direitos inerentes à pessoa humana.³⁰

Universalismo e particularidades culturais devem caminhar de mãos dadas e com mútuo respeito. Os tratados de direitos humanos tem o escopo de traçar proteção mínima e suficiente para impossibilitar juridicamente violação aos mais íntimos direitos do homem, como historicamente ocorreram e faticamente ocorrem ao redor de todo globo.

Portanto, adotar padrões mínimos universais não é lesivo aos particularismos culturais, os Estados continuam a ter cultura própria e soberania, sendo a relação entre eles regidas pelas cláusulas de compatibilização e integração previstas nos próprios tratados de direitos humanos.

Conforme Contreras afirmara, a MOA é um critério interpretativo que visa respeitar os particularismos culturais ao deixar, a principio, nas mãos das autoridades nacionais a efetivação e restrição de certos direitos. Portanto, A margem de apreciação não é de cunho relativista.

Restringir ou derogar não quer dizer que aqueles direitos não servem para sua sociedade, que são padrões universais mínimos opressores e imperialistas da cultura alienígena, quer dizer que no caso concreto o Estado, para atingir um fim legítimo, restringiu na medida do necessário o exercício e gozo de tal direito.

Conforme análise acima, os requisitos para restrição de direitos são claros e possibilitam restrições pontuais desde que busquem fins legítimos e democraticamente necessários para aquela nação e a discricionariedade estatal é acompanhada de perto pelos órgãos internacionais de proteção, portanto, a MOA não possui as problemáticas da doutrina relativista, não podem servir de escudo para outras motivações e muito menos pode fundamentar violação de direitos humanos com base na cultura.

Ressalta-se que os fins legítimos são eleitos expressa ou implicitamente pelos tratados de direitos humanos, ou seja, mesmo que haja restrição de direitos convencionais, tal restrição se dá na forma de proteger outros direitos, mesmo que de forma indireta, e se dá na estrita medida da necessidade.

³⁰ Ibidem, pp. 306 e 307

4.2. AS CRÍTICAS À DOCTRINA MOA.

A doutrina da margem de apreciação não é imune de críticas. Takahashi³¹ resume as críticas feitas pela doutrina em basicamente:

- i) O questionamento se a doutrina MOA é compatível com a noção de direitos humanos;
- ii) A postura minimalista adotada pela Corte EDH em declarar a CEDH como apenas o menor denominador comum;
- iii) A não previsão expressa na CEDH e a alegação de adoção da doutrina ser uma opção dos juízes internacionais do sistema europeu;
- iv) A inversão de importância entre os sujeitos do direito internacional, conferindo maior importância ao Estado do que propriamente à figura central de todo o direito que é o ser humano.
- v) Pondera também que ao julgar os casos de restrição e derrogação a Corte EDH não se preocupa em uniformizar seu entendimento, causando perda de prestígio e força política do órgão, bem como deixando demasiadamente livres os Estados para restringir direitos.

As críticas elaboradas pela doutrina são relevantes e fundamentais para o aprimoramento da doutrina. Em geral, as críticas são feitas mais à interpretação da Corte EDH e do que ao instituto da MOA propriamente dito.

Sobre a compatibilidade da doutrina com a concepção atual de direitos humanos (i) não há dúvidas. A restrição de direitos é fundamental para harmonia entre eles próprios. Por exemplo, quando se derroga o direito à liberdade de expressão para proibir que a imprensa vaze questões de segurança nacional, o direito individual à liberdade de segurança é restringido por um leque de direitos coletivos e individuais de toda a sociedade, tal informação pode colocar em risco vidas, liberdades e direitos de outros.

Além do mais a doutrina MOA se mostra um importante meio de integração entre os âmbitos de proteção europeus, na evolução histórica do sistema europeu de proteção, o ingresso dos países do leste europeu intensificou as diferenças e o

³¹ ARAI-TAKAHASHI, Yutaka. **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the jurisprudence of the ECHR**. New York, Intersentia, 2001. pp. 16, 17, 18 e 227.

questionamento: Como abranger diferentes culturas, religiões, línguas e tradições³² em uma convenção de direitos humanos sem flexibilidade?

No que diz respeito a postura minimalista de menor denominador comum (ii) e concessão de muita discricionariedade para os Estados-membros (iii), em parte tem razão os doutrinadores. Realmente a Corte EDH é covarde em muitos julgados e acaba por conferir às autoridades nacionais uma área de manobra muito larga.

