

## MARGEM DE APRECIÇÃO NA PROTEÇÃO DO EXERCÍCIO DO DIREITO À MIGRAÇÃO

Guilherme Fontana SANCHEZ<sup>1</sup>

**RESUMO:** a migração é fenômeno constante em toda a História da Humanidade. Mais recentemente, com a consolidação da globalização ao longo do tempo, o fenômeno migratório tomou a dianteira no cenário geopolítico atual. Contudo, há aí uma contradição: quanto mais se abrem fronteiras para comércios e serviços, mais se fecha para a circulação de pessoas. A Teoria da Margem de Apreciação surge exatamente como um ponto importante nesta contradição, ao definir que os Estados partes do Direito Internacional possuem uma margem de apreciação para decidir quanto a sua soberania (parcial relativização desta) a fim de que legislem e imponham limites ao exercício da normativa internacional em seus territórios. Através de fundamento jurisprudencial e doutrinário, o estudo aqui desenvolvido conclui, por si só, que os Estados possuem de fato responsabilidade no plano internacional para com os migrantes, ao se entender que a margem de apreciação permite aos Estados sujeitos do Direito Internacional (Público) maior poder de decisão quanto a determinadas questões; ora, em questões relativas à migração, as próprias autoridades estatais possuem maior conhecimento de causa e, desde que se respeite os direitos destas pessoas, esta teoria é garantia de maior efetivação do direito de migrar. O maior problema, no entanto, surge quando não há a adoção de requisitos objetivos ou critérios que delimitam e definem sua aplicação.

**Palavras-chave:** Margem de Apreciação. Direito Internacional. Soberania. Migração. Direitos Fundamentais.

### 1. INTRODUÇÃO

A migração é uma constante, de fato, em todo o decorrer da história. É fenômeno que ocorre de forma global e constante, e possui, por si só, diversas causas como crises econômicas, busca por melhores condições de vida e outras. Com o advento e consolidação da globalização, o mundo passou a apresentar distâncias, ainda que não físicas, mais curtas ou até mesmo ausentes, ao passo que isto se apresenta como uma contradição, de natureza

---

<sup>1</sup> Aluno do 4º termo do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” – Toledo Prudente. E-mail: guilhermesanchezz@gmail.com

inversamente proporcional: um mundo cada vez mais aberto ao comércio de bens e serviços, mas cada vez mais fechado ao trânsito de pessoas<sup>2</sup> e ao intercâmbio cultural.

É necessário, no entanto, compreender neste trabalho, a partir do uso de metodologia qualitativa e do estudo baseado em análise jurisprudencial, doutrinária e bibliográfica acerca do assunto, a migração é, de fato, direito fundamental.

Daí a importância de auferir a proteção aos migrantes concedida em escala global: a interpretação e aplicação da normativa internacional é fundamental para que estabeleça a migração como direito pertencente ao rol dos Direitos Humanos, todavia, considerando que, como qualquer outro Direito Fundamental, não é um direito absoluto.

Portanto, a Teoria da Margem de Apreciação surge como a imposição de limites a este direito, quando as Cortes e Sistemas de Direitos Humanos assim definem; ora, é esta teoria algo como um “espaço de manobra” concedido aos Estados para que estes assim se definam e definam as limitações a estes tipos de direitos.

## **2. DO FENÔMENO MIGRATÓRIO E O MIGRANTE**

### **2.1. Definição de Migração e sua Interpretação nos Diferentes Sistemas de Direitos Humanos**

Primeiramente, contudo, faz-se necessário compreender o que é um migrante. Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, parte essencial do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, entende-se por migrante como termo genérico que abrange tanto o imigrante quanto o emigrante, enquanto que emigrante significa uma pessoa que deixa um

---

<sup>2</sup> Corte IDH. Caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 18 de agosto de 2000. Serie E No. 3. Voto Concorrente del Juez A.A. Cançado Trindade, par. 3.

