



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PAULO ALVES SANTOS

O caráter argumentativo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o desenvolvimento
dos direitos das uniões homoafetivas nos sistemas regionais de proteção

Tese

Brasília
2024

PAULO ALVES SANTOS

O caráter argumentativo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o desenvolvimento dos direitos das uniões homoafetivas nos sistemas regionais de proteção

Tese de doutorado submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (PPGD/UnB).

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Claudia Roesler.

Brasília
2024

PÁGINA RESERVADA À FICHA CATALOGRÁFICA

PAULO ALVES SANTOS

O caráter argumentativo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o desenvolvimento dos direitos das uniões homoafetivas nos sistemas regionais de proteção

Tese de doutorado submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – PPGD/UnB.

Aprovada em _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Claudia Roesler – Orientadora (UnB)

Prof. Dr. Douglas Antônio Rocha Pinheiro (UnB)

Prof. Dr. Isaac Costa Reis (UnB)

Prof.^a Dr.^a Luciana Silva Garcia (IDP)

Prof. Dr. Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch (IDP/Corte IDH)

A todas as vítimas das múltiplas formas de violência motivada pela discriminação por orientação sexual, em especial aquelas cujas histórias estão contadas neste trabalho e aquelas que permanecem à margem dos sistemas de justiça.

Que este trabalho sirva, também, como uma forma de reparação.

AGRADECIMENTOS

Ao longo da minha trajetória acadêmica, uma das lições mais importantes que aprendi foi a de que a produção do conhecimento é mais eficaz e prazerosa quando compartilhada. Por acreditar nessa premissa, faço agora breve menção aos muito colaboradores que tornaram possível esta tese.

Em primeiro lugar, agradeço à Prof.^a Cláudia Roesler, que orientou não apenas esta tese, mas toda a minha trajetória acadêmica. No início da graduação, ela acolheu minhas inquietações como jovem estudante e cativou meu interesse pela docência e pela pesquisa. Com sua ajuda, concluí meus primeiros trabalhos na Universidade de Brasília; entre eles, a pesquisa que recebeu a premiação de melhor trabalho de iniciação científica no campo das ciências sociais. Após a conclusão do mestrado, ela me orientou no mestrado e no doutorado, além de oferecer a carta de recomendação para que eu pudesse realizar o Máster em Argumentación Jurídica na Universidade de Alicante. Em todos esses anos juntos, ela sempre apoiou meus projetos, ouviu minhas dúvidas e leu atentamente cada linha dos meus escritos, com disposição para corrigir meus excessos e apontar novos caminhos, quando necessário. Em razão dela, a vida acadêmica se tornou um lugar seguro, um ambiente em que minha navegação – às vezes errante – conseguia encontrar um destino, sob sua orientação. Nos momentos difíceis que atravessamos, ora os meus, ora os dela, a enorme capacidade intelectual da Prof.^a Cláudia era superada pela sua ainda maior sensibilidade humana. Eu poderia escrever uma outra tese dedicada exclusivamente a expressar minha gratidão por sua orientação e por sua amizade, mas me limito a fazer esse registro nesta tese, que é também uma homenagem à sua docência.

Igualmente, agradeço ao Prof. Isaac Reis e a todos os membros do Grupo de Pesquisa em Retórica, Argumentação Jurídica e Juridicidades (GPRAJ) da Universidade de Brasília. As ideias apresentadas nesta tese foram forjadas e depuradas nos debates ocorridos dentro desse grupo, em especial nos Seminários de Pesquisa. O GPRAJ me permitiu aprofundar a reflexão sobre a argumentação jurídica em diversas perspectivas, desempenhando um papel fundamental no meu amadurecimento como pesquisador. Agradeço pelos recursos humanos e materiais que a pesquisa encontrou no GPRAJ, e espero que esta obra tenha alcançado o grau de excelência que se tornou uma característica reconhecida na produção de seus membros.

Agradeço a todos os professores que intervieram na minha formação no curso do doutorado, em especial, aos professores que integraram a banca de qualificação e a banca de defesa final. Encontrar bons docentes no curso da pesquisa é um grande privilégio, e me sinto

honrado por cada um dos professores que dedicou atenção na leitura e discussão das ideias desta tese.

Agradeço, ainda, a todo o corpo técnico-administrativo da Universidade de Brasília, destacando a presteza e o cuidado que recebi daqueles que trabalham na secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito. São muitas as exigências burocráticas para que se chegue ao esperado dia da defesa da tese; felizmente, recebi dos trabalhadores da secretaria toda a orientação possível, o que permitiu que a sessão pública de defesa pudesse acontecer com toda a tranquilidade.

Por fim, agradeço a todos os familiares, amigos e amores que me acompanharam nessa trajetória acadêmica. Eu gosto de enfatizar que decidi escrever uma tese que estuda, em seu âmago, como se afirma o direito de amar. Sem os (não poucos) amores que encontrei nessa trajetória, talvez eu não compreendesse adequadamente quão humano é esse direito. Graças a eles, hoje compreendo-o melhor, sem prejuízo do adequado aprofundamento empírico, sempre que necessário.

I am a gay Trinidadian. Until three days ago, making that statement could have landed me in prison [...]. As a teenager, it was obvious to others that I was gay. The bullying was incessant and cruel. In the 1980s I left Trinidad for London, unable to cope with the daily homophobia. In 1992 I returned home but the persecution had not changed. In 1996 I was forced away again. I came back between 2011 and 2014 to try to progress this issue through engagement and advocacy but the homophobia remained intolerable. In the end, this saga of suffering won me my case. My having to leave – effectively forced into exile – was submitted as evidence to the court of how vile these laws are.

Jason Jones¹

Uma fiel ilustração dos obstáculos que enfrenta a luta em prol da proteção internacional dos direitos humanos reside, a nosso ver, no mito do Sísifo, nas imorredouras reflexões de um dos maiores escritores deste século, Albert Camus. É um trabalho que simplesmente não tem fim. Trata-se, em última análise, de perseverar no ideal da construção de uma cultura universal de observância dos direitos humanos, do qual esperamos nos aproximar ainda mais, no decorrer do século XXI, graças ao labor das gerações vindouras que não hesitarão em abraçar a nossa causa.

Antônio Augusto Cançado Trindade²

¹ JONES, J. We won in Trinidad. Now it's time to end all homophobic laws in the Commonwealth. **The Guardian**, Londres, 2018.

² TRINDADE, A. A. C. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, DF, v. 40, n. 1, p. 167-177, 1997.

RESUMO

A tese discute de que modo os órgãos regionais de proteção dos direitos humanos desenvolvem argumentativamente sua competência para proteger esses direitos e como a abordagem proposta pelas teorias da argumentação jurídica pode contribuir para a compreensão e o aprimoramento dessa prática. De início, apresentam-se as convergências históricas e teleológicas que aproximam o direito internacional dos direitos humanos e as teorias da argumentação jurídica, com a constatação de que ambas surgiram no contexto do segundo pós-guerra, imbuídas de uma pretensão de racionalidade como limite ao exercício arbitrário do poder e preocupadas em construir mecanismos de controle da atuação estatal. Em seguida, a fim de aprofundar a compreensão da vinculação entre argumentação e direito internacional dos direitos humanos, realizou-se uma investigação empírica, na qual os instrumentos analíticos próprios do estudo de argumentos foram aplicados sobre um conjunto de decisões internacionais proferidas por órgãos dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos. Escolheu-se como pano de fundo temático da observação empírica os debates relacionados aos direitos das uniões homoafetivas, matéria que, além de possuir inegável relevância para o campo dos direitos humanos, não se encontra expressamente regulada em nenhum diploma internacional específico, o que torna ainda mais necessária a capacidade argumentativa a seu respeito. A análise empírica revelou a existência de estruturas argumentativas e lugares-comuns próprios sobre o tema de fundo em cada sistema regional, os quais foram se transformando ao longo do tempo para acompanhar o gradual desenvolvimento dos problemas que surgiam, dando origem a identidades argumentativas regionais particulares e inconfundíveis. Além disso, com base nos dados coletados na análise empírica, constatou-se que a atividade argumentativa empreendida pelos órgãos regionais de proteção de direitos humanos promoveu o progressivo desenvolvimento do campo semântico desses direitos dentro de um ciclo tópico-argumentativo. Do mesmo modo, observou-se que a argumentação elaborada nesse campo está permeada por questões próprias da atuação internacional, como a necessidade de se resguardar a universalidade inerente aos direitos humanos através da argumentação, a preocupação com a coerência nas decisões internacionais, a atenção dada às consequências das decisões internacionais nas esferas nacionais e a incidência do princípio *pro persona* sobre toda a argumentação. Por fim, constatou-se que a argumentação em matéria de direitos humanos nos órgãos internacionais de proteção possui especificidades que demandam uma atenção teórica

direcionada, a fim de possibilitar uma afirmação argumentativa dos direitos humanos que colabore na promoção e concretização desses direitos.

Palavras-chave: argumentação jurídica; direito internacional dos direitos humanos; jurisprudência internacional; uniões homoafetivas; direito homoafetivo.

ABSTRACT

The thesis discusses how regional bodies for the protection of human rights argumentatively develop their competence to protect these rights and how the approach proposed by the theories of legal argumentation can contribute to understanding and improving this practice. Firstly, the historical and teleological convergences that bring international human rights law and theories of legal argument together are presented, with the observation that both emerged in the context of the second post-war period, imbued with a claim to rationality as a limit to the arbitrary exercise of power and concerned with building mechanisms to control state action. Next, to deepen the understanding of the link between argumentation and international human rights law, an empirical investigation was carried out, in which the analytical tools typical of the study of arguments were applied to a set of international decisions handed down by bodies of the regional human rights protection systems. The debates related to the rights of same-sex unions were chosen as the thematic backdrop of the empirical observation. It is a matter which, in addition to having undeniable relevance for the field of human rights, is not expressly regulated in any specific international statute, which makes it even more necessary to be able to argue about it. The empirical analysis revealed the existence of specific argumentative structures and commonplaces on the subject in each regional system, which have changed over time to accompany the gradual development of the problems that have arisen, giving rise to particular and unmistakable regional argumentative identities. Furthermore, based on the data collected in the empirical analysis, it was found that the argumentative activity undertaken by the regional human rights protection bodies promoted the progressive development of the semantic field of these rights within a topic-argumentative cycle. Likewise, it was observed that the argumentation developed in this field is permeated by issues specific to international action, such as the need to safeguard the universality inherent in human rights through argumentation, the concern for coherence in international decisions, the attention paid to the consequences of international decisions in national spheres and the impact of the *pro persona* principle on argumentation. Finally, it was found that human rights argumentation in international protection bodies has specificities that demand targeted theoretical attention, aiming to enable an argumentative affirmation of human rights that contributes to the promotion and realization of these rights.

Keywords: legal argumentation; international human rights law; international jurisprudence; same-sex unions; same-sex law.

RESUMEN

La tesis discute cómo los órganos regionales de protección de los derechos humanos desarrollan su competencia para proteger estos derechos de forma argumentativa y cómo el enfoque propuesto por las teorías de la argumentación jurídica puede contribuir a comprender y mejorar esta práctica. En primer lugar, se presentan las convergencias históricas y teleológicas que unen al derecho internacional de los derechos humanos y a las teorías de la argumentación jurídica, con la observación de que ambos surgieron en el contexto de la segunda posguerra, imbuidos de una pretensión de racionalidad como límite al ejercicio arbitrario del poder y preocupados por construir mecanismos de control de la acción estatal. A continuación, para profundizar en la comprensión del vínculo entre argumentación y derecho internacional de los derechos humanos, se llevó a cabo una investigación empírica, en la que se aplicaron las herramientas analíticas propias del estudio de la argumentación a un conjunto de decisiones internacionales dictadas por órganos de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Se eligió como telón de fondo temático para la observación empírica los debates relacionados con los derechos de las uniones homosexuales, cuestión que, además de tener una innegable relevancia para el campo de los derechos humanos, no se encuentra expresamente regulada en ningún estatuto internacional específico, lo que hace aún más necesario poder argumentar sobre ella. El análisis empírico reveló la existencia de estructuras argumentativas y lugares comunes específicos sobre el tema en cada sistema regional, que han ido cambiando con el tiempo para acompañar el desarrollo gradual de los problemas que han ido surgiendo, dando lugar a identidades argumentativas regionales particulares e inconfundibles. Asimismo, a partir de los datos recogidos en el análisis empírico, se constató que la actividad argumentativa desplegada por los organismos regionales de protección de los derechos humanos promovió el desarrollo progresivo del campo semántico de estos derechos dentro de un ciclo tópico-argumentativo. Asimismo, se observó que la argumentación desarrollada en este campo está permeada por cuestiones propias de la acción internacional, como la necesidad de salvaguardar la universalidad inherente a los derechos humanos a través de la argumentación, la preocupación por la coherencia en las decisiones internacionales, la atención prestada a las consecuencias de las decisiones internacionales en los ámbitos nacionales y la incidencia del principio *pro persona* en toda la argumentación. Por último, se constató que la argumentación sobre derechos humanos en los órganos internacionales de protección presenta especificidades que exigen una

atención teórica específica para posibilitar una afirmación argumentativa de los derechos humanos que colabore en la promoción y realización de estos derechos.

Palabras clave: argumentación jurídica; derecho internacional de los derechos humanos; jurisprudencia internacional; uniones entre personas del mismo sexo; derechos de las parejas del mismo sexo.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Diagrama 1	– Estrutura do argumento em direito comparado, segundo Manuel Atienza	45
Diagrama 2	– Silogismo clássico	86
Diagrama 3	– <i>Layout</i> de argumento	88
Diagrama 4	– <i>Layout</i> de argumento em matéria de fatos	89
Diagrama 5	– Estrutura geral de um argumento acerca da violação dos direitos previstos nos art. 8º da CEDH	97
Diagrama 6	– Argumento nos casos L. and V. v. Austria e S. L. v. Austria	116
Diagrama 7	– Argumento acerca da carga probatória no caso Olivera Fuentes v. Perú	227
Diagrama 8	– Ciclo tópico-argumentativo de desenvolvimento de direitos humanos nos sistemas regionais de proteção	282
Figura 1	– Foto publicada por Pijus Beizaras	62
Quadro 1	– Classificação dos argumentos de interpretação normativa	91
Quadro 2	– Classificação dos argumentos em matéria de fatos	92
Quadro 3	– Quadro-resumo do caso X. v. the United Kingdom	105
Quadro 4	– Argumento no caso Dudgeon v. the United Kingdom	109
Quadro 5	– Argumento nos casos Smith and Grady v. the United Kingdom e outros	123
Quadro 6	– Argumentos da CEDH ao negar acesso a direitos de seguridade social	127
Quadro 7	– Argumento nos casos Fretté v. France e E. B. v. France	134
Quadro 8	– Argumento no caso Schalk and Kopf v. Austria	140
Quadro 9	– Argumento nos casos Karner v. Austria e Vallianatos and Others v. Greece	145

Quadro 10	– Argumento em <i>Alekseyev v. Russia</i>	154
Quadro 11	– Resumo histórico do sistema regional europeu	169
Quadro 12	– Casos no sistema americano com relevância temática para esta pesquisa	179
Quadro 13	– Argumento nos casos <i>Dudgeon v. the United Kingdom</i> e <i>Marta Lucía Álvarez Giraldo v. Colombia</i>	188
Quadro 14	– Argumento nos casos <i>Atala Riffo y Otros v. Chile</i>	193
Quadro 15	– Fluxo argumentativo na Opinião Consultiva n. 24	211

LISTA DE ABREVIATURAS

ARCD	Associazione Radicale Certi Diritti
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CADHP	Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos ou Carta da Banjul
FIDH	Fédération internationale des Ligues des Droits de l’Homme
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CDH	Comitê de Direitos Humanos da ONU
CAL	Coalition of African Lesbians
Comissão ADHP	Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos ou Comissão de Banjul
Comissão EDH	Comissão Europeia de Direitos do Homem
Comissão IDH	Comissão Interamericana de Direito Humanos
Corte ADHP	Corte Africana dos Direitos do Homem e dos Povos
Corte EDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
GALZ	Gays and Lesbians of Zimbabwe
HPTA	Homosexuality Policy Assessment Team
ICJ	International Commission of Jurists
ILGA – Europe	International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association – Europe
LGBTQIA+	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transsexuais ou Transgêneros, Queers, Intersexuais, Assexuais e outras orientações sexuais e variações de gênero
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
ONGs	Organizações Não Governamentais
OUA	Organização de Unidade Africana
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
UA	União Africana

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: APROXIMAÇÃO INICIAL E METODOLOGIA DE PESQUISA	28
2.1 Direito internacional dos direitos humanos e argumentação jurídica.....	28
2.1.1 O direito como argumentação.....	28
2.1.2 O direito internacional dos direitos humanos como argumentação.....	37
2.2 O surgimento dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos e suas características tópico-argumentativas	53
2.2.1 O sistema regional europeu.....	55
2.2.2 O sistema regional americano.....	62
2.2.3 O sistema regional africano.....	73
2.3 Uma proposta metodológica para a pesquisa em argumentação jurídica nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.....	83
2.3.1 Metodologia, campo-base e problema.....	83
2.3.2 Análise de argumentos e observação da dinâmica tópica.....	87
2.3.3 Da teoria à prática.....	94
3 UNIÕES HOMOAFETIVAS NO SISTEMA REGIONAL EUROPEU: DA CRIMINALIZAÇÃO À LEGITIMAÇÃO DO AFETO.....	95
3.1 Estabelecendo o problema no sistema regional	95
3.2 Superando a criminalização	107
3.3 Repensando a negativa de direitos em razão da orientação sexual	119
3.4 Reconhecimento da instituição familiar homoafetiva	139
3.5 Reconhecimento em silêncio? Liberdade de expressão e de associação em sua intersecção com a orientação sexual	150
3.6 Discutindo a necessidade de proteção específica do Estado em relação às uniões homoafetivas.....	162
3.7 Transformações tópico-argumentativas e interpretação judicial da orientação sexual no sistema regional europeu	169
4 UNIÕES HOMOAFETIVAS NO SISTEMA REGIONAL AMERICANO: O AFETO EM UM CONTINENTE EM EBULIÇÃO	178

4.1 Uma vulnerabilidade entre as diversas vulnerabilidades: o ponto de partida do sistema regional americano ao tratar das uniões homoafetivas.....	182
4.2 Os casos iniciais na Corte IDH e a aplicação da CADH às uniões homoafetivas	191
4.3 A argumentação na construção da Opinião Consultiva n. 24	204
4.4 As múltiplas formas de violência no continente e a necessidade de ação do Estado	216
4.5 Enfrentando o problema da criminalização das relações homoafetivas e suas relações coloniais no continente	232
4.6 A identidade argumentativa do sistema americano na proteção das uniões homoafetiva entre similitudes e especificidades em relação ao sistema europeu.....	239
5 UNIÕES HOMOAFETIVAS NO SISTEMA AFRICANO: COLOCANDO EM PAUTA O “NÃO PROBLEMA”	248
5.1 A homoafetividade e o topos do “não problema”	250
5.2 O problema sai do armário: a inserção da proteção de pessoas LGBTQIA+ na agenda de direitos humanos no continente africano.....	257
5.3 Riscos e possibilidades do sistema regional africano.....	265
5.4 A construção de uma resposta africana para um problema africano	273
6 CONCLUSÕES: O CARÁTER ARGUMENTATIVO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	278
6.1 Ciclo tópico-argumentativo de desenvolvimento de direitos humanos nos sistemas internacionais de proteção	283
6.2 Critérios argumentativos na prática internacional dos direitos humanos	294
6.3 A argumentação jurídica a serviço dos direitos humanos	301
REFERÊNCIAS.....	305

1 INTRODUÇÃO

“[O fato de] estas quatro grandes nações, resplandecentes pela vitória e feridas pelas agressões, conterem a mão da vingança e submeterem voluntariamente seus inimigos ao julgamento da lei é um dos mais significantes tributos que o Poder já prestou à Razão.”³ ⁴ Com estas palavras, Robert Jackson iniciava, em 1945, sua argumentação perante o recém-instalado Tribunal Militar Internacional, em Nuremberg, promovendo a acusação por ilícitos internacionais praticados durante o regime nazista. Se as decisões desta Corte foram uma tentativa legítima de conferir racionalidade à punição dos agentes nazistas ou apenas uma encenação formalista arquitetada pelos países vitoriosos é uma questão que segue inspirando intensos debates. No entanto, para contextualizar adequadamente esta tese, a questão fundamental não é o que os julgamentos de Nuremberg efetivamente foram, mas o que eles pretenderam ser e significar para a ordem internacional que surgia no segundo pós-guerra.

Independentemente das causas que motivaram a postura adotada pelos países vencedores, é evidente a percepção de que, na visão que eles tinham naquele momento, a afirmação da superioridade militar pela vitória bélica não seria suficiente para conferir um fundamento sólido à dinâmica das relações entre os Estados, sob o novo paradigma internacional em construção. Por esse motivo, a disputa vencida no palco de operações de guerra foi seguida por uma nova disputa, desta vez travada no palco da argumentação judicial, em que se atribuiu a uma pretensão de racionalidade o papel de limitar o uso do poder. A condenação imposta aos condenados vencidos não poderia ser apenas um capricho punitivo dos Estados vencedores, mas necessitava submeter-se ao crivo de uma sentença capaz de apontar as razões que justificavam a punição.⁵

É precisamente esse papel de instrumento limitador conferido à pretensão de racionalidade que está ilustrado na metáfora inicial do discurso de Robert Jackson. A mão vingativa dos vitoriosos que se contém – em uma deferência do poder à razão – expressa a

³ JACKSON, R. H. **Opening Statement before the International Military Tribunal**. Jamestown, NY: Robert H. Jackson Center. Discurso proferido originalmente em Nuremberg, em 21 nov. 1947. Disponível em: <https://www.roberthjackson.org/speech-and-writing/opening-statement-before-the-international-military-tribunal/>. Acesso em: 27 out. 2023.

⁴ No original: “*That four great nations, flushed with victory and stung with injury stay the hand of vengeance and voluntarily submit their captive enemies to the judgment of the law is one of the most significant tributes that Power has ever paid to Reason.*”

⁵ Conforme o art. 26 do Acordo de Londres acerca do Tribunal Internacional Militar, “[...] *the judgment of the Tribunal as to the guilt or the innocence of any Defendant shall give the reasons on which it is based, and shall be final and not subject to review.*” (ONU, 1945a).

mensagem que justificou não só a instituição do Tribunal de Nuremberg, mas dos inúmeros outros tribunais internacionais que lhe seguiram.

Em Nuremberg, foram articuladas, de modo inovador, duas dimensões de racionalidade na ordem internacional. De um lado, a dimensão formal, com a adoção da estrutura dialética do processo judicial, através da qual se permite o confronto de argumentos e se exige uma decisão igualmente argumentativa, que dialogue com os argumentos das partes e ofereça, em si mesma, uma justificativa para a solução escolhida. De outro lado, a dimensão material, consistente na ideia de que há uma ordem jurídica internacional em vigor mesmo durante conflitos armados, apontando-se como núcleo dessa ordem o valor intrínseco do ser humano, cuja dignidade inalienável é capaz de impor, por si só, obrigações jurídicas inescusáveis aos sujeitos nacionais e internacionais. Assim, sob o enfoque formal, Nuremberg marca a ascensão da jurisdição internacional, e, sob o enfoque material, a consolidação da compreensão contemporânea do direito internacional dos direitos humanos como limitador, na ordem internacional. A fim de operacionalizar essas duas dimensões de racionalidade, a argumentação desponta como ilustre convidada a integrar a dinâmica do direito das gentes.

Após cerca de 80 anos desde os julgamentos de Nuremberg, os elementos articulados em sua criação foram aprofundados no direito internacional, assim como o papel da argumentação neste campo, o que revela a pertinência e a necessidade do estudo empreendido na tese que ora se apresenta.

De Nuremberg até a atualidade, o número de órgãos judiciais ou quase judiciais multiplicou-se na ordem internacional.^{6 7} Além disso, a estrutura efêmera utilizada no Tribunal de Nuremberg foi substituída por corpos de juízes permanentes, que atuam continuamente na resolução de controvérsias internacionais. Do mesmo modo, o número de países concorrendo para a criação desses órgãos expandiu-se, não se tratando mais de mecanismos pensados por um grupo pequeno de países unidos por alguma afinidade bélica ou histórica, mas de instituições transnacionais que reúnem dezenas de países com características sociais, econômicas e políticas distintas.

⁶ RAMOS, A. de C. **Processo internacional de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

⁷ Consideram-se órgãos internacionais judiciais aqueles aos quais foi atribuída a estrutura de um Tribunal, com designação expressa de juízes e poder de produzir sentenças vinculantes entre as partes, como são os Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. De outra parte, os órgãos quase judiciais são aqueles que, embora não reconhecidos como tribunais, possuem competência para apurar a responsabilidade internacional dos Estados. Estes últimos “[...] são verdadeiramente mecanismos coletivos de apuração da responsabilidade internacional do Estado, instituídos por convenções internacionais, agindo *ex post facto*, com a constatação de violação de direitos humanos protegidos e que acarretam a condenação do Estado na reparação dos danos produzidos.” (Ramos, 2019, p. 91).

O impacto da contínua apresentação e resolução de disputas nos órgãos internacionais criados a partir do segundo pós-guerra sobre o desenvolvimento do direito internacional contemporâneo é inegável. As decisões dos tribunais internacionais, tradicionalmente admitidas como simples meios auxiliares para a determinação do direito internacional, passaram a desempenhar um papel mais denso, “[...] favorecendo a criação de novos direitos com o passar do tempo, bem como a criação de novas regras costumeiras internacionais [...]”.⁸ Além disso, é de extrema relevância o papel dos tribunais internacionais na interpretação dos princípios gerais de direito aplicáveis ao direito internacional, pois esses princípios “[...] estão sempre a reclamar uma correta determinação, lançando o intérprete na obrigação de reconhecer o valor dos posicionamentos jurisprudenciais [...]”.⁹

A expansão da jurisdição internacional e a sua relevância para a compreensão do direito internacional tornam impossível que se compreenda adequadamente esse campo do direito sem o estudo das argumentações produzidas nos órgãos judicantes. A atuação internacional no campo jurídico exige que se conheça como argumentam os órgãos judiciais ou quase judiciais internacionais e como se deve argumentar perante eles. O estudo da argumentação no direito internacional é um elemento indispensável na atualidade, para o qual esta tese objetiva oferecer uma contribuição relevante.

Se o estudo da argumentação é valioso para o direito internacional em geral, no direito internacional dos direitos humanos ele ocupa lugar ainda mais destacado.

A fundamentalidade dos direitos humanos na ordem internacional contemporânea, conforme proclamado no preâmbulo da Carta da Organização das Nações Unidas (ONU),¹⁰ tornou esse segmento do direito internacional objeto de amplo interesse político, pela força discursiva que lhe foi atribuída, convertendo-o, por consequência, em palco de constantes disputas.