O consenso europeu é realmente importante para a interpretação evolutiva da CEDH, no entanto, quando não há tal consenso, no caso em concreto, a Corte deve analisar as vicissitudes do país. Até recentemente, as relações homossexuais não era considerados vida familiar, nos termos do art. 8 da CEDH, por falta de consenso europeu sobre o assunto, apenas em 2010 o entendimento foi mudado.

Note-se que a Corte EDH não interpretava evolutivamente a CEDH por falta de consenso europeu e permitia um notório tratamento discriminatório para os casais homossexuais que não tinham nenhum respaldo jurídico internacional para obrigar o Estado a reconhecer tal relação como vida familiar, apenas como vida privada, como no caso *Kherkoven and Hinke vs. Holanda*, e no direito de adoção, como no caso *Fretté vs. França*³³.

Nos casos citados em questão, basicamente a Corte EDH confere ao Estado ampla margem de apreciação por falta de consenso europeu e considera a restrição do direito à vida familiar, é razoável e não violadora do direito à não discriminação por diferenciar distinção de discriminação, sendo distinto os relacionamentos homossexuais de relacionamentos familiares, algo que na prática causava o mesmo efeito, os casais homossexuais pela sua orientação sexual estavam sendo turbados em seus direitos.³⁴

No entanto, a aplicação da doutrina da margem de apreciação que foi equivocada e tímida, o que não quer dizer que o instituto como um todo seja ruim.

No que diz respeito à crítica de não haver previsão convencional expressa sobre a doutrina (iii), é historicamente lógica a desnecessidade de tal exigência. O órgão jurisdicional não fica limitado única e exclusivamente à letra da lei da convenção para interpretá-la. A formulação de critérios interpretativos sempre foram utilizadas, assim

³² *Ibidem*, p. 17

³³ EUROPA. Corte EDH. **Caso Fretté vs. France**. Sentença de 26 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-505543-506889>>. Acesso em: 12 de maio de 2014.

³⁴ EUROPA. Corte EDH. **Caso Kherkoven and Hinke vs Netherlands**. Sentença de 19 de maio de 1992. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-1748#{"itemid":\["001-1748"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-1748#{)>. Acesso em: 12 de maio de 2014

como a Corte EDH criou os critérios para análise do cumprimento do direito ao prazo razoável.

Embora não fique limitada apenas à letra da Convenção para interpretá-la, a Corte EDH deve obrigatoriamente respeitá-la. Quando a própria convenção possibilita a restrição e derrogação de direitos convencionais para o bem comum, a Corte não pode negar tal possibilidade. Não há inversão de importância entre os sujeitos do direito internacional dos direitos humanos (iv), o Estado possui a prerrogativa de restringir e derrogar direitos e a Corte EDH admite apenas que o Estado está em melhores condições de interpretar as necessidades sociais de seu povo, no entanto, conforme previsão jurisprudencial, desde o caso inaugural da doutrina MOA, essa restrição deve ser acompanhada de perto pelos órgãos de supervisão e proteção aos direitos humanos do sistema europeu, portanto, a restrição ou derrogação deferida ao Estado se violar a CEDH e mostrar-se irrazoável, será penalizada com a condenação deste perante o órgão jurisdicional do sistema, que adotara as medidas cabíveis para forçar a reversão daquela para conferir ao peticionário o pleno gozo de seus direitos convencionais.

Por fim, as atitudes omissivas da Corte por se pautar na falta de consenso europeu, realmente enfraquecem a influência deste órgão jurisdicional na proteção dos direitos humanos, a discricionariedade deve ser razoável não apenas para com o consenso europeu sobre a matéria, deve ser na justa medida para atingir o fim perseguido que deve ser impulsionado por uma necessidade social imperiosa.

No entanto, existe uniformidade de decisões para um período de tempo (v). Ocorre que a aplicação pode se dar em diversos artigos e a proporcionalidade outorga à aplicação da doutrina flexibilidade que o caso concreto a exige. Tomando novamente como exemplo o caso *Handyside vs. Reino Unido*, naquele contexto histórico e matéria que estava sendo debatida (ordem moral vs. liberdade de expressão) a análise de razoabilidade da restrição era única e exclusiva para aquele Estado.

Por não haver consenso europeu, a Corte não valorou a decisão interna sobre o que é proteção da moral, no entanto, valorou a razoabilidade da restrição com base naquela necessidade social imperiosa, se esta fosse diferente em qualquer outro Estado-membro, logicamente haveria uma interpretação diversa de acordo com a necessidade deste outro Estado-membro.