Estado com o propósito de mudar para outro e se instalar nele e um imigrante é aquele que chega em outro Estado com o propósito de residir nele. Portanto, migrante é aquele que entra e/ou sai de um Estado nacional com a finalidade de se estabelecer.<sup>3</sup>

No entanto, importante ressaltar que migrante compreende tanto aquele que se encontra em situação regular como também aquele em situação irregular (sem a documentação necessária), em um país diverso do seu de origem. No entanto, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos defende tal grupo e abrange ambas situações, ao dizer que toda e qualquer pessoa tem direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio.<sup>4</sup>

Ainda, grupos que se caracterizam como aqueles mais vulneráveis, principalmente em situações de migração irregular, também são protegidos pelo Direito Internacional. Na Opinião Consultiva 21/14, elaborada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, protege-se as crianças nesta situação. Define-se nesta “(...) que, ao elaborar, adotar e implementar suas políticas migratórias relativas a pessoas menores de 18 anos de idade, os Estados devem priorizar o enfoque dos direitos humanos desde uma perspectiva que tenha em consideração de forma transversal os direitos das crianças e, em particular, sua proteção e desenvolvimento integral, os quais devem prevalecer sobre qualquer consideração de nacionalidade ou status migratório, a fim de assegurar a plena vigência de seus direitos”.<sup>5</sup>

O Sistema Europeu, por sua vez, também defende maior proteção a grupos considerados vulneráveis, ao definir que o “Direito Internacional dos Direitos Humanos não apenas proíbe políticas e práticas deliberadamente discriminatórias, mas também aquelas cujo impacto seja discriminatório contra certas categorias de pessoas, ainda quando não se possa provar a intenção

---

<sup>3</sup> Corte IDH. Parecer Consultivo Oc-21/14 de 19 de Agosto de 2014. Direitos e Garantias de Crianças no Contexto da Migração e/ou em Necessidade de Proteção Internacional, par. 69.

<sup>4</sup> Corte IDH. Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, 1969. Art. 22, item 2.

<sup>5</sup> Corte IDH. Opinião consultiva nº 17: Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança, par. 91. Ver, também, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Comitê Executivo, Conclusão Sobre Crianças em Situação de Risco, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada em 5 de outubro de 2007 e Corte IDH, Opinião Consultiva 21/14, de 19 de agosto de 2014. Direitos e Garantias no contexto de Migração e/ou em necessidade de proteção internacional.

discriminatória”.<sup>6</sup> No entanto, entende-se, é permitido ao Estado prover tratamento distinto aos migrantes documentados em relação aos migrantes irregulares, sempre sendo este um tratamento razoável, objetivo e proporcional e não violando os direitos humanos.<sup>7</sup>

No Sistema Africano, ainda que seja incipiente, o direito dos migrantes é primordialmente definido no art. 12.2 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, onde se diz que “toda pessoa tem o direito de sair de qualquer país, incluindo o seu, e de regressar ao seu país. Este direito só pode ser objeto de restrições previstas na lei, necessárias à proteção da segurança nacional, da ordem, da saúde ou da moralidade públicas”.<sup>8</sup> A título de recomendação por parte da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, recomenda-se aos Estados Membros da Carta a:

(...) recognize the importance of the human rights of all migrants, including refugees and IDPs, and to ensure that national legislation relating to migration issues is consistent with and does not conflict with international human rights standards and conventions”.<sup>9</sup>

É a migração, portanto, direito fundamental, como bem definido e defendido pelos Sistemas de Direitos Humanos ao redor do globo. Ainda que sofra diversas limitações, a sua garantia deve se fundamentar como se fundamenta qualquer outro direito fundamental: ora, não é o direito (pertencente ao rol dos Direitos Humanos ou não) absoluto e, portanto, está a migração sujeita a algumas limitações, desde que, por óbvio, se respeite a própria integridade, dignidade e liberdade do migrante.

---

<sup>6</sup> Corte IDH. Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana. Sentença de 24 de Outubro de 2012 (Mérito, Reparações e Custas), par. 234; TEDH. D.H. e outros vs. República Tcheca, par. 179, 184 e 194; TEDH. Hugh Jordan vs. Reino Unido, caso nº 24746/94, 4 de maio de 2011, par. 154, e TEDH. Hoogendijk vs. Holanda, caso nº 58641/00, 6 de janeiro de 2005, s/p. Ver também: Diretriz 2000/43/CE relativa à aplicação do Princípio de igualdade de tratamento independentemente de sua origem racial ou étnica. Bruxelas, 29 de junho de 2000, par.13.

