

---

# A ANÁLISE DO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÕES DAS CORTES INTERAMERICANA E EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS SOB O ENFOQUE DO DIREITO À VIDA

*THE ANALYSIS OF THE DECISION MAKING PROCESS OF INTER-  
AMERICAN AND EUROPEAN HUMAN RIGHTS COURTS FOCUSING  
ON THE RIGHT TO LIFE*

---

*Andrea de Quadros Dantas Echeverria  
Advogada da União lotada na Secretaria-Geral de Contencioso  
Mestre em Direito das Relações Internacionais – UniCeub. Especialista em  
Globalização, Justiça e Segurança Humana – ESMPU em parceria com a Univ. de  
Bochum. Bacharel em Ciência Política - Universidade de Brasília*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O início da vida na Corte Europeia de Direitos Humanos; 2 O início da vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos; 3 Efetividade, reputação e a margem de apreciação; 4. Considerações Finais; Referências.

**RESUMO:** Com o objetivo de analisar o processo de tomada de decisão e seu impacto na efetividade das Cortes, o presente artigo pretende revisar as decisões judiciais proferidas pela Corte Europeia de Direitos Humanos (Vo vs. França; e ABC vs Irlanda) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Artavia Murillo et al. v. Costa Rica) que responderam a pergunta sobre o início da vida. Enquanto a Corte Europeia optou por delegar a resposta sobre o início da vida ao âmbito doméstico de cada Estado membro, a Corte Interamericana estabeleceu um novo conceito do termo ‘concepção’, passando a considerar a implantação do embrião como marco inicial do direito a vida. A partir da extrema divergência observada nas soluções adotada pelas Cortes, o estudo voltou-se para os mecanismos de tomadas de decisões. O principal instrumento estudado foi a doutrina da margem de apreciação nacional, com o intuito de verificar a influencia de tal mecanismo na efetividade das sentenças proferidas por tais cortes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Corte Interamericana. Corte Europeia de Direitos Humanos. Direito à Vida. Doutrina da Margem de Apreciação. Efetividade das Cortes Internacionais.

**ABSTRACT:** In order to analyze the decision making process and its impact on the effectiveness of international courts, this article aims to review the judgments delivered by the European Court of Human Rights (Vo vs. France and ABC vs Ireland) and the Inter-American Court of Human rights (Artavia Murillo et al. v. Costa Rica) that have answered the question about the beginning of life. While the European Court has chosen to delegate the answer about the beginning of life to the domestic context of each Member State, the Inter-american Court has defined a new concept of the term ‘conception’, to consider the implantation of the embryo as a starting point for the right to life. From the extreme divergence in the solutions adopted by the Courts, the study turned to the mechanisms of decision making. The main instrument studied was the doctrine of the margin of national appreciation, in order to verify the influence of such mechanism in the effectiveness of the judgments of such courts.

**KEYWORDS:** Inter-american Court. European Court of Human Rights. Right to Life. Margin of Appreciation Doctrine. International Courts Effectiveness.

## INTRODUÇÃO

No direito internacional, assim como no âmbito doméstico, o princípio do ‘rule of law’, é essencial para o funcionamento do próprio sistema, pois garante a execução das decisões ali proferidas. Entretanto, enquanto o direito interno está instrumentalizado com as mais variadas estruturas e institucionais que garantam a execução de suas decisões judiciais<sup>1</sup> a ausência de tais instrumentos no contexto internacional leva ao questionamento da necessidade de proliferação de tantas cortes internacionais.

Quando se fala em efetividade das decisões das Cortes internacionais, a primeira pergunta que sempre sucede é exatamente como tais decisões poderão ser executadas e quais os mecanismos que tais Cortes internacionais possuem para assegurar a efetividade de suas decisões.

É comum dizer que as Cortes internacionais de direitos humanos são como tubarões sem dentes, exatamente porque não possuem um mecanismo de coerção de suas decisões (enforcement). Como consequência, passa-se a questionar a própria competência e funcionalidade dessas cortes.

É interessante observar que a Corte Européia de Direitos Humanos possui importante reputação exatamente pela alta percentagem de cumprimento de suas decisões<sup>2</sup>. Por outro lado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem sofrendo grande críticas pela reputação oposta: suas decisões são excessivamente invasivas e raramente executadas em sua integralidade<sup>3</sup>.

---

1 WARIOBA, Joseph Sinde. Monitoring Compliance with and Enforcement of Binding Decisions of International Law. In: *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, número 5, 2001. p. 41-52. Disponível em: <[http://www.mpil.de/files/pdf1/mpunyb\\_warioba\\_5.pdf](http://www.mpil.de/files/pdf1/mpunyb_warioba_5.pdf)>. p. 41/42.

2 Nesse sentido: DOTHAN, Shai. “Judicial Tactics in the European Court of Human Rights”. In: *Public Law & Legal Theory Working Papers*, v. 12, n. 1, ago. 2011. p. 114-142, p. 117, verbis: “Over the fifty years since the ECHR was formed, it has enjoyed, by most accounts, consistently high compliance rates with its judgments. [...] The exact compliance rates of the ECHR are very hard to measure, both because data on the implementation of judgments can be hard to collect and because compliance can be delayed or partial (such as paying just satisfaction while neglecting to implement general measures). Some scholars contend that the ECHR has very high compliance rates. For instance, see R. Ryssdal, *The Enforcement System Set Up under the European Convention on Human Rights*, in M.K. Bulterman and M. Kuijer, eds, *Compliance With Judgments Of International Courts* 49, 67”.

3 Nesse sentido: HUNEEUS, Alexandra Valeria. Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights (August 17, 2011). *Cornell International Law Journal*, v. 44, N. 3, 2011; Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper N. 1168. p. 117, verbis: “In: 2008, the last year for which the Court reported such data, states had fully implemented only one in ten of the Court’s rulings: of the 105 cases that reached a final judgment, were still under the Court’s jurisdiction awaiting compliance.” No mesmo sentido: POSNER, Eric A. and YOO, John C. , *Judicial Independence in International Tribunals*, 93 *Cal. L. Rev.* 1 (2005), fl. 41: “We have found only one case in which nation has fully complied with an IACHR decision. [...] This amounts

Analisar todas as variáveis que permitem uma divergência tão brusca entre as ambas as cortes seria algo impossível de ser feito em um artigo dessa dimensão. Nesse contexto, optou-se por realizar o estudo de apenas uma vertente do mais importante direito fundamental, qual seja, o direito a vida, mais especificamente o conceito do início da vida e suas consequências para ambas as Cortes internacionais.

No presente artigo pretende-se, portanto, por meio da observação da forma de julgamento dos casos envolvendo o direito à vida do nascituro, estabelecer algumas variáveis que justifiquem a atual reputação positiva da Corte Europeia em contraste com a reaclitrância observada na execução as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

É importante ressaltar que a escolha dos dois precedentes da Corte Europeia – *Vo vs França* e *ABC vs Irlanda*, que tratam essencialmente do direito a vida – em detrimento de outros precedentes específico sobre fertilização<sup>4</sup>, se deve à análise da discussão e dos marcos teóricos utilizados por ambas as Cortes para resolver a questão.

Isso porque a Corte Interamericana fundamentou-se essencialmente na definição do termo inicial de proteção ao direito a vida para reconhecer a impossibilidade da proibição estabelecida pela Costa Rica, consoante será visto na segunda parte. Tal discussão fora tratada pela Corte Europeia especialmente nesses nos precedentes *Vo vs. França* e *ABC vs. Irlanda*, que serão objeto da primeira parte.