A Corte EDH mantém uma coerência na utilização dos critérios, porém o critério mais amplo que é análise de proporcionalidade vai variar inevitavelmente com as circunstâncias de cada Estado-membro.

4.4. A POSSIBILIDADE DE IMPORTAÇÃO DA DOUTRINA MOA.

A doutrina MOA tem grandes qualidades que podem ser aproveitadas pela Corte IDH ao incorporá-la. Os requisitos gerais são muito bem desenvolvidos, sendo a maior qualidade da doutrina. Cançado Trindade trata especificamente de todos os requisitos gerais que a MOA utiliza ao analisar critérios gerais para restrição:

Não há que confundir as categorias acima (cláusulas de compatibilização, derrogações e limitações ou restrições permissíveis, reservas permissíveis, prévio esgotamento dos recursos internos e cláusulas facultativas), todas distintas mas contribuindo cada uma de seu modo para prevenir ou evitar conflitos entre as jurisdições internacional e nacional, e para remover obstáculos à evolução da proteção internacional dos direitos humanos. Nunca é demais deixar esclarecido que as eventuais limitações ou restrições permissíveis ao exercício dos direitos consagrados, ademais devem ser interpretadas restritivamente e em favor destes últimos, deve necessariamente cumprir certos requisitos, a saber: ser previstas em lei, ser justificadas pelo Estado, limitar-se a situações em que sejam absolutamente necessárias e ao propósito para o qual foram prescritas, ser aplicadas no interesse geral da coletividade (*ordre public*) coadunando-se com as exigências de uma “sociedade democrática”, respeitar o princípio da proporcionalidade, não ser aplicadas de modo arbitrário e discriminatório, sujeitar-se a controle por órgãos independentes (com a previsão de recursos para os casos de abuso), e ser compatíveis com o objeto e propósito dos tratados de direitos humanos.³⁵

Portanto, conclui-se que os requisitos da doutrina MOA já estão adequados na consciência universal³⁶, recaindo a análise sobre o texto da CIDH para verificar a possibilidade de importação dessa teoria.

Primeiramente, a CIDH, assim como a CEDH, outorgam ao Estado competência regulatória sobre determinados direitos, como nos arts. 12, 13, 15, 16, 17 e 30³⁷

Repara-se que as cláusulas outorgantes de discricionariedade são menos abertas que na CEDH. O motivo vem justamente do contexto cultural de cada sistema regional, no sistema interamericano a existência de múltiplas culturas existe, no entanto, pelo fato dos Estados-membros terem sido colonizados, grande parte pela Espanha, há uma

³⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2ª Ed. r. e Atual. Vol.I. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. pp.526

³⁶ *Ibidem*, p. 306.

³⁷ BRASIL. Decreto do executivo Nº 7.030, de 14 dezembro de 2009. **Promulga a convenção de viena sobre o direito dos tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66**. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> Acesso em 16 de maio de 2014.

convergência muito maior sobre os assuntos, os países “se entendem” melhor, não havendo necessidade de flexibilidade tamanha quanto a existente na CEDH.

Em que pese não existir expressamente as cláusulas “necessárias em uma sociedade democrática” e “objetivo legítimo a ser atingido”, bem como as demais relativas à atenção ao princípio da proporcionalidade e consenso regional sobre a matéria, deduzindo do supracitado trecho de Cançado Trindade, estes critérios são parte do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, são parte da consciência universal e podem sem problema algum ser importados pela Corte IDH.

Ressalta-se que os critérios utilizados para análise do direito à duração razoável do processo, ou direito ao prazo razoável, foram importados sem haver qualquer disposição na CIDH que autorizasse, na verdade, tal autorização é desnecessária tendo em vista que os critérios fazem parte do *corpus juris* do direito internacional dos direitos humanos que é universal, harmônico e indivisível.

4.4. A VIABILIDADE DA IMPORTAÇÃO DA DOUTRINA MOA.

Após constatação da possibilidade de aplicação da doutrina MOA no sistema interamericano, imperiosa é a análise de viabilidade de tal importação.

Conforme dito anteriormente, o sistema interamericano de defesa não é tão multicultural quanto o sistema europeu, na verdade, não há o grau de divergência entre os assuntos tão grande como no sistema europeu.