<sup>7</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loo vs. Panamá. Sentença de 23 de Novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), par. 248.

<sup>8</sup> ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, 20 de Julho de 1979.

<sup>9</sup> ACHPR, African Commission on Human and Peoples' Rights. 114: Resolution on Migration and Human Rights.

### 3. TEORIA DA MARGEM DE APRECIACÃO

#### 3.1. “Margin of Appreciation” e sua Aplicação na Jurisprudência Internacional dos Direitos Humanos

A Teoria da Margem de apreciação nacional, também conhecida na doutrina internacionalista por “Margin of Appreciation”, é importante mecanismo de resolução de determinados conflitos de interpretação da normativa internacional ao julgar determinado Estado soberano sujeito do Direito Internacional (Público, no caso). É uma teoria que, por si só, define que o Estado nacional possui um “intervalo” ou “espaço” de interpretação quando a algumas decisões impostas a estes pelas cortes internacionais.

Pode-se, outrossim, defini-la da seguinte forma:

This doctrine (...) is based on the notion that each society is entitled to certain latitude in resolving the inherent conflicts between individual rights and national interests or among different moral convictions. Margin of appreciation, with its principled recognition of moral relativism, is at odds with the concept of the universality of human rights.<sup>10</sup>

Tal doutrina se faz fortemente presente, de forma primordial, no Sistema Europeu de Direitos Humanos. Míster mencionar o suprassumo desta teoria, qual seja, o caso *Handyside vs. Reino Unido*, no qual o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (também conhecido por Corte Europeia de Direitos Humanos) aplica e adota esta teoria no referido caso concreto. Assim, segundo a própria Corte (sem grifo no original):

(...) The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterized by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject. **By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are**

---

<sup>10</sup> BENVENISTI, Eyal. Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards, p. 1-2 (p. 843-844)

**in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements (...).<sup>11</sup>**

Ora, é, portanto, a fundamentação desta margem de apreciação a ideia de que, em determinadas situações, as autoridades estatais estão em uma posição privilegiada (ou seja, mais próxima da situação, do conflito, do problema em si) em comparação com os juízes internacionais quando para decidirem acerca de determinadas situações.

Outrossim, o que se pode abordar a partir desta conceituação é a preservação (ou ao menos uma relutante tentativa de preservação) da soberania do Estado nacional, constituído de governo central. Contudo, não se faz esta preservação de soberania uma atitude arbitrária e/ou autoritária e omissiva por parte dos órgãos jurisdicionais e contenciosos de Direitos Humanos que a aplicam, todavia reflete maior proteção ou proteção garantida de forma mais eficaz a este tipo de direito, no caso, do direito a migração. Como bem definido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos:

Because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is "in the public interest" (...). Here, as in other fields to which the safeguards of the Convention extend, the national authorities accordingly enjoy a certain margin of appreciation. Furthermore, the notion of "public interest" is necessarily extensive (...).<sup>12</sup>

Ora, permanece elucidado pelo supracitado trecho no caso James vs. Reino Unido que as autoridades nacionais, de fato, possuem maior conhecimento de causa no que tange o interesse público, ou seja, da sociedade na qual estão inseridos do que os juízes internacionais.

---

<sup>11</sup> TEDH. Handyside vs. The United Kingdom, caso nº 5493/72, 7 de dezembro de 1976, par. 48.

<sup>12</sup> James and others vs. The United Kingdom, caso nº 8793/79, 21 de fevereiro de 1986, par. 46.

#### 4. MARGEM DE APRECIÇÃO E SUA APLICABILIDADE ENQUANTO GARANTIA DO DIREITO DE MIGRAÇÃO

Em um primeiro momento, ao tentar compreender a possibilidade de aplicação desta teoria quanto ao direito à migração, plausível auferir que, na verdade, permitir ao Estado uma certa margem para decisão quanto a normativa internacional é permitir ao Estado nacional tolher os direitos dos que migram.

Contudo, deve-se entender a própria margem de apreciação como um instrumento e/ou mecanismo em prol da garantia deste mesmo direito. A “marge d'appréciation”, no entanto, não pode e nunca deve ser aplicada de forma estritamente liberada, visto que, se for indiscriminadamente usada, poderá sim restringir a universalidade dos direitos humanos.