A terceira parte visa analisar a correlação entre a reputação, a efetividade e o processo de tomada de decisão de cada uma das Cortes, tendo por enfoque os casos anteriormente analisados, com o intuito de esclarecer qual o caminho que a Corte Interamericana deve percorrer para alcançar uma melhoria em sua reputação e na efetividade de suas decisões.

---

to a compliance rate of approximately 5%. Interestingly, the Inter-American Commission, which issues only nonbinding country reports that seek to convince nations to change their human rights policies, reports a 4% rate of full compliance with its reports.” E ainda CANTON, Santiago. To Strengthen Human Rights, Change the Organization of American States (Not the Commission), <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1836&context=hrbrief> at 3>: “Despite the important markers of success of the IASHR (Inter-American System of Human Rights), States do not fully comply with a large majority of its decisions.”

4 5 No caso *Evans vs. Reino Unido*, discutiu-se a possibilidade de implantação de embrião congelado após a separação do casal e sem o consentimento de um deles. Nesse caso, a Corte aplicou a margem de apreciação, considerando a existência de leis que regulamentavam a matéria no âmbito interno. Já no caso *Costa e Pavan vs. Itália*, a temática centrou-se na possibilidade de manipulação genética dos embriões *in vitro* de modo a evitar a transmissão de uma doença da qual genitora era portadora. Embora a Corte tenha se manifestado pela possibilidade e tal manipulação genética, o fundamento foi a inconsistência na lei doméstica que não permitia tal seleção no processo *in vitro*, mas permitia o aborto caso identificada a doença no feto. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, Factsheet – Reproductive Rights, setembro 2014. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Reproductive\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Reproductive_ENG.pdf)>. Acesso em: 03 set. 2014.

## 1 O INÍCIO DA VIDA NA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

A primeira vez em que a Corte Europeia foi instada a se manifestar sobre o direito a vida do nascituro, decisão essa utilizada como paradigma desde então, foi o caso *Vo v. France*. A questão foi trazida à Corte pela francesa, de origem vietnamita, Thi-Nho Vo que, devido a um erro médico, foi obrigada a se submeter a um aborto terapêutico<sup>5</sup>. A requerente e seu marido ajuizaram uma ação criminal perante a justiça francesa face ao médico, visando sua condenação por homicídio culposo. Em última instância, a Corte de Cassação francesa absolveu o médico, essencialmente por entender que o feto não poderia ser considerado como ser humano no direito criminal local<sup>6</sup>.

Diante da negativa da jurisdição francesa em reconhecer o direito de vida ao feto, a requerente peticionou na Corte Europeia de Direitos Humanos sustentando uma violação ao artigo 2.1 da Convenção<sup>7</sup>, que possui o seguinte texto:

### Artigo 2.º (Direito à vida)

1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei.

Em sua petição, a requerente destacou ainda que a ausência de legislação penal, para prevenir e punir condutas como essas, resultaria na não proteção da vida intrauterina, em claro confronto ao que dispõe a Convenção que determina que “o direito a vida de todas as pessoas deve ser protegido por lei”<sup>8</sup>.

---

5 Especificamente sobre o caso, por coincidência, no mesmo dia encontravam-se no hospital duas mulheres com o mesmo sobrenome – a requerente Thi-Nho Vo, que fazia um acompanhamento de sua gravidez, e Thi Thanh Van Vo, que se submeteria a uma retirada de um dispositivo intra-uterino. Por uma confusão causada pela identidade do sobrenome somada a dificuldade da requerente em se expressar em francês, o médico iniciou o procedimento de retirada do DIU na requerente grávida, o que resultou na perfuração da placenta. Com a perda do líquido amniótico, tornou-se necessária a realização de um aborto terapêutico. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS/CEDH. 2004, Sentença de 08 de julho. *Case Vo vs. France*, Petição nº 53924/00. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61887#{"itemid":\["001-61887"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61887#{)>. Consultado em: 02 de jul. de 2014. Par. 8

6 CEDH *Caso Vo v. France*, par. 9.

7 CEDH *Caso Vo v. France*, par. 3, 42-43

8 Tradução livre do seguinte trecho do artigo 2 da Convenção Europeia: “1. Everyone’s right to life shall be protected by law.”

Ao decidir a questão, contudo, a Corte Europeia afirmou que o debate sobre quando o direito a vida começa é uma questão que deve ser decidida no nível nacional: primeiro porque ainda não decidido na maioria dos Estados que ratificaram o tratado, em particular na França, onde a questão ainda está submetida a debate público; e segundo porque não há um consenso europeu sobre a definição legal e científica sobre o início da vida. A Corte destacou expressamente que “a questão sobre quando o direito a vida começa está inserida na margem de apreciação que a Corte considera como sendo de esfera dos Estados”<sup>9</sup>.

Ademais, a Corte afirmou que não seria possível e nem desejável responder à pergunta abstrata se o nascituro seria uma pessoa nos termos do artigo 2.1 da Convenção<sup>10</sup>.

A questão acerca do direito a vida do nascituro voltou a ser foco da Corte Europeia quando do julgamento do caso ABC vs. Irlanda, em dezembro de 2010, no qual se discutia a possibilidade de aborto em razão de perigo à vida da gestante.

A discussão nesse caso, que gerou tamanha especulação no âmbito doutrinário e jornalístico, foi o fato de não se estar questionando exatamente o direito a vida do nascituro, mas sim o conflito entre os direitos do nascituro e da gestante. E mais, a princípio não seria o caso de se aplicar a teoria da margem de apreciação, haja vista a existência de consenso no âmbito dos países signatários da Convenção acerca da possibilidade de aborto em situações semelhantes.

No caso, as duas primeiras requerentes (A e B) sustentaram que a proibição irlandesa do aborto por questões de saúde e bem-estar da gestante configuraria uma violação ao artigo 8º da Convenção. A terceira requerente (C) afirmou também a impossibilidade de exercício do direito fundamental ao aborto quando há risco de vida para a gestante, dado os estreitos limites permitidos para o aborto na Irlanda<sup>11</sup>.

---

9 Tradução livre do trecho: “It follows that the issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere” (CEDH.Caso Vo v. France, par. 82)

10 Having regard to the foregoing, the Court is convinced that it is neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention (“personne” in the French text” (CEDH Caso Vo v. France, par. 85)

11 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS/CEDH. 2010, Sentença de 16 de dezembro. Case ABC vs Ireland, Petição nº 25579/05. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102332#{"itemid":\["001-102332"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102332#{). Consultado em 02 de jul. de 2014. ABC vs. Irlanda, par. 3/4.

Quanto as duas primeiras requerentes, a gravidez não trazia risco efetivo à saúde delas<sup>12</sup>. Já a terceira havia se submetido a três anos de quimioterapia para o tratamento de um tipo raro de câncer e havia sido desaconselhada pelos médicos a engravidar. A requerente alegou que não recebeu as informações adequadas sobre os riscos da gravidez para a reincidência do câncer, nem sobre a possibilidade de os exames realizados antes da confirmação da gravidez terem prejudicado a saúde do feto. Por entender que não poderia realizar o aborto na Irlanda, viajou para a Inglaterra para efetivar tal procedimento<sup>13</sup>.

A Constituição irlandesa expressamente reconhece o direito a vida do nascituro em seu artigo 40.3.3, que, após a Oitava (1983), Decima Terceira e Decima Quarta (1992) Emendas, possui a seguinte redação (original):

The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right.