Soma-se ao interesse político existente na invocação do direito internacional dos direitos humanos o fato de que as normas integrantes deste campo normalmente possuem forte carga principiológica e um elevado grau de abstração. Os regramentos precisos são raros, de modo que “[...] a estrutura principiológica das normas de direitos humanos exige o estudo da concretização judicial e de seus instrumentos (como a proporcionalidade e a ponderação de

⁸ MAZZUOLI, V. de O. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 90.

⁹ *Ibid.*, p. 91.

¹⁰ Segundo a Carta, a criação da ONU fundamenta-se, entre outros, no desejo de “[...] reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano [...]” (ONU, 1945b).

interesses), para auxiliar o intérprete na solução dos casos concretos [...]”,¹¹ atividade que se desenvolve por intermédio da argumentação.

Além disso, a abertura semântica das fontes escritas dos direitos humanos, especialmente os Tratados internacionais, é apenas uma parte do problema a ser resolvido com base neste recurso linguístico. Deve-se considerar, ainda, uma grande presença de normas advindas de fontes não escritas de direito internacional, como as normas costumeiras e as normas de *jus cogens*. Em relação a estas, a argumentação é necessária não apenas para dar precisão ao conteúdo das normas, mas para a própria demonstração de sua existência na ordem jurídica internacional.

O cenário apresentado – no qual se conjugam um forte interesse político e um conjunto de normas com conteúdo inexato à disposição – é bastante favorável para a atividade argumentativa. A proliferação de instituições internacionais criadas pelos Estados e dedicadas exclusivamente à discussão de direitos humanos é sintomática dessa abertura à atividade argumentativa, incluindo-se nessa discussão as várias disputas semânticas em torno de cada direito que se afirma neste campo.

Por iniciativa dos Estados, atualmente, coexistem um sistema global de proteção dos direitos humanos, supervisionado por uma dezena de órgãos independentes que discutem continuamente o conteúdo dos tratados temáticos ao qual estão vinculados;¹² e sistemas regionais de proteção, que possuem pelo menos um órgão judicial de deliberação acerca do conteúdo do tratado geral que lhes deu origem. Como se verá adiante, a investigação empírica desta tese irá se centrar nos órgãos regionais.

A partir do cenário aqui apresentado, defende-se que o estudo do direito internacional dos direitos humanos exige uma mudança de perspectiva, colocando-se a atividade argumentativa no centro de sua investigação. Essa mudança de abordagem vai ao encontro do que propõem as teorias da argumentação jurídica, que também surgiram no contexto do segundo pós-guerra.

Ao examinar as práticas jurídicas em âmbito interno, especialmente as que envolviam questões constitucionais, os autores das teorias da argumentação jurídica perceberam que a

¹¹ RAMOS, A. de C. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 50.

¹² Entre os *treaty bodies* do sistema universal de proteção, atualmente, há nove comitês e um subcomitê. O Brasil aceitou a competência do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (Decreto n. 4.316/02); do Comitê para a Eliminação de Toda a Forma de Discriminação Racial (Decreto n. 4.738/03); do Subcomitê de Prevenção da Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Decreto n. 6.085/07); do Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto n. 6.949/09); e do Comitê de Direitos Humanos (Decreto n. 11.777/23).

dimensão argumentativa do direito assumiu especial importância nos Estados democráticos contemporâneos, o que justificaria uma maior preocupação teórica com esse aspecto do fenômeno jurídico.¹³ Como visto, é igualmente possível constatar que a dimensão argumentativa foi dilatada na atual configuração prática do direito internacional dos direitos humanos, razão pela qual uma abordagem argumentativa neste campo também se mostra extremamente útil.

É importante notar que uma abordagem argumentativa não se propõe a oferecer uma teoria completa do direito, nem suplantar as discussões que as grandes teorias do direito desenvolvidas ao longo do século XX colocaram em pauta. De fato, uma teoria completa do direito é formada por diversos elementos, tais como uma teoria das normas jurídicas e suas fontes; uma teoria do ordenamento jurídico; uma teoria dos atos jurídicos e seus elementos constitutivos; uma teoria das relações jurídicas; e uma teoria dos procedimentos jurídicos, entre os quais se inserem os procedimentos de interpretação e aplicação do direito mediados pela argumentação.¹⁴ A argumentação é, assim, uma parte importante da teoria do direito, mas certamente não é o direito como um todo.¹⁵ ¹⁶A escolha por uma abordagem argumentativa do direito internacional dos direitos humanos é uma opção metodológica de objeto para a fixação dos limites do trabalho ora proposto, mas que não nega nem desconsidera que outras abordagens teóricas sejam possíveis, inclusive para a complementação da abordagem aqui empreendida.

Por outro lado, é certo que uma abordagem argumentativa do direito exige, como pressuposto, alguns elementos de uma teoria do direito que pode ser genericamente categorizada como pós-positivista. Não obstante as inúmeras controvérsias que a delimitação precisa do que significa o pós-positivismo possa suscitar – as quais não constituem o objeto desta tese –, o termo é aqui empregado para denominar as formas de compreensão do direito que aceitam a premissa de que o fenômeno jurídico decorre de fontes sociais, admitindo-se a existência de uma autoridade normativa socialmente estabelecida, porém reconhecem que, além

¹³ Algumas razões para explicar o “auge atual” da argumentação jurídica foram sintetizadas por Atienza, destacando-se, entre elas, que as comunidades política atuais têm se tornado cada vez mais rigorosas, ao exigirem que as instituições públicas com poder decisório fundamentem suas decisões e que o aprofundamento da democracia, amplamente desejado pelas sociedades ocidentais, somente é possível se houver “[...] *ciudadãos capaces de argumentar racional e competentemente em relación às ações e às decisões da vida em comum* [...]”. (Atienza, 2013, p. 20-21, tradução livre).

¹⁴ ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J. **Las piezas del Derecho**: teoría de los enunciados jurídicos. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2004, p. 19.

¹⁵ ATIENZA, M. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, DF, v. 7, n. 2, p. 1-24, 2014a.

¹⁶ No original: “[...] *la práctica jurídica – y en especial en el Estado constitucional – tiene en buena medida un carácter argumentativo aunque, naturalmente, en el Derecho no todo es argumentación.*” (Atienza, 2014a, p. 22).

de um fenômeno de autoridade, o direito possui uma dimensão valorativa que o integra de forma inseparável e que deve ser objeto de atenção tanto na prática quanto na teoria jurídicas. Disso decorrem a abertura pós-positivista à reaproximação entre direito e moral – relação que pode assumir diferentes gradações em cada tipo de pós-positivismo –; o papel relevante que desempenham os princípios jurídicos na compreensão da dimensão valorativa do direito; bem como a necessidade da argumentação como elemento dialógico entre autoridade e valor.¹⁷

A abordagem argumentativa do direito, partindo da compreensão pós-positivista apresentada acima, dispensa especial atenção a compreender e avaliar de que modo os diversos materiais juridicamente disponíveis podem ser articulados para a resolução dos problemas concretos que se apresentam na prática. É, portanto, uma abordagem voltada para problemas práticos, com sensível influência da tópica jurídica.

A tópica jurídica se insere como precursora na história das teorias da argumentação a partir da obra de Theodor Viehweg, para quem o estilo de trabalho que predomina no campo jurídico orienta-se por problemas e procura resolvê-los buscando apoio em pontos de partida compartilhados, os *topoi*.¹⁸ Ao enfatizar a constância do problema nas atribuições práticas do jurista, a tópica igualmente realça o papel da argumentação como atividade destinada a organizar os *topoi* necessários para resolvê-lo. Uma adequada compreensão do direito exige, sob esse prisma, que se compreenda como ocorre a dinâmica entre os problemas e a argumentação no cotidiano dos casos práticos.

A abordagem argumentativa do direito internacional dos direitos humanos a ser desenvolvida nesta tese será centrada na dialética problema-argumentação acima apontada, examinando-a em um conjunto empírico formado por casos decididos em órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos. A questão fundamental a ser respondida é como argumentam os referidos órgãos internacionais e de que modo a abordagem proposta pelas teorias da argumentação jurídica pode contribuir para a compreensão e o aprimoramento prático do direito internacional dos direitos humanos.

Para abordar o problema central proposto, a tese será dividida em três grandes partes, cada uma correspondente a uma etapa da pesquisa realizada: uma etapa pré-empírica, uma etapa empírica, e a uma etapa pós-empírica ou de conclusão.

A primeira etapa, cujo resultado está exposto no capítulo 2 desta tese, consistiu em desenvolver bases teóricas que sustentassem a compatibilidade entre as teorias da argumentação

¹⁷ Sobre o tema, ver: Aguiló Regla (2007); Atienza (2014a).

¹⁸ ROESLER, C. O papel de Theodor Viehweg na fundação das teorias da argumentação jurídica. **Revista Eletrônica Direito e Política** - UNIVALI, Itajaí, v. 4, n. 3, p. 36-54, 2009, p. 36.

jurídica e o direito internacional dos direitos humanos, explorando-se a hipótese de que há uma implicação recíproca entre estes campos. Nesse sentido, o segundo capítulo enfatiza que, além de serem ambos fenômenos vinculados historicamente ao segundo pós-guerra, tanto as teorias da argumentação jurídica quanto o direito internacional dos direitos humanos partilham da mesma pretensão de tornar possível uma limitação racional do uso do poder estatal, bem como estão orientados a um pensamento por problemas. Este capítulo inicial de desenvolvimento também ressalta a necessidade de um estudo mais detido acerca da ainda pouco explorada atividade decisória dos juízes internacionais em matéria de direitos humanos, tendo em vista que esses agentes desempenham uma das funções nas quais se torna mais evidente a ligação entre tarefas de argumentar e de desenvolver temas de direitos humanos.

Ainda no capítulo 2, como parte da preparação pré-empírica necessária à etapa seguinte, são tecidas considerações metodológicas acerca da abordagem argumentativa que se propõe, promovendo-se os recortes espacial e temático dos casos que serão objeto de exame na etapa subsequente, assim como apresentando-se as linhas gerais dos instrumentos de análise empregados.

Acerca do recorte espacial, optou-se por delimitar o exame empírico às decisões proferidas nos sistemas regionais de direitos humanos, seja porque esses sistemas tendem a ser mais próximos dos países membros do que o sistema universal, seja porque nos sistemas regionais há maior concentração deliberativa em menos órgãos, ao contrário do sistema universal, que possui um número bem maior de órgãos de monitoramento. A opção pelos sistemas regionais igualmente enriquece o trabalho porque permite a comparação entre eles, possibilitando a observação de como as peculiaridades de cada continente impactam na atividade argumentativa.

Em relação ao recorte temático, a análise empírica irá se debruçar sobre discussões referentes aos direitos das uniões homoafetivas no âmbito internacional. Além da sua relevância como tema fundamental em direitos humanos, por estarem ligados ao exercício de liberdades individuais fundamentais e à construção de sociedades plurais, a escolha por esta matéria preenche igualmente os requisitos de abrangência e relevância. A abrangência refere-se ao fato de que, em todos os sistemas regionais, há discussões sobre uniões homoafetivas que se encontram em diferentes estágios argumentativos. A relevância decorre não só do impacto que essas discussões têm sobre a vida de milhares de pessoas em cada um dos sistemas regionais, mas especialmente do fato de que se trata de um assunto que não está regulado especificamente

em nenhum diploma normativo internacional, tornando a atividade argumentativa ainda mais desafiadora.

No tocante aos instrumentos de análise, o segundo capítulo apresenta os principais elementos da estrutura de argumento proposta por Toulmin, bem como sua adaptação para a argumentação em matéria de fatos proposta por Lagier, que serão os principais recursos analíticos empregados na etapa empírica. Do mesmo modo, são expostas algumas classificações de argumentos, que igualmente serão utilizados para se manter a harmonia terminológica ao longo do trabalho.

Após as definições teóricas e metodológicas da etapa pré-empírica, ambas desenvolvidas no capítulo 2, os capítulos 3, 4 e 5 expõem os resultados da análise empírica de casos que trataram de direitos concernentes às uniões homoafetivas, respectivamente, nos sistemas regionais europeu, americano e africano.

Sobre o sistema europeu – o primeiro a entrar em funcionamento e a tratar de temas ligados às uniões homoafetivas em órgãos de direitos humanos –, o capítulo 3 percorre uma história de quase 50 anos, ressaltando as mudanças argumentativas ocorridas nas decisões dos juízes internacionais, instituindo-se progressivamente um regime protetivo para os casais do mesmo sexo, no continente. Esse capítulo demonstra que, de um lado, a atuação argumentativa perante o sistema europeu neste tema não foi simples ao longo dos anos, porém, de outro lado, a litigância internacional conseguiu remover e introduzir com sucesso novos lugares-comuns na jurisprudência europeia.

Ao passar para o sistema americano, no capítulo 4, a análise dos argumentos é fortemente impactada pelas diferenças institucionais e históricas que existem entre este e o sistema europeu. Por não admitir peticionamento individual perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), o sistema americano conta com menos casos sobre o tema das uniões homoafetivas, além haver tratado este assunto somente décadas depois da sua congênere europeia. Todavia, isso não impediu que o sistema regional americano, quando provocado a decidir, enfrentasse a questão com profundida argumentativa, inclusive no âmbito de uma opinião consultiva, a qual não encontra paralelo em nenhum outro sistema regional.

De fato, o capítulo 4 evidencia que, embora discutindo os mesmos assuntos e partindo de Tratados de direitos humanos com bases principiológicas similares, o caminho argumentativo americano na resolução dos problemas decorrentes das uniões homoafetivas foi bastante original. O emprego de estruturas argumentativas diversas culminou com o posicionamento do sistema americano em lugares-comuns não exatamente coincidentes com

aqueles desenvolvidos no sistema europeu, imprimindo uma identidade argumentativa distintiva à experiência americana.

A discussão acerca da identidade argumentativa de cada um dos sistemas regionais quanto ao tratamento jurídico das uniões homoafetivas prossegue no capítulo 5, no qual a análise empírica revela que o sistema regional africano passa por um momento crítico na definição dos lugares-comuns que serão por ele adotados neste âmbito.

Como se observará no capítulo 5, embora atualmente não haja petições formalizadas no sistema regional africano tratando especificamente das uniões homoafetivas no continente, há diversas manifestações argumentativas nas quais se constata que a discussão do problema já está em curso. Apesar de ser perceptível uma resistência inicial, os órgãos regionais africanos passaram gradativamente a tratar os temas concernentes à comunidade LGBTQIA+¹⁹ como matérias de direitos humanos. No entanto, as singularidades da realidade sociojurídica africana – em especial, a vinculação da compreensão africana de direitos humanos à dimensão social e coletiva desses direitos – indicam que o caminho africano pode passar por estruturas argumentativas e lugares-comuns diferentes das tradições europeia e americana.

O amplo exame empírico empreendido nos capítulos 3, 4 e 5 oferece os dados necessários para a discussão que se realiza no capítulo conclusivo. As informações extraídas da prática argumentativa observada nos sistemas regionais de proteção de direitos humanos serão analisadas em conjunto no capítulo 6, oferecendo-se uma conclusão global ao trabalho. Este capítulo final discute elementos da prática internacional que se tornaram visíveis com a análise argumentativa – notadamente, o ciclo tópico-argumentativo de desenvolvimento dos direitos humanos nos sistemas regionais de proteção, os critérios argumentativos predominantes nesta seara e a necessidade de uma afirmação argumentativa dos direitos humanos.

Desse modo, o capítulo 6 conduz à conclusão de que tanto as teorias da argumentação jurídica constituem um importante instrumento à disposição da prática internacional em matéria de direitos humanos quanto o desenvolvimento de uma teoria argumentativa que seja útil a este campo do direito representa um importante avanço para os argumentativistas. Uma teoria da argumentação adequada à prática internacional dos direitos humanos vai ao encontro da pretensão de racionalidade que se encontra no cerne do desenvolvimento desta vertente jurídica desde Nuremberg. Porém, este almejado desenvolvimento teórico somente será realmente útil

¹⁹ A sigla é denominada por Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transsexuais ou Transgêneros, Queers, Intersexuais, Assexuais e outras orientações sexuais e variações de gênero.

se estiver alinhado à realidade da prática internacional atual, uma tarefa que esta tese, através de suas múltiplas etapas, espera desenvolver a contento.

Para além da defesa de uma visão argumentativa do direito internacional dos direitos humanos, que é a tese central deste trabalho, não se pode deixar de destacar as diversas contribuições mais imediatas que se pode extrair dele.

A tese oferece uma consistente revisão empírica acerca de como decidem os órgãos internacionais de direitos humanos. Essa discussão é particularmente relevante para os internacionalistas, sobretudo os que se interessam pelo funcionamento de instituições de caráter transnacional. Os internacionalistas também encontrarão, no texto, diversos apontamentos acerca do atual estado da arte quanto às fontes do direito internacional, os quais lançam dúvidas sobre a ideia clássica de que os tratados teriam posição central entre as demais fontes do direito; interrogam qual a função real dos tratados na dinâmica internacional atual; e impulsionam diversos problemas quanto à força e aos limites de fontes não escritas de direito internacional, como o *jus cogens*.

Aqueles que atuam diretamente em órgãos internacionais de direitos humanos, seja como litigantes ou decisores, encontrarão na tese uma oportunidade de refletir sobre sua própria prática. Para os litigantes, o texto contém um amplo catálogo de estruturas argumentativas, vitoriosas e derrotadas, extremamente útil no planejamento estratégico de quem pretende submeter uma disputa nos sistemas regionais de proteção. Para os decisores, assumem especial relevância as ponderações lançadas no capítulo final, cujo escopo é justamente oferecer ferramentas para a elaboração de decisões internacionais com adequado grau de justificação. Tanto litigantes quanto decisores estarão mais bem posicionados em suas funções, se, a partir da leitura desta tese, compreenderem melhor a dinâmica tópico-argumentativa de seu trabalho.

A tese também se direciona àqueles que estudam e laboram pela promoção dos direitos das uniões homoafetivas e dos direitos da comunidade LGBTQIA+ em geral. O texto desenvolve, ainda que de modo incidental, uma historiografia da afirmação do direito à diversidade sexual em demandas internacionais, contemplando as conquistas habilmente obtidas em situações nem sempre favoráveis e fazendo memória das vidas cujas lutas permitiram o advento dessas conquistas. A tese, igualmente, aponta os pontos falhos que ainda precisam ser objeto de desenvolvimento em todos os sistemas regionais de proteção e apresenta uma estrutura analítica capaz de facilitar a compreensão dos problemas já enfrentados com vistas aos problemas que virão.

Por fim, a visão argumentativa do direito internacional dos direitos humanos aqui defendida é de especial interesse para os argumentativistas, seja por promover uma expansão dos limites das teorias da argumentação jurídica sobre um novo campo do direito, seja por reafirmar a possibilidade, com sólido amparo empírico, de que haja uma pretensão de racionalidade na prática jurídica.

Ao final, o estudo do desenvolvimento argumentativo do direito internacional dos direitos humanos nos órgãos dos sistemas regionais de proteção confirma que os atores envolvidos nessa prática desejam que sua atividade seja guiada pelo uso da razão em contraponto ao arbítrio do poder, o que dá sentido ao esforço aqui empreendido na construção de instrumentos para tornar os processos deliberativos internacionais melhores. Isso não significa que essa pretensão de racionalidade tenha se concretizado em plenitude, mas é certo que os esforços empreendidos para alcançá-la nos levam a um lugar melhor do que aquele em que estaríamos se a abandonássemos.

Com a estrutura e as especificidades apontadas neste capítulo introdutório, espera-se que o problema de investigação que se adota como objeto tenha sido adequadamente desenvolvido, obtendo-se, como resultado, uma tese coerente, inovadora e capaz de oferecer uma contribuição original ao estudo do direito.

2 SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: APROXIMAÇÃO INICIAL E METODOLOGIA DE PESQUISA

2.1 Direito internacional dos direitos humanos e argumentação jurídica

O direito internacional dos direitos humanos, como qualquer fenômeno jurídico, é complexo e multifacetado. Seria possível abordá-lo sob várias perspectivas diferentes, com um olhar sociológico, histórico, normativo, político etc. Essas diversas abordagens, não excludentes entre si, contribuiriam reciprocamente para desvelar as imbricações da engenharia própria desse campo do conhecimento.

Todavia, nos limites exigidos para a formulação de uma investigação adequada, é necessário delimitar uma linha mestra de abordagem capaz de conduzir metodologicamente o estudo do problema que se apresenta. Em face dessa exigência, a proposta deste trabalho é compreender a dinâmica do direito internacional dos direitos humanos pelas lentes da argumentação jurídica.²⁰

2.1.1 O direito como argumentação

A proposta de compreensão do direito como argumentação tem sido objeto de especial atenção na filosofia jurídica, a partir da segunda metade do século XX. Naquele momento, a reintrodução da argumentação como problema central na compreensão do direito ocorreu por intermédio de um conjunto de autores que, de maneira não necessariamente coordenada entre si, retornaram às fontes clássicas da tradição greco-romana sobre argumentação para aplicá-las à teoria jurídica do segundo pós-guerra.²¹

A partir da releitura contemporânea de autores como Aristóteles e Cícero, inicialmente abordados explicitamente em obras de precursores no tema e posteriormente absorvidos nas diversas teorias da argumentação jurídica que se seguiram, surge a difusa proposta de um giro

²⁰ O termo “argumentação jurídica” recebeu diversas conotações ao longo da história do direito e segue sendo objeto polissêmico. Neste trabalho, o termo será empregado no sentido usualmente conhecido como “padrão” ou “*standard*”, que se refere às estratégias e aos mecanismos empregados pelos juristas para justificar a resolução dos problemas concretos que lhes são apresentados. Para uma discussão ampla sobre o sentido de argumentação jurídica, ver: Atienza (2014b, p. 86-99).

²¹ Exemplos dessa tentativa de recuperação das fontes clássicas podem ser encontrados em: Viehweg (1953); Perelman e Olbrechts-Tyteca (1958).

argumentativo no campo jurídico. O cerne desse movimento argumentativo, pensando-se em um denominador comum aproximado entre as diversas abordagens e autores que compõem este vasto quadro teórico, consiste na compreensão do direito como uma prática social: a) complexa e institucionalizada; b) que se movimenta pela linguagem; c) que está orientada para a resolução de problemas; e d) cujos processos decisórios podem ser explicados, ao menos posteriormente, de forma racional.

Diferentemente das discussões estruturais presentes em abordagens positivistas ou jusnaturalistas que se sobressaíram na teoria do direito do século XIX, as propostas que se originaram em torno do problema da argumentação tendem a colocar menos ênfase na questão ontológica do direito e na discussão de suas fontes para dar maior enfoque aos modos como ele se desenvolve enquanto prática.

A abordagem do direito a partir da argumentação assume, assim, um caráter de estrutura em movimento. Não se ignora a existência concreta do direito como um conjunto de normas hierarquizadas que podem ser apreendidas em um determinado momento histórico, mas os esforços das teorias da argumentação direcionam-se para a compreensão de outros elementos igualmente relevantes desse fenômeno, especialmente a interpretação das normas jurídicas, entendida não apenas como uma atividade lógica que se realiza mediante a confrontação de premissas normativas e fáticas, mas como um processo intersubjetivo, racional e harmonizador.²²

Sob o prisma argumentativo, o direito é sempre obra em construção. Do material normativo existente no início de uma argumentação jurídica concreta, seja ele amplo ou reduzido, não se extrai, de maneira simplesmente dedutiva, a resolução final do problema que com ele se pretende solucionar. Nesse contexto, o emprego do silogismo lógico na prática jurídica não é rejeitado, mas percebido como insuficiente para a resolução de todos os problemas que interessam ao direito, especialmente aqueles mais difíceis.²³

Desse modo, o raciocínio lógico-dedutivo, até então comumente aceito como instrumento principal da metodologia jurídica, cede lugar ante a necessidade de outras formas de raciocínio prático, em especial os juízos valorativos que se impuseram aos juristas com a expansão do constitucionalismo. Isso porque os textos constitucionais do segundo pós-guerra exigiram o desenvolvimento de formas de pensar a conformidade entre as premissas silogísticas extraídas das regras do ordenamento infraconstitucional e os fins e valores tomados como

²² ATIENZA, M. **O direito como argumentação**. Lisboa: Escola editora, 2014b, p. 72.

²³ p. 185-186.

fundamentos igualmente normativos pelas constituições contemporâneas,²⁴ sendo insuficientes para essa tarefa os recursos da lógica dedutiva.

Nessa configuração, há o reconhecimento de que as variadas formas e tipologias de normas não autoafirmam seu conteúdo de maneira abstrata, mas dependem da mediação de um intérprete para adquirir sentido diante de um problema concreto. Assim, uma abordagem argumentativa reconhece o valor do material normativo pré-existente à atuação do intérprete, impondo limites de amplitude variável à atuação deste e conferindo ao direito o seu caráter institucionalizado, porém, igualmente reconhecendo que há uma dimensão criativa nos processos interpretativos construídos a partir da argumentação.

Isso decorre da compreensão de que, na prática social complexa que é o direito, concorrem, além de regras peremptórias, diversas razões substantivas, derivadas diretamente dos fins e valores que o orientam – como justiça e igualdade. Concorrem, ainda, diversas razões institucionais que se destinam, de maneira direta, a satisfazer exigências vinculadas à própria existência do direito e ao seu funcionamento – como segurança jurídica e respeito à autoridade –, vinculando-se a razões substantivas de maneira indireta.²⁵ O sentido dessas normas variadas, que possuem força normativa simultânea, não está completamente estabelecido *a priori* e, portanto, o direito lida recorrentemente com conflitos entre elas, que não se resolvem em abstrato, mas somente através de processos interpretativos desenvolvidos na prática, pela apresentação e contraposição de argumentos em contextos problemáticos. Assim configurada a prática jurídica, o direito assume um inegável caráter argumentativo.²⁶

Por essa razão, os teóricos da argumentação jurídica ocupam-se, primeiramente, em compreender como ocorrem esses processos e os caminhos que conduzem às decisões que neles são tomadas, assumindo, nessa tarefa inicial, postura descritiva. A partir dessa compreensão inicial, algumas vertentes argumentativas avançam para uma postura prescritiva, pretendendo

²⁴ O desenvolvimento do Estado constitucional acrescentou à prática jurídica obrigações que a tornaram mais dependente da argumentação, especialmente a exigência de uma justificação substantiva dos atos decisórios do poder público e a compreensão de que a mera referência a uma fonte normativa dotada de autoridade não seria necessariamente suficiente para satisfazer esse dever de justificação, pois seria possível um controle em relação ao conteúdo da norma invocada sob o prisma constitucional. Sobre o tema, ver: Atienza (2014b, p. 22–23).