A ideia de que a referida teoria pode servir como basilar para a consolidação da migração parte do pressuposto de que esta, enquanto direito, deve ser aplicada não de forma irrestrita, mas de maneira contundente e compatível com a realidade em que a sociedade global vive.

A título de exemplo e de forma hipotética, é possível analisar esta ideia da seguinte forma: caso houvesse flagrante violação do direito à migração por um determinado Estado seguida de condenação por parte de uma Corte Internacional, as determinações desta mesma Corte poderiam ocasionalmente serem menos benéficas ao todo e a longo prazo do que as próprias medidas adotadas pelo Estado.<sup>13</sup>

Assim, leva-se em consideração as peculiaridades daquela região do Estado nacional, sempre consideradas as devidas razoabilidades e proporcionalidades. Neste sentido:

If applied liberally, this doctrine can undermine seriously the promise of international enforcement of human rights that overcomes national policies. Moreover, its use may compromise the credibility of the applying international organ (...), Even more importantly, the rhetoric of supporting national margin of appreciation and the lack of corresponding emphasis on universal values and standards may lead

---

<sup>13</sup> O autor ressalta que tais medidas se referem àquelas que poderiam ser consideradas violadoras dos direitos de migração. Ora, caso a hipotética Corte considerasse de fato a margem de apreciação, tais medidas não seriam consideradas violações de Direitos Humanos (até porque, segundo esta mesma explanação, tais medidas seriam mais benéficas que aquelas determinadas pelo órgão jurisdicional internacional).

national institutions to resist external review altogether, claiming that they are the better judges of their particular domestic constraints and hence the final arbiters of their appropriate margin (...).<sup>14</sup>

Para que a margem de apreciação não entre em conflito com a noção de garantir maior efetividade e proteção concedida aos Direitos Fundamentais, no caso, à migração, é necessária a adoção de limitações e restrições objetivas quanto a sua aplicação, o que, contudo, não existe em nenhum âmbito normativo internacional, nem mesmo na própria jurisprudência dos Sistemas Regionais.

Assim, auferese aqui que tais restrições e adoção de critérios objetivos se caracterizam pela ideia de que a teoria da margem de aplicação só poderia vir a ser aplicada em uma determinada situação, caso esta entendesse que da sua aplicação geraria resultados mais benéficos do que aqueles produzidos pela imposição de determinações em um eventual julgamento de mérito. No caso da migração, é possível entender que “en consecuencia, los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes”.<sup>15</sup> Portanto, a adoção da margem de apreciação na questão da migração deve se fundamentar na não-tolerância de situações discriminatórias em prejuízo dos migrantes.

## **5. CONCLUSÃO**

É a migração direito fundamental. Contudo, como qualquer outro direito fundamental, não é absoluto e está sujeito a determinadas restrições, desde que previstas em lei e embasadas na razoabilidade e proporcionalidade e respeitando os direitos individuais e coletivos daqueles que migram.

O presente trabalho, por si só, conclui que, apesar das críticas aferidas à Teoria da Margem de Apreciação quanto a sua contrariedade no tocante a universalidade dos Direitos Humanos, pode esta ser utilizada em prol

---

<sup>14</sup> BENVENISTI, Eyal. Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards, p. 2 (p. 844)

<sup>15</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loo vs. Panamá. Sentença de 23 de Novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)., par. 248

da garantia do direito à migração, desde que seu uso seja mais benéfico que uma futura condenação (ao ter em mente o contato direto das autoridades nacionais para com o problema).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENVENISTI, Eyal. **Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards.** Disponível em <[http://www.pict-pcti.org/publications/PICT\\_articles/JILP/Benvenisti.pdf](http://www.pict-pcti.org/publications/PICT_articles/JILP/Benvenisti.pdf)>. Acesso em 06. Set. 2018.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Combate à discriminação e igualdade de oportunidades para todos – Uma estratégia-quadro.** Bruxelas, 1 de Junho de 2005. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0224&from=PT>>. Acesso em 07. Set. 2018.