O padrão de casos da Corte IDH é diferente, o contexto histórico-cultural é totalmente diferente, no sistema interamericano vê-se, por causa do período ditatorial generalizado na América latina, casos voltados à violação da liberdade de expressão por regimes autoritários, desaparecimentos forçados, torturas, execuções extrajudiciais, entre outros, conforme lições de Piovesan citadas supra.

No entanto este *standard* está mudando, já se vê casos como o *Atala Riffo e filhas vs. Chile* que fala sobre direito dos homossexuais sobre guarda de filhos, casos sobre comunidades indígenas e tradicionais como a trilogia paraguaia, *Yakye axa; Sawhoyamaxa; Xakmok Kasek* que falam sobre direito à terras tradicionais, o caso *Moiawana vs. Suriname* no qual a comunidade tribal foi forçadamente deslocadas de suas terras entre outros novos tipos de casos.

A Corte IDH já interpretou evolutivamente a CIDH em vários casos, como no Caso *Artavia Murillo e outros (fecundação in vitro) vs. Costa Rica*, no próprio caso

Atala Riffo e nunca, utilizou do padrão de consenso. Seria salutar utilizar o critério do consenso para interpretar evolutivamente a CIDH em casos mais delicados, como o casamento homossexual, tendo em vista o caráter religioso do instituto do casamento. No caso *Artavia Murrillo e outros*:

245. O Tribunal observou em outras oportunidades que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos cuja interpretação deve considerar a mudança dos tempos e as condições de vida atuais de vida. Tal interpretação evolutiva é consistente com as regras gerais de interpretação previstos no artigo 29 da Convenção Americana e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Ao efetuar uma interpretação evolutiva, o Tribunal concedeu especial relevância para o direito comparado, é por isso que ele tem usado a legislação ou jurisprudência dos tribunais internos quando se analisa conflitos específicas em casos contenciosos. Por sua parte, a Corte Europeia utilizou direito comparado como um mecanismo para identificar a prática posterior de Estados, ou seja, para especificar o contexto de um tratado particular. Além disso, o terceiro parágrafo do artigo 31 da Convenção de Viena autoriza para a interpretação de acordos ou práticas ou regras pertinentes do direito internacional que os Estados se manifestaram sobre o assunto do tratado, o que está relacionado com a uma visão evolutiva da interpretação deste.

246. Neste caso, a interpretação evolutiva é especialmente relevante, levando-se em consideração que o FIV é um procedimento que não existia no momento em que os redatores da Convenção adotaram o conteúdo do artigo 4.1 da Convenção. Assim, o Tribunal examinará duas questões no contexto da interpretação evolutiva: i) os desenvolvimentos relevantes do direito internacional e comparativa sobre o estatuto jurídico do embrião, e ii) a regulamentação e as práticas de direito comparado em relação a fertilização in vitro.³⁸

É viável a importação da doutrina da doutrina MOA para o sistema interamericano, no entanto, notoriamente ele deve ser adaptado para as particularidades regionais.

No que diz respeito às cláusulas gerais e a inter-relação com o princípio da proporcionalidade, nada a ponderar, no entanto, no que tange a utilização do consenso americano sobre determinado assunto essa importação deve ser cautelosa.

A Corte IDH decide proativamente seus casos, interpreta evolutivamente a CIDH se posicionando sobre os assuntos. Tal postura não deve mudar. A adaptação do critério do consenso deveria ser utilizado apenas quando a matéria é controversa a tal ponto que qualquer posicionamento da Corte seria prejudicial.

³⁸ AMÉRICAS. Corte IDH. *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*. Sentença de 28 de novembro de 2012. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf>. Acesso em: 12 de maio de 2014.

Por exemplo, no caso do casamento homossexual não há consenso nem americano e não mundial sobre tal direito, note-se que o direito ao casamento pode ser restringido nos termos da lei e pode ser restringido para proteger o direito coletivo à religião e a proteção da moral.

O posicionamento no sentido de interpretar evolutivamente o direito ao casamento a esta minoria faria com que a Corte IDH impusesse o padrão de alguns países a outros sendo que tal matéria ainda não faz parte da consciência universal, note-se que a CIDH fala em casamento entre casais de mesmo gênero.

O posicionamento no sentido de negar o direito ao casamento aos homossexuais implicaria em negar proteção da convenção aos diversos países que já possibilitam aos seus cidadãos esta celebração. Note-se que se algum peticionário de um país que reconheça esse direito reclamar que este lhe foi usurpado, turbado ou restringido, a Corte IDH deverá decidir pela proteção convencional de tal casamento, tendo em vista que a Corte IDH não pode interpretar a Convenção para negar direitos reconhecidos internamente.