²⁵ ATIENZA; RUIZ MANERO, 2004, p. 27-28.

²⁶ “*Law is an argumentative discipline. Whatever question or problem is in our mind, if we pose it as a legal question or problem, we seek a solution or answer in terms of a proposition that seems sound as a matter of law, at least arguably sound, though preferably conclusive. To check whether it is sound or genuinely arguable, or perhaps even conclusive, we think through the arguments that could be made for the proposed answer or solution. We can then test the arguments we have developed by constructing all the counter-arguments we can think of.*” MACCORMICK, N. **Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 14.

desenvolver critérios e mecanismos de correção capazes de assegurar a racionalidade desses processos para evitar ou, ao menos, reduzir o risco latente de arbítrio decisório dos intérpretes.²⁷

Nos processos argumentativos tomados como centrais para a compreensão do direito, a linguagem é elemento fundamental. A linguagem e o direito sempre guardaram entre si uma grande proximidade, pois juristas trabalham fundamentalmente com normas que são produzidas e difundidas por intermédio da linguagem. Desse modo, os estudiosos do direito, em diversos momentos históricos, com frequência se debruçaram sobre o estudo da linguagem, ainda que de modo implícito ou superficial.²⁸

Os primeiros manuais de retórica antiga eram, ao mesmo tempo, tratados sobre a utilização da linguagem e sobre a litigância em ambientes de disputa judicial, colocando a primeira em função da segunda.²⁹ Na Idade Média, a estrutura discursiva da *ars obligatoria* e da *disputatio*, desenvolvidas no âmbito escolástico, manteve a tradição de organizar o debate acadêmico nos moldes de uma disputa linguística entre partes em juízo, com a apresentação de defesas contrárias sobre um problema comum (*quaestio*), reclamando-se, eventualmente, a solução por um terceiro com habilitação suficiente para resolver o litígio (*determinans*).³⁰ Além disso, é notório o impacto que o desenvolvimento da teoria da linguagem, ao longo do século XX, teve sob a teoria jurídica, colocando em novos termos a antiga discussão sobre os cânones de interpretação da lei pelos órgãos judiciais e sobre a amplitude da indeterminação do direito.³¹

Se o estudo da linguagem nunca esteve muito distante da atividade dos juristas, as teorias da argumentação jurídica colocaram-na no centro da discussão e enfatizaram sobretudo a dimensão pragmática da linguagem.

É comum, na metodologia de análise dos discursos, distinguir-se as dimensões semântica, sintática e pragmática da linguagem; a primeira, compreendendo a relação entre os signos linguísticos e seus objetos designados; a segunda, abordando a relação desses signos entre si; e a terceira, por fim, referindo-se à utilização situacional dos signos na comunicação. As teorias da argumentação jurídica não ignoram as dimensões semântica e sintática da linguagem, mas põem acentuado relevo na dimensão pragmática, pois se interessam sobretudo

²⁷ GARCÍA AMADO, J. A. Del método jurídico a las teorías de la argumentación. **Anuario de filosofía del derecho**, Oviedo, n. 3, p. 151-182, 1986.

²⁸ SHECAIRA, F.; STRUCHINER, N. Direito e linguagem: aspectos filosóficos. In: SILVEIRA, S. B.; ABRITTA, C. S.; VIEIRA, A. T. (org.). **Linguística aplicada em contextos legais**. São Paulo: Paco Editorial, 2015. p. 22-46.

²⁹ BRETON, P.; GAUTHIER, G. **História das Teorias da Argumentação**. Lisboa: Bizâncio, 2001.

³⁰ LUIS, V. R. **Artes de la razón**: una historia de la demostración en la Edad Media. Madrid: UNED, 1999.

³¹ SHECAIRA; STRUCHINER, *op. cit.*

pela prática jurídica em seu momento de discutibilidade,³² o qual se instaura devido à crise pontual gerada pela apresentação de um problema.

Do ponto de vista pragmático, a linguagem no direito não é um simples instrumento para expressar coisas pensadas, mas o próprio mecanismo de produção do pensamento.³³ Em especial no contexto judicial, advogados e juízes empregam a linguagem para articular seus argumentos e construir possibilidades de decisão apelando ao entendimento uns dos outros, sendo fundamentais, na prática jurídica dos Estados constitucionais, as exigências de contraditório entre as partes e de fundamentação da decisão a ser tomada pelo juiz. Ao final, a resolução do problema que motivou a discussão – e, portanto, a criação de uma solução através da linguagem – não dependerá do efetivo consenso de todos os envolvidos, porém há a exigência de que sejam respeitadas determinadas regras sobre a obtenção desse consenso, que se presumiria ideal.³⁴

A linguagem também é a grande limitadora do campo metodológico das teorias da argumentação jurídica, pois está, na base dessas teorias, uma distinção fundamental entre o contexto da descoberta e o contexto da justificação.³⁵

No contexto da descoberta, estão as causas em sentido estrito da decisão, que não necessariamente são expressas discursivamente pelos práticos do direito – inclusive porque essas causas podem ser contrárias ao direito, como um suborno, ou desconhecidas pelo próprio agente, como os vieses cognitivos que lhes passam despercebidos. De outra parte, no contexto da justificação, estão as razões apresentadas como motivação para que se tenha como aceitável a solução proposta – esta, sim, expressando-se pela linguagem e, portanto, constituindo objeto passível de estudo pelas teorias da argumentação jurídica. Todavia, a distinção entre os elementos dos contextos da descoberta e da justificação não pode ser formulada em termos absolutos.

De fato, uma causa pode ser retirada do contexto da descoberta e apresentada discursivamente como argumento no contexto da justificação. Nessa dinâmica, o fato de o juiz ser subornado, a princípio, está no contexto da descoberta, porém é possível formular-se um argumento tomando como base o suborno do juiz para justificar a invalidade da decisão por ele proferida. Além disso, é perfeitamente possível, inclusive desejável, em estados constitucionais,

³² FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Direito, Retórica e Comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. IX–X.

³³ *Ibid.*, p. X.

³⁴ FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Argumentação Jurídica**. 2. ed. Barueri: Manole, 2016, p. 23.

³⁵ ATIENZA, 2013, p. 114-116.

que os elementos do contexto da descoberta sejam expressos na formulação da justificação de uma decisão, quando nela possuírem relevante impacto.³⁶

Desse modo, o que mais interessa às teorias da argumentação jurídica é que as razões para justificar a correção de uma determinada posição jurídica sejam expressas no processo argumentativo através da linguagem, ainda que essas razões tenham se originado no contexto da descoberta. Por consequência, não irão compor o objeto de interesse da argumentação jurídica, no atual estado da arte, considerações acerca de estratégias estritamente psicológicas de convencimento ou táticas acerca da manipulação de subjetividades, próprias dos atores jurídicos, ainda que estas tenham impacto em decisões concretas reais ou possuam relevância retórica.³⁷

Deve-se ressaltar, por fim, quanto ao emprego da linguagem pensada pragmaticamente, que ele possibilita o aspecto dinâmico à compreensão do direito como argumentação. A pergunta fundamental quando se pensa na argumentação jurídica não é “O que é direito?”, mas “O que será direito?” ou “O que pode ser direito?”. Os processos argumentativos olham sempre para o futuro, pois os agentes que nele interveem não querem apenas descrever o atual estado de coisas, mas acrescentar-lhe algo através dos argumentos que são propostos.

Esse caráter propositivo da construção argumentativa do direito está implícito em conhecidas metáforas representativas da prática jurídica nos Estados constitucionais, como a ideia de que o direito é um romance em cadeia que recebe constantemente novos capítulos³⁸ ou uma catedral incompleta cujo projeto segue em execução.³⁹

Nessas metáforas, relidas sob o prisma argumentativo, os argumentos são as letras ou materiais a serem empregados na continuidade da obra. De outra parte, as decisões acerca de quando será necessário iniciar um novo capítulo ou uma nova etapa da obra, bem como de qual estilo será adotado na continuação do projeto, serão deliberadas pelo confronto de argumentos sob a contingência de um problema. O surgimento de um problema é, assim, o estopim do processo argumentativo no direito e a fronteira para a qual a prática jurídica se direciona.

³⁶ *Ibid.*, p. 46.

³⁷ O avanço das teorias da argumentação jurídica, especialmente em seu diálogo com as teorias retóricas aplicadas ao direito, sinaliza a possibilidade de desenvolvimento de uma teoria argumentativa que inclua formalmente elementos retóricos, em sua análise, embora seja necessário destacar que uma teoria assim formulada possa resultar excessivamente ampla para alcançar suas pretensões. Sobre o tema, ver: Roesler (2018, p. 21-44).

³⁸ RONALD, D. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

³⁹ CARLOS, N. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

A ideia de que o direito se desenvolve a partir de problemas foi formulada, entre os precursores das teorias da argumentação jurídica, por Theodor Viehweg.⁴⁰ Ao refletir sobre a impossibilidade de se explicar o direito como um sistema total, em que estariam reunidos todos os conhecimentos necessários para a prática jurídica, Viehweg propõe pensar o direito como um “sistema tópico”, que se orienta por problemas, buscando construir um todo ordenado segundo esses problemas. Esse sistema tópico oferece, tanto no âmbito dogmático quanto no âmbito da investigação acadêmica, um conjunto de pontos de vista – *topoi*⁴¹ – organizados em torno do problema como sistema básico. Todavia, a formulação deste último é apenas uma etapa da argumentação, pois um sistema tópico permanece aberto ao ingresso e à saída de pontos de vista, admitindo reconfigurações e movimento.⁴²

O problema, interpretado sob o ponto de vista tópico, não se confunde com a ideia de caso concreto, disputa judicial, lide ou outros similares. Trata-se, em verdade, de uma questão que é apresentada aos juristas como relevante e que demanda uma decisão entre distintas alternativas que se apresentam como solução.⁴³

Assim, atuam por problemas não somente os juízes e advogados em uma demanda concreta, mas também as cortes constitucionais e internacionais ao fazerem os respectivos controles de constitucionalidade e convencionalidade de normas, pois esses tribunais também estão diante de decisões que precisam ser tomadas entre propostas de resolução distintas. Até mesmo os órgãos responsáveis pela produção normativa primária estão sujeitos à atuação por problemas, pois as leis não são elaboradas sem contexto, mas a partir da constatação de um problema prévio no ordenamento normativo, seja por omissão, vagueza etc., que o processo legislativo procura corrigir.⁴⁴

Assumindo-se o direito como sistema aberto e sujeito à contingência dos problemas, reconhece-se que as soluções para aqueles que surgem na prática jurídica não são obtidas por simples dedução de premissas existentes em um sistema de normas hermético e pré-moldado. As premissas existentes no sistema base prévio se tornam elementos, com maior ou menor

⁴⁰ VIEHWEG, T. **Tópica e filosofia del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa editorial, 1997.

⁴¹ A definição de *topos* pode variar bastante entre os autores que tratam da tópica jurídica. Neste trabalho, será empregado o conceito mais amplo de *topos*, que engloba compreensões gerais que são utilizadas na formulação da argumentação em busca de solução de um problema concreto. O tema será retomado adiante, na seção dedicada à proposta metodológica.

⁴² VIEHWEG, 1997, p. 80-85.

⁴³ ROESLER, 2009, p. 40.

⁴⁴ Na compreensão argumentativa do processo legislativo, na gênese do processo de elaboração de uma lei, há sempre um problema social a resolver, esforçando-se a técnica legislativa em compreender as causas desse problema, as alternativas disponíveis para solucioná-lo, os instrumentos que podem ser empregados, entre outras questões que dele decorrem. Sobre o tema, ver: Nascimento (2019, p. 409-414).

autoridade, que devem ser interpretados e cuja aplicação na resolução do problema depende da demonstração de sua melhor qualidade ante as outras premissas igualmente presentes naquele sistema. Essa demonstração se dá através da argumentação, compreendida tanto como o processo que conduz à decisão quanto como a justificativa apresentada para sustentá-la, sendo sobre essa argumentação que recai a pretensão de racionalidade dos argumentativistas atuais.⁴⁵

De fato, Viehweg não desenvolveu uma ideia precisa de racionalidade, tampouco fixou critérios claros para se avaliar a maior ou menor racionalidade da solução apresentada a um problema. Sua obra aponta, no máximo, considerações mais gerais sobre a necessidade de se considerar todos os pontos de vista na resolução dos problemas e buscar o consenso através dos processos argumentativos.⁴⁶

Nos demais precursores das teorias da argumentação, a ideia de racionalidade e os seus critérios de aferição igualmente não são tão claros. Perelmam e Olbrechts-Tyteca propõem o recurso a uma instância de controle ideal da racionalidade denominada “auditório universal”, formado por todos os seres humanos dotados de razão.⁴⁷ Ideia semelhante é ventilada por Toulmin, que interpreta a prática argumentativa geral em analogia com as disputas judiciais e apresenta a ideia de um grande “tribunal da razão”, no qual os argumentos seriam julgados quanto à sua racionalidade.⁴⁸

Os ideais regulativos que se extraem dessas obras da segunda metade do século XX são mais uma indicação de caminhos a serem trilhados pela argumentação jurídica do que propriamente uma proposta normativa de argumentação. O que os precursores apontam é, em primeiro lugar, a necessidade de se compreender o direito como uma prática racional e que, portanto, pode ser avaliada com base em critérios de racionalidade. Assim, por consequência, apontam a necessidade de se pensar quais seriam esses critérios, indicando o diálogo argumentativo como procedimento para estabelecê-los, ao invés do recurso à metafísica ou ao arbítrio decisório.

Esse pensamento acerca do controle da racionalidade da prática jurídica, que apareceu de forma difusa nos precursores, é retomado de forma mais incisiva nas teorias da argumentação posteriores, que trataram o tema de forma mais analítica.

⁴⁵ GARCÍA AMADO, J. A. **Teorias de la tónica jurídica**. Lima: Palestra Editores, 2018, p. 330.

⁴⁶ GARCÍA AMADO, 2018, p. 334–337.

⁴⁷ PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 34–39.

⁴⁸ TOULMIN, S. E. **The uses of argument**. New York: Cambridge University Press, 2003, p. 8.

Essas teorias, conceitualmente agrupadas sob o título de teoria *standard* ou padrão da argumentação jurídica,⁴⁹ esforçaram-se por construir uma ideia de racionalidade fundada em critérios que se sustentem em termos normativos e que sejam passíveis de controle intersubjetivo. A elaboração desses parâmetros de racionalidade é feita por estratégias diversas em cada obra de argumentação jurídica, embora alguns critérios tenham alcançado razoável consenso, como o de que a universabilidade da decisão seja um atributo que milita em favor de sua correção racional, o que está bastante presente nos autores da teoria *standard*, em diversas formas de apresentação.⁵⁰

Existe, portanto, em todas essas teorias da argumentação atuais, alguma ideia de racionalidade e a pretensão de que os meios empregados e os resultados obtidos nos processos argumentativos de resolução de problemas possam ser analisados e/ou avaliados de acordo com parâmetros de racionalidade. Os parâmetros propostos não conduzem obrigatoriamente à ideia de que é possível encontrar uma única resposta correta para cada problema apresentado, mas de que, ao menos, seria possível distinguir entre soluções melhores e piores de maneira justificada, objetivamente.⁵¹

Os parâmetros para a análise e avaliação de decisões jurídicas formuladas pelas teorias da argumentação jurídica variam entre os autores e também quanto à área da argumentação pela qual cada autor se interessa, não sendo, por exemplo, os mesmos para uma decisão em matéria de fatos ou para a argumentação legislativa.⁵² Desse modo, ao invés de apresentar uma enumeração exhaustiva dos critérios possíveis, o que se pretende pontuar neste momento é que há em comum, entre os argumentativistas, o desejo de formular lugares-comuns acerca das estruturas e da qualidade das argumentações, que sejam capazes de possibilitar a discussão e o controle intersubjetivo dos processos decisórios no direito, conferindo racionalidade à prática jurídica.

A racionalidade é compreendida, nesses modelos, não como um atributo metafísico e apriorístico da decisão, mas como uma propriedade que se agrega à argumentação na medida em que ela é submetida ao confronto dialético. Pretende-se, através da correta compreensão da estrutura dos argumentos, da formulação de critérios de avaliação adequadamente justificados e da discussão intersubjetiva acerca de todos esses elementos, contribuir para a construção de

⁴⁹ ATIENZA, 2013, p. 30-31.

⁵⁰ Esse critério é abordado em: Alexy (1997); Atienza (2014b); MacCormick (2005); entre outros.

⁵¹ ATIENZA, 2014b, p. 73.

⁵² Sobre os critérios de avaliação da argumentação em matéria de fatos, ver: González Lagier (2003). Sobre os critérios de argumentação legislativa, ver: Nascimento (2019).

uma prática jurídica que possa ser, em seu conjunto, qualificada como racional, e não como arbitrária.

Desse modo, é possível concluir que as teorias da argumentação jurídica apresentam uma forma de compreensão do direito que possui contornos próprios. No centro dessa forma de lidar com o direito está a preocupação com a dimensão prática da atividade dos juristas, que orientam sua atividade dentro de um contexto institucionalizado e orientado à resolução de problemas. Nesse caminho, seu instrumento principal é a linguagem, através da qual se formulam argumentos, que são a unidade básica e o foco inicial de interesse dos argumentativistas.

Todavia, além de compreenderem o argumento e os processos argumentativos, as teorias contemporâneas da argumentação jurídica avançaram para a construção de critérios que pudessem servir como balizas para se avaliar a maior ou menor qualidade das argumentações apresentadas em diversos contextos jurídicos. Esses critérios não pretendem ser absolutos ou conduzir sempre a uma resposta correta, porém oferecem diretrizes para a discussão da racionalidade das decisões tomadas, possibilitam o controle intersubjetivo e ajudam a distinguir entre respostas melhores ou piores para um problema, bem como a repelir respostas completamente arbitrárias.

Tendo em vista essa caracterização geral das teorias da argumentação jurídica, é possível discutir que interface essa perspectiva teórica pode ter com o direito internacional dos direitos humanos. Com esse objetivo, passa-se a analisar que contribuições uma leitura do direito internacional dos direitos humanos sob o ângulo da argumentação jurídica pode oferecer.

2.1.2 O direito internacional dos direitos humanos como argumentação

Em termos históricos, as teorias da argumentação jurídica e o direito internacional dos direitos humanos são gêmeos univitelinos, que vieram à luz no contexto do segundo pós-guerra, de modo que é conveniente partir de seus marcos iniciais para compreender a relação entre eles.

Os precursores da argumentação jurídica contemporânea desenvolvem seus trabalhos na segunda metade do século XX, no mesmo período em que surgem os primeiros instrumentos normativos dos sistemas universal e regionais de proteção dos direitos humanos.⁵³ Assim, ambos os campos nascem profundamente impactados pela experiência da Segunda Guerra

⁵³ Notadamente, no âmbito universal, a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948; e, no âmbito regional, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969.

Mundial e compartilham uma especial preocupação com a arbitrariedade no exercício do poder estatal e com as formas de limitá-lo.

As teorias da argumentação jurídica apresentam uma proposta para fazer frente ao exercício arbitrário do poder que é direcionada ao interior dos sistemas jurídicos nacionais, preocupada principalmente com a racionalidade dos processos decisórios e com a fundamentação das decisões adotadas pelos agentes estatais, o que pressupõe a adesão comprometida destes e de suas instituições ao Estado constitucional de direito e aos valores e fins a que ele se propõe.⁵⁴

Como resultado da opção por essa forma específica de estruturação constitucional da ordem jurídica, o direito, sob o prisma argumentativo, não é apenas um arcabouço vazio, despido de conteúdo valorativo e passível de ser preenchido indiferentemente com quaisquer normas, desde que atendidas determinadas condições formais de produção destas.⁵⁵ Ao contrário dessa estrutura não valorativa, as teorias da argumentação jurídica recebem, do constitucionalismo contemporâneo, uma visão particular do direito que já vem permeada por valores fundamentais que o limitam.

Nesse contexto, a atividade estatal, em todos os seus níveis, encontra limites não só no texto constitucional que lhes funda, mas também em uma ideologia constitucional que se internaliza na prática jurídica e possui valores preexistentes à constituição formalmente escrita. No centro dessa ideologia está o compromisso com a erradicação do uso arbitrário do poder através da assunção de princípios e direitos fundamentais oponíveis contra o Estado,⁵⁶ bem como a admissão de que é possível, através deles, desenvolver uma racionalidade prática e construir critérios para controlar a atividade dos agentes estatais, seja na esfera executiva, seja

⁵⁴ De fato, as teorias da argumentação jurídica atuais, em especial aquelas que se inserem dentro da chamada teoria padrão ou *standard*, não são teorias aplicáveis a sistemas jurídicos de quaisquer ideologias ou momentos históricos. Ao revés, são teorias que somente encontram real aplicabilidade dentro do contexto histórico-político do constitucionalismo contemporâneo. A esse respeito, Atienza (2014b, p. 72) destaca que entre os traços distintivos de uma concepção argumentativa do direito está a aceitação da ideia de validade em termos substantivos, isto é, “[...] para que uma norma seja válida, deve respeitar os princípios e direitos estabelecidos na Constituição [...]” e “[...] a lei deve ser interpretada de acordo com os princípios constitucionais [...]”. Em verdade, sem o pano de fundo do constitucionalismo e de seus pressupostos, especialmente a existência de direitos fundamentais e de limitações ao exercício do poder pelo Estado, as atuais teorias da argumentação jurídica não fariam sentido.

⁵⁵ Esse enfoque estrutural e independente do conteúdo é traço marcante do positivismo jurídico metodológico que, por opção teórica, quis enxergar o direito despido de qualquer conteúdo valorativo, sendo certo que Hans Kelsen, um de seus principais expoentes, justificava essa opção exclusivamente por razões de método, sem desconhecer ou negar a conexão do direito com a moral, a política e outras ciências. Ver: Kelsen (1973, p. 1-2).

⁵⁶ AGUILÓ REGLA, J. Sobre la constitución del Estado constitucional. **DOXA**: Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, n. 24, p. 429-458, 2001.

na legislativa ou judicial, embora esta última tenha recebido maior atenção dos argumentativistas.⁵⁷

No campo do direito internacional dos direitos humanos, a proposta de controle sobre a atividade estatal é construída com base em estruturas externas ao Estado nacional. Há a reivindicação de um conjunto de exigências oponíveis contra os Estados pelos indivíduos em razão tão somente da sua condição de seres humanos, independentemente do reconhecimento da nacionalidade ou da cidadania, as quais são assumidas como verdadeiros direitos indisponíveis ao Estado nacional e cuja observância é cogente.⁵⁸ Os direitos humanos assim conformados são, portanto, instrumentos de contestação que podem ser invocados contra o poder normativo nacional interno, estando impregnados de uma pretensão de resistência à dominação e à brutalidade da força, inclusive quando estas são empregadas pelo próprio Estado.⁵⁹

A fundamentação desses direitos supraestatais ora é tratada como uma questão metafísica sujeita à atividade de descoberta pelo intérprete concreto,⁶⁰ ora como uma criação humana sujeita à dialética da construção e da reconstrução ao longo da história.⁶¹ Seja qual for o fundamento que se aponte, esses direitos decorrentes da dignidade humana implicariam os Estados e, tendo em vista as massivas violações ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, lançariam sobre estes uma acentuada desconfiança.

Com efeito, a experiência dos regimes totalitários do século XX mostrou que os Estados não só poderiam ser indiferentes às suas obrigações com os direitos humanos como poderiam tornar-se os seus principais violadores. Por essa razão, as construções do segundo pós-guerra em torno dos direitos humanos trataram tanto de positivizar as obrigações decorrentes da

⁵⁷ Uma das principais críticas dirigidas às teorias da argumentação jurídica é justamente o seu excessivo enfoque sobre a atuação dos juízes em tribunais superiores, deixando de lado outros importantes campos da argumentação no direito, como a argumentação legislativa, a argumentação nos processos negociais, a argumentação da dogmática etc. (Atienza, 2013, p. 31). Também a argumentação no âmbito dos sistemas internacionais não tem recebido grande atenção das teorias da argumentação jurídica, lacuna que motivou o desenvolvimento deste trabalho.

⁵⁸ Grande parte dos direitos reconhecidos como direitos humanos são atualmente compreendidos como normas de *jus cogens*, obrigatórias no âmbito internacional e inderrogáveis pela vontade de um Estado. Essa discussão será retomada à frente, no texto. Sobre o tema, ver: Ramos (2016, p. 190–206).

⁵⁹ A esse respeito, ao examinar o conceito de direitos humanos nas obras de diversos autores, destaca a caracterização desses direitos como uma racionalidade de resistência, em oposição à persistente brutalidade humana, como expressão de um contrapoder dos absolutismos do Estado ou de agentes privados.

⁶⁰ Entre os autores que defendem uma concepção metafísica dos direitos humanos, destacam-se Tomás de Aquino e Hugo Grotius, sendo que, para o primeiro, estes direitos decorreriam de uma razão divina inscrita na natureza humana, enquanto o segundo defendia a existência de uma ordem natural de direitos decorrentes da razão humana. Sobre o tema, ver: Ramos (2016, p. 53–54).

⁶¹ Nesse campo, incluem-se tanto concepções positivistas acerca dos direitos humanos quanto outras concepções de vertente marxista. Para exemplos de perspectivas históricas dos direitos humanos, ver: Bobbio (2004); Flores (2002); e Santos (1997).

dignidade humana em instrumentos normativos internacionais quanto de criar mecanismos de responsabilização internacional dos Estados, caso essas obrigações internacionais fossem descumpridas.⁶²

Assim, percebe-se que a pretensão de limitação do poder estatal presente no movimento constitucionalista e encampada no posterior desenvolvimento das teorias da argumentação jurídica também está presente na raiz da compreensão contemporânea do direito internacional dos direitos humanos. Não por acaso, há diversas propostas teóricas de compreensão que caracterizam os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos como sendo a concretização de um constitucionalismo global, vocacionado a uma mais ampla proteção de direitos.⁶³

Desse modo, é interessante notar que as teorias da argumentação jurídica e o direito internacional dos direitos humanos, embora partindo de visões teóricas distintas e atuando inicialmente com propostas de abordagem diversas, acabaram reverberando uma mesma inquietação com o controle da atividade estatal e com os riscos do solipsismo autoritário que pode assaltar a estrutura do Estado – medos latentes na prática jurídica desde o segundo pós-guerra e que se renovam de tempos em tempos.

De fato, as teorias da argumentação jurídica tomaram como base o movimento político-filosófico do constitucionalismo e concentraram seus esforços iniciais na prática judicial interna, em especial, na prática dos juízes constitucionais e dos conflitos valorativos por eles enfrentados. Alcançou-se, inicialmente, por esse caminho, a criação de um conjunto de critérios para avaliação da atividade dos juízes e, de maneira reflexa, das demais instâncias de poder que se submetem ao controle jurisdicional. Assim, ainda que ausente, em um primeiro momento, uma abordagem direta da argumentação jurídica nos poderes legislativo e executivo, a assunção da perspectiva argumentativa na atividade dos juízes atingiria todos os âmbitos da atuação do Estado, em razão do controle jurisdicional ao qual se submetem todos os órgãos públicos.