This subsection shall not limit freedom to travel between the State and another State.

This subsection shall not limit freedom to obtain or make available, in the State, subject to such conditions as may be laid down by law, information relating to services lawfully available in another State.

Em atenção a esse mandamento constitucional e considerando a ausência de norma regulamentadora, a Irlanda somente permite o aborto quando comprovado o risco de vida da gestante. Diante de várias discussões dentro da sociedade irlandesa, a questão foi objeto de um referendo em março de 2002. Entretanto, por uma pequena margem (50,42% x 49,58%), a proposta de alteração da legislação foi recusada<sup>14</sup>.

Outro acontecimento que demonstra a forte resistência da sociedade irlandesa a permitir o aborto foi o fato de que o Tratado da União Europeia somente fora assinado com a ressalva de que a adesão da Irlanda aos termos do tratado não implicaria na redução da proteção à

12 As primeiras duas requerentes viajaram para a Inglaterra para se submeterem ao procedimento de aborto, na certeza da impossibilidade de o fazerem na Irlanda. Em ambos os casos, a gravidez tinha sido acidental e elas argumentaram que não tinham condições financeiras ou emocionais para terem um filho naquele momento (CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 13-21).

13 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 22-26.

14 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 50-54.

vida conferida pela Constituição irlandesa, consoante se verifica do texto original apresentado pela Irlanda:

Nothing in the Treaty of Lisbon attributing legal status to the Charter of Fundamental Rights of the European Union, or in the provisions of that Treaty and the area of freedom, security and justice, affects in any way the scope and applicability of the protection of the right to life in Article 40.3.1, 40.3.4 and 40.3.3 ... provided by the Constitution of Ireland.<sup>15</sup>

Estabelecido o cenário jurídico interno da Irlanda, a Corte Européia se debruçou sobre o contexto europeu, destacando que o aborto – com simples ressalvas quanto ao tempo de gestação – é permitido em aproximadamente 30 Estados contratantes, sendo que em 40 deles, é justificado o aborto quando em risco a saúde da gestante<sup>16</sup>. Somente 3 Estados proíbem de forma absoluta tal procedimento (Andorra, Malta e San Marino)

Nesse contexto, no que se refere ao argumento das requerentes de violação ao artigo 2 da Convenção (direito a vida), a Corte ressaltou que, embora a Irlanda proíba o aborto, sua legislação permite que a gestante realize tal procedimento em outro país. Desse modo, não haveria qualquer ofensa ao direito a vida, pois em momento algum restou demonstrado a existência de efetivo risco de vida às requerentes<sup>17</sup>.

A discussão, então, centrou-se na alegada ofensa ao artigo 8º da Convenção Europeia (direito ao respeito a vida privada e familiar), tendo por fundamento a ausência de lei que regulamentasse o disposto no artigo 40.3.3 da Constituição irlandesa<sup>18</sup>.

As requerentes sustentaram que embora os Estados tenham direito a uma margem de apreciação quanto ao nível de proteção da vida pré-natal, tal margem não poderia ser absoluta a ponto da proteção ao nascituro se sobrepôr aos direitos da mãe. Ressaltaram, ainda, não se tratar a discussão sobre o início da vida – questão essa que não possui consenso entre os Estados –, mas sim sobre a necessidade de conferir um grau mínimo de proteção à saúde e bem-estar da mulher<sup>19</sup>.

---

15 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 102. Ressalte-se que a ratificação do tratado, com a ressalva acima, foi realizada somente após sua aprovação por referendo em outubro de 2009.

16 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 112.

17 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 157/158.

18 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 167.

19 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 172-173.

As requerentes destacaram, também, a existência de consenso entre os Estados membros sobre a necessidade de maior flexibilização das possibilidades legais de aborto<sup>20</sup>, concluindo que:

While there might be no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life (see Vo, cited above, § 82), there was a clear consensus on the minimum standards for abortion services necessary to preserve a woman's health and well-being.<sup>21</sup>

Por outro lado, o Estado irlandês, quanto a suposta violação ao artigo 8º, destacou que referido dispositivo nunca fora utilizado para obrigar os Estados membros a permitirem o aborto dentro de seus territórios. O governo irlandês lembrou também que a proibição do aborto – estabelecida na Constituição daquele país – fundamenta-se em profundos valores morais daquela sociedade e que, sempre que posta a questão em debate (em especial por meio de referendos), opta-se pela manutenção do atual ordenamento jurídico<sup>22</sup>.

O Estado irlandês sustentou ainda a necessidade de aplicação da teoria da margem de apreciação nacional, essencialmente por dois motivos: a Corte reconhece a existência de uma significativa margem de apreciação nos casos que envolvem valores éticos e morais da sociedade; e a Corte já reconheceu a incidência de tal teoria no que se refere à interpretação do alcance do artigo 2 (direito a vida) aos nascituros<sup>23</sup>.

A Corte iniciou o julgamento destacando que o artigo 8º não poderia ser interpretado de forma a reconhecer que a gravidez e sua interrupção pertencem exclusivamente a vida privada da gestante, sendo necessário a ponderação de outros direitos envolvidos, como o direito a vida do nascituro<sup>24</sup>. Ou seja, o artigo 8º não pode ser interpretado como passível de assegurar o direito ao aborto.

Considerando que uma restrição ao direito a vida privada – garantida pelo artigo 8º da Convenção Europeia – poderia ser realizada pelo Estado se comprovado que essa interferência está amparada pelo direito doméstico

20 The PACE Resolution (see paragraphs 107-8 above) was indicative of this. In addition, the laws of the vast majority of the Contracting States also constituted strong evidence: 31 out of 47 States allowed abortion on request during the first trimester, 42 out of 47 States allowed abortion when the woman's health was at risk, and 32 out of 47 States expressly allowed the termination of pregnancy where there was a foetal abnormality (CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 175)

21 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 175.

22 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 180.

23 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 185.

24 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 213.

e é necessária em uma sociedade democrática para legitimar os objetivos da Convenção<sup>25</sup>, a Corte ressaltou que as restrições impostas pela Irlanda ao procedimento de aborto estão fundamentadas tanto no sistema jurídico, como em profundos valores morais<sup>26</sup>. Dessa forma, as restrições ao aborto visam a um objetivo legítimo que é a proteção do direito a vida do nascituro garantida na Constituição da Irlanda<sup>27</sup>.

Ao examinar o conflito entre o direito a vida privada da gestante e o direito a vida do nascituro, deve ser analisado se o equilíbrio estabelecido pelo Estado estaria dentro da sua margem de apreciação ou não. No ponto, a Corte destacou que, em regra, estando em discussão a existência ou identidade do indivíduo, referida margem tende a ser menor, enquanto que os debates que envolvem questões morais e éticas sensíveis tendem a permitir uma margem de apreciação mais ampla<sup>28</sup>.

No presente caso, embora se trate exatamente de um debate moral, restava à Corte analisar se a existência de um consenso entre os Estados sobre a possibilidade de aborto seria suficiente para reduzir a margem de apreciação da Irlanda<sup>29</sup>. A Corte, mesmo reconhecendo a existência de tal consenso<sup>30</sup>, afirmou categoricamente que apenas isso não é suficiente para reduzir a margem de apreciação, em especial em razão do precedente firmado no caso *Vo vs. França*, no qual restou decidido a impossibilidade de definir se o nascituro estaria abrangido pelo artigo 2º da Convenção ou não.