Neste último caso, a insegurança jurídica seria catastrófica para a credibilidade e justiça do sistema, visto que para uns Estados a Corte decidiria que a Convenção acoberta o casamento homossexual e para outros decidiria o contrário.

Portanto, em caso de divergências delicadas, o critério do consenso mostra-se salutar. Nem sempre o sistema está preparado para mudanças drásticas de paradigmas, e nesses casos, esperar para decidir com maior propriedade sobre o assunto é uma sábia escolha.

A Corte EDH desenvolveu uma boa decisão sobre a controvérsia do casamento homossexual, ela decidiu que em que pese não haja obrigatoriedade do Estado reconhecer tal casamento segundo o sistema global de proteção, destaca-se que não há consenso global sobre o assunto e o alto comissariado da ONU já se manifestou nesse sentido, ele deve fornecer um instituto semelhante com efeitos semelhantes para não violar o direito à não-discriminação e direito a vida privada e em nenhum momento alega que a CEDH não protege esse direito que muito provavelmente em breve será reconhecido pelos tribunais internacionais e Estados.

Ressalta-se que o contexto americano é vítimas de um desrespeito generalizado da matéria direitos humanos, problemas com efetividade e violação dos direitos convencionais, a ausência de consenso sobre determinado assunto, ao contrário do que ocorre na Europa, pode-se dar muitas vezes por negligência e não propriamente dito por

haver controvérsia, ou seja, o descaso em debater o assunto pode prejudicar a utilização do critério.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A doutrina da margem de apreciação pode ser importada pela Corte IDH, no entanto, deve adaptá-la contornando as críticas, críticas essas que mais dizem respeito à interpretação e uso da doutrina pela Corte EDH, do que ao próprio instituto.

Portanto, a postura proativa da Corte IDH em decidir seus casos não deve mudar, deve continuar interpretando evolutivamente a CIDH e aplicando ao caso concreto, no entanto, utilizando-se da doutrina da margem de apreciação tal interpretação ganha além de organização metodológica, força política.

No entanto, a utilização do consenso como critério para interpretação evolutiva deve ser comedido e aplicado apenas em casos que delicados que interfiram em outros direitos convencionais, como no caso do direito à religião.

Ressalta-se que a região americana não tantas divergências como a Europa, o multiculturalismo americano é muito menos abrangente que o europeu e o critério do consenso americano não teria tanta relevância quanto tem o consenso do velho continente.

Quanto a conferir ao Estado a discricionariedade de interpretar as cláusulas abertas dos direitos passíveis de restrição, não há qualquer inovação, em regra, o Estado já o faz. O Estado é o ente mais perto dos cidadãos e já restringe seus direitos fundamentais para própria harmonia destes em seu ordenamento jurídico interno, apenas uma parte dessas restrições chegam aos procedimentos internacionais.

Um exemplo comum de restrição de direitos pelo Estado é a desapropriação. O cidadão perde sua propriedade para o bem comum mediante pagamento de uma justa indenização. A própria CIDH estabelece essa possibilidade.

Os critérios utilizados pela doutrina MOA são intuitivos e decorrem de outros direitos. O direito a legalidade obriga que a restrição seja feita de acordo com a lei, a própria natureza indisponível dos direitos humanos obriga que sua restrição seja feita para um fim legítimo e por essa mesma natureza obriga que tal restrição seja necessária.

Conclui-se, portanto, que a doutrina MOA faz parte do *corpus juris* dos direitos humanos e pode plenamente ser aplicada pela Corte IDH, sendo sua importação viável se a Corte a utilizar de maneira sábia e relativizar o critério do consenso regional.

REFERÊNCIAS

AMÉRICAS. Corte IDH. **Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica**. Sentença de 28 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf>. Acesso em: 12 de maio de 2014.

_____. Corte IDH, **caso Azevedo Jaramillo y Otros vs. Peru**. Sentença de 7 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_justicia_instrumentos_internacionales_recursos_Caso_Acevedo_Jaramillo.pdf>. Acesso em: 16 de maio de 2014.

Corte IDH, **Caso Castillo Petruzi e Outros vs. Perú, Cumprimento de Sentença**. Sentença de 17 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf> Acesso em: 16 de maio de 2014.