De outra parte, o direito internacional dos direitos humanos recuperou fontes humanistas de diversas vertentes e tempos históricos para construir diplomas normativos e sistemas de proteção supraestatais centrados no ideal da dignidade humana. Com essa abordagem, houve a criação de um conjunto normativo cuja aplicação demanda dos Estados, principalmente através de seus poderes executivo e legislativo, a criação de leis e políticas públicas internas que deem cumprimento aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Estas normas cogentes de

⁶² PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e Justiça Transnacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 44–45.

⁶³ PIOVESAN, 2005, p. 47.

direitos humanos direcionadas mais diretamente à atuação dos legisladores e plenipotenciários do Estado em suas relações internacionais também atingiram reflexamente os juízes nacionais, chamados a controlar, no plano interno, o respeito ao direito internacional dos direitos humanos, impondo a observância dessas normas tanto aos agentes do Estado nacional quanto aos particulares submetidos à sua jurisdição.⁶⁴

Além de uma vinculação quanto ao contexto histórico em que surgiram e às aspirações de controle da arbitrariedade estatal, o direito internacional dos direitos humanos e as teorias da argumentação jurídica estabeleceram entre si uma relação de pertencimento, a partir da percepção de que existe um direito humano à argumentação na fundamentação das decisões judiciais, como garantia judicial mínima.

Tanto no sistema universal como nos sistemas regionais de direitos humanos são enumeradas uma série de regras acerca da administração da justiça pelos Estados, que compõem o direito ao devido processo legal e a um julgamento justo. Nesse sentido, a Declaração Universal,⁶⁵ em seu art. 8º, consagra o direito de toda pessoa à obtenção, perante os tribunais nacionais, de proteção contra a violação dos seus direitos, ao passo que nos arts. 9º e 10º é vedada a privação arbitrária da liberdade e exigido, para decisões acerca de seus direitos, deveres e acusações criminais, um prévio julgamento justo, público, independente e imparcial. Esses mesmos direitos foram ratificados no art. 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de 1966.⁶⁶

Embora não expressamente citado nos documentos do sistema universal, o Comitê de Direitos Humanos da ONU (CDH), responsável por supervisionar o cumprimento do PIDCP, tem recebido diversas petições acerca da falha dos tribunais nacionais em prover julgamentos fundamentados aos seus jurisdicionados, especialmente nos casos que envolvem a aplicação de sanções penais graves, como a pena de morte.⁶⁷ Sobre o tema, por ocasião do julgamento do caso *Victor Francis vs Jamaica*, o referido Comitê, ao analisar a omissão do Estado jamaicano em oferecer ao peticionante uma decisão escrita e fundamentada quanto à imposição da pena capital, expressou sua compreensão de que o direito humano a um julgamento justo exige que

⁶⁴ Importante anotar que, no plano internacional, o Estado é igualmente responsável pelas violações aos direitos humanos praticados por particulares em seu território que não tenham sido devidamente reprimidos pelos seus agentes. A esse respeito, ver a fundamentação da condenação do Estado brasileiro no caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde”: OEA (2016c).

⁶⁵ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948.

⁶⁶ ONU. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Nova York: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1966.

⁶⁷ ONU. **Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers**. Nova York: ACNUDH: Associação Internacional de Advogados, 2003, p. 253-254.

as decisões judiciais sejam devidamente fundamentadas – *duly reasoned* –, concluindo, no caso concreto, pela ausência do devido processo legal, com a necessidade de imediata liberação do peticionante como remédio efetivo para fazer cessar a violação aos direitos humanos.⁶⁸

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) igualmente prescreve o devido processo legal, nele incluindo, em seu art. 6º, o direito de que as causas apresentadas aos juízes sejam examinadas, em tempo razoável, de forma equitativa, pública, independente e imparcial.⁶⁹ Embora não expressamente previsto o dever de argumentação pelos juízes no diploma europeu, ele pode ser depreendido do dever de examinar as causas, pois o efetivo exame de uma disputa judicializada exige o confronto entre razões e a formulação de argumentos em favor de uma ou outra posição sustentada por quem decide. Essa correspondência entre exame efetivo e fundamentação argumentativa foi desenvolvida na jurisprudência regional.

De fato, as implicações do direito ao devido processo legal sobre a fundamentação das decisões judiciais foram examinadas em diversos casos pela Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH), que sedimentou uma compreensão geral de que é dever dos tribunais oferecer argumentos suficientes para responder aos aspectos essenciais das questões fáticas e normativas – sejam eles substanciais ou procedimentais – apresentados pelas partes.⁷⁰ Em uma de suas decisões com maior impacto sobre essa tema, proferida no caso *Taxquet v. Belgium*, a Corte EDH compreendeu que esse dever de justificação seria extensível inclusive aos julgamentos efetuados por jurados leigos, instituição cuja compatibilidade com os direitos humanos estaria condicionada à existência de um procedimento que, em seu conjunto, fosse capaz de possibilitar que o acusado e o público em geral pudessem compreender os fundamentos do veredicto.⁷¹

A experiência americana também alcançou a compreensão de que o direito de receber razões justificativas em uma decisão judicial é um direito humano. O art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) – ou Pacto de San José da Costa Rica – consagra

⁶⁸ ONU. Comitê de Direitos Humanos. Communication no. 320/1988: Victor Francis vs. Jamaica. **Report of the Human Rights Committee**: U.N. GAOR, 48th Sess., Nova York, Supp. n. 40, U.N. Doc. A/48/40, parte II, anexo XII, seção K, at 62. 7 out. 1993.

⁶⁹ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Roma: Conselho da Europa, 1950.

⁷⁰ VITKAUSKAS, D.; DIKOV, G. **Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights**. 2. ed. Estrasburgo: Council of Europe Documents and Publications Production Department, 2017, p. 99–101.

⁷¹ THAMAN, S. C. Should Criminal Juries Give Reasons for Their Verdicts: The Spanish Experience and the Implications of the European Court of Human Rights Decision in *Taxquet v. Belgium*. **Chicago-Kent Law Review**, Chicago, v. 86, n. 2, p. 613-668, 2011.

as garantias judiciais mínimas, enfatizando o direito de qualquer pessoa em ser ouvida pelas autoridades judiciais em processos de qualquer natureza, reiterando a necessidade de independência e imparcialidade dos julgadores e assegurando, ao menos no âmbito criminal, o recurso a uma instância superior.⁷² Todas essas garantias somente podem ser efetivamente concretizadas caso a decisão judicial proferida torne públicos os seus argumentos, a fim de demonstrar que as partes foram efetivamente ouvidas e respondidas, que as razões invocadas para decidir não estão contaminadas por interesses parciais e que estes fundamentos podem ser sindicados por uma instância superior.

O dever de argumentação implicitamente constante no texto americano foi explicitado pela Corte IDH, que construiu sua jurisprudência no sentido de que é exigível que decisões judiciais, bem como certas decisões administrativas gravosas, apresentem motivação expressa, compreendendo-se esta como a exteriorização de uma justificação racional da qual seja possível alcançar uma conclusão. Essa jurisprudência foi reafirmada em 2021, com a condenação do Estado peruano no caso *Moya Solís Vs. Perú*, no qual se ratificou que a argumentação de uma decisão deve permitir conhecer quais foram os fatos, os motivos e as normas em que se fundamentou a autoridade estatal para se posicionar em determinado sentido, a fim de se descartar qualquer indício de arbitrariedade.⁷³

Também na mais recente experiência regional em direitos humanos, estabelecida com a criação da Corte Africana de Direitos do Homem e dos Povos (Corte ADHP), em funcionamento desde 2006, o tema da argumentação nas decisões judiciais já foi enfrentado. A Carta Africana de Direitos Humanos, em seu art. 7º, consagra o direito de acesso aos tribunais nacionais, a fim de que as causas apresentadas dentro do Estado sejam examinadas pelos juízes,⁷⁴ assegurando-se o exercício da defesa e a imparcialidade jurisdicional, garantias que, como já explanado, somente podem ser concretamente atendidas se houver a exigência de uma adequada fundamentação nas decisões judiciais. Os padrões mínimos para um julgamento justo, conforme a Carta Africana, foram aprofundados pela Corte ADHP no julgamento de um conjunto de casos apresentados contra o Estado da Tanzânia sobre garantias judiciais.⁷⁵

⁷² OEA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. São José, Costa Rica: OEA, 1969.

⁷³ OEA. **Caso Moya Solís Vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de junio de 2021. Serie C No. 425. São José, Costa Rica: Corte IDH, 3 jun. 2021a..

⁷⁴ OAU. **African Charter on Human and Peoples' Rights**. Nairobi: OAU, 1981.

⁷⁵ Até setembro de 2017, havia 78 casos pendentes de julgamento contra a Tanzânia, todos alegando violações relacionadas ao direito a um julgamento justo. A Corte ADHP já julgou o mérito de cinco casos contra o Estado (casos Abubakari, Jonas, Nganyi, Onyachi e Thomas), explorando diversos aspectos da administração da justiça no âmbito nacional. Após sucessivas condenações, em 14 de novembro de 2019, a Tanzânia retirou sua aprovação ao art. 34.6 do Protocolo Facultativo à Carta Africana, impedindo o acesso direto de petições individuais à Corte ADHP, sob a alegação de que o referido protocolo foi implementado contrariamente às

Em um desses julgamentos, ao analisar o pleito veiculado no caso Abubakari v. Tanzania, a Corte ADHP concluiu pela violação do direito a um julgamento criminal justo em razão de uma dupla falha nos argumentos em matéria de fatos apresentados pela jurisdição nacional: em primeiro lugar, porque o único elemento apresentado para fundamentar o raciocínio probatório que levou à condenação foi uma prova testemunhal repleta de inconsistências; em segundo lugar, porque a explicação alternativa para os fatos, apresentada pelo acusado em forma de alibi, não recebeu a devida atenção e resposta nas decisões proferidas no âmbito interno.⁷⁶ Assim, o descumprimento, pelos agentes do Estado, do dever de argumentar satisfatoriamente as razões da condenação, conduziu ao reconhecimento da responsabilização internacional pela violação aos direitos humanos e ao consequente dever de reparação.

Da análise dos diplomas normativos citados e da compreensão a eles atribuída pelos respectivos órgãos interpretativos, é possível depreender que o desenvolvimento de teorias da argumentação jurídica para as decisões judiciais é um instrumento relevante para a concretização do direito humano a um julgamento justo. Não há dúvida de que tanto o direito internacional dos direitos humanos quanto as teorias da argumentação jurídica compartilham da convicção de que as decisões judiciais não só podem ser racionalmente fundamentadas como devem sê-lo, bem como de que há critérios, ainda que mínimos, para se constatar a qualidade da argumentação empregada. Assim, o aumento da qualidade da argumentação nas decisões judiciais é, ao mesmo tempo, uma meta perseguida pelos argumentativistas e a concretização de um dos postulados mais fundamentais do direito internacional dos direitos humanos.

Além da imbricação teórico-normativa entre a argumentação jurídica e o direito internacional dos direitos humanos, o desenvolvimento desses dois campos ao longo dos últimos anos os conduziu a um encontro prático. Sob esse ponto de vista, é possível distinguir duas situações: a) quando juízes nacionais⁷⁷ precisam aplicar argumentação jurídica para lidar com a introdução de elementos do direito internacional dos direitos humanos em suas decisões internas; e b) quando juízes internacionais em matéria de direitos humanos (doravante, juízes

reservas feitas pelo Estado no momento de sua aceitação. Sobre o tema, ver: Possi (2017, p. 311-336). A declaração de retirada do Estado da Tanzânia quanto ao art. 34.6 do Protocolo facultativo pode ser conferida em: https://www.african-court.org/wpafc/wp-content/uploads/2020/10/Withdrawal-Tanzania_E.pdf. Acesso em: 15 dez. 2021.

⁷⁶ UNIÃO AFRICANA. **Merits on Application 007/2013**. Requerente: Mohamed Abubakari. Requerido: República Unida da Tanzânia. Arusha, Tanzânia: AfCHPR, 2016b.

⁷⁷ A denominação “juízes nacionais” será empregada em sentido amplo, abrangendo todos os agentes que exercem jurisdição no âmbito do Estado nacional.

internacionais)⁷⁸ – ou outros atores com funções quase judiciais em órgãos internacionais similares – precisam construir decisões com estrutura argumentativa assemelhada às decisões judiciais internas para resolver questões relativas à aplicação do direito internacional dos direitos humanos.

Sob a perspectiva dos juízes nacionais, a utilização de elementos do direito internacional dos direitos humanos em suas decisões exige uma técnica argumentativa com traços específicos frente às fundamentações amparadas em subsídios do direito interno. Ao empregar as fontes do direito internacional dos direitos humanos, sejam elas tratados, precedentes internacionais, normas costumeiras ou quaisquer outras fontes, o juiz precisa argumentar acerca de questões como a internalização dessas normas no ordenamento jurídico nacional, o seu grau de vinculatividade, a sua pertinência em perspectiva comparada e eventuais conflitos entre essas fontes internacionais e as fontes internas, inclusive no que tange aos conflitos entre decisões de tribunais nacionais superiores e de tribunais internacionais.

Ao tratar da argumentação a partir de elementos de direito comparado em geral, cujo raciocínio pode ser estendido aos argumentos em direito internacional,⁷⁹ Atienza, em diálogo com Laura Clérico,⁸⁰ propõe uma estrutura argumentativa com três premissas: a primeira, consiste em identificar a situação enfrentada e a solução alcançada no âmbito não nacional; a segunda, consiste em identificar quais circunstâncias se assemelham o caso enfrentado no contexto não nacional do caso que se apresenta no contexto nacional; por fim, uma terceira premissa deveria ser inserida no silogismo anterior, para justificar que a solução alcançada no âmbito externo possui algum peso vinculante em relação à solução que deve ser adotada internamente.

A estrutura formal desse argumento pode ser assim representada:

⁷⁸ A denominação “juízes internacionais” será empregada em sentido amplo, abrangendo todos os agentes internacionais investidos de autoridade para interpretar os textos internacionais em direitos humanos e decidir as disputas entre sujeitos internacionais, nestes incluídos os indivíduos, quando admissível.

⁷⁹ Essa aplicação aos argumentos em direito internacional não dispensa que se tenha atenção à compreensão às regras próprias de utilização do direito internacional, que podem ser mais claras, como no direito comunitário europeu, ou menos óbvias, como no direito interamericano (Roesler, 2022).

⁸⁰ CLÉRICO, L. Sobre el argumento de derecho comparado y la argumentación jurídica. *In*: AGUILÓ REGLA, J.; GRÁNDEZ CASTRO, P. P. (ed.). **Sobre el razonamiento judicial**: una discusión con Manuel Atienza. Lima: Palestra Editores, 2017, p. 127–152.

Diagrama 1 – Estrutura do argumento em direito comparado, segundo Manuel Atienza

1. O Direito comparado (ou o direito interno de um ou vários estados; ou o Direito internacional) estabelece a solução **S** para os casos do tipo **C**;
 2. O caso que aqui se coloca é do mesmo tipo de **C**;
 3. É justificado reconhecer ao Direito comparado um peso vinculante **P** nos casos de tipo **C**.
- Conclusão: Existe uma razão (com um peso vinculante **P**) para atribuir ao caso aqui em exame a solução **S**.

Fonte: elaborado pelo autor baseado em Atienza.⁸¹

Essa forma de justificação interna do argumento é útil à argumentação dos juízes nacionais, ao aplicar especificamente o direito internacional dos direitos humanos. Todavia, para sua operacionalização, é preciso considerar-se algumas particularidades na justificação externa do argumento, ou seja, na formulação de suas premissas.⁸²

Na formulação das premissas 1 e 2, que formam o silogismo clássico da adjudicação normativa, é preciso considerar-se que o material normativo disponível no âmbito do direito internacional dos direitos humanos é normalmente difuso e impreciso, repleto de normas com elevado grau de abstração e sem condições de aplicabilidade peremptoriamente definidas.⁸³

Assim, a constatação de que uma determinada fonte do direito internacional dos direitos humanos “estabelece” uma solução para alguma situação provavelmente exigirá argumentos interpretativos mais complexos do que aqueles empregados em discussões de direito interno ou de outros ramos do direito internacional cujas normas sejam mais taxativas, como as que decorrem de Tratados comerciais internacionais.

Além disso, a própria identificação dos elementos que constituem o direito internacional dos direitos humanos é mais problemática do que em outros ramos do direito. Isso porque, embora os Tratados internacionais em direitos humanos tenham enorme importância, uma parte considerável do que constitui o direito internacional dos direitos humanos decorre de fontes não escritas, como o costume internacional e as normas de *jus cogens*,⁸⁴ bem como da

⁸¹ ATIENZA, Manuel. Epílogo (abierto). In: Clérico (2017, p. 432).

⁸² Na teoria da argumentação contemporânea, a justificação interna do argumento compreende a articulação lógica entre as premissas e a conclusão do argumento, ao passo que a justificação externa compreende o raciocínio necessário para se construir cada premissa. Sobre o tema, ver: Atienza (2013, p. 31).

⁸³ As normas de direito internacional dos direitos humanos são compreendidas como cláusulas abertas, orientadas pelo princípio da não tipicidade, sujeitas a uma interpretação evolutiva e com eficácia irradiante. Sobre o tema, ver: Ramos (2016, p. 263-265).

⁸⁴ A partir de uma interpretação dos arts. 53 e 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos tratados, as normas de *jus cogens* compõem um conjunto de disposições imperativas de direito internacional geral, reconhecidas pela comunidade internacional e que não admitem derrogação por tratados. O conceito e a amplitude do rol de normas que compõem o *jus cogens*, especialmente no campo do direito internacional dos direitos humanos, tem sido alvo de expansão e críticas nas últimas décadas. Sobre o tema, ver: Cançado Trindade (2009).

jurisprudência dos tribunais internacionais.⁸⁵ Saber reconhecer e utilizar essas fontes pode ser particularmente difícil em países nos quais as fontes de direito escritas e legisladas sejam preponderantes.

Além do já exposto, no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, há uma série de normas cuja aplicação pode estar sujeita a uma margem de apreciação nacional.⁸⁶ A interpretação desse tipo de norma exigiria que o intérprete identificasse o que constitui o núcleo inegociável do direito humano invocado, o qual não se sujeita à discricionariedade do Estado, e o que está compreendido em sua margem de conformação, admitindo eventuais interpretações e limitações localmente estabelecidas. Assim, identificar quais normas comportam essa margem de apreciação, os limites dela e as consequências de eventual abuso em seu manejo pelo Estado são tarefas que exigem do juiz nacional atenção especial ao construir as premissas de um argumento em direito internacional dos direitos humanos.

É importante destacar, ainda, que o juiz nacional, ao avaliar normas e situações jurídicas no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, precisa considerar que as regras estabelecidas no plano internacional contemplam uma série de situações jurídicas extraídas de tradições legais diversas, inclusive com algum sincretismo entre elas, de modo que a interpretação dos institutos jurídicos e dos casos em comparação exige, em regra, uma análise menos formalista.

De fato, nos diplomas internacionais de direitos humanos, formas jurídicas diversas podem desempenhar, em distintas tradições, funções muito similares. Não há razão para pressupor que institutos jurídicos com significado razoavelmente preciso internamente, como prisão, propriedade, família etc., tenham o mesmo significado nos diplomas internacionais de direitos humanos. O conjunto linguístico e cultural que auxilia a interpretação dessas formas jurídicas no âmbito nacional não coincide com aquele presente no âmbito internacional, sendo este comumente mais amplo, diverso e desconhecido pelos atores jurídicos internos.

Um problema desse tipo se apresentou em relação à interpretação do art. 7 (5) da CADH no Brasil. O referido dispositivo internacional dispõe que toda pessoa detida ou retida deve ser

⁸⁵ Evidentemente, não se nega a existência dessas mesmas fontes em outros ramos do direito internacional, porém se acentua a especial relevância e a comparativa maior presença delas no âmbito do direito internacional dos direitos humanos.

⁸⁶ A doutrina da margem de apreciação, cujo principal expoente é a jurisprudência da Corte EDH, tem como principal objetivo tentar conciliar a universalidade dos direitos humanos e o respeito à soberania dos Estados e aos seus processos democráticos internos. A referida doutrina não possui bases teóricas solidamente estabelecidas, sendo objeto de diversas reconstruções distintas e críticas acadêmicas, especialmente em razão do casuísmo na definição dos direitos que se submetem a essa margem e da abertura que ela proporciona para a validação de violações internas aos direitos de grupos vulneráveis. Para uma discussão sobre o tema, ver: Letsas (2006).

conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais. No âmbito interno, as categorias “detida” ou “retida” tiveram de ser transpostas para as formas de privação de liberdade existentes no ordenamento brasileiro, suscitando discussão acerca de quais espécies de prisão se sujeitariam à norma internacional.⁸⁷ Igualmente, discutiu-se o que seria, no âmbito interno, uma “autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”, havendo propostas de que um delegado de polícia se qualificasse nessa categoria.⁸⁸ Além disso, foi questionado se a “condução” prevista na norma internacional estaria satisfeita com o procedimento de análise do auto de prisão em flagrante pelo juiz, por escrito, previsto internamente.⁸⁹

Como se nota, na interpretação das normas do direito internacional dos direitos humanos, o juiz nacional, além de qualificar os fatos nas categorias jurídicas presentes em seu ordenamento jurídico nacional, precisará qualificar as categorias do seu ordenamento interno diante das normas internacionais, observados os princípios interpretativos gerais aplicáveis ao campo dos direitos humanos. Essa atividade de qualificação entre institutos jurídicos irá requerer especial deferência às finalidades protetivas que norteiam as normas do direito internacional dos direitos humanos e o manejo de algum conhecimento em direito comparado.

Em relação à premissa 3, o peso a ser atribuído ao direito internacional dos direitos humanos no âmbito interno é objeto de inúmeras controvérsias, tanto quanto à fonte de onde ele deriva quanto ao *status* que lhe deve ser conferido.

Em se tratando de direitos extraídos de tratados internacionais, a discussão tradicional distingue os sistemas monistas, em que as normas internacionais e nacionais integram imediatamente um único ordenamento, e os sistemas dualistas, em que as normas internacionais integram um ordenamento diverso das normas nacionais, exigindo-se, para a sua transposição entre os ordenamentos, um procedimento formal de internalização. Todavia, esse modelo, isoladamente, não contempla a complexidade atual dos tratados internacionais de direitos humanos.

⁸⁷ O tema está sendo objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação n. 29.303/RJ, em que foi deferido pedido liminar em face de Resolução do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que limitava a realização da apresentação do preso em juízo às prisões em flagrante, determinando-se a realização do ato “[...] em todas as modalidades prisionais, inclusive prisões temporárias, preventivas e definitivas.”

⁸⁸ NETO, A. F.; NOVAES, P. L. P. A possibilidade do delegado de polícia realizar a audiência de custódia. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, v. 4, n. 2, p. 170-190, 2019.

⁸⁹ O tema foi resolvido legislativamente com a edição da Lei n. 12.403/11, que estabeleceu a realização da audiência de custódia em paralelo ao procedimento escrito do auto de prisão em flagrante, ambos perante o juiz togado.

De fato, seja nos sistemas dualistas, após o procedimento de internacionalização, seja nos sistemas monistas, após a ratificação do tratado, há uma série de questões que precisam ser resolvidas em torno da acomodação da norma internacional. Essas questões – nas quais as normas de direito internacional de direitos humanos têm recebido tratamento diferenciado em razão da natureza dos bens por elas protegidos⁹⁰ – incluem o seu *status* hierárquico, a sua relação hermenêutica com as demais normas do ordenamento e a sua integração com o sistema jurídico como um todo, inclusive com as decisões judiciais e atos jurídicos que antecederam a sua internalização. Assim, afirmar a internalização ou a incorporação direta de um tratado em direitos humanos é apenas um passo na premissa a ser construída em torno do peso que lhe deve ser atribuído.

A questão se torna mais intrigante quando a origem da norma internacional de direitos humanos não é um tratado internacional. O emprego de fontes como o *jus cogens*, a jurisprudência dos Tribunais internacionais ou as recomendações de órgãos internacionais de direitos humanos não exige procedimentos formais de internalização ou ratificação, de maneira que se mostra especialmente problemático verificar se elas possuem força autoritativa ou, ainda que não a possuam, o grau de relevância que se lhes deve atribuir, especialmente como vetor interpretativo de outras normas.⁹¹

Os ordenamentos jurídicos nacionais têm adotado diversas soluções – explícitas ou não – em suas legislações, para a integração dessas outras fontes do direito internacional dos direitos humanos.⁹² A abordagem do tema pelos juízes nacionais constitui, assim, uma tarefa argumentativa específica, não só quanto à existência de um peso vinculante ou não, mas igualmente quanto aos graus de vinculação e relevância aplicáveis.

Esse breve compilado dos problemas enfrentados pelos juízes nacionais na construção de argumentos a partir de elementos do direito internacional dos direitos humanos certamente não é exaustivo nem pretende oferecer um esquema completo desse tipo de argumentação.

⁹⁰ Exemplificativamente, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 349.703/RS, antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45/04, estabeleceu que as normas internacionais de direitos humanos devem receber tratamento especial dentro do ordenamento jurídico, consagrando, diferentemente do que ocorre quanto aos tratados internacionais em geral, a sua posição de “supralegalidade”, ou seja, superior às demais normas ordinárias, porém inferior à Constituição.

⁹¹ Um exemplo dessa discussão é o peso argumentativo que as opiniões consultivas da Corte IDH exercem na jurisprudência do próprio tribunal e dos tribunais dos Estados que integram o sistema interamericano, a despeito da ausência de força vinculante formal. Sobre o tema, ver: Díaz Arce (2022).

⁹² A esse respeito, por exemplo, a Corte Constitucional da Colômbia já admitiu que normas de direito humanitário compõem o *jus cogens*, incorporando-se automaticamente ao ordenamento jurídico interno e com *status* supraconstitucional. Por sua vez, as Cortes Constitucionais do Equador e da Bolívia recepcionam a jurisprudência da Corte IDH como parte integrante do bloco de constitucionalidade nacional (Legale, 2019. p. 175-254).

Trata-se, apenas, de colocar em evidência mais um aspecto no qual a aproximação entre as teorias da argumentação jurídica e o direito internacional dos direitos humanos pode ser proveitoso.