Como o direito à vida do feto está inexoravelmente imbricado com o direito da gestante, a margem de apreciação deve ser analisada sob o enfoque do início da vida e não unicamente sobre a possibilidade ou não de aborto em outros Estados membros<sup>31</sup>. Desse modo, a Corte concluiu que a opção da

---

25 SINGH, Mallika. *A, B, C v. Ireland and the Doctrine of Margin of Appreciation*. Dezembro 2011. Disponível em <[http://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=1732835](http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=1732835)>. p. 4: Another thing that the Court seems to base its judgments is by distinguishing those rights which are most fundamental for the existence of a democracy.<sup>34</sup> If the Court feels that the right in concern is essential for the existence of a democracy, it narrows the margin of appreciation.

26 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 218 e 226.

27 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 227.

28 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 232.

29 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 234

30 É interessante destacar que, enquanto a Irlanda nega tal consenso em suas alegações, a Corte reconhece expressamente a existência dele, in verbis I: "235. *In the present case, and contrary to the Government's submission, the Court considers that there is indeed a consensus amongst a substantial majority of the Contracting States of the Council of Europe towards allowing abortion on broader grounds than accorded under Irish law.*" (CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 235)

31 SINGH, op.cit, p.9: The Court however, came to the conclusion that the first consensus (regarding abortion laws) did not decisively narrow the margin of the state since the second issue of the beginning of life was unanswered. The Court felt that even if these two conflicting questions had been solved and

Irlanda em proibir o aborto – exceto nos casos de comprovado risco de vida da gestante – não ultrapassa a margem de apreciação deferida aos Estados, não havendo, portanto, violação ao artigo 8º da Convenção Européia<sup>32</sup>.

Esse julgamento representou uma quebra de paradigma na jurisprudência da Corte Européia porque foi “primeira vez que a Corte desconsiderou a existência de um consenso europeu com base em profundos valores morais”<sup>33</sup>. Exatamente por isso, tal decisão foi alvo de inúmeras críticas na doutrina europeia, especialmente por reduzir a importância do consenso dentro do processo de tomada de decisão pela Corte Européia<sup>34</sup>.

Mesmo os autores que consideram que houve a abertura de um perigoso precedente ao se desconsiderar a existência de um consenso europeu sobre o aborto, também esclarecem a impossibilidade da Corte decidir a questão sem conceituar definitivamente o início do direito a vida<sup>35</sup>.

### 3 O INÍCIO DA VIDA NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a discussão sobre o início da vida foi resultado de uma petição contestando a decisão da Suprema Corte da Costa Rica, que proibira a fertilização *in vitro*<sup>36</sup>.

---

answered domestically in States, since the rights of the unborn child were “inextricably connected” with that of the mother, the margin given in this matter should be wide.<sup>69</sup>

32 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 240-242. A Corte apenas reconheceu a ofensa ao citado artigo quanto a terceira requerente, ao afirmar que a Irlanda fálhou ao não regulamentar o artigo 40.3.3 da Constituição, não tendo o Estado fornecido informações suficientes para a requerente acerca da possibilidade ou não de aborto no seu caso específico.

33 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, Dissenting Opinion, par. 9.

34 SMET, Stijn. A., B. and C. v. Ireland: Abortion and the Margin of Appreciation. In Strasbourg Observers, 17 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://strasbourgobservers.com/2010/12/17/a-b-and-c-v-ireland-abortion-and-the-margin-of-appreciation/>. Consultado em 03 de julho de 2014, p.5.

35 SIGH, *op.cit.* p. 12: “While the Court was right (to a certain extent) in expressly refusing from giving a subjective opinion regarding matters of life and death, it fell short of people’s expectations when it refused to alleviate the position of thousands of women that travel to England and Wales every year to get an abortion”. No mesmo sentido: SMET, *op.cit.* p.5 “Regarding the use of the margin of appreciation doctrine, I basically agree with the dissenting Judges that it is a surprising move for the Court to first find the existence of a clear European consensus and then still allow Ireland a wide margin of appreciation on the basis of moral views. P6 - Unfortunately, abortion cases are also the cases in which it is most difficult for the Court to refrain from using the margin of appreciation doctrine altogether, because the only alternative open to the Court is to determine the status of the unborn foetus autonomously and start the case from that question, balancing the right/interests involved. For obvious reasons, the Court is unwilling to go into the question of the right to life of the foetus, as that would lead to a square confrontation with the member States and would deny them also a margin of appreciation to ‘decide’ when life begins”

36 Artavia, par. 70/71;

Em março de 2000, Suprema Corte da Costa Rica julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade<sup>37</sup>, por entender que a vida começa a partir da concepção, iniciando-se assim a proteção jurídica ao ser humano<sup>38</sup>. Conclui a Suprema Corte que o procedimento de fertilização *in vitro* “claramente ofende a vida e a dignidade do ser humano”, na medida em que trata o embrião como objeto de pesquisa e o submete a altos riscos de morte, em razão das elevadas taxas de perdas de embriões nesse processo<sup>39</sup>. A partir desse momento, a Costa Rica passou a ser o único Estado no continente americano a proibir a utilização da técnica de fertilização *in vitro*.

Nesse contexto, foi protocolado uma petição perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao argumento de que a proibição de fertilização *in vitro* efetivada pelo Estado da Costa Rica violaria o direito a vida privada dos requerentes, garantida no artigo 11.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que assim dispõe:

Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”.

Inicialmente, a Corte destacou duas questões fundamentais da Convenção Interamericana que divergem da Convenção Europeia de Direitos Humanos: (1) a Convenção Interamericana confere especial proteção à vida familiar<sup>40</sup>; (2) a Convenção Interamericana define expressamente que a vida é protegida desde o momento da concepção, consoante se verifica de seu artigo 4.1, *verbis*:

“Artigo 4º - Direito à vida

---

37 Referido decreto o direito a vida e a dignidade do ser humano, o que somente poderia ser efetivado mediante uma lei formal promulgada pelo Legislativo. Apesar da questão ter sido decidida por um vício formal do decreto, também foi objeto de discussão o início da vida e, conseqüentemente, o marco inicial da sua proteção jurídica, tendo a Suprema Corte afirmado que

38 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS/CIDH. 2012, Sentença de 28 de novembro, Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)>. Consultado em :20 fev. 2014. par. 73;

39 Tradução livre do trecho: “clearly jeopardizes the life and dignity of the human being, (CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 74).

40 CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 145.

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

A Corte ressaltou que “o procedimento de fertilização *in vitro* transformou a discussão de como o fenômeno da ‘concepção’ é entendido”<sup>41</sup>, tendo ressaltado ainda opiniões científicas que afirmam que o embrião só pode ser assim considerado após sua implantação no útero, independente do procedimento anterior de fertilização (se natural ou *in vitro*), sendo denominado pré-embrião na fase entre a fertilização e a nidação<sup>42</sup>.

No que se refere especificamente a discussão acerca do início da vida, a Corte Interamericana reconheceu a ausência de consenso no contexto internacional, seja ele jurídico, moral, biológico ou religioso<sup>43</sup>.

Assim, apesar de já estar traçado o conceito objetivo do início da vida dentro Convenção Interamericana, e da ausência de consenso sobre o tema no cenário internacional, a Corte entendeu ser necessário interpretar a Convenção com o objetivo de estabelecer um marco para a definição do início da vida e, conseqüentemente, de sua proteção jurídica<sup>44</sup>.

Considerando essencialmente uma interpretação sistemática e evolutiva da Convenção Interamericana, e que o termo ‘em geral’ significaria a existência de exceções à regra, a Corte interpretou que a palavra ‘concepção’ presente no artigo 4 da Convenção Americana deve ser entendida como o momento em que ocorre a implantação do embrião.