_____. CORTE IDH. **Caso Fontevecchia e D`Amico Vs. Argentina**. Sentença de 29 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_237_esp.pdf> Acesso em: 16 de maio de 2014.

_____. Corte IDH. **Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua**. Sentença de 29 de janeiro de 1997. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf> Acesso em: 16 de maio de 2014.

_____. Corte IDH. **Caso Gonzalez Medina y familiares vs. República Dominicana**. Sentença de 27 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_239_esp.pdf>. Acesso em: 16 de maio de 2014.

_____. Corte IDH. **Caso Valle Jaramillo vs. Colombia**. Sentença de 27 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_192_esp.pdf>. Acesso em: 16 de maio de 2014.

_____. CORTE IDH. **Caso Yakye Axa vs. Paraguai**. Sentença de 17 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_ing.pdf> Acesso em: 16 de maio de 2014.

ARAI-TAKAHASHI, Yutaka. **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the jurisprudence of the ECHR.** New York, Intersentia, 2001.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos.** Nova edição, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.

CONTRERAS, Pablo. National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights. *Northwestern Journal of International Human Rights, International Law Commons*, vol. 11, edição 1, outono de 2012. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1155&context=njihr> Acesso em: 12 de maio de 2014.

EUROPA, Corte EDH. **Caso Fretté vs. France.** Sentença de 26 de fevereiro de 2002. Disponível em: < <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-505543-506889>> . Acesso em: 12 de maio de 2014.

_____,CORTE EDH, **Case Handyside vs. United Kingdom.** Sentença de 7 de dezembro de 1976. Disponível em:< [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57499#{"itemid":\["001-57499"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57499#{)> Acesso em: 16 de maio de 2014.

_____,Corte EDH, **Case Ireland. vs. United Kingdom.** Sentença de 18 de janeiro de 1978. Disponível em:< <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57506>> Acesso em: 16 de maio de 2014.

_____, Corte EDH. **Caso Kherkoven and Hinke vs Netherlands.** Sentença de 19 de maio de 1992. Disponível em:< [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-1748#{"itemid":\["001-1748"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-1748#{)> . Acesso em:12 de maio de 2014

_____,CORTE EDH, **Case Malone vs. United Kingdom.** Sentença de 2 de agosto de 1984. Disponível em:< [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57533#{"itemid":\["001-57533"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57533#{)> Acesso em: 16 de maio de 2014.

_____, CORTE EDH, **Case Silver and Others e outros vs. United Kingdom.** Sentença de 25 de março de 1983. Disponível em:<

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57577#{"itemid":\["001-57577"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57577#{)> Acesso em: 16 de maio de 2014.

_____, CORTE EDH, **Case Sunday times vs. United Kingdom**. Sentença de 26 de abril 1979. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57584#{"itemid":\["001-57584"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57584#{)> Acesso em: 16 de maio de 2014.

_____, CORTE EDH. **Case Cantan and others v. The Republic of Moldova and Russia**. Sentença de 12 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114082>. Acesso em: 16 de maio de 2014.

_____, CONSELHO DA EUROPA, **Convenção Europeia de Direitos do Homem**. De 4 de novembro de 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf> Acesso em: 16 de maio de 2014.

CONSIL OF EUROPE. Publicação de artigos científicos. **The Margin Of Appreciation**. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp#P250_32680> Acesso em : 12 de maio de 2014.

KLAUTAU FILHO, Paulo de Tarso Dias. **Igualdade e liberdade: Ronald Dworkin e a concepção contemporânea de Direitos Humanos**. Belém, CESUPA, 2004.

LUNO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho e constitución**. 9ª Ed. Madrid, Tecnos, 2005. p. 23 a 31.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; **Curso de direito internacional público**. 7ª Ed. r., atual. São Paulo, RT, 2013.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 16 de maio de 2014.

PIOVESAN; Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 2ª Ed. r., ampliada e atual. São Paulo, Saraiva, 2011.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. Salvador, Juspodivm, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo, Max Limonad, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais Na Perspectiva Constitucional**. 10ª edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35ª Ed. R e atual. São Paulo, Malheiros, 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. I. 2ª edição. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. III. 2ª Ed., r. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

VILA, Marisa Iglesias. **A Margin of Appreciation Doctrine for the European Convention on Human Rights: In Search of a Balance between Democracy and Rights in the International Sphere**. In: SELA, 2013, New Haven, Connecticut, Estados Unidos da América, Yale Law Scholl, 2013.