Sob outro ângulo, observando-se a interação prática entre o direito internacional dos direitos humanos e a argumentação jurídica pela ótica dos juízes internacionais, campo de atuação que será objeto central dessa investigação, há dois momentos em que o problema da argumentação emerge de maneira mais nítida: a) quando os juízes internacionais examinam argumentações dos órgãos encarregados da aplicação do direito no âmbito interno, a fim de verificar a satisfação do direito humano ao devido processo legal (atividade de controle de argumentações dos tribunais internos); b) e quando juízes internacionais precisam argumentar em suas próprias decisões para justificar as conclusões por eles defendidas acerca das normas que aplicam e dos fatos que julgam (atividade de argumentação própria).⁹³

Quanto à primeira situação, tendo em vista que a exigência de argumentação nas decisões judiciais integra o direito humano ao devido processo legal, como já sustentado anteriormente, os juízes internacionais passam a desempenhar um papel importante na definição de estândares argumentativos mínimos que devem ser adotados pelas jurisdições nacionais dos Estados partes sujeitos à sua competência.

Ao exercerem essa atividade, os juízes internacionais não se convertem em uma nova instância para a rediscussão do mérito das decisões judiciais internas, tendo em vista que não irão discutir o acerto ou desacerto da solução encontrada pelos juízes nacionais. Será realizado, exclusivamente, um juízo de controle, confrontando-se as razões apresentadas nas decisões judiciais nacionais com os parâmetros internacionais exigíveis, para que a administração da justiça esteja em conformidade com os direitos humanos.⁹⁴

As decisões internacionais no exercício dessa atividade de controle das argumentações dos tribunais internos são metadecisões, ou seja, decisões sobre como devem ser as decisões judiciais. Por certo, a construção dessas metadecisões exige que os juízes internacionais também desenvolvam uma argumentação própria para justificar as interpretações que estão sendo adotadas acerca das normas internacionais de devido processo legal. Todavia, para fins

⁹³ A divisão indicada pretende apenas elucidar momentos distintos em que o problema da argumentação se apresenta perante juízes internacionais. Não se trata de uma divisão ontológica, tampouco supõe que haja uma linha clara e intransponível entre as atividades.

⁹⁴ Os órgãos internacionais se esforçam em não serem vistos como uma simples “quarta instância” de litígio, expressando enfaticamente não serem os espaços adequados para revisar erros na investigação dos fatos ou na aplicação da lei por um tribunal nacional, salvo quando os procedimentos adotados no âmbito interno configurem eles próprios uma violação de direitos humanos. Sobre o tema, ver: Rodríguez-Pinzón (2011, p. 173-208).

metodológicos, é importante destacar a especificidade desse tipo de decisão, na qual a argumentação jurídica é o meio de externalização do raciocínio e, ao mesmo tempo, o objeto do conteúdo desenvolvido. Em julgamentos dessa natureza, os juízes internacionais tanto podem se utilizar das teorias da argumentação jurídica como oferecer elementos para o seu desenvolvimento.

De outro lado, quando não se trata especificamente de uma decisão sobre o respeito à cláusula do devido processo legal na fundamentação judicial, os juízes internacionais desempenham uma atividade de argumentação própria para interpretar as demais normas do direito internacional dos direitos humanos e os fatos que lhes são apresentados, com o objetivo de solucionar os casos concretos que lhes chegam dos diversos ordenamentos jurídicos nacionais. Nessa atividade, os juízes internacionais terminam por se imiscuir em uma ampla gama de temas dos mais variados ramos presentes no direito interno, como os direitos de família, penal, administrativo etc.

A prática decisória dos juízes internacionais em direitos humanos é usualmente comparada à atividade dos juízes constitucionais. De fato, há inúmeras semelhanças entre as tarefas desempenhadas nesses dois contextos, notadamente entre os textos constitucionais e as grandes convenções internacionais em matéria de direitos humanos que deram origem aos sistemas regionais; assim como entre o controle de constitucionalidade interno e o controle de convencionalidade internacional. Além disso, ao fundamentar as suas decisões, as próprias Cortes internacionais de direitos humanos deixam transparecer a impressão de que elas se autocompreendem como tribunais constitucionais transnacionais.⁹⁵

Todavia, se a analogia com as cortes constitucionais é bastante útil para se compreender certos aspectos da atividade dos juízes internacionais, ela parece insuficiente quanto à dimensão argumentativa de sua atividade. De fato, a jurisdição internacional possui pressupostos, alcance e finalidades diversas daquelas exercidas por uma corte constitucional interna, o que aponta no sentido de que a argumentação nela desenvolvida precisa incorporar aspectos não presentes nesta.

Sobre a atividade do juiz internacional, podem incidir, a título exemplificativo, questões acerca da implementação de seus precedentes sobre países com sistemas políticos e econômicos diversos, preocupações acerca do multiculturalismo e da necessária coesão política entre os Estados que compõem o organismo internacional que integram, dificuldades em torno do

⁹⁵ LEGALE, S. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 165-175.

cumprimento de suas decisões na ausência de instrumentos coercitivos fortes, e diversas outras matérias que não se apresentam perante as cortes constitucionais nacionais.

Portanto, uma vez que a decisão a ser proferida pelo juiz internacional precisa lidar com problemas diversos, o argumento a ser construído por ele precisa, igualmente, refletir essa singularidade do seu espaço jurisdicional. Tal constatação compele ao desenvolvimento de uma teoria da argumentação jurídica para os juízes internacionais em matéria de direitos humanos que incorpore essas reflexões, objeto sobre o qual este estudo se debruçará a partir da abordagem empírico-indutiva que será delineada adiante.

Como é perceptível, a argumentação jurídica e o direito internacional dos direitos humanos compartilham conexões sobretudo na dimensão prática do direito e, portanto, na face tópico-problemática do fenômeno jurídico.

É conhecida a crítica de Norberto Bobbio ao debate sobre a fundamentação dos direitos humanos, em que ele aponta certa esterilidade na discussão, chamando atenção para o que seria o verdadeiro problema: saber o modo mais seguro para que esses direitos fossem garantidos, isto é, para impedir que, apesar das solenes declarações dos Estados, eles permanecessem sendo continuamente violados.⁹⁶ A urgência do problema prático da efetivação dos direitos humanos é ilustrada por Bobbio através de um desafio retórico em que ele convida o leitor a examinar a Declaração Universal e depois confrontá-la com a realidade em torno de si, verificando o longo caminho a ser percorrido.⁹⁷

Essa preocupação prática está presente em toda a configuração dos sistemas de proteção dos direitos humanos que foram formulados no segundo pós-guerra, os quais passaram a prever não apenas as solenes declarações de direitos, mas, igualmente, órgãos internacionais responsáveis por fiscalizar a sua implementação e julgar os Estados e agentes violadores, impondo a estes a punição pessoal e àqueles o dever de reparação das violações.⁹⁸

Assim, os iniciais sistemas abstratos de declarações solenes – por vezes genéricas e inespecíficas – feitas pelos Estados foram sendo paulatinamente transformados em mecanismos com orientação tópico-problemática, alimentados pelos casos concretos que surgem constantemente perante os juízes internacionais nas demandas que lhes são submetidas. Nessa transformação, passou-se da garantia abstrata do devido processo legal à discussão concreta

⁹⁶ BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 17.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 25.

⁹⁸ Sobre esse aspecto, Piovesan (2015) distingue entre a justicialização internacional penal dos direitos humanos – desenvolvida perante os tribunais *ad hoc* de Nuremberg, da ex-Iugoslávia e de Ruanda, bem como pelo atual Tribunal Penal Internacional – e a justicialização internacional civil dos direitos humanos – desenvolvida perante as Cortes Regionais de Direitos Humanos.

sobre a compatibilidade entre uma decisão de um tribunal do júri belga e os direitos humanos; da garantia abstrata de participação política à análise concreta da legitimidade da comissão eleitoral da Costa do Marfim para dirigir o sufrágio nacional;^{99 100} da discussão abstrata sobre igualdade ao exame da possibilidade de se utilizar a orientação sexual como critério para a definição da guarda de menores de idade.¹⁰¹

Essa atenção à dimensão concreta do direito está presente na teoria da argumentação jurídica desde os seus precursores. Como referenciado anteriormente, a tópica desenvolvida por Viehweg¹⁰² e a nova retórica proposta por Perelman e Olbrechts-Tyteca¹⁰³ partem da existência de um problema como peça fundamental sobre o qual se desenvolve a discussão argumentativa. A partir dessa influência, a teoria *standard* da argumentação jurídica posteriormente desenvolvida surge impregnada desse olhar problemático.

Portanto, a teoria de argumentação jurídica se desenvolve como instrumento para resolver problemas concretos no desenvolvimento e na aplicação do direito. Em cada campo no qual ela se lança, os seus contornos vão se ajustando ao espaço argumentativo a ser estudado. O entrecruzamento entre a argumentação jurídica e o direito internacional dos direitos humanos, especialmente no campo da prática decisória, revela diversos elementos de conexão que podem ser proficuamente explorados, entre os quais se destaca a argumentação jurídica dos juízes internacionais em direitos humanos, atividade que merece um olhar argumentativo específico.

2.2 O surgimento dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos e suas características tópico-argumentativas

O raciocínio construído até aqui propôs uma ponte entre as teorias da argumentação jurídica e o direito internacional dos direitos humanos, cujos principais pontos de contato podem ser assim sintetizados: a) ambos surgem no contexto do segundo pós-guerra, com uma forte preocupação em construir um mecanismo de controle do poder estatal; b) a argumentação

⁹⁹ UNIÃO AFRICANA. **Merits on Application 003/2017**. Requerente: Actions pour la Protection des Droits de l'Homme (APDH). Requerido: República de Côte d'Ivoire. Arusha, Tanzânia: AfCHPR, 18 nov. 2016c.

¹⁰⁰ No referido caso, a Corte ADHP determinou que a Costa do Marfim reformulasse sua legislação interna acerca da comissão eleitoral, a fim de assegurar a sua independência e imparcialidade.

¹⁰¹ OEA. **Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Requerentes: Atala Riffo e crianças. Requerido: Estado do Chile. São José, Costa Rica: Corte IDH, 24 fev. 2012.

¹⁰² VIEHWEG, T. **Topik und jurisprudenz**. Munique: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1953.

¹⁰³ PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. **La nouvelle rhétorique**: Traité de l'argumentation. Buxelas: Univesité Libre de Bruxelles, 1958.

jurídica pode ser compreendida como elemento integrante do direito humano ao devido processo legal e a um julgamento justo; c) embora inicialmente problematizando contextos institucionais distintos, interna ou externamente ao Estado, o desenvolvimento prático de ambos conduziu a um inevitável encontro tanto na atuação dos juízes nacionais quanto na atuação dos juízes internacionais; e d) a compreensão de ambos coloca ênfase em uma perspectiva tópico-argumentativa, ou seja, orientada à solução de problemas através da atividade argumentativa.

Uma vez assentadas essas premissas, é possível um movimento direcionado especificamente aos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, escolhidos como objeto de interesse neste trabalho. Com uma revisão de aspectos relacionados à sua formação, estruturação e funcionamento, pretende-se demonstrar que os sistemas internacionais foram pensados para operar argumentativamente na solução de problemas e promover uma constante revisão dos lugares-comuns interpretativos que integram o direito internacional dos direitos humanos.

Assim, ao tratar das características tópico-argumentativas dos sistemas regionais de proteção, objetiva-se enfatizar os elementos presentes nesses sistemas que permitem inferir sua orientação direcionada ao problema e ao debate argumentativo. De fato, já foi destacado que existe uma íntima ligação entre problema e argumentação, sendo esta o desenvolvimento prático daquele.¹⁰⁴ Ao investigar os aspectos tópico-argumentativos dos sistemas regionais, propõe-se uma releitura destes com o escopo de enxergar os modos como problema, argumentação e desenvolvimento de lugares-comuns – partes integrantes de um processo contínuo – são manejados dentro deles.

De maneira geral, verifica-se a existência de um sistema regional de proteção dos direitos humanos quando há a articulação entre dois subsistemas. Em um primeiro nível, há um subsistema normativo, normalmente sintetizado em um tratado geral de direitos humanos estabelecendo as normas básicas a serem compartilhadas pelos países que integram o sistema regional. Esse tratado-base pode ser eventualmente completado por outros tratados acerca de temas específicos de direitos humanos.

¹⁰⁴ Ressalte-se que a referência à tópica é dirigida à tópica jurídica pensada por Theodor Viehweg, que precedeu as teorias da argumentação jurídicas contemporâneas e que foi relida a partir delas. Assim, toma-se a tópica como uma forma de pensar o problema orientada à resolução de problemas concretos, em uma concepção que não é antissistemática ou avessa à formulação de teorias gerais da argumentação. Pelo contrário, como ressalta Bustamante (2004), a tópica de Viehweg introduz uma perspectiva que se volta para o caso concreto, rompendo com o ontologismo subjacente à teoria do direito de seu tempo. Todavia, seu pensamento não ofereceu instrumentos suficientes para avaliar e controlar as decisões obtidas pelo procedimento discursivo – uma tarefa que as teorias da argumentação jurídica contemporâneas se esforçam em realizar.

Em um segundo nível, a fim de operacionalizar a base normativa, cria-se um subsistema institucional, constituído por órgãos internacionais compostos por agentes que atuam com independência em relação aos Estados partes e que são encarregados de monitorar o cumprimento dos instrumentos normativos, interpretar o seu significado, responsabilizar os estados violadores e impor-lhes obrigações reparatórias. Esses órgãos internacionais assumem feições judiciais ou quase judiciais.¹⁰⁵

Nessa perspectiva, constata-se a existência de três sistemas regionais de proteção dos direitos humanos em que as dimensões normativa e institucional já se encontram em funcionamento: o europeu, o americano e o africano.¹⁰⁶ Os arranjos institucionais específicos adotados por cada um desses sistemas é variável, todavia, como se pretende demonstrar, em todos eles, a articulação entre os subsistemas normativo e institucional foi desenhada para ser operacionalizada de modo tópico-argumentativo.

2.2.1 O sistema regional europeu

O sistema regional europeu de proteção aos direitos humanos surge em momento similar ao sistema global, porém a construção engendrada pelos países europeus inaugura uma experiência inédita quanto à institucionalização do controle das violações de direitos humanos através de um mecanismo de justiça internacional.

No âmbito global, a primeira grande experiência de justicialização internacional de violações de direitos humanos se deu com a instituição do Tribunal de Nuremberg (1945), convocado pelas nações vencedoras para apreciar as acusações de crimes de guerra, contra a paz e contra a humanidade, praticados pelos oficiais e colaboradores do regime nazista durante a Segunda Guerra Mundial. Essa experiência de justicialização teve como características a ênfase na atuação dos indivíduos violadores, a imposição de sanções penais a estes indivíduos, a criação do órgão de justiça apenas após a ocorrência das violações, a efemeridade do órgão e sua relativa limitação temática. Estas mesmas características podem ser observadas integralmente em outros tribunais internacionais criados no âmbito global, como os tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia (1993) e Ruanda (1994), e, parcialmente, o Tribunal Penal Internacional (1998), que manteve a perspectiva individualista e penal na justicialização das

¹⁰⁵ RAMOS, 2019, p. 382–385.

¹⁰⁶ Registra-se a existência de um sistema regional árabe ainda incipiente, que não possui um subsistema institucional plenamente organizado e cujo documento fundante – Carta Árabe de Direitos Humanos – tem sido objeto de críticas internacionais. Há, ainda, iniciativas que têm sido lançadas para a criação de um sistema regional asiático (Piovesan, 2015).

violações a direitos humanos, embora abandonando a efemeridade e a institucionalização *ad hoc*.¹⁰⁷

No âmbito do sistema regional europeu, o desenho da Corte EDH (1959) como encarregada da justicialização dos direitos humanos foi claramente diferente dos tribunais internacionais sobre a temática no âmbito global. Essa diferenciação sensível se inicia já com a delimitação do sujeito passivo perante a Corte, que não é um indivíduo violador, mas o Estado membro. A opção por colocar o Estado no banco dos réus traz consigo, por consequência, uma mudança no caráter das discussões a serem travadas.

Embora também na Corte EDH os casos devessem imputar aos Estados uma violação concreta e individual a algum direito humano infringido, a defesa apresentada pelo Estado como réu não necessariamente se restringe àquela alegada violação, individualmente considerada. O Estado processado, enquanto sujeito de direito internacional, é a expressão coletiva de um complexo de valores, instituições e práticas nacionais. Ao colocar um Estado em juízo, todo esse complexo de elementos que constitui a sua estruturação interna é colocado em discussão. Assim, é compreensível que o Estado se defenda, perante o tribunal internacional, não apenas quanto a uma conduta específica que lhe é imputada, mas, igualmente, quanto à sua própria compreensão acerca dos direitos humanos em debate, o conteúdo destes e os seus limites.

Desse modo, mais do que um tribunal para aplicar punições em decorrência de violações individuais pontuais, a Corte EDH inaugura a perspectiva de cortes internacionais como espaços institucionais para se discutir intersubjetivamente o que são os direitos humanos e a conformidade entre essa compreensão transnacional em permanente problematização e as compreensões internas acerca desses direitos. Essa discussão é realizada através dos diversos mecanismos desenvolvidos no sistema regional e culmina na atuação da Corte EDH, na qual, a partir da resolução de problemas concretos, vão se desenvolvendo argumentativamente conclusões, ainda que provisórias, acerca do conteúdo material dos direitos em discussão.¹⁰⁸

A leitura de que a Corte EDH seria mais um tribunal de discussão intersubjetiva entre os sujeitos do direito internacional do que um tribunal com escopo exclusivo de julgar casos estritamente individuais está presente desde as negociações para a sua criação. Nesse sentido, no Comitê para Assuntos Legais e Administrativos do Conselho da Europa, em moção na qual

¹⁰⁷ PIOVESAN, 2015, p. 91-114.

¹⁰⁸ A jurisprudência atual da Corte EDH reconhece que “[...] embora o objetivo principal do sistema convencional seja fornecer alívio individual, sua missão também é determinar questões de políticas públicas de interesse comum, elevando assim os padrões de proteção dos direitos humanos e estendendo a jurisprudência em matéria de direitos humanos na comunidade dos Estados da Convenção.” (Conselho da Europa, 2016b, tradução livre).

se discutia a extensão da jurisdição da Corte EDH,¹⁰⁹ aprovou-se a compreensão de que, embora cada Estado tenha plenos poderes para fixar as regras pelas quais serão protegidos os direitos humanos em seu território, o objetivo de se instituir uma garantia coletiva desses direitos no âmbito internacional seria assegurar que as regras nacionais e os meios como elas são aplicadas estejam de acordo com os “princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas”.

Essa referência expressa aos “princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas” terminou não sendo adotada na redação final da CEDH – mas apenas por ter sido considerada uma explicação desnecessária.¹¹⁰ De fato, o Comitê Legal registrou, em seus relatórios à Assembleia Consultiva, a compreensão de que tanto a Comissão Europeia de Direitos Humanos (Comissão EDH) quanto a respectiva Corte deveriam aplicar estes princípios gerais ao proferirem suas decisões. Conforme ressaltou Sir David Maxwell-Fyfe, delegado britânico no Comitê Legal, não seria sequer possível imaginar que os órgãos convencionais regionais pudessem agir de outro modo, senão aplicando os referidos princípios.¹¹¹

A menção aos “princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas” como instrumento de controle a ser empregado pela Corte EDH em seus trabalhos dialoga com o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que enumera estes princípios entre as fontes do direito internacional. Apesar das diversas críticas dirigidas à eurocêntrica formulação da distinção entre nações civilizadas e não civilizadas,¹¹² a referência a princípios internacionais gerais que regeriam esse coletivo de nações evidencia, de um lado, que a missão institucional da Corte EDH está intrinsecamente ligada ao desenvolvimento de parâmetros que concretizem o conteúdo destes princípios transacionais e, de outro, que o instrumento convencional europeu positivado é apenas uma das fontes de que disporia o referido tribunal para orientar a sua atuação, sem a exclusão do emprego de outras fontes do direito internacional já reconhecidas, como aquelas presentes no Estatuto da Corte Internacional de Justiça.¹¹³

¹⁰⁹ CONSELHO DA EUROPA. **Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights**. Haia: Martinus Nijhoff, 1975. (v. I), p. 67.

¹¹⁰ Acerca da competência da Corte, a redação final da CEDH é bem mais sintética, definindo, em seu art. 32, que “[...] a competência do Tribunal abrange todas as questões relativas à interpretação e à aplicação da Convenção e dos respectivos protocolos [...]” e que “[...] o Tribunal decide sobre quaisquer contestações à sua competência.” (Conselho da Europa, 1994).

¹¹¹ CONSELHO DA EUROPA. **Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights**. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1985. (v. VI), p. 913.

¹¹² AFONSO, H. W.; MARQUES, C.; MAGALHÃES, J. L. Q. “O fardo do homem branco”: o conceito do standard civilizatório no direito internacional no século XIX. **Duc In Altum**: Cadernos de Direito, [Recife], v. 10, n. 20, p. 207-236, 2018.

¹¹³ O art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça elenca, entre as fontes a serem aplicadas na resolução de controvérsias relativas ao direito internacional, além dos tratados internacionais, o costume internacional, os princípios gerais do direito, as decisões judiciais e as obras doutrinárias de autores qualificados das diferentes nações.

Ao se colocar a Corte EDH sob esse enfoque, é possível perceber que seu desenho institucional criou um ambiente catalisador na discussão de problemas e de *topoi* acerca das formulações relativamente indefinidas através das quais os direitos humanos são enunciados no âmbito internacional, seja pelas convenções entre os Estados, seja pelas demais fontes de onde se extrai o direito internacional. A Corte EDH foi propositalmente colocada pelos seus instituidores no centro de um novo sistema normativo regional aberto e repleto de conceitos indefinidos, no qual se fixaram apenas alguns pontos de partida a serem desenvolvidos posteriormente na prática interpretativa.¹¹⁴

Essa visão acerca da Corte EDH torna-se ainda mais clara quando colocada em contraste com a experiência de justicialização dos direitos humanos até então empreendida no âmbito global. Como já destacado, a Corte EDH foi instituída sem vinculação a um fato específico. Diferentemente do que ocorreu com o Tribunal de Nuremberg, os países europeus conferiram-lhe amplíssimo âmbito de cognição para se pronunciar sobre fatos relacionados a todos os direitos assegurados na CEDH,¹¹⁵ mesmo cientes da indeterminação de várias das cláusulas nela presentes.

De fato, não é crível sustentar que fossem desconhecidas dos Estados as dificuldades interpretativas inerentes a discussões em torno de expressões abertas como “liberdade de expressão”, “providências necessárias em uma sociedade democrática” ou “tratamentos desumanos”. No entanto, esses países optaram pela criação de uma instituição supranacional na qual estes *topoi* com elevada carga de abstração pudessem ser discutidos e aplicados em disputas concretas, tarefa que pressupõe um processo interpretativo no qual novos lugares-comuns, menos abstratos, vão sendo criados ao longo do tempo e sob a contingência dos problemas que surgem.

Essa atividade de construção interpretativa dos direitos humanos seria impossível em um órgão internacional como o Tribunal de Nuremberg, que exauriu sua competência no julgamento de um único evento. No entanto, em um tribunal sem essa limitação, como se optou por fazer com a criação da Corte EDH, os mesmos *topoi* são repetidamente discutidos com o surgimento de novos problemas a eles vinculados, alargando-se o repertório institucional de lugares-comuns do sistema regional a partir de equivalências e distinções que vão sendo sedimentadas na prática interpretativa.

¹¹⁴Acerca dos conceitos indefinidos e do seu desenvolvimento pela prática, ver: Roesler (2006, p. 295).

¹¹⁵ Conforme a redação original do art. 45 da CEDH: “*The jurisdiction of the Court shall extend to all cases concerning the interpretation and application of the present Convention which the High contracting Parties or the Commission shall refer to it in accordance with Article 48.*”

Do mesmo modo, como não houve, na Corte EDH, o direcionamento da discussão à seara penal, foi colocado à disposição deste Tribunal um conjunto mais amplo de mecanismos interpretativos do que aqueles usualmente empregados em litígios criminais. Enquanto a aplicação de sanções penais tradicionalmente condiciona o exercício da jurisdição a uma vinculação muito forte à legalidade¹¹⁶ – o que restringe o campo de possibilidades de interpretação em deferência à proteção da liberdade individual –, a seara cível é mais permeável à discussão de princípios e cláusulas abstratas. Com efeito, é interessante notar que a liberdade individual, usualmente empregada no âmbito penal para restringir a atividade interpretativa ao texto legal, pode desempenhar o papel oposto em discussões não penais, justificando-se a adoção de interpretações com maior amplitude justamente para salvaguardá-la.

O rompimento com a visão estritamente penal da justicialização dos direitos humanos é um dos fatores que possibilitou que a Corte EDH se distanciasse da figura de um órgão jurisdicional ordinário e se aproximasse das práticas presentes em cortes constitucionais, recorrendo às técnicas interpretativas próprias da jurisdição constitucional. Essa aproximação é um fenômeno que foi previsto já na sua criação, pois vários membros da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa a concebiam como o núcleo de uma Corte Suprema Europeia.¹¹⁷

Outra característica relevante da Corte EDH refere-se à instituição de juízes internacionais por mandato fixo e geral, e não incumbidos do exame de uma específica conduta violadora.¹¹⁸ Com essa formulação, os juízes que passam a integrar o Tribunal são conscientes da garantia de sua independência para atuação, bem como de que estão sendo inseridos dentro de uma cultura institucional que os precede e continuará após eles. A consciência da independência e do pertencimento institucional impõe um peso na atuação individual dos juízes quanto à coerência de sua conduta decisória, uma vez que cada membro terá que conciliar a obra interpretativa em construção pelo Tribunal enquanto instituição com a própria construção de sua trajetória individual acerca da compreensão do direito. Essa conciliação pode ser

¹¹⁶ A vinculação à legalidade permanece sendo um dos pilares do direito penal, embora não se desconheça a existência de críticas referentes ao rompimento deste princípio no âmbito do direito internacional penal.

¹¹⁷ CONSELHO DA EUROPA, 1975, p. 22, 191.