Desse modo, decidiu a Corte que, antes da implantação, não incide a proteção jurídica prevista em tal dispositivo, ou seja, a Corte não reconhece o direito a vida do embrião antes de ser implantado no útero da gestante<sup>45</sup>. Nesse sentido:

223. Conseqüentemente, a Corte conclui que a interpretação histórica e sistemática dos precedentes que existem no sistema interamericano confirma que não é admissível conferir o status de pessoa ao embrião.

---

41 Tradução livre do trecho: “The Court underlines that the evidence in the case file shows that IVF has transformed the discussion on how the phenomenon of “conception” is understood” (CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 179).

42 CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 184.

43 CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 185 (*that there is no one agreed definition of the beginning of life*).

44 CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 186.

45 CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 189.

224. Ademais, a expressão 'ser humano' usada na Declaração Universal dos Direitos Humanos não deve ser entendida de forma a incluir o nascituro<sup>46</sup>.

A Corte ressaltou ainda que a expressão 'em geral', prevista no artigo 4 da Convenção Americana permite exatamente "a possibilidade de se invocar exceções para a proteção do direito a vida desde o momento da concepção"<sup>47</sup>, afastando o caráter absoluto do direito a vida.

Sob tal fundamento, afirmou ser inadmissível que um Estado signatário da Convenção suscite a prevalência de suas normas constitucionais que garantam uma maior proteção ao direito a vida, restringindo de forma proporcional outros direitos, como o direito a convivência familiar<sup>48</sup>.

Nesse contexto, a Corte concluiu que o Tribunal Constitucional da Costa Rica, ao fundamentar-se na absoluta proteção do embrião e não ponderar devidamente os demais direitos em conflito, provocou uma interferência excessiva e arbitrária na vida privada e familiar de seus cidadãos<sup>49</sup>, tendo determinado ao final, não apenas a liberação da técnica de fertilização *in vitro*, como também a obrigatoriedade do Estado fornecer gratuitamente tal procedimento.

Ademais, a Corte simplesmente afastou, por considerar impertinente<sup>50</sup> – sem qualquer consideração adicional – o argumento do Estado acerca da existência de uma margem de apreciação. Em sua defesa o Estado havia suscitado a importância de se deferir uma margem de apreciação aos Estados, em especial nos casos em que há restrição de algum direito e não consenso moral a respeito do tema em debate. Na oportunidade, o Governo da Costa Rica ressaltou a ausência de consenso tanto sobre o status legal do embrião como sobre o início da vida<sup>51</sup>.

Outra questão interessante desse julgamento é que a própria Corte Interamericana cita a decisão proferida pela Corte Europeia nos casos Vo

46 Tradução livre do trecho: "223. Consequently, the Court concludes that the historic and systematic interpretation of precedents that exist in the inter-American system confirms that it is not admissible to grant the status of person to the embryo. 224. Therefore, the expression "human being" used in the Universal Declaration of Human Rights has not been understood to include the unborn child." CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 223.

47 Tradução livre do trecho: "the possibility of invoking exceptions to the protection of the right to life from the moment of conception" (CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 225)

48 CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 259

49 CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 316

50 "The Court does not consider it pertinent to rule on the State's argument that it has a margin of appreciation to establish prohibitions such as the one established by the Constitutional Chamber". CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 316

51 CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 170.

vs. França e ABC vs Irlanda como fundamento para afirmar que a vida do nascituro não estaria protegida pela Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>52</sup>. Entretanto, o que a Corte Europeia realmente fez foi afirmar que a questão acerca do início da vida deve ser respondida internamente pelos Estados, utilizando-se da doutrina da margem de apreciação nacional.

Percebe-se que a Corte Interamericana deturpa o que decidido pela Corte Europeia ao afirmar que essa última teria reconhecido que o embrião não pode ser considerado como pessoa, quando na verdade a Corte Europeia se absteve de decidir a questão posta<sup>53</sup>.

Ao contrapor as decisões da Corte Europeia e da Corte Interamericana é possível afirmar que enquanto a primeira se absteve de determinar de forma coercitiva o termo inicial do direito a vida, delegando tal questão ao âmbito doméstico, com base na teoria da margem de apreciação nacional; a Corte Interamericana embora tenha afirmado que não é de sua competência determinar qual teoria científica deve prevalecer<sup>54</sup>, alterou de forma expressa e acintosa o conceito científico de concepção previsto na Convenção Interamericana, estabelecendo um novo marco temporal de proteção do direito a vida, o qual deve ser observado por todos os Estados signatários.

Analisando os argumentos e as decisões proferidas em ambas as Cortes internacionais, emerge o questionamento de como duas questões essencialmente idênticas – o conceito de início a vida – podem ter gerado resultados tão antagônicos. Seria o processo de tomada de decisão ou seriam fatores culturais os responsáveis pelos extremos verificados.

---

52 CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 241. “The Grand Chamber of the ECHR confirmed the decision regarding the non-violation of the right to life, recognized in Article 2, when indicating that “the embryos created by the applicant and [her partner] do not have a right to life within the meaning of Article 2 of the Convention, and that there has not, therefore, been a violation of that provision.”

53 JESUS, Ligia M. de. *A pro-choice Reading of a pro-life treaty*: The Inter-american Court on Human Rights’ distorted interpretation of the American Convention on Human Rights in Artavia v. Costa Rica. Disponível em: <[https://www.google.com.br/?gws\\_rd=ssl#q=JESUS%2CLigia+M.+de.+A+pro-choice+Reading+of+a+pro-life+treaty%3A+The+Inter-american+Court+on+Human+Rights%C2%B4distorted+interpretation+of+the+American+Convention+on+Human+Rights+in+Artavia+v.+Costa+Rica](https://www.google.com.br/?gws_rd=ssl#q=JESUS%2CLigia+M.+de.+A+pro-choice+Reading+of+a+pro-life+treaty%3A+The+Inter-american+Court+on+Human+Rights%C2%B4distorted+interpretation+of+the+American+Convention+on+Human+Rights+in+Artavia+v.+Costa+Rica)>. Consultado em: 10 fev. 2014. p. 26.

54 CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 309. (“It is not incumbent on the Court to determine which scientific theory should prevail on this issue; nor must it make a thorough analysis of which expert witness is right on these matters that are outside the Court’s expertise. For the Court, it is sufficient to verify that the evidence in the case file is consistent in indicating that there is embryonic loss in both a natural pregnancy and in the context of IVF.”)

### 3 EFETIVIDADE, REPUTAÇÃO E A MARGEM DE APRECIÇÃO

Da leitura dos casos, já é possível perceber a importância de se estudar não apenas os precedentes das Cortes internacionais, mas especialmente seu processo de tomada de decisões. De fato, tal processo tem relevante influência em duas características primordiais para o bom funcionamento dessas Cortes, quais sejam, a efetividade de suas decisões e a reputação da Corte, que funciona como um elemento de coerção dos Estados signatários.

É sabido que as Cortes internacionais não possuem um mecanismo de coerção (enforcement) sobre suas sentenças, de modo que quando os Estados optam por cumpri-las os fazem preocupados essencialmente em uma possível sanção política ou em eventual perda de reputação no âmbito internacional. Em regra, o impacto dessa sanção sobre o Estado é proporcional à reputação da Corte<sup>55</sup>.