COMITÉ EXECUTIVO (ACNUR): CONCLUSÃO SOBRE CRIANÇAS EM SITUAÇÃO DE RISCO, **UN Doc. 107 (LVIII)-2007, 5 de outubro de 2007.** Disponível em <<http://www.unhcr.org/excom/exconc/4717625c2/conclusion-children-risk.html>>. Acesso em 07. Set. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana. Medidas Provisionales.** Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 18 de agosto de 2000. Serie E No. 3. Disponível em <[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/haitianos\\_se\\_02.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/haitianos_se_02.pdf)>. Acesso em 02. Set. 2018

\_\_\_\_\_. **Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana. Sentença de 24 de Outubro de 2012 (Mérito, Reparações e Custas).** Disponível em <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_251\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_por.pdf)>. Acesso em 07. Set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Caso Vélez Loor vs. Panamá. Sentença de 23 de Novembro de 2010 (Execções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas).** Disponível em

<[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_218\\_esp2.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf)>. Acesso em 07. Set. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva 21/14, de 19 de agosto de 2014. Direitos e Garantias no contexto de Migração e/ou em necessidade de proteção internacional.** Disponível em <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_21\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf)>. Acesso em 07. Set. 2018

\_\_\_\_\_. **Opinião consultiva nº 17: Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança.** Disponível em <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)>. Acesso em 07. Set. 2018

FOLLESDAL, Andreas; TSERETELI, Nino. **The margin of appreciation in Europe and beyond.** The International Journal of Human Rights . Volume 20, 2016 - Issue 8: Special Section: The margin of appreciation in Europe and beyond. Disponível em <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13642987.2016.1258856>>. Acesso em 06. Set. 2018

LETSAS, George. **Two Concepts of The Margin of Appreciation.** Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. 4 (2006), p. 705–732.

MARINUCCI, Roberto; MILESI, Rosita. **Migrações Internacionais Contemporâneas.** Disponível em <<http://www.ufjf.br/pur/files/2011/04/MIGRA%C3%87%C3%83O-NO-MUNDO.pdf>>.

MORAIS, Ronald Medeiros de. **A Teoria da Margem de Apreciação nos Direitos Humanos.** Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-teoria-da-margem-de-apreciacao-nos-direitos-humanos,42667.html>>. Acesso em 07. Set. 2018.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos,** 20 de Julho de 1979. Disponível em <[http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/achpr\\_instr\\_charter\\_por.pdf](http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/achpr_instr_charter_por.pdf)>. Acesso em 07. Set. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 12ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **D.H. e outros vs. República Tcheca**, caso nº 57325/00, 13 de novembro de 2007. Disponível em <<https://www.womenslinkworldwide.org/en/files/2510/gjo-echr-dh-eng-pdf.pdf>>. Acesso em 07. Set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Engel and others vs. The Netherlands**, caso nº 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 6 de Junho de 1976. Disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-57479&filename=001-57479.pdf>>. Acesso em 07. Set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Handyside vs. The United Kingdom**, caso nº 5493/72, 7 de dezembro de 1976. Disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-57499&filename=001->>. Acesso em 07. Set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Hoogendijk vs. Netherlands**, caso nº 58641/00, 6 de janeiro de 2005. Disponível em <<https://www.womenslinkworldwide.org/observatorio/base-de-datos/hoogendijk-v-paises-bajos>>. Acesso 07. Set. 2018

\_\_\_\_\_. **Hugh Jordan vs. The United Kingdom**, caso nº 24746/94, 4 de maio de 2011. Disponível em <<https://adsdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/CASE%20OF%20HUGH%20JORDAN%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM.pdf>>. Acesso em 07. Set. 2018.

\_\_\_\_\_. **James and others vs. The United Kingdom**, caso nº 8793/79, 21 de fevereiro de 1986. Disponível em <[http://web.changenet.sk/aa/files/207e345aa907113543b0857cd6856c71/a98\\_1986\\_eu\\_sud\\_case-of-james\\_and\\_others\\_vs\\_united\\_kingdom.pdf](http://web.changenet.sk/aa/files/207e345aa907113543b0857cd6856c71/a98_1986_eu_sud_case-of-james_and_others_vs_united_kingdom.pdf)>. Acesso em 08. Set. 2018.