¹¹⁸ Na redação original da CEDH, os membros da Corte EDH seriam eleitos pela Assembleia Consultiva, a partir da indicação dos Estados membros do Conselho da Europa, para um mandato de nove anos, permitida a reeleição. O juiz da nacionalidade de um dos Estados envolvidos em um caso apresentado à Corte deveria obrigatoriamente participar do julgamento deste caso. Caso não houvesse juiz da nacionalidade do Estado envolvido atuando na Corte, este poderia indicar um juiz *ad hoc* para compor o colegiado.

especialmente problemática em uma Corte tão numerosa e com juízes de nacionalidades tão diversas.¹¹⁹

Sob outro enfoque, o peso que o dever de coerência no exercício do mandato impõe não incide apenas na relação entre o juiz-indivíduo e a Corte, mas, igualmente, na relação entre os variados temas de direitos humanos que serão submetidos ao mesmo juiz ao longo de seu mandato. De fato, a CEDH congrega um catálogo de direitos atinentes a diversos aspectos da vida individual e em sociedade, sendo a interdependência entre os direitos humanos de diversas dimensões uma realidade já bastante estabelecida.¹²⁰ Como o juiz terá que argumentar sobre a sua forma de compreensão de direitos humanos em múltiplos casos com características diversas, sua atuação precisará ter em mente que, em cada decisão, assume-se um compromisso com uma vertente interpretativa cuja eventual mudança no futuro demandará esforço argumentativo. A dificuldade em se manter a coerência decisória tornou-se ainda mais presente após o advento do Protocolo n. 11, de 1994, que permitiu o acesso direto de indivíduos à Corte, aumentando o número de casos em análise e, portanto, as ocasiões de risco para a incoerência decisória.

Além disso, a outorga de mandatos é um elemento importante de estabilidade da Corte EDH, que transmite um recado aos Estados membros, no sentido de que há um processo compartilhado de interpretação dos direitos humanos com mecanismos de proteção contra tentativas de imposição unilateral de determinadas compreensões acerca destes. Assim, a independência da Corte, derivada da independência de seus juízes, origina um ônus argumentativo contra os Estados, que passarão a ter que fundamentar suas escolhas internas acerca da proteção dos direitos humanos perante esse órgão independente e a participar das disputas estabelecidas a respeito desses direitos.

Ao final desta incursão sobre o sistema europeu de proteção dos direitos humanos, é possível perceber a mudança de paradigma acerca da judicialização internacional dos direitos humanos, provocada pela criação da Corte EDH. A partir dela, fundou-se uma instância supranacional para a análise geral de casos concretos acerca de violações de direitos humanos pelos Estados. No entanto, a apresentação de casos concretos é apenas um aspecto introdutório da mais relevante atribuição da Corte, que é ser o espaço institucional de discussão intersubjetiva no qual uma interpretação compartilhada transnacional dos direitos humanos é construída de maneira tópico-argumentativa.

¹¹⁹ A Corte EDH é composta por tantos juízes quantos forem os Estados membros. Atualmente, o Conselho da Europa possui 46 Estados membros.

¹²⁰ RAMOS, A. de C. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 54.

A Corte EDH oferece, desse modo, um local para o manejo de disputas interpretativas em torno das formulações de caráter mais abstrato que enunciam direitos humanos na ordem internacional, com o objetivo de torná-los concretizáveis. Nessas disputas interpretativas, a argumentação é onipresente, seja na atuação dos Estados e demais partes litigantes em defesa de sua visão acerca dos direitos humanos, seja na atuação da própria Corte EDH, que precisa lidar com essas visões conflitantes e construir coerentemente uma compreensão transnacional dos direitos humanos, cuja existência é pressuposto da própria existência do sistema regional de proteção.

2.2.2 O sistema regional americano

A criação do sistema regional europeu, com todas as características já pontuadas, abriu o precedente para que experiências similares fossem desenvolvidas em outras regiões do globo. Assim, surge o sistema regional americano, gerado com forte inspiração naquele primeiro e que – embora dele se diferencie em aspectos históricos e estruturais relevantes – manteve a pretensão de se construir um ambiente institucional regional para a construção tópicos-argumentativa do sentido dos direitos humanos. Em verdade, essa pretensão foi, inclusive, aprofundada diante dos desafios sociais, políticos e econômicos específicos do continente americano.

Se o sistema europeu surge logo após a Segunda Guerra Mundial, em um momento no qual os países europeus desejavam se afastar da experiência traumática dos regimes totalitários no continente e afirmar uma identidade democrática que os diferenciasse daqueles, o processo de criação do sistema americano é mais lento e acontece em um ambiente político menos otimista.

Antes mesmo que houvesse um tratado específico acerca dos direitos humanos no continente americano, a Organização dos Estados Americanos (OEA) criou, em 1959, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH), cuja competência inicial seria fomentar atividades de promoção desses direitos no continente. Em 1965, a OEA conferiu competência à Comissão para receber petições individuais acerca de violações de direitos humanos praticadas por seus Estados e para elaborar relatórios sobre as situações destes e sobre o resultado das petições individuais.¹²¹ Percebe-se, assim, que a preocupação americana em iniciar a discussão acerca dos problemas concretos relacionados à aplicação dos direitos humanos pelos Estados antecedeu a própria sistematização teórica desses direitos, em um tratado formal sobre o tema.¹²²

A CADH teve sua redação concluída somente em 1969, entrando em vigor em 1978, após a sua ratificação por 11 Estados americanos. Portanto, mais de dez anos se passaram entre a introdução do sistema de petições individuais dirigidas à Comissão IDH e a entrada em vigor da Convenção. Além disso, apenas nove países haviam aderido à cláusula facultativa de

¹²¹ FEFERBAUM, M. **Proteção internacional dos direitos humanos**: análise do sistema africano. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 16.

¹²² É importante ressaltar que a própria Carta da OEA (1948) apresenta, entre seus princípios, a afirmação dos direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo, bem como que um catálogo desses direitos pode ser encontrado na Declaração Americana de Direitos Humanos, de 1948.

aceitação da jurisdição da Corte IDH até o final da década de 1980, ante a instabilidade política da região à época, com a presença de regimes autoritários que se aparelharam por meio da prática sistemática de detenções arbitrárias, execuções extrajudiciais, torturas e desaparecimento forçado de pessoas.¹²³

Desse modo, a Corte IDH, pensada ao longo da década de 1960 aos moldes da Corte EDH, inicia seus trabalhos somente a partir da década de 1980, deparando-se com a missão institucional de ser um espaço de discussão transnacional acerca dos direitos humanos dentro de um continente em ebulição política autoritária. Nesse cenário, algumas diferenças entre as Cortes europeia e americana devem ser pontuadas.

Assim como a Corte EDH, o tribunal americano foi instituído com competência geral para julgar Estados acusados de violar direitos humanos e com ampla atribuição temática. Porém, diferentemente da atual configuração da Corte EDH, cuja jurisdição tornou-se obrigatória a todos os Estados que ratificaram a CEDH, a aceitação da competência da Corte IDH permanece sendo facultativa, de modo que é possível a ratificação da CADH sem a aceitação da jurisdição do tribunal internacional.¹²⁴

A facultatividade da adesão do Estado à jurisdição da Corte IDH permite que países ratifiquem a CADH sem necessariamente se comprometerem com a construção transnacional acerca do significado de suas normas, que se desenvolve na Corte IDH.¹²⁵ Essa possibilidade favorece o paradoxo de um “tratado internacional nacional”, em que o Estado adere a um texto internacional de direitos humanos, porém não se compromete com uma interpretação internacionalista dele. Esse fechamento interpretativo do texto do tratado aos limites da compreensão nacional sobre o tema compromete a própria utilidade prática da internacionalização da matéria.¹²⁶

Porém, por ser facultativa a adesão à Corte IDH, compreende-se que os Estados que a ela se submetem pretendem verdadeiramente ser parte neste projeto supraestatal de interpretação do Tratado. Está implícito, nessa escolha política do Estado, o seu reconhecimento

¹²³ LEGALE, S. A Corte Interamericana de Derechos Humanos nos anos 80: Uma “Corte” Pedro Nikken? **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, Cidade do México, v. 1, n. 20, p. 315, 2020, p. 321.

¹²⁴ Com a entrada em vigor do Protocolo n. 11 em 1º de novembro de 1998, as cláusulas facultativas que possibilitavam o acesso à Corte EDH foram substituídas por cláusulas obrigatórias. Contudo, mesmo antes do referido protocolo, a aceitação da competência da Corte EDH já era compreendida como sendo “politicamente não facultativa” (Piovesan, 2015, p. 137).

¹²⁵ Embora seja facultativa, a aceitação da jurisdição da Corte IDH é quase unânime entre os Estados signatários. Atualmente, dos 23 estados que ratificaram a CADH, 20 aceitaram a competência da Corte. Ressalte-se que Trindade e Tobago, Venezuela e Nicarágua denunciaram a CADH nos anos de 1998, 2012 e 2021, respectivamente.

¹²⁶ RAMOS, 2019, p. 99.

de que as fontes de seu direito interno precisam dialogar com outras práticas internacionais em matéria de direitos humanos; e a sua disposição para, se assim for julgado necessário, modificar as disposições de direito interno com o objetivo de harmonizá-las com os parâmetros internacionais em construção.

De outra parte, assim como na Corte EDH, o tribunal americano é integrado por juízes independentes, investidos em mandato fixo e eleitos a título pessoal. Todavia, no sistema americano, houve uma limitação no número de juízes que integrariam o Tribunal, independentemente do número de Estados que ratificassem a CADH, com impactos em uma outra regra, concernente à designação na atuação dos juízes.

Na Corte EDH há tantos juízes quantos forem os Estados partes e, desde a redação original da Convenção Europeia, há uma aparente contradição. Isso porque, de um lado, assegurou-se a independência de seus juízes em relação aos Estados que os indicassem para integrar o Tribunal e, de outro lado, previu-se a obrigatoriedade de que um dos juízes do colegiado encarregado de examinar um caso concreto fosse nacional do Estado em litígio e, caso não houvesse disponível algum juiz da respectiva nacionalidade, permitiu-se ao Estado a indicação de um juiz *ad hoc*.¹²⁷ Uma estrutura assim definida presume que a presença de um juiz proveniente do Estado que integra a demanda exerceria alguma influência positiva sobre o julgamento da alegada violação, assim como revela maior preocupação em ver todas as possíveis visões acerca de direitos humanos refletidas no corpo de juízes que integram o tribunal.

No texto da CADH, o tema foi tratado de modo diferente. De início, não houve preocupação em assegurar que cada Estado pudesse indicar um juiz para integrar o Tribunal, fixando-se o limite de sete juízes, provenientes de quaisquer dos Estados integrantes da OEA, com vedação à presença simultânea de juízes da mesma nacionalidade. Além disso, a previsão de indicação de juízes *ad hoc* pelo Estado para compor o exame de casos contra si não foi prevista de forma expressa na CADH para todas as demandas internacionais, mas apenas para

¹²⁷ Na redação original do art. 43 da CEDH: “*For the consideration of each case brought before it the Court shall consist of Chamber composed of seven judges. There shall sit as an ex officio member of the Chamber the judge who is a national of any State party concerned, or, if there is none, a person of its choice who shall sit in the capacity of judge; the names of the other judges shall be chosen by lot by the president before the opening of the the case.*” Com o advento do Protocolo n. 11, de 1994, a exigência de que um dos juízes fosse nacional do Estado foi substituída pela exigência de que um dos juízes tenha sido eleito por indicação do Estado em litígio. Com o advento do Protocolo n. 14, de 2004, a indicação de juiz *ad hoc* para compor o Tribunal, caso não houvesse juiz indicado pelo Estado disponível, passou a ser feita pelo presidente da CEDH, a partir de uma lista de candidatos apresentada pelo Estado. Além disso, instituiu-se a possibilidade de julgamento monocrático na CEDH, com a vedação de que o juiz indicado examinasse individualmente petições contra seu respectivo Estado.

aquelas envolvendo “Estados Partes”, de modo que a Corte IDH concluiu que esta prerrogativa só seria aplicável às demandas interestatais, nas quais um Estado litiga contra o outro.¹²⁸

A discussão sobre a influência de se ter um juiz nacional compondo a análise de um caso concreto foi objeto da Opinião Consultiva n. 20, solicitada à Corte IDH pelo Estado da Argentina.¹²⁹ Naquela ocasião, diversos Estados, entre eles o Brasil, defenderam a possibilidade de se permitir a indicação de juízes nacionais *ad hoc* em quaisquer demandas perante a Corte IDH. Os países alinhados a esse pensamento destacaram que seria importante a presença de um juiz que compreendesse as complexidades e os valores do sistema jurídico nacional em julgamento,¹³⁰ e que essa prática permitiria que as sociedades nacionais pudessem ter suas culturas e valores mais bem representados no sistema interamericano.¹³¹

Todavia, a Corte IDH, por unanimidade, não só limitou a possibilidade de nomeação de juízes *ad hoc* às demandas interestatais, como também concluiu que juízes nacionais do Estado parte demandado estão impedidos de atuar nos casos individuais apresentados contra ele. Ao assim concluir, este Tribunal ressaltou o caráter diferenciado e especial das Cortes de direitos humanos frente a outros tribunais internacionais que normalmente admitem a presença de juízes nacionais. Isso porque, nestes, ocorreriam classicamente disputas entre Estados, o que justificaria a nomeação de juízes *ad hoc* pelos Estados em litígio; enquanto naqueles são julgados principalmente casos de indivíduos, de modo que a indicação de um juiz *ad hoc* pelo Estado acusado desequilibraria a relação processual.¹³² A Corte IDH asseverou, ainda, que não se deveria confundir a função judicial de análise das demandas internacionais com aquela de esclarecimento acerca dos ordenamentos jurídicos nacionais, sendo esta própria de outros sujeitos do processo, como as partes, os peritos e os *amici curiae*.^{133 134}

É importante mencionar que, antes mesmo da Opinião Consultiva n. 20, era frequente que juízes nacionais do Estado acusado em um caso contencioso se escusassem de participar de julgamento, invocando o regime de impedimentos, escusas e inabilitações do Estatuto da Corte

¹²⁸ Comissão IDH. Corte IDH. **Opinión Consultiva OC-20/09**. São José, Costa Rica: Corte IDH, 2009b.

Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_20_esp1.pdf. Acesso em: 17 maio 2022.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ *Ibid.*, p. 7 (Observações escritas do Estado de Barbados).

¹³¹ *Ibid.*, p. 8 (Observações escritas da República Federativa do Brasil).

¹³² *Ibid.*, p. 53.

¹³³ *Ibid.*, p. 60-62.

¹³⁴ Um exemplo interessante dessa diferenciação entre os papéis de explicar e julgar as práticas e o ordenamento jurídicos nacionais ocorreu no caso *Escher e Outros v. Brasil*, anterior à Opinião Consultiva n. 20, em que o Estado brasileiro, além de nomear um juiz *ad hoc*, Roberto de Figueiredo Caldas, indicou a ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura, do Superior Tribunal de Justiça, como perita. A ministra explicou, em audiência pública perante a Corte IDH, “[...] entre outros assuntos, sobre o alcance do recurso ordinário constitucional, do habeas corpus e do mandado de segurança no ordenamento jurídico brasileiro e, com a anuência das partes, sobre a aplicação da Lei No. 9.296/96.” (OEA, 2009a, p. 22).

IDH.¹³⁵ Portanto, ao contrário do sistema europeu, que concebeu a participação de um juiz indicado pelo Estado parte como regra, o sistema americano tem historicamente se mostrado bastante avesso a essa prática.

Em uma perspectiva tópico-argumentativa, a diferença na composição da Corte IDH pela não inclusão de um juiz indicado pelo Estado parte no quórum de julgamento implica duas considerações relevantes.

A primeira, sob o ponto de vista do corpo de juízes, é a de que o sistema americano privilegiou um maior distanciamento entre os julgadores e o problema, o que potencialmente favorece um maior estranhamento dos juízes, que sempre serão estrangeiros, perante as práticas de direito interno que lhe são apresentadas nos casos concretos. De fato, a Corte IDH adotou um modelo em que a compreensão nacional acerca do tema em debate é sempre um elemento apresentado exclusivamente pelos agentes externos, sem a mediação interna ao corpo de juízes por um membro nacional compondo o colegiado. Essa abordagem com maior afastamento pode, de um lado, tornar mais difícil a assimilação de compreensões comuns no contexto nacional pela Corte, porém, de outro lado, favorece a capacidade de crítica externa da Corte aos lugares-comuns que tenham sido naturalizados dentro do Estado.

Em outro vértice, sob o prisma dos Estados e demais litigantes perante a Corte, há uma sensível modificação no auditório perante o qual eles serão chamados a argumentar. Em uma argumentação concreta, como a que se desenvolve perante os tribunais internacionais de direitos humanos, há o interesse imediato em se alcançar a adesão do auditório de julgadores e, desse modo, é necessário relacionar-se diretamente com esses destinatários.¹³⁶ Assim, ao menos por questões estratégicas, as partes que argumentam na Corte EDH precisariam, por exemplo, considerar o histórico do juiz nacional participante do caso e a relação pessoal dele, enquanto atuante na ordem interna, com as práticas de direitos humanos que estão sendo discutidas. Já na Corte IDH, seria mais interessante conferir maior peso a uma exposição didático-demonstrativa diante dos juízes internacionais, que serão provavelmente leigos acerca de suas compreensões internas.

De todo modo, o real impacto de se ter um juiz nacional no resultado do exame do caso é uma questão difícil de se precisar. Em suas considerações perante a Corte IDH nas discussões que antecederam a Opinião Consultiva n. 20, o Estado brasileiro afirmou que, nos cerca de 180

¹³⁵ No original: “[...] *en un gran número de casos contenciosos sometidos por la Comisión Interamericana, los jueces titulares, se han inhibido de participar cuando han ostentado la nacionalidad del Estado demandado.*” (OEA, 2009a, p. 66).

¹³⁶ PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 20.

juízes *ad hoc* em casos apresentados pela Comissão IDH, quando isso era possível no sistema americano, em apenas 13 deles os juízes indicados votaram a favor do Estado que representavam, ou seja, suas posições foram amplamente contrárias às condutas internas de seus respectivos Estados.¹³⁷ Por certo, não é possível traçar uma relação direta entre o insucesso dos Estados e a participação de juízes nacionais no julgamento, porém a presença deles, ao menos no período considerado pelo levantamento apresentado pelo Estado brasileiro, não parece ter constituído uma vantagem contra a responsabilização internacional.

Em perspectiva normativa, pensando-se na melhor forma de se constituir um auditório para o julgamento de casos internacionais, há, na teoria precursora de Perelman, a ideia de um auditório universal, perante o qual a argumentação deve ser objetivamente convincente pelo caráter coercitivo das razões fornecidas, independentemente das contingências locais e históricas.¹³⁸ Porém, as diferentes composições da Corte EDH e da Corte IDH colocam em evidência as dificuldades de se trabalhar com essa formulação de auditório universal, ainda que como parâmetro ideal regulatório.

Com efeito, o sistema europeu privilegiou a presença de um juiz mais próximo das contingências locais e históricas do caso em análise, a fim de aumentar a legitimidade e a precisão na avaliação do contexto nacional, em eventual detrimento da imparcialidade. Já a Corte IDH colocou especial ênfase na imparcialidade, em detrimento dos referidos possíveis benefícios da presença de um juiz nacional. Assim, constatando-se que há certa dialeticidade na relação entre a melhor capacidade de avaliação contextual e a imparcialidade na atuação dos juízes nos sistemas regionais, a maior satisfação de um desses requisitos se dá com algum risco de prejuízo ao outro.

Desse modo, a adequação dos modelos adotados pelas Cortes internacionais de direitos humanos para a composição dos seus corpos de julgamento estará mais estritamente ligada aos objetivos priorizados pelos respectivos sistemas regionais de proteção e à capacidade do órgão judicial em alcançá-los do que pela sua conformidade com algum parâmetro ideal de órgão julgador.

Uma outra diferença relevante entre os sistemas regionais americano e europeu refere-se ao papel consultivo da Corte. Em sua redação original, a Corte EDH sequer possuía atribuição consultiva, o que foi introduzido com o Protocolo n. 2 (1963), limitando-se a

¹³⁷ Considerações do Estado brasileiro nos autos da Opinião Consultiva n. 20 disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/OC_2008/obser_brasil.pdf. Acesso em: 2 jun. 2022.

¹³⁸ PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 35.

legitimidade para a apresentação de consultas ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa, desde que aprovado o pedido por 2/3 de seus membros.¹³⁹ O referido protocolo limitou, ainda, o conteúdo das opiniões consultivas, que não poderia ter como objeto os direitos e liberdades assegurados na CEDH ou em seus protocolos, estando restrito, portanto, a discutir questões de cunho eminentemente procedimental e organizacional.¹⁴⁰ O posterior Protocolo n. 11, de 1994, ao reformar parcialmente os mecanismos de controle do sistema europeu, reduziu o quórum de solicitação das opiniões consultivas para o de maioria absoluta dos membros do Comitê de Ministros, porém, manteve a legitimação exclusiva deste e a limitação temática daquelas.¹⁴¹

Por sua vez, no sistema americano, optou-se, desde o início, por conferir à Corte IDH ampla competência consultiva. Foi possibilitado que qualquer Estado membro da OEA consultasse a Corte não só sobre a interpretação dos direitos previstos na CADH, mas também em qualquer tratado concernente à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Além disso, instituiu-se a possibilidade de um controle abstrato de leis nacionais, permitindo-se que a Corte, caso provocada pelo Estado, verifique a compatibilidade normativa entre quaisquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.¹⁴²

A partir da forma como está delineada a competência consultiva da Corte IDH, extrai-se, em comparação ao sistema europeu, uma maior inclinação à utilização de vias preventivas no controle da violação de direitos humanos na região e uma maior abertura à discussão de problemas no nível normativo.

De fato, o mecanismo da consulta do sistema interamericano permite um debate prévio, no âmbito internacional, das compreensões nacionais sobre como devem ser aplicadas as normas do direito internacional dos direitos humanos. A possibilidade de adiantamento temporal dessas discussões, que, de outro modo, só teriam lugar após um possível ato violador, incentiva a postura de precaução pelos Estados e reforça o compromisso do sistema com uma

¹³⁹ CONSELHO DA EUROPA. **Protocol n. 2 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Conferring upon the European Court of Human Rights Competence to Give Advisory Opinions**. Estrasburgo: Conselho da Europa, 1963.

¹⁴⁰ Foram objeto de pedido de opiniões consultivas pelo Conselho de Ministros, por exemplo, questões acerca de procedimentos para a escolha de juízes da Corte EDH.

¹⁴¹ CONSELHO DA EUROPA. **Protocol no. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Restructuring the Control Machinery Established Thereby**. Estrasburgo: Conselho da Europa, 1994.

¹⁴² “Artigo 64. 1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. [...] 2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.” (OEA, 1969).

interpretação internacionalista e compartilhada dos tratados. Nesse contexto, acentua-se ainda mais a função interpretativa e mediadora da Corte na construção de *topoi* regionais em face de sua função punitiva.

Ao argumentar, no exercício de sua função consultiva, a Corte IDH atuará mais diretamente na construção de lugares-comuns sobre o conteúdo dos tratados que interpreta. A argumentação por ela desenvolvida ao cumprir essa atribuição assume uma relevante função prospectiva, pois, embora sem efeito vinculante formal, as razões expostas em suas opiniões consultivas devem ser capazes de traçar diretrizes não só para os Estados membros como também para a própria atuação futura da Corte. Seria incoerente que esta, em casos futuros, desrespeitasse sua própria interpretação acerca dos tratados discutidos em opiniões consultivas prévias sem apresentar alterações fáticas ou jurídicas capazes de justificar este *overruling* interpretativo.¹⁴³

Quanto à abstrativização da discussão – aqui compreendida como a possibilidade do controle direto da convencionalidade das leis nacionais sem um caso particular de violação de direitos humanos subjacente –, o sistema americano tornou possível que o conteúdo das normas internas dos Estados seja analisado como um problema em si. Não se trata, portanto, de uma discussão sem problema concreto, pois a lei nacional em discussão é um acontecimento concreto, mas de uma forma diferente de se formular o problema, com contornos mais gerais e especulativos. A argumentação desenvolvida neste nível de discussão guarda similaridades com aquela enfrentada pelos tribunais constitucionais no controle abstrato de normas, razão pela qual o chamado “controle de convencionalidade” vem sendo desenvolvido com a incorporação de diversos elementos do “controle de constitucionalidade” emprestados da teoria constitucional.¹⁴⁴

É relevante ressaltar que esse controle de convencionalidade de normas internas não é exclusivo do exercício da competência consultiva. Na análise de casos contenciosos, a invocação das normas internas é, normalmente, parte importante da defesa dos Estados acerca de sua compreensão particular dos direitos humanos, embora não seja suficiente para eximi-los do cumprimento de suas obrigações internacionais,¹⁴⁵ o que torna necessário o controle incidental da convencionalidade dessas normas. Porém, merece destaque a opção institucional

¹⁴³ No original: “*Si bien desde hace algunos años ya no existe unanimidad sobre los efectos y alcances de las opiniones consultivas de la Corte IDH, según reiteradas manifestaciones de este propio Tribunal aun cuando la misma no tenga el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tienen en cambio ‘efectos jurídicos innegables’.*” (Díaz Arce, 2022, p. 90-91).

¹⁴⁴ Como exemplo dessa aproximação, ver: Legale (2019).

¹⁴⁵ Conforme a Convenção de Viena sobre o Direito dos tratados: “Artigo 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.” (Brasil, 2009).

do sistema interamericano, que, de maneira original para o seu tempo, permitiu que o controle tradicionalmente incidental fosse admitido como questão principal e abordada diretamente em uma esfera internacional.

É importante notar que houve nova reforma da Corte EDH com o advento do Protocolo n. 16, de 2013, de caráter facultativo, que instituiu um novo mecanismo de consulta no sistema europeu.^{146 147} Com a sua entrada em vigor, a consulta à Corte EDH passou a poder ser formulada diretamente pelas Altas Cortes dos países signatários no curso de casos pendentes perante a jurisdição nacional, tendo como objeto a interpretação e a aplicação dos direitos e liberdades previstos na CEDH e em seus protocolos. Desse modo, o sistema europeu aparenta ter feito um movimento em direção à estrutura mais ampla de discussão em caráter consultivo presente no sistema americano.

Também é digno de nota que, no sistema americano, a ampla competência consultiva da Corte IDH esteve presente desde a sua criação, enquanto, até o momento, o exercício da competência contenciosa permanece limitada à provocação dos Estados e da Comissão Interamericana. Já no sistema europeu, a competência consultiva da Corte EDH tem sido alargada apenas recentemente, enquanto a sua competência contenciosa foi ampliada desde a adoção do Protocolo n. 11, de 1994, que permitiu o acesso direto à Corte por qualquer indivíduo, o que ainda não é possível no sistema americano, embora esse tema esteja sob debate.¹⁴⁸ Assim, os sistemas regionais privilegiaram formas diferentes de abordagem dos problemas relativos à interpretação dos direitos humanos.

Em outra vertente, é necessário pontuar, ainda quanto às diferenças entre os sistemas europeu e americano, que há a expectativa institucional de uma atuação mais incisiva da Corte IDH ao constatar uma violação de direitos humanos.