Por sua vez, a reputação da Corte é influenciada essencialmente pelo cumprimento de suas decisões pelos Estados signatários<sup>56</sup>. Ou seja, o aumento de efetividade das sentenças de uma Corte internacional reflete um mecanismo de retroalimentação de sua efetividade bem como de sua reputação. Isso porque quanto mais os Estados signatários se dispõem a cumprir as determinações da Corte, maiores são os custos – sociais e políticos – para os Estados desobedientes, gerando um fator adicional na efetividade daquela Corte. Ademais, o ganho de reputação e efetividade resulta também na redução de petições semelhantes ajuizadas perante a Corte, dada a tendência dos demais Estados seguirem seus precedentes independentemente de serem partes no processo original<sup>57</sup>.

De outro lado, quando a Corte profere uma sentença altamente custosa e juridicamente controversa em relação ao direito doméstico, a expectativa de seu cumprimento é menor, gerando um custo político e uma perda de reputação menor para o Estado<sup>58</sup>. Em outras palavras, o mecanismo de retroalimentação também se aplica no sentido oposto, quanto mais controversas e invasivas são as sentenças de uma Corte internacional, há uma tendência em se aceitar seu descumprimento por parte dos Estados, reduzindo não apenas os custos da desobediência como também a efetividade e a reputação da Corte.

---

55 DOTHAN, Shai. Judicial Tactics in the European Court of Human Rights. In *Public Law & Legal Theory Working Papers*, v. 12, n. 1, ago. 2011. p. 114-142, Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.htm>>. p. 116.

56 Idem, p. 116.

57 ABDELGAWAD, Elisabeth Lambert. *The Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights: Towards a Non-coercive and Participatory Model of Accountability*. ZaôRV 69 (2009), 471-506, p. 472.

58 DOTHAN, op. cit., p. 123.

Pode-se argumentar por outro lado que as Cortes internacionais foram instituídas exatamente para permitir uma revisão de comportamentos ofensivos aos direitos humanos perpetrados pelos Estados, o que implica por óbvio em um certo grau de intromissão na esfera doméstica<sup>59</sup>. Sob tal perspectiva, uma Corte excessivamente política que se abstenha de impor suas decisões aos Estados signatários estaria negando o objetivo primordial de sua existência.

Outra questão relevante para o ganho de reputação da Corte refere-se à fundamentação da sentença – a mais ancorada possível no texto da respectiva convenção –, e à utilização de seus próprios precedentes – o que gera uma segurança jurídica para os Estados membros. Assim, quando as Cortes internacionais prolatam suas decisões bem fundamentadas no texto da convenção ratificada pelos Estados membros, não apenas o eventual descumprimento torna-se mais difícil e custoso, como a Corte ganha legitimidade na sua forma de decidir e consegue estabelecer uma jurisprudência passível de ser seguida por todos os demais Estados (não apenas o Estado parte). Em sentido oposto, o descumprimento de decisões tomadas de forma discricionária pela Corte tende a ser considerado uma violação menos severa<sup>60</sup>.

Percebe-se, assim, que é indispensável sopesar todas essas variáveis para se estabelecer um processo de tomada de decisão que permita tanto a defesa das violações de direitos humanos como a efetividade das sentenças proferidas pelas Cortes internacionais. Ademais, por mais que se afirme que a sentença proferida por esses sistemas de proteção aos direitos humanos funcione mais como uma promessa de futuro do que como um fim em si mesma<sup>61</sup>, o certo é que para que tal futuro possa ser construído sem ofensas a direitos humanos, as sentenças devem ser cumpridas.

Assim, não há como negar que o cumprimento das sentenças por parte dos Estados signatários é considerado como elemento chave indispensável na melhoria do sistema de proteção dos direitos humanos.

No âmbito da Corte Europeia de Direito Humanos, o instrumento mais utilizado para equilibrar a efetividade das sentenças e a soberania dos Estados signatário é a adoção da denominada margem de apreciação nacional.

---

59 Não se olvida que a aceitação do Estado a jurisdição de uma Corte interanacional é sempre precedida da ratificação do respectivo tratado, o que implica no reconhecimento de que o próprio Estado autorizou a competência subsidiária daquele organismo internacional o âmbito doméstico.

60 DOTHAN, *op.cit.* p. 123. "When the court issues a judgment that is well anchored in the Convention, the judgment will be considered more legitimate and noncompliance will signal a greater disrespect for the Convention system and cause greater damage to the state's reputation. Noncompliance with a judgment showing significant judicial discretion will be considered as a less severe violation by other states and will lead to a lower reputational sanction".

61 ABDELGAWAD, *op.cit.* p. 472

Embora o termo ‘margem de apreciação’ não esteja expresso na Convenção Europeia de Direitos Humanos, referida teoria foi construída por meio de julgamentos na Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>62</sup>, e consiste essencialmente em reconhecer que – em determinadas questões – a autoridade doméstica tem mais capacidade para resolver o conflito posto em julgamento, restringindo assim o campo de atuação da Corte<sup>63</sup>.

Dentre as razões para se utilizar referida doutrina, destacam-se: o caráter subsidiário da Corte, o respeito ao pluralismo e à soberania estatal, a ausência de recursos da Corte que a impedem de analisar os casos mais profundamente, a ideia de que a Corte estaria muito distante da realidade o que não lhe permitiria resolver casos mais sensíveis<sup>64</sup>. Ainda, assim, tal teoria não garante ao Estado uma reserva de domínio sobre nenhum direito específico<sup>65</sup>.

Por certo que essa doutrina não é isenta de críticas, as quais se focam essencialmente na ausência de regras precisas quanto à sua aplicação, gerando uma falta de certeza jurídica quanto à sua incidência<sup>66</sup>. Apesar da existência dessas críticas, que reduziria a proteção ao princípio do ‘rule of law’ – um dos objetivos primordiais da Convenção Europeia –, outros afirmam que a teoria da margem de apreciação funciona como uma ferramenta indispensável para conciliar o efetivo funcionamento da Convenção respeitando a soberania e as responsabilidades governamentais em uma democracia<sup>67</sup>.

Assim, a margem de apreciação deve ser utilizada como um instrumento de autoregulação e autolimitação das competências da Corte Europeia de

---

62 A expressão foi utilizada pela primeira vez no julgamento Irlanda v. Reino Unido, em janeiro de 1978, quanto à interpretação do artigo 15 da Convenção que trata de estado de emergência. Para maiores informações sobre o surgimento e evolução da doutrina na Corte Europeia de Direitos Humanos ver: SPIELMAN, Dean. *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*. In: *CELS Working Paper Series, University of Cambridge*. fev. 2012. Disponível em: < [http://www.cels.law.cam.ac.uk/cels\\_lunchtime\\_seminars/Spielmann%20-%20margin%20of%20appreciation%20cover.pdf](http://www.cels.law.cam.ac.uk/cels_lunchtime_seminars/Spielmann%20-%20margin%20of%20appreciation%20cover.pdf)>. Consultado em: 20 ago. 2014.

63 Idem, p. 3.

64 SHANY, Yuval. *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?* In: *The European Journal of International Law-EJIL*. v. 16 no.5, 2006. p. 907-940. p. 918 “A central argument in favour of a general margin of appreciation doctrine is that national actors have superior law-application capabilities to those of international courts. There are two prongs to this argument: (a) that the judicial decision-making process, both at the national and international levels, suffers from chronic deficiencies that support the delegation of decision-making powers to non-judicial decision-makers; and (b) that international courts have more limited decision-making capabilities than their domestic counterparts”.