A redação original da CEDH, em norma que não se alterou substancialmente até a sua atual versão, atribui à Corte EDH uma função predominantemente declaratória, conferindo aos Estados, prioritariamente, a tarefa de encontrar o meio de reparação da violação declarada. Apenas quando o Estado apresentasse obstáculos internos à reparação, a Corte poderia fixar uma justa satisfação em favor da vítima do ato violador, satisfação tradicionalmente interpretada como sendo de natureza exclusivamente pecuniária. Essa limitação da atuação da

¹⁴⁶ CONSELHO DA EUROPA. **Protocol no. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**. Estrasburgo: Conselho da Europa, 2013a.

¹⁴⁷ O protocolo entrou em vigor em 1º de agosto de 2018 e, até o momento, foi ratificado por 16 países.

¹⁴⁸ Acerca dos atuais movimentos de abertura do sistema interamericano à participação direta dos indivíduos e em defesa de uma reforma da CADH para permitir o peticionamento individual perante a Corte IDH, ver: Trindade (2005. p. 23-117).

Corte EDH a, no máximo, impor uma satisfação financeira, é alvo de severas críticas acadêmicas e tem sido contemporaneamente repensada tanto pelo Comitê de Ministros quanto pela própria Corte EDH.¹⁴⁹

Por seu turno, a CADH prevê expressamente que a Corte IDH deverá determinar que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados, bem como que a própria Corte deverá fixar que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, além do pagamento de indenização justa à parte lesada. Portanto, afora a indenização pecuniária, que também tem previsão expressa, o Tribunal deverá impor as medidas que assegurem a efetiva concretização dos direitos humanos e fixar as reparações de caráter não pecuniário necessárias à integral reparação das consequências da violação.

Ainda acerca dessa atuação mais incisiva da Corte IDH como um traço institucional, destaca-se que, na redação original da CADH, já havia a previsão de que ela poderia deferir medidas provisórias nos casos sob sua jurisdição e naqueles que estivessem sob exame na Comissão Interamericana, caso houvesse solicitação desta, a fim de impor aos Estados a adoção das medidas necessárias para se evitar danos irreparáveis às pessoas. No sistema europeu, mecanismo semelhante nunca foi inserido na CEDH ou em seus protocolos adicionais, embora tenha se admitido, na prática, a concessão de medidas provisórias pela Corte EDH, o que atualmente está regulado no Estatuto da Corte.¹⁵⁰

O fato de se demandar da Corte IDH uma atuação mais incisiva ao impor condutas aos Estados na preservação dos direitos humanos também impacta diretamente no tipo de argumentação que ela precisa desenvolver. Além de fazer um juízo de constatação para justificar suas conclusões no sentido de se houve ou não uma violação a direitos humanos, é preciso que o Tribunal formule um raciocínio interventivo, a fim de justificar as medidas que estão sendo determinadas. Assim, além de um pronunciamento declaratório, que tradicionalmente é o que se espera no sistema europeu, é adequado que haja, nas suas decisões, uma argumentação capaz de sustentar o seu pronunciamento prescritivo, explicitando-se os objetivos perseguidos por suas determinações aos Estados; a capacidade dessas medidas em

¹⁴⁹ Nesse sentido, destaca-se a aprovação da Resolução n. 6/2004, na qual o Comitê de Ministros do Conselho da Europa convidou a Corte EDH a esclarecer quais medidas (obrigações de fazer e não fazer) o Estado deveria tomar para reparar a violação; os precedentes dos casos *Görgülü v. Alemanha* e *Sejdovic v. Itália*, em que foram indicadas obrigações de fazer individuais a serem cumpridas pelos Estados; e a criação dos chamados “procedimentos pilotos”, nos quais a Corte EDH passou a indicar medidas estruturais a serem adotadas pelos Estados. Ver: RAMOS, 2019, p. 195-198.

¹⁵⁰ RAMOS, 2019, p. 187.

concretizá-los; as razões para se preferir essas medidas em detrimento de outras possíveis; dentre outras questões de ordem prática.

Ressalte-se que, embora uma atuação mais incisiva sobre os Estados seja originariamente uma característica institucional do sistema interamericano, a partir do momento em que o sistema europeu revê suas práticas e se aproxima desse tipo de atuação,¹⁵¹ tal mudança de perfil decisório deve ser acompanhada de igual modificação na forma de argumentar da Corte EDH. Nesse aspecto, visualiza-se uma possível aproximação entre os estilos argumentativos presentes em ambos os sistemas, na qual a experiência americana em lidar com questões de ordem prática no âmbito internacional pode ser enriquecedora para o desenvolvimento do sistema europeu nesta seara.

Como foi possível perceber, embora tenha tido inspiração no sistema europeu, o sistema interamericano possui características tópico-argumentativas particulares. Essas diferenças se notam desde o contexto de surgimento dos sistemas até a forma de estruturação das cortes regionais. O sistema europeu, que nasce mais confiante no compromisso de seus Estados em respeitar os direitos humanos, adota, inicialmente, mecanismos que deferem maior ênfase ao papel desses Estados, como a possibilidade de indicação de um juiz por cada parte no tratado e a atuação predominantemente declaratória da Corte EDH. De outra parte, o sistema americano, em vista dos graves problemas presentes na região no momento de seu surgimento, acolhe orientação mais pragmática, independente dos Estados e com apelo a uma atuação diretiva da Corte IDH. Essas sensíveis diferenças geram impactos sobre a argumentação demandada em cada um desses espaços.

Ao longo do desenvolvimento de ambos os sistemas, as distintas configurações institucionais adotadas revelaram seus méritos e deficiências. No entanto, o contexto atual sinaliza uma abertura para o aprendizado mútuo entre eles, inclusive com a discussão sobre a incorporação de novas práticas, das quais são exemplos, de um lado, a expansão da competência consultiva da Corte EDH e a ampliação da ideia de justa satisfação no sistema europeu; e, de outro, o atual debate sobre a possibilidade de se permitir o acesso individual à Corte IDH, no sistema americano.

¹⁵¹ “[...] para ajudar os Estados a cumprir as suas obrigações, o Tribunal [europeu de direitos humanos] tem vindo, cada vez com mais frequência, a indicar o tipo de medidas que devem ser tomadas para pôr fim a uma situação estrutural por ele verificada, respondendo de certo modo ao apelo da Resolução do Comité de Ministros (Resolução (2004) 3), de 12 de Maio de 2004, que o convidou a identificar, nos seus acórdãos, e na medida do possível, o que revela um problema estrutural subjacente e em simultâneo a fonte desse problema.” (Barreto, 2008. p. 118).

2.2.3 O sistema regional africano

Ao passarmos para o sistema regional africano de proteção dos direitos humanos, uma primeira dificuldade de análise decorre da sua ainda recente implantação. Desde 1963, com a criação da Organização da Unidade Africana (OUA), já havia uma articulação dos países do continente no âmbito internacional. Porém, a ênfase africana sobre os princípios da não ingerência em assuntos internos e do respeito à soberania recém-adquirida por diversos países da região – expressões de resistência às pretensões colonialistas que cercam a África – tornou bastante difícil a criação de um espaço institucional transnacional para a discussão de direitos humanos.¹⁵²

Após quase duas décadas, em 1981, a redação do Tratado regional africano sobre direitos humanos foi concluída. A Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos (CADHP), ou Carta da Banjul, que instituiu a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos (Comissão ADHP), ou Comissão de Banjul, atingiu o número mínimo de ratificações para entrar em vigor em 1986. Todavia, a constituição do sistema africano somente se completou com a instituição da Corte ADHP, criada pelo Protocolo Adicional à Carta Africana, com entrada em vigor em 2004. Atualmente, 54 países ratificaram a CADHP, dos quais, 33 aceitaram a competência da Corte ADHP.¹⁵³

Embora o tempo ainda não tenha permitido uma ampla observação de todas as características institucionais do mais recente sistema regional, algumas particularidades da experiência africana até o momento e das expectativas acerca de seu funcionamento futuro merecem destaque em uma análise argumentativa.

De início, observa-se que o sistema africano optou por uma composição da sua Corte regional mais próxima daquela adotada no sistema americano. Diferentemente do sistema europeu, não há previsão de um juiz nacional de cada Estado na Corte ADHP, nem a possibilidade de indicação de juízes nacionais *ad hoc*. A Corte é composta por 11 juízes, independentemente do número de Estados membros, escolhidos pela Assembleia dos Estados.

¹⁵² “Foram precisamente estes dois princípios que fizeram com que os direitos humanos não fossem objeto de discussão por quase duas décadas nos órgãos da OUA. Dessa forma, a OUA manteve-se inerte frente a constantes e massivas violações de direitos humanos, enfatizando sempre que se tratava de assuntos internos dos Estados em questão, que o princípio da não interferência era um óbice para qualquer ação por parte da Organização e que a OUA não era um tribunal que pudesse julgar seus membros por políticas internas.” (Andrade, 1994, p. 30).

¹⁵³ Lista completa disponível em: [https://au.int/sites/default/files/treaties/36393-sl-PROTOCOL TO THE AFRICAN CHARTER ON HUMAN AND PEOPLESRIGHTS ON THE ESTABLISHMENT OF AN AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLES RIGHTS.pdf](https://au.int/sites/default/files/treaties/36393-sl-PROTOCOL%20TO%20THE%20AFRICAN%20CHARTER%20ON%20HUMAN%20AND%20PEOPLES%20RIGHTS%20ON%20THE%20ESTABLISHMENT%20OF%20AN%20AFRICAN%20COURT%20ON%20HUMAN%20AND%20PEOPLES%20RIGHTS.pdf). Acesso em: 16 jun. 2022.

No entanto, a Carta africana contém disposições originais, determinando que os juízes nomeados para a Corte devem representar equitativamente “as principais regiões da África e as suas principais tradições jurídicas” (Art. 14.2.)¹⁵⁴ e que “será dada especial atenção à representação adequada de ambos os sexos” (Art. 14.3.).¹⁵⁵

Uma vez que a multiculturalidade é um aspecto fundamental na história africana e que essa diversidade cultural é muito mais profunda do que a posterior divisão artificial do continente em Estados-nações, é bastante compreensível que o sistema regional africano tenha optado pela representação das “tradições jurídicas” em seu corpo de juízes, em detrimento da representação por Estados adotada no sistema europeu. Disso se depreende, igualmente, que a forma particular de multiculturalidade historicamente construída no continente e a sua relação com as tradições jurídicas africanas também serão aspectos relevantes em disputas argumentativas nesse espaço.

De outra parte, é significativo que na Corte ADHP, pensada no final do século XX, as discussões sobre a participação feminina nos espaços públicos presentes ao longo desse período tenham amadurecido ao ponto de se inserir uma disposição expressa para assegurar a inclusão das mulheres no corpo de juízes.¹⁵⁶ O impacto da distribuição equitativa de posições decisórias entre os gêneros, com a ampliação da participação feminina nos órgãos judiciais, é um tema pouco explorado no que se refere à argumentação jurídica. Nesse aspecto, a Corte ADHP é um espaço promissor de investigação.

Não se pode deixar de registrar a existência de alguma hesitação na comunidade internacional acerca da efetiva independência dos membros da Corte ADHP e da Comissão ADHP, em razão do histórico das primeiras nomeações à Comissão, marcadas pela presença de políticos e embaixadores dos Estados nas indicações¹⁵⁷. Somado a isso, problemas relacionados ao financiamento do sistema pela União Africana e ao efetivo cumprimento das decisões da Corte ADHP têm sido apontados como desafios à sua atuação.¹⁵⁸ Não obstante essas preocupações, a Corte ADHP, em seus primeiros anos de atividade, tem proferido julgamentos em temas sensíveis, contra os países da região, como legitimidade eleitoral e direitos das

¹⁵⁴ OUA. **Protocolo relativo à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos sobre a criação de um tribunal africano dos direitos do homem e dos povos**. Banjul: OUA, 1998.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ À época do levantamento dos dados nesta etapa de pesquisa (junho de 2022), a Corte ADHP é composta por seis mulheres – entre elas, a sua presidente – e cinco homens – entre eles, o seu vice-presidente.

¹⁵⁷ RAMOS, 2019, p. 289.

¹⁵⁸ PIOVESAN, 2015, p. 267.

mulheres, inclusive determinando a adoção de mudanças legislativas internas,¹⁵⁹ de modo que a independência de seus juizes não aparenta ter sido prejudicada pelos apontados problemas. Ainda há, porém, críticas quanto a um possível comprometimento dos membros da Comissão ADHP, que não possuem os mesmos impedimentos e proibições impostos aos juizes da Corte.¹⁶⁰

Assim como em seus congêneres, a Corte ADHP possui ampla competência para decidir sobre toda matéria constante em seu Tratado regional de direitos humanos. Todavia, além de interpretar a CADHP, a Corte africana foi expressamente autorizada a decidir sobre casos e disputas relativos à aplicação de qualquer instrumento internacional de proteção de direitos humanos que tenha sido ratificado pelo Estado demandado, inclusive fora do sistema normativo africano.¹⁶¹ Essa ampliação do objeto interpretativo da Corte ADHP conduz a uma possível sobreposição de funções, uma vez que ela poderá ser acionada para se pronunciar sobre tratados que possuem mecanismos próprios de disputa, seja no sistema universal de proteção de direitos humanos, seja em algum outro sistema internacional em que a temática dos direitos humanos surja de maneira incidental. Assim, assumem especial relevância as estratégias de argumentação que serão desenvolvidas no sistema africano para possibilitar o diálogo entre as instituições internacionais e a solução de possíveis divergências interpretativas entre eles.¹⁶²

Além disso, a interação com outros organismos internacionais é uma característica que merece destaque na realidade africana, onde a criação de um sistema regional de proteção dos direitos humanos foi precedida pela existência de diversos subsistemas internacionais dentro do continente. De fato, a criação de subsistemas entre os países africanos iniciou-se, desde os anos 60 do século XX, pelo interesse na promoção do desenvolvimento econômico, porém, os órgãos convencionais desses subsistemas foram, paulatinamente, recebendo questões relativas a direitos humanos. Nesse sentido, há precedentes sobre interpretação de direitos humanos na Corte de Justiça da Comunidade do Oeste da África, no Tribunal da Comunidade de

¹⁵⁹ CHENWI, L. **Successes of African Human Rights Court undermined by resistance from states.** [São Paulo]: The Conversation, 31 ago. 2021. Disponível em: <https://theconversation.com/successes-of-african-human-rights-court-undermined-by-resistance-from-states-166454>. Acesso em: 20 jun. 2022.

¹⁶⁰ “*The Court is populated by judges who, contrary to the commissioners, are prohibited from participating in any activity of a nature that will compromise the independence and impartiality of the judge. Article 5 of the Rules of Court, moreover, states that no judge may ‘hold a political, diplomatic or administrative position or function as government legal adviser at the national level’. No such requirements are placed on the commissioners.*” (Rudman, 2015, p. 26, grifo do autor).

¹⁶¹ “Artigo 3º A jurisdição do Tribunal estende-se a todos os casos e disputas que lhe forem submetidos relativamente à interpretação e aplicação da Carta, do presente Protocolo e de qualquer outro instrumento pertinente dos Direitos do Homem ratificado pelos Estados interessados.” (OUA, 1998).

¹⁶² “*The risk of divergent interpretations of other human rights treaties when the ACtHPR engages with, interprets and applies these treaties is an issue which has not been addressed by neither the Comissão ADHP nor the Protocol.*” (Rachovitsa, 2018, p. 5).

Desenvolvimento do Sul da África e na Corte de Justiça do Leste Africano.¹⁶³ Portanto, a interação da Corte ADHP com os demais tribunais internacionais presentes nos subsistemas existentes no continente é uma questão que exigirá um desenvolvimento próprio ao longo do tempo.

Além da ampliação externa do conteúdo das disputas perante a Corte ADHP, permitindo-se que ela se pronuncie sobre outros tratados além da CADHP, há uma ampliação interna do conteúdo normativo no sistema africano, pois a própria CADHP enumera expressamente dimensões de direitos humanos que receberam menor atenção nos outros tratados regionais, como o direito ao trabalho em condições dignas, à atenção médica em caso de doença e à participação na vida cultural da comunidade.

Assim, diferentemente das Cortes americana e europeia, que inauguram seus trabalhos a partir de textos regionais centrados em direitos humanos de caráter individual, a Corte ADHP surge com uma missão institucional coletivista.¹⁶⁴ Essa missão, extraída do conjunto de direitos sociais e econômicos elencados na própria CADHP, também se evidencia, de maneira simbólica, pela inclusão da expressão “e dos povos” ao lado da enunciação de “direitos humanos”. De fato, a proteção dos povos, enquanto sujeitos coletivos de direito, é essencial na compreensão africana dos direitos humanos.

A partir dessa particularidade africana, é possível extrair-se ao menos duas consequências argumentativas.

A primeira delas é a menor carga argumentativa imposta à Corte ADHP para justificar sua atuação no campo dos direitos humanos sociais, econômicos e culturais.¹⁶⁵ A previsão mais clara desses direitos na CADHP confere maior legitimidade para que eles sejam discutidos no âmbito internacional, o que frequentemente demanda um grande esforço argumentativo nos demais sistemas. A Corte ADHP possui, portanto, maior liberdade para examinar diretamente a violação dessas espécies de direitos humanos, ao passo que as demais cortes precisam adotar estratégias como a judicialização indireta de direitos sociais, enquadrando-os

¹⁶³ MURUNGI, L. N.; GALLINETTI, J. The role of sub-regional courts in the african human rights system. *SUR: International Journal on Human Rights*, São Paulo, v. 7, n. 13, p. 119-143, 2010.

¹⁶⁴ “Diversamente dos demais instrumentos de proteção, em especial a Convenção Europeia e a Convenção Americana, a Carta Africana adota uma perspectiva coletivista, que empresta ênfase aos direitos dos povos. É a partir dessa perspectiva que se transita ao indivíduo.” (Piovesan, 2015, p. 255).

¹⁶⁵ “Como a Carta Africana é ampla e conta com direitos sociais, econômicos e culturais, há a expectativa de grande contribuição da Corte no tema da judicialização dos direitos sociais em sentido amplo.” (Ramos, 2019, p. 294).

argumentativamente em algum dos direitos humanos individuais contidos nos seus textos regionais.¹⁶⁶

A segunda consequência, por outro lado, é um maior ônus argumentativo na atuação da Corte ADHP ao abordar essas questões coletivas. Justificar a adoção de medidas para assegurar os direitos sociais dos povos sob sua jurisdição é uma tarefa bem mais complexa do que a atividade declaratória de constatar violações individuais e fixar indenizações, originariamente pensada no sistema europeu, especialmente quando consideradas as condições materiais dos Estados do continente africano. O manejo dos argumentos nesta seara envolve raciocínios mais refinados, típicos da formulação de políticas públicas, como análise do substrato econômico necessário para a sua concretização e da suficiência dos esforços empreendidos pelos Estados em sua implantação progressiva – questões que tornam desafiadora a própria justicialização internacional desses direitos.¹⁶⁷

De fato, há, sobre a Corte ADHP, a mesma expectativa de uma atuação mais concreta na reparação de violações aos direitos humanos, já presente na Corte IDH,¹⁶⁸ o que precisa ser compatibilizado com a realidade africana. Acrescente-se a isso o fato de que, no sistema africano, há um forte apelo para que essas intervenções concretas respeitem as “tradições históricas e os valores da civilização africana”,¹⁶⁹ elementos importantes a serem integrados na argumentação desenvolvida nas decisões da Corte, que precisarão equilibrar todos esses elementos contingentes.

Se a atuação da Corte ADHP no âmbito dos direitos econômicos e sociais é facilitada pelo texto da CADHP, no âmbito dos direitos civis e políticos, ela pode ter se tornado mais complexa, pois diversos direitos humanos de caráter individual foram negligenciados na Carta Africana. Por exemplo, não há menção expressa ao direito à privacidade, o direito à não submissão a trabalhos forçados é abordado de maneira dúbia, e o direito ao devido processo

¹⁶⁶ Um exemplo recorrente de justicialização indireta dos direitos é a estratégia, adotada pela Corte IDH, de tutelar indiretamente o direito à saúde, abordando-o dentro do direito à integridade física. Nesse sentido: Maas e Daroit (2019).

¹⁶⁷ RAMOS, 2019, p. 343-354.

¹⁶⁸ O protocolo adicional que instituiu a Corte ADHP determinou que, ao encontrar uma violação, ela deverá “[...] ordenar todas as medidas necessárias para remediar a situação, inclusive o pagamento de uma indenização ou reparação [...]”, alinhando-se à posição de reparação integral e não exclusivamente pecuniária prevista no sistema americano.

¹⁶⁹ Nesse sentido, o preâmbulo da CADHP enaltece “[...] as virtudes das suas tradições históricas e os valores da civilização africana que devem inspirar e caracterizar as suas reflexões sobre a concepção dos direitos humanos e dos povos.”

legal recebeu tratamento sucinto, não incluindo cláusulas clássicas como o direito à não autoincriminação e a um julgamento público.¹⁷⁰

Em razão da já mencionada ampliação externa do objeto de discussão na Corte ADHP, nos casos em que há a justicialização desses direitos, este Tribunal pode suprir as omissões da CADHP, argumentando a partir de outros Tratados internacionais de direitos humanos, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, amplamente ratificado pelos países do continente, bem como de outras fontes do direito internacional, como o costume e o *jus cogens*. Todavia, é necessário cautela na forma como esses direitos serão aplicados à realidade africana.

Há, de um lado, risco similar ao que ocorre quando países pretendem conferir a um texto internacional interpretação nacionalista. Eventual interpretação excessivamente regionalista de tratados do sistema universal ou de outras fontes advindas da prática global pela Corte ADHP terminaria por negar a universalidade dos direitos humanos, retirando a eficácia da internacionalização da matéria. De outra parte, a simples assimilação de normas universais que desconsidere completamente as especificidades da realidade africana poderia incorrer na repetição de processos de colonização cultural causadores de grandes prejuízos ao continente. Assim, competirá à prática do sistema regional africano, legitimando-se através de argumentações sólidas nos problemas que lhe forem submetidos, construir um caminho entre esses extremos indesejados.

Uma outra característica digna de destaque no sistema africano é a ampliação da competência consultiva da Corte ADHP, decorrente da inclusão de organizações africanas, governamentais ou não, como partes legítimas para requerer pareceres consultivos à Corte – legitimidade igualmente reconhecida a qualquer Estado membro da União Africana e a quaisquer órgãos desta.¹⁷¹ De fato, trata-se do primeiro sistema regional a permitir o acesso direto de organizações independentes à competência consultiva, embora essa legitimidade ativa exija um prévio reconhecimento da organização requerente pela União Africana, subordinando a legitimação para a consulta a um juízo político.¹⁷²

¹⁷⁰ HEYNS, C. The African Regional Human Rights System: The African Charter. **Penn State Law Review**, State College, EUA, v. 108, n. 3, p. 679-702, 2004, p. 687.

¹⁷¹ “Art. 4.1 A pedido de um Estado membro da OUA, da OUA, de qualquer dos seus Órgãos ou de qualquer organização africana reconhecida pela OUA, o Tribunal pode emitir um parecer sobre qualquer questão jurídica relativa à carta ou a qualquer outro instrumento pertinente, desde que esta questão não seja relacionada com um assunto sendo examinado pela Comissão.” (OUA, 1998).

¹⁷² O reconhecimento pela União Africana, apto a permitir o acesso à competência consultiva, segundo a jurisprudência da própria Corte ADHP, exige a prévia concessão da condição de observador à organização em um “Memorandum of Understanding” do Conselho Executivo da União Africana (2017b).

Nesse aspecto, mais uma vez, o sistema africano se aproxima do sistema americano, apresentando uma maior abertura à discussão dos problemas interpretativos com maior grau de abstração e em caráter preventivo. Em seus poucos anos de funcionamento, a Corte ADHP já recebeu 15 solicitações de opiniões consultivas, a maior parte delas formulada por organizações não governamentais, o que já é mais do que o sistema europeu recebeu em toda a sua história.¹⁷³

Embora muitos pedidos de consulta tenha sido rejeitados devido à ausência de reconhecimento da organização solicitante pela União Africana ou a outros defeitos formais, deve-se destacar os recentes pronunciamentos alcançados pela União Pan-Africana de Advogados, a pedido da qual a Corte ADHP declarou que as leis que criminalizam a pobreza, conhecidas como “leis de vadiagem”, são incompatíveis com a CADHP e que os Estados possuem a obrigação positiva de revê-las;¹⁷⁴ bem como fixou balizas para a preservação dos procedimentos democráticos de eleição nos países africanos durante a crise sanitária da covid-19.¹⁷⁵ Nesse cenário, não há dúvidas de que o procedimento consultivo tem potencial para desempenhar um papel de destaque no desenvolvimento do sistema africano.

Em relação à competência contenciosa, ao contrário do sistema americano, o sistema africano já nasceu com previsão de demandas serem ajuizadas perante a Corte ADHP diretamente por indivíduos e por organizações não governamentais, condicionando-se a legitimação, nesses casos, a duas exigências: que o Estado demandado tenha declarado especificamente que aceita demandas propostas por indivíduos e organizações; e que a própria Corte ADHP permita que o caso lhe seja submetido (arts. 5.3 e 34.6).¹⁷⁶ A experiência até aqui demonstra que, enquanto os Estados africanos esforçam-se em evitar o acesso dos indivíduos, estes se tornaram os maiores litigantes na Corte, em detrimento de uma atuação módica na Comissão Africana.

Com efeito, apenas 12 Estados aceitaram a competência da Corte ADHP para processar petições de indivíduos, sendo que quatro deles já revogaram essa aceitação: Ruanda (2017), Tanzânia (2019), Costa do Marfim (2020) e Benin (2020). De outra parte, dos 328 casos submetidos à Corte ADHP até junho de 2022, 304 foram propostos por indivíduos, 21 por organizações não governamentais, e apenas três pela Comissão Africana.¹⁷⁷ Nesse contexto,

¹⁷³ Dados disponíveis em: União Africana ([20--]a).

¹⁷⁴ UNIÃO AFRICANA. **Advisory Opinion on Request no. 001/2018 by the Pan African Lawyers Union.** Arusha, Tanzânia: AfCHPR, 4 dez. 2020a.

¹⁷⁵ UNIÃO AFRICANA. **Advisory Opinion on Request no. 001/2020 by The Pan African Parliament (PAP).** Opinião consultiva acerca do princípio de rotação regional nas eleições do PAP. Arusha, Tanzânia: AfCHPR, 16 jul. 2021a.

¹⁷⁶ OUA, 1998.

¹⁷⁷ Dados disponíveis em: <https://www.african-court.org/cpmt/statistic>. Acesso em 22 jun. 2022.

resulta claro que os indivíduos e as organizações não governamentais despontam como os maiores protagonistas na apresentação de problemas para a construção de *topoi* regionais de direitos humanos na Corte ADHP.