65 SPIELMAN, op.cit.p. 29. No mesmo sentido SHANY, op.cit. p. 918.

66 Idem, ibidem.

67 SIGH, op.cit. p. 3.

Direitos Humanos, especialmente na revisão de decisões de autoridades nacionais<sup>68</sup>.

Um dos motivos para a utilização dessa teoria – além da deferência ao princípio da soberania dos Estados – é a possibilidade de um ganho de efetividade e reputação por parte da Corte, haja vista a prolação de sentenças menos invasivas e, conseqüentemente, politicamente mais fáceis de serem implementadas no âmbito doméstico. Ademais, a Corte internacional deve ser prudente ao reconhecer a violação de um direito pelo Estado, sendo certo que a imposição de responsabilidades aos Estados pela violação de conceitos legais vagos e indeterminados pode gerar mais efeitos negativos do que positivos<sup>69</sup>.

Isso porque, de acordo com a doutrina da margem de apreciação, em relação a determinados direitos – de normatividade flexível – existe uma zona de legalidade dentro da qual o Estado estaria livre para atuar. Ou seja, ao interpretar uma mesma norma internacional, diferentes autoridades nacionais, em diferentes Estados, poderiam gerar decisões diferentes, mas todas consideradas legais<sup>70</sup>.

É interessante observar que, embora tal doutrina seja utilizada essencialmente nos julgamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos, seus fundamentos podem ser facilmente utilizados por outras Cortes internacionais, não se justificando seu descarte puro e simples pela Corte Interamericana.

Do que dito acima acerca dos mecanismos que possibilitam um ganho de efetividade pelas Cortes internacionais – em especial a teoria da margem de apreciação e a necessidade de decisões bem ancoradas no texto da respectiva convenção, é possível perceber a ausência de ambos quando do julgamento pela Corte Interamericana do caso *Artavia*. Nessa oportunidade, a Corte Interamericana falhou tanto em descartar peremptoriamente a doutrina da margem de apreciação, como em estabelecer um conceito de início a vida divergente do que dispõe a literalidade do texto da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Tal crítica consta expressamente do voto divergente do Ministro Vito Grossi que afirma não haver outra interpretação possível que não considere o termo ‘concepção’ como sendo o momento da fertilização do ovo pelo espermatozoide<sup>71</sup>. Ou seja, a Corte simplesmente estabeleceu –

68 SHANY, op.cit. p. 906.

69 Idem, 921.

70 Idem, p. 910.

71 CIDH. Caso *Artavia Murillo et al. v. Costa Rica*, Voto dissidente, Juiz Vio Grossi: “Therefore, the term “conception,” used by Article 4(1) of the Convention, should be legally understood—notwithstanding any other consideration—as the fertilization of the egg by the spermatozoid. This, nothing else, was agreed when adopting the Convention in 1969. This is still the legal understanding of this term. Furthermore, an important part of medical science—if not the majority—30shares this understanding.<sup>31</sup> This does not mean that medical science

de forma contrária ao que decidido pela Suprema Corte da Costa Rica e sem a existência de um consenso sobre o tema – um novo marco temporal para a defesa da vida, qual seja, a implantação e não mais a concepção como estabelecido na Convenção Interamericana<sup>72</sup>.

No que se refere especificamente a possibilidade de utilização da teoria da margem de apreciação, a Corte Interamericana falhou ao ignorar por duas vezes a ausência de consenso jurídico e científico sobre o início da vida: primeiro ao alterar um conceito científico – transformando o termo concepção em implantação; segundo ao estabelecer que a vida se iniciaria então somente a partir desse novo marco temporal.

Por outro lado, ainda que a Corte Interamericana optasse por não aplicar a doutrina da margem de apreciação, está ela sempre vinculada ao texto da Convenção Interamericana, não sendo de sua competência alterar o significado literal das palavras ali previstas. Nesse ponto, não se trata somente de fazer uma interpretação evolutiva dos termos da convenção, mas sim de afastá-la peremptoriamente, optando por emitir uma decisão desvinculada do texto aprovado pelos Estados membros<sup>73</sup>.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse contexto é que vários doutrinadores insistem na tese de que a Corte Interamericana enxerga os Estados membros como entes que devam ser doutrinados, pois não seriam capazes sozinhos de promover a defesa dos direitos humanos<sup>74</sup>. Ao contrário, a Corte Europeia tenta estabelecer um mecanismo de diálogo e parceria, reforçando que a competência primordial da promoção dos direitos humanos é dos tribunais e demais autoridades domésticas.

---

must be disregarded, but that its teachings must be considered only insofar as they are incorporated in the law. In this regard, due attention must be paid also to the fact that, according to the rules of treaty interpretation, there are no other agreements or treaties among the States parties to the Convention enshrining a different concept”.

72 JESUS, op.cit. p. 7

73 É interessante destacar que a Corte Interamericana é frequentemente criticada por decidir sem observar as regras impostas pela Convenção Interamericana. Nesse sentido: MALARINO, Ezequiel. Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In *Sistemas interamericano de protección de los derechos humanos e derecho penal internacional*. Ed. Fundação Konrad-Adenauer: Motevideo/Uruguay, 2010. p. 25-62

74 DIAZ, Alvaro Paúl. La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a proposito del caso Artavia. In: *Derecho Público Iberoamericano*, nº 2, abril 2013. p. 303-345, p. 332: “El argumento que suele usarse para estar en contra de la doctrina del margen de apreciación en el contexto interamericano es que el estado de derecho y la democracia en las naciones latinoamericanas no están igual de desarrollados que en las naciones europeas, por lo que no es posible conceder un margen de apreciación”.

Talvez essa seja a importante pedra de toque que produz tamanha divergência na atuação, reputação e efetividade dessas duas Cortes internacionais, pois enquanto a Corte Europeia confia na cultura, na moral e na história de seus Estados membros para promoverem em conjunto o avanço dos direitos humanos, a Corte Interamericana ainda vê a América como um continente a ser colonizado, incapaz, portanto, de decidir sobre qualquer tema juridicamente relevante.

Por mais que seja possível advogar a tese de que as democracias latino-americanas ainda estão em processo de desenvolvimentos e que, portanto, ainda há uma cultura política de violação de direitos humanos, ainda assim é não apenas possível como também desejável a crescente utilização da doutrina da margem de apreciação.

Nesse ponto, cumpre relembrar que a teoria da margem de apreciação já estabelece parâmetros que impendem sua aplicação quando estiver em julgamento casos extremos de ofensas a direitos humanos – como casos de tortura, assassinato, desaparecimento forçado. Ademais, ao permitir a incidência dessa margem de apreciação, a Corte Interamericana poderia experimentar também um acréscimo de eficiência, pois sua reduzida estrutura poderia focar-se nos casos de graves violações que exigem sua interferência.

A existência de graves e constantes violações a direitos humanos no continente latino-americano, embora possa ser uma justificativa plausível para afastar o consenso como fundamento de decisão<sup>75</sup>, não pode gerar uma cultura colonizadora da Corte Interamericana, a ponto de ofuscar seus próprios limites de atuação e gerar sentenças contrárias a própria Convenção Interamericana, como ocorreu no caso Artavia.

Isso porque visão colonizadora provoca uma crescente redução, não apenas da efetividade e da reputação da Corte Interamericana, como também da confiança dos Estados membros sobre a conveniência em participar do Sistema Interamericano de Direitos Humanos<sup>76</sup>. Especificamente no caso Artavia, a ausência de flexibilidade da Corte na discussão tão controversas em termos morais, culturais e científicos, pode vir a dissuadir os Estados em permanecerem na Corte e funciona

---

75 NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. In: *The European Journal of International Law/EJIL*, v. 19, numero 1, p. 101-123, p. 107.