Todavia, é necessário destacar que, no atual estágio de desenvolvimento do sistema africano, em que a Corte ADHP há pouco tempo iniciou efetivamente o exercício de sua jurisdição, assumem especial relevo as formas como a Comissão Africana tem atuado e como a sua relação com a Corte evoluirá.

Por certo, as relações entre as Comissões de direitos humanos e as Cortes de direitos humanos assumiram contornos diversos em cada sistema regional.

No sistema europeu, a Comissão EDH desempenhou, até o final da década de 1990, importante papel no exame prévio e na conciliação de casos individuais de violações de direitos humanos. Porém, as críticas à morosidade do procedimento bifásico de apuração dessas violações, aliadas à vontade política de aceleração do escrutínio internacional sobre os países do antigo Bloco Soviético que ingressaram no Conselho da Europa após a Queda do Muro de Berlim, culminaram com a permissão do acesso direto de indivíduos à Corte EDH, extinguindo-se a respectiva Comissão no mesmo Protocolo n. 11.¹⁷⁸

No sistema americano, o procedimento de apuração de violações internacionais segue sendo necessariamente bifásico e, portanto, a passagem pela Comissão IDH é etapa obrigatória para o acesso dos indivíduos à Corte. A relação entre a Comissão e a Corte tem se intensificado, com um notório aumento na submissão de casos através daquela, ao longo dos anos,¹⁷⁹ bem como no esforço da Comissão em incitar os países do sistema regional a observarem a jurisprudência da Corte.¹⁸⁰

No sistema africano, como já visto, adotou-se uma solução híbrida. A regra permanece sendo o acesso à competência contenciosa da Corte ADHP intermediado pela Comissão, admitindo-se, excepcionalmente, o acesso direto de indivíduos e organizações não governamentais. A Comissão ADHP tem desenvolvido um grande trabalho no desenvolvimento

¹⁷⁸ RAMOS, 2019, p. 173–177.

¹⁷⁹ Entre os anos de 1991-2000, a Comissão IDH submeteu 26 casos à Corte IDH. Nos anos de 2001-2010, foram 94 casos submetidos, e, nos anos de 2011-2020, esse número saltou para 201 (OEA, c2022a).

¹⁸⁰ Entre outros exemplos recentes, pode-se citar a advertência da Comissão acerca de iniciativas de leis nacionais que limitam os direitos de pessoas transsexuais, não binárias e de gênero diverso, com amparo na Opinião Consultiva 24 da Corte IDH; e da implementação de tipos penais abertos com potencial para limitar indevidamente a liberdade de expressão, em confronto com a orientação jurisprudencial da Corte sobre o assunto. Manifestações disponíveis em: OEA (2022b).

de resoluções e na atuação de suas relatorias temáticas,^{181 182} o que contrasta com a reduzidíssima submissão de casos à Corte ADHP.

Apesar das diferenças entre as remanescentes Comissões americana e africana, ambas exercem, em síntese, algumas atividades básicas: a) supervisionar os países da região, inclusive com a adoção de relatorias temáticas; b) investigar denúncias específicas acerca de violações de direitos humanos e propor formas de solucioná-las; c) decidir pela submissão de casos às Cortes de direitos humanos; d) desenvolver atividades de fomento do respeito aos direitos humanos na região; e d) elaborar regramentos gerais, como resoluções, recomendações, etc., a fim de orientar os países da região quanto à adequada observância das normas internacionais de direitos humanos.

As Comissões claramente possuem uma maior variedade de ações a serem desenvolvidas do que as Cortes, bem como estão submetidas a menos limitações formais, não se sujeitando, por exemplo, ao princípio da demanda para atuar. Todavia, no desempenho de algumas de suas atividades, especialmente aquelas de caráter decisório em que é necessária uma explícita argumentação, o seu trabalho guardará similitudes com a argumentação desenvolvida pelas Cortes.

Ao examinar petições individuais ou elaborar relatórios de supervisão, a tarefa argumentativa das Comissões será bastante similar à das Cortes, na atividade contenciosa, tratando-se de interpretar as normas internacionais de direitos humanos e aplicá-las a situações concretas de possíveis violações. De outra parte, na elaboração de resoluções e outros regramentos gerais, sua argumentação se aproximará da atividade consultiva, transformando as redações mais abstratas contidas nas normas de direitos humanos em normas gerais com conteúdo mais concreto para aplicação pelos Estados.

Porém, para além das já citadas variedade de ações e redução de limitações formais, uma grande diferença entre os espaços argumentativos das Comissões e das Cortes, no exercício das funções relacionadas à construção interpretativa dos direitos humanos, permanece sendo o efeito vinculante de suas decisões, pois, segundo a compreensão tradicional e ainda recorrente, somente as decisões das Cortes nos casos contenciosos teriam força obrigatória.¹⁸³

A distinção entre a força obrigatória e a força orientativa no trabalho das Comissões e das Cortes de direitos humanos tem recebido novos contornos à luz do prestígio que esses

¹⁸¹ Só no ano de 2021 a Comissão ADHP adotou 39 resoluções em diversos temas, como proteção de terras indígenas, violência contra a mulher em conflitos armados, uso da força policial e questões específicas acerca da violação generalizada de direitos humanos no Sudão e na República de Camarões.

¹⁸² Dados disponíveis em: https://www.Comissão ADHP.org/pr_sessions. Acesso em: 24 jun. 2022.

¹⁸³ RAMOS, 2019, p. 244–247.

órgãos têm adquirido nos sistemas internacionais e de uma reflexão acerca da boa-fé internacional dos Estados, que devem estar comprometidos com o alcance dos objetivos coletivos almejados pelo sistema regional com o qual pactuaram e com os órgãos internacionais aos quais livremente aderiram. De fato, a ausência de força obrigatória não tem impedido que as decisões em petições individuais ou resoluções da Comissão IDH tenham exercido importante papel no âmbito interno dos Estados americanos,¹⁸⁴ de modo que a submissão de um caso contencioso à Corte, com a invocação da força obrigatória desse mecanismo, constitui verdadeira *ultima ratio* do sistema regional. De outra parte, maiores dificuldades seguem sendo apontadas quanto a uma reiterada inobservância de decisões e recomendações proferidas pela Comissão Africana.^{185 186}

Um último aspecto que deve ser ressaltado quanto ao sistema africano consiste na inovadora inclusão, no texto da CADHP, de um capítulo dedicado aos deveres dos indivíduos com a família, a sociedade e o Estado. A enunciação de deveres individuais decorrentes dos direitos humanos – como os de “respeitar e considerar seus semelhantes sem discriminação” e de “reforçar o respeito mútuo e a tolerância”¹⁸⁷ – confere à Comissão e a Corte ADHP um conjunto de elementos argumentativos não presentes em outros sistemas. Será interessante verificar como esses elementos serão aproveitados e desenvolvidos na atividade decisória.¹⁸⁸

Por tudo o que foi exposto, observa-se que o sistema africano de proteção regional dos direitos humanos já apresenta características únicas, cujos impactos na argumentação jurídica que se desenvolverá ao longo de sua operacionalização demandam um olhar atento. Ao lado de inovações capazes de ampliar os horizontes protetivos, como a inclusão de direitos sociais e econômicos na CADHP e uma ampliação no acesso à Corte ADHP, há sérios desafios de ordem prática quanto à eficácia do sistema e à conciliação entre o respeito às tradições africanas e a universalidade dos direitos humanos. A conjugação dessas luzes e sombras, gradativamente

¹⁸⁴ SANTOS, P. A.; ROESLER, C. Argumentação jurídica e os impactos da atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a situação de presos cautelares hipossuficientes no Brasil durante a pandemia da Covid-19. **Impactos Comissão IDH: Compendio de artículos académicos**, Washington, DC, v. 1, n. 1, 2023.

¹⁸⁵ ABEBE, D. Does International Human Rights Law Make a Difference? **Virginia Journal of International Law**, [s. l.], v. 56, n. 3, p. 527-584, 2016.

¹⁸⁶ RIBEIRO DO NASCIMENTO, M. A. O acesso do indivíduo às instâncias de proteção do Sistema Africano de Proteção dos Direitos do Homem e dos Povos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, DF, v. 9, n. 1, p. 103-124, 2012.

¹⁸⁷ “Art. 28. Todo indivíduo tem o dever de respeitar e considerar seus semelhantes sem discriminação, e manter relações destinadas a promover, salvaguardar e reforçar o respeito mútuo e a tolerância.” (OUA, 1981).

¹⁸⁸ “*That the African Charter contains rights such as economic, social and cultural rights, people’s rights and individual duties, which bodies such as the European Court do not have the power to deal with, should be seized upon and developed by the African Court.*” (Murray, 2002, p. 218).

explorada em cada problema enfrentado, será fundamental na construção da identidade argumentativa do sistema africano.

2.3 Uma proposta metodológica para a pesquisa em argumentação jurídica nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos

No início do capítulo, procurou-se demonstrar os principais aspectos de uma visão do direito a partir da argumentação jurídica e os desdobramentos desta visão sobre o direito internacional dos direitos humanos. Em seguida, realizou-se uma abordagem geral dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, com ênfase nos aspectos tópicos-argumentativos presentes em seus desenhos institucionais.

Assentadas essas premissas, é possível formular uma proposta metodológica de pesquisa empírica acerca da argumentação jurídica na resolução de problemas no âmbito dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

2.3.1 Metodologia, campo-base e problema

O estudo empírico da argumentação jurídica é, de um modo geral, construído a partir da metodologia do estudo de casos. Cada argumentação concreta é tomada como um caso particular a ser analisado pelo pesquisador e o resultado da análise dos casos estudados é posteriormente discutido com o auxílio das ferramentas extraídas do referencial teórico. Do mesmo modo, assim como nos estudos de casos em geral, a pesquisa em argumentação jurídica usualmente adota orientação qualitativa.¹⁸⁹

Para os fins propostos nesta investigação, em que se pretende abordar a argumentação jurídica nos distintos sistemas regionais de proteção ao longo do desenvolvimento da solução de um problema, é preciso que o estudo de caso seja associado a elementos do estudo comparativo, permitindo que se identifiquem semelhanças e diferenças entre práticas geográfica e temporalmente diversas.¹⁹⁰ Nessa associação, a estrutura metodológica exige, em

¹⁸⁹ “Tradicionalmente, a abordagem [metodologia] qualitativa identifica-se com o estudo de caso. [...] O estudo de caso refere-se ao levantamento com mais profundidade de determinado caso ou grupo humano sob todos os seus aspectos. Entretanto, é limitado, pois se restringe ao caso estudado, que não pode ser generalizado.” (Marconi; Lakatos, 2022, p. 304).

¹⁹⁰ MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M. **Metodologia Científica**. 8. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 85

primeiro lugar, a definição de quais casos serão objeto de análise e comparação, para que, posteriormente, seja debatida a resolução desses casos nos diferentes sistemas jurídicos.¹⁹¹

A escolha dos casos para a análise empírica passa pela delimitação de um campo-base e de um problema nele presente que seja comum aos casos estudados. Com efeito, a argumentação é uma atividade campo-dependente, pois os elementos constitutivos do argumento – em especial as suas premissas normativas e os critérios para aferir a sua correção – serão dados pelo campo do conhecimento no qual ela se desenvolve, sendo imprescindível a compreensão deste para a correta análise do argumento.¹⁹² No estudo aqui proposto, o campo-base será o direito internacional dos direitos humanos.

Assim, para se viabilizar a pesquisa empírica, é necessário determinar um problema interno ao direito internacional dos direitos humanos no qual a argumentação tenha desempenhado um papel de destaque na construção de suas soluções. A escolha desse problema deve considerar algumas preocupações.

O problema escolhido precisa apresentar uma dificuldade interna ao campo-base capaz de ensejar o máximo desempenho argumentativo dos envolvidos. Isso porque problemas simples – cuja resposta se apresenta de maneira expressa no sistema normativo ou que dependam de menor atividade interpretativa – exigem o manejo de menos argumentos nas disputas e, portanto, oferecem menos conteúdo para uma análise argumentativa. Por essa razão, é preciso que o problema selecionado para a análise empírica veicule uma controvérsia reputada difícil no campo-base, na qual a disputa argumentativa tenha explorado o máximo da argumentação nas instituições em estudo.

É preciso considerar, ainda, a historicidade do problema. De um lado, ele não deve ser excessivamente antigo, a ponto de não permitir avaliar o atual perfil argumentativo dos atores envolvidos. De outro, igualmente não pode ser excessivamente novo, a ponto de que não tenha sido explorado um número razoável de argumentos acerca das soluções em debate. Sendo assim, o problema a ser estudado deve ter uma trajetória histórica no âmbito dos sistemas regionais de proteção e permanecer sendo uma discussão relevante na atualidade.

Em sintonia com as preocupações anteriores, é preciso que o problema apresente alguma notoriedade, seja pelo número de indivíduos impactados pela sua discussão, seja pela relevância da solução lograda para o desenvolvimento do campo-base. De fato, discussões sobre temas pouco recorrentes, muito particulares de casos específicos ou com menor relevância para a

¹⁹¹ SAMUEL, G. **An introduction to comparative law theory and method**. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 71-75.

¹⁹² TOULMIN, 2003, p. 33-36.

teoria geral dos direitos humanos não seriam os melhores pontos de partida para um estudo como o ora proposto, que pretende, ao final, formular conclusões mais gerais sobre a argumentação nos sistemas regionais de proteção.

Por fim, por se tratar de um estudo comparativo, é preciso que se trate de um problema comum aos sistemas regionais de proteção. Isso não significa que deva ter atingido o mesmo grau de desenvolvimento, nem que tenha sido formulado exatamente nos mesmos termos em todos os sistemas, mas que se trate de um fenômeno suficientemente abrangente para atrair a atenção de todos eles.

A partir dessas considerações, entre outras escolhas possíveis, surge como interessante problema o tratamento jurídico conferido às uniões homoafetivas no âmbito dos sistemas regionais de direitos humanos.¹⁹³ De fato, trata-se de um tema para o qual não há solução explícita nos Tratados regionais de direitos humanos, que está presente nos sistemas regionais de proteção desde o seu início e que permanece ensejando discussões atuais. Além disso, possui notoriedade tanto pelo número de indivíduos impactados pela discussão quanto pela sua relevância para o campo-base, por envolver elementos fundamentais do direito internacional dos direitos humanos, como os direitos à liberdade, igualdade, vida privada e não discriminação. Do mesmo modo, apesar de ter atingido estágios diferentes de desenvolvimento em cada sistema regional, há discussões em curso acerca deste problema em todos eles.

Ressalte-se que a escolha por essa questão certamente não implica dizer que a opção por outras temáticas não seria igualmente possível. No entanto, a necessidade de se recortar o objeto de pesquisa é inerente a uma formulação metodológica, o que aqui se faz com amparo em critérios bem justificados.

Uma vez definido o campo-base e o problema, é possível a delimitação dos casos que integrarão o objeto de análise. Como é inerente à pesquisa qualitativa, não se pretende abordar todos os casos envolvendo uniões homoafetivas nos sistemas regionais de proteção, mas selecionar, a partir de um filtro de relevância, aqueles que representem pontos paradigmáticos no desenvolvimento do problema.¹⁹⁴

¹⁹³ Neste estudo, o termo “uniões homoafetivas” será empregado para descrever a relação de caráter amoroso, com a finalidade de estabelecer um vínculo duradouro e de caráter familiar entre pessoas do mesmo sexo, independentemente da qualificação jurídica que esse fenômeno da realidade tenha recebido nos diversos ordenamentos jurídicos. O referido termo, neologismo cunhado por Maria Berenice Dias (2016), evidencia o afeto nas relações entre pessoas do mesmo sexo como elemento identificador da entidade familiar, atraindo a necessidade de uma tutela jurídica adequada.

¹⁹⁴ A orientação qualitativa não afasta a preocupação em se incluir na análise todos os casos que satisfaçam os critérios de seleção previamente definidos da maneira mais completa possível, a fim de se evitar o enviesamento do objeto de pesquisa.

Com esse objetivo, serão considerados como conteúdos relevantes, para o escopo da pesquisa, os casos envolvendo uniões homoafetivas nos sistemas regionais de proteção que constem em publicações institucionais de jurisprudência dos órgãos integrantes desses sistemas, notadamente o *Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights – LGBTI rights*, da Corte EDH, e o *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 19: Derechos de las personas LGTBI da Corte IDH*,¹⁹⁵ assim como as que tenham sido citadas nas obras que compõem a bibliografia de referência deste estudo. De outra parte, para torná-lo mais objetivo, serão excluídos casos em que haja a simples repetição de decisões anteriores e casos que repitam o exame de situações verificadas em um mesmo país, em um curto período, sem acréscimos ou distinções relevantes. É importante ressaltar, igualmente, que o estudo não abrangerá casos em que haja, concomitantemente, problemas vinculados à identidade de gênero, dos quais emergem questões específicas que não poderiam ser devidamente discutidas nos limites desta pesquisa.

Nos capítulos seguintes, os casos encontrados a partir dos parâmetros acima serão apresentados, de maneira isolada ou agrupada, conforme as características referentes ao desenvolvimento do problema em cada sistema regional. A análise será apresentada pela ordem cronológica de criação dos sistemas, iniciando-se pelo sistema europeu, passando pelo sistema americano e, por fim, o sistema africano.

Uma última definição metodológica deve ser feita em relação aos tipos de decisão em análise e aos órgãos internacionais que serão estudados, o que demandará um ajuste específico em cada sistema regional de proteção.

No sistema europeu, o objeto de estudo será composto por decisões proferidas em casos contenciosos examinados pela Corte EDH e pela Comissão EDH antes de sua extinção. Não há pareceres consultivos sobre o problema em exame e eventuais atos de caráter geral, como resoluções ou recomendações destes órgãos, serão analisados em conjunto com os casos nos quais tenham sido mencionados. Se houver sobreposição, em que tanto a Comissão EDH quanto a Corte EDH tenham decidido sucessivamente sobre o mesmo caso, será analisada, preferencialmente, a decisão da última.

No sistema americano, incluem-se no objeto de pesquisa, além dos casos contenciosos já referidos quanto ao sistema europeu, os casos decididos no exercício da competência consultiva da Corte IDH. Do mesmo modo, eventuais atos de caráter geral serão analisados em

¹⁹⁵ Não há publicação semelhante no sistema regional africano.

conjunto com os casos nos quais tenham sido mencionados e, em caso de sobreposição, será analisada preferencialmente a decisão da Corte IDH.

Por fim, no sistema africano, no qual ainda não há pronunciamento da Corte ADHP sobre problemas relacionados às uniões homoafetivas, serão analisadas as decisões da Comissão ADHP em discussões que tratem do tema e os atos de caráter geral que apresentem argumentações a ele relacionadas. Além disso, especificamente no sistema africano, serão incluídos como casos as conclusões proferidas em relatórios de monitoramento dos Estados pela Comissão ADHP que tenham considerações relacionadas às uniões homoafetivas.

Com este recorte empírico, cujo objetivo é representar as principais discussões sobre os direitos decorrentes das uniões homoafetivas nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, acredita-se ser possível extrair importantes contornos da argumentação jurídica desenvolvida pelos seus órgãos principais e a evolução tópica da temática, impulsionada pelos embates argumentativos.

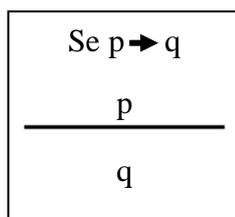
2.3.2 Análise de argumentos e observação da dinâmica tópica

O instrumental teórico que será empregado na análise das argumentações incluídas no recorte empírico desta pesquisa é extraído principalmente dos precursores e autores recentes da teoria *standard* da argumentação jurídica, já abordados ao longo deste capítulo. Todavia, é importante discriminar, pela multiplicidade de possibilidades teóricas, a concepção de argumento e que modelo de classificação dos argumentos será tomado como referência nas análises que se seguirão.

Um argumento é a enunciação de um conjunto de premissas com o objetivo de sustentar uma conclusão. A estrutura argumentativa clássica é representada na forma de um silogismo, em que se apresenta uma premissa geral condicionada e uma premissa particular que é a afirmação da condição, extraíndo-se uma conclusão da conjugação de ambas. A correção da conclusão é, assim, determinada em função das premissas, não havendo nada naquela que já não estivesse contido nestas, o que confere ao silogismo clássico um caráter formalmente rígido, como ilustrado a seguir.¹⁹⁶

¹⁹⁶ ATIENZA, 2013, p. 172.

Diagrama 2 – Silogismo clássico



Fonte: elaborado pelo autor.

A excessiva inflexibilidade desse modelo – que não daria conta de explicar os argumentos desenvolvidos em contextos reais, como as disputas judiciais – motivou Stephen Toulmin a desenvolver um outro *layout* de argumento. Em sua proposta, conclusão, premissa geral e premissa particular do argumento se tornam, respectivamente, alegação, garantia e dados. Além disso, acrescenta-se à estrutura do argumento novos elementos: apoios, condições de refutação e qualificadoras.¹⁹⁷

No *layout* toulmaniano, o argumento se inicia pela exposição da conclusão sobre a qual se pretende argumentar: a alegação (*claim* – C). Uma vez enunciado o objetivo do argumento, são apresentados os dados fáticos (*data* – D) que subsidiam a proposição alegada e as afirmações gerais capazes de assegurar que, a partir dos fatos apresentados, deve decorrer a aceitação da conclusão, denominadas de garantias (*warrants* – W). Estas revelam o caráter campo-dependente do argumento, pois espaços diferentes de argumentação oferecerão garantias diferentes para os argumentos nele formulados.

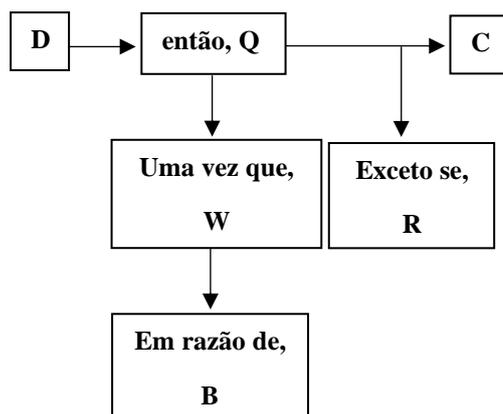
Ocorre que, como observa Toulmin, nas argumentações reais, nem sempre é possível assegurar o nível de certeza acerca da conclusão do argumento exigido pelo silogismo clássico. Por essa razão, o grau de convicção que se tem quanto à alegação pode ser modulado por qualificadoras (*qualifiers* – Q), provavelmente ou possivelmente, a fim de evidenciar as limitações do argumento e a sua força efetiva.

Além disso, os argumentos reais poderiam ser ainda desafiados de dois modos. Em primeiro lugar, seria possível questionar a autoridade e a vigência das garantias apresentadas, tornando imperativa a exposição de apoios (*backings* – B) para se demonstrar a presença desses atributos. Em segundo lugar, seria possível que se formulassem condições de refutação (*rebuttals* – R), as quais, mesmo que se admitissem como corretos os dados e a garantia formulados, impediriam a aceitação da alegação.

Assim, o *layout* do argumento toulmaniano assume a seguinte configuração:

¹⁹⁷ TOULMIN, 2003, p. 87-131.

Diagrama 3 – *Layout* de argumento



Fonte: Toulmin.¹⁹⁸

É importante ressaltar que, em discursos argumentativos reais, como os que serão objeto desta pesquisa, os argumentos não são necessariamente apresentados pelos sujeitos da argumentação de acordo com algum modelo teórico. No entanto, é possível, na análise dos argumentos reais, identificar as categorias analíticas propostas por Toulmin e reconstruí-los de acordo com estas, o que facilita a compreensão e discussão daqueles. Desse modo, a adoção de uma estrutura ordenada de argumento como parâmetro geral – como aqui se propõe com a adoção do *layout* toulmaniano – é um recurso de grande utilidade para a atividade de pesquisa empírica em argumentação jurídica.

O modelo toulmaniano ainda oferece a vantagem de ter sido satisfatoriamente adaptado para abranger não apenas argumentações sobre a interpretação de normas, mas também sobre a comprovação de fatos.

Ao pensar este modelo para aplicação em discussões fáticas, Daniel Lagier propôs que os dados do argumento fático seriam as informações disponíveis e já aceitas como verdadeiras, que ele denominou de fatos probatórios. A alegação seria um novo fato, que se pretende inferir a partir daquelas primeiras informações já provadas, chamadas de fatos a provar ou hipótese. A passagem de um fato probatório para o fato a provar seria mediada por máximas de experiência e presunções, as quais exerceriam a função de garantias no raciocínio fático.¹⁹⁹

Para completar o modelo, Lagier propõe que uma qualificadora de probabilidade é inerente ao raciocínio em matéria de fatos, uma vez que se trata de uma forma de pensar

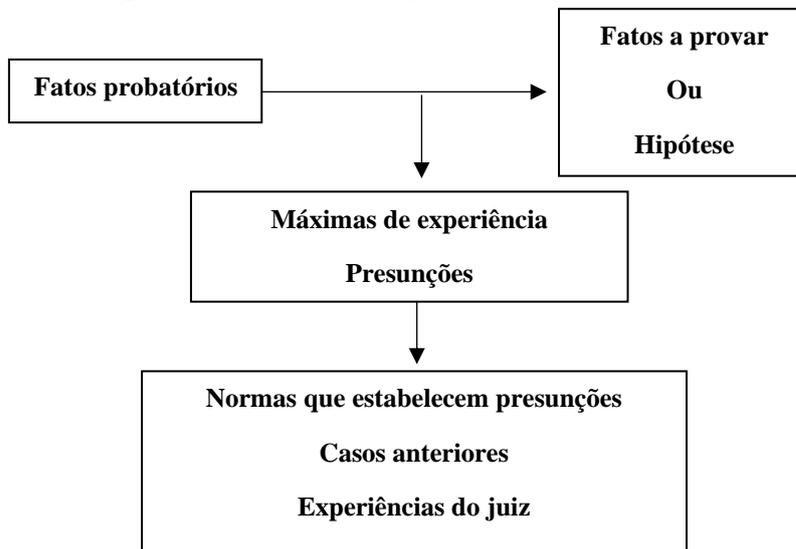
¹⁹⁸ TOULMIN, 2003, p. 97, tradução livre.

¹⁹⁹ LAGIER, D. G. Hechos y argumentos. (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal - II). **Jueces para la democracia**, Madrid, v. 47, p. 35-50, 2003.

necessariamente indutiva, baseada em premissas que não são absolutas. Por fim, os apoios para as garantias poderiam ser derivados das normas que estabelecem as presunções, da observação de casos anteriores e das experiências do juiz.²⁰⁰

Assim, o modelo de Toulmin-Lagier para o argumento acerca de fatos apresenta a seguinte configuração:²⁰¹

Diagrama 4 – *Layout* de argumento em matéria de fatos



Fonte: Lagier.²⁰²

Além de estabelecer uma ideia base de argumento em matéria interpretativa e em matéria fática, mostra-se