76 Nesse sentido: "Furthermore, Artavia may weaken states parties' perceptions on the enforceability of Inter-American court decisions in general. Even for Costa Rica, a country that has so much invested in the Inter-American System on human rights, host to the Inter-American Court headquarters and the first state to ratify the American Convention, compliance with the court's unreasonable demands, specially in regard to IVF state subsidies, has been less than perfect." JESUS, op.cit. p. 41.

como importante incentivo para outros países – como por exemplo os Estados Unidos – continuem fora de sua jurisdição<sup>77</sup>.

Como dito pelo Presidente da Corte Europeia de Direitos Humanos, Dean Spielman, o deferimento de uma margem de apreciação aos Estado “não é um presente ou uma concessão, mas mais um incentivo para que o juiz doméstico conduza uma necessária revisão da convenção”<sup>78</sup>.

Ao compartilhar com os Estados membros a responsabilidade tanto na proteção dos direitos humanos como na interpretação da respectiva convenção, a Corte estabelece um mecanismo de parceria que fortalece o Estado, a própria Corte e, conseqüentemente, todo o sistema de proteção aos direitos humanos.

É importante lembrar que a efetividade de um sistema de proteção de direitos humanos não se mede pelo número de sentenças produzidas pela respectiva Corte, nem mesmo pelo somatório imposto como sanção pecuniárias, mas sim pelas formas de violação a direitos humanos que o sistema consegue evitar que se reproduza. A concretude indispensável impõe que as sentenças produzidas por tais Cortes tornem o mais real possível a fruição de um direito e para tanto deve-se ter em conta tanto momento histórico como a região em tal direito deva ser implementado<sup>79</sup>.

Talvez seja o momento de a Corte Interamericana – focando no tribunal de maior antiguidade<sup>80</sup> – permitir que seus Estados membros amadureçam sem sua constante intervenção, reforçando assim sua efetividade e sua reputação no âmbito internacional.

## REFERÊNCIAS

ABDELGAWAD, Elisabeth Lambert. *The Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights: Towards a Non-coercive and Participatory Model of Accountability*. In ZaöRV, Número 69, 2009.

CANTON, Santiago. *To Strengthen Human Rights, Change the Organization of American States (Not the Commission)*. Disponível em: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1836&context=hrbrief> at 3>.

---

77 Idem, ibidem.

78 Tradução livre do trecho: “It is therefore neither a gift nor a concession, but more an incentive to the domestic judge to conduct the necessary Convention review” (SPIELMAN, Dean. *Whither the Margin of Appreciation?* In: *UCL – Current Legal Problems (CLP) lecture*, 20 de março de 2014. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Speech\\_20140320\\_London\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20140320_London_ENG.pdf)> . Acesso em: 05 jul. 2014.

79 NEUMAN, op.cit., p. 115.

80 DIAZ, op.cit., p. 339.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, *Factsheet – Reproductive Rights*. setembro 2014. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Reproductive\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Reproductive_ENG.pdf)>. Acesso em: 03 set. 2014.

DIAZ, Alvaro Paúl. La Corte Interamericana in vitro: comentários sobre su proceso de toma de decisiones a proposito del caso Artavia. In: *Derecho Público Iberoamericano*, n. 2, abr. 2013.

DOTHAN, Shai. Judicial Tactics in the European Court of Human Right. *Public Law & Legal Theory Working Papers*. v 12, n. 1, ago. 2011.

JESUS, Ligia M. de. A pro-choice *Reading of a pro-life treaty*: The Inter-american Court on Human Rights' distorted interpretation of the American Convention on Human Rights in Artavia v. Costa Rica. Disponível em: <[https://www.google.com.br/?gws\\_rd=ssl#q=JESUS%2C+Ligia+M.+de.+A+pro-choice+Reading+of+a+pro-life+treaty%3A+The+Inter-american+Court+on+Human+Rights%2%B4distorted+interpretation+of+the+American+Conventi+on+on+Human+Rights+in+Artavia+v.+Costa+Rica](https://www.google.com.br/?gws_rd=ssl#q=JESUS%2C+Ligia+M.+de.+A+pro-choice+Reading+of+a+pro-life+treaty%3A+The+Inter-american+Court+on+Human+Rights%2%B4distorted+interpretation+of+the+American+Conventi+on+on+Human+Rights+in+Artavia+v.+Costa+Rica)>. Acesso em: 10 fev. 2014.

HUNEEUS, Alexandra Valeria. Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights (August 17, 2011). *Cornell International Law Journal*, v. 44, n. 3, 2011; Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper n.ºs. 1168. Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1911405>>.

MALARINO, Ezequiel. Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Sistemas interamericano de protección de los derechos humanos e derecho penal internacional*. Motevideo/Uruguay: Fundação Konrad-Adenauer 2010.

NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. In: *The European Journal of International Law/EJIL*, v. 19, n. 1.

POSNER, Eric A.; YOO, John C., *Judicial Independence in International Tribunals*, 93 Cal. L. Rev. 1 (2005). Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol93/iss1/1>.

SHANY, Yuval. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?. In: *The European Journal of International Law-EJIL*, v. 16 n.º5, 2006.

SMET, Stijn. A., B. and C. v. Ireland: Abortion and the Margin of Appreciation. In: *Strasbourg Observers*, 17 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://strasbourgobservers.com/2010/12/17/a-b-and-c-v-ireland-abortion-and-the-margin-of-appreciation/>>. Acesso em: 03 jul. 2014.

SPIELMAN, Dean. Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?. In: CELS Working Paper Series, University of Cambridge, fevereiro de 2012. Disponível em:<[http://www.cels.law.cam.ac.uk/cels\\_lunchtime\\_seminars/Spielmann%20-%20margin%20of%20appreciation%20cover.pdf](http://www.cels.law.cam.ac.uk/cels_lunchtime_seminars/Spielmann%20-%20margin%20of%20appreciation%20cover.pdf)> . Acesso em: 20 ago. 2014.

SPIELMAN, Dean. Whither the Margin of Appreciation? In: *UCL – Current Legal Problems (CLP) lecture*, 20 de março de 2014. Disponível em:< [http://www.echr.coe.int/Documents/Speech\\_20140320\\_London\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20140320_London_ENG.pdf)> . Acesso em: 05 jul. 2014.

SINGH, Mallika. *A, B, C v. Ireland and the Doctrine of Margin of Appreciation*. Dezembro 2011. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=1732835](http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=1732835)>.

WARIOBA, Joseph Sinde. Monitoring Compliance with and Enforcement of Binding Decisions of International Law. In: *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, número 5, 2001. Disponível em: <[http://www.mpil.de/files/pdf/mpunyb\\_warioba\\_5.pdf](http://www.mpil.de/files/pdf/mpunyb_warioba_5.pdf)> .

## DECISÕES JUDICIAIS

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. 2004, Sentença de 08 de julho. *Case Vo vs. France, Petição nº 53924/00*. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61887#{"itemid":\["001-61887"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61887#{)>. Acesso em: 02 de jul. de 2014.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. 2010, Sentença de 16 de dezembro. *Case ABC vs Ireland, Petição nº 25579/05*. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102332#{"itemid":\["001-102332"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102332#{). Acesso em: 02 jul. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2012, Sentença de 28 de novembro, *Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica*. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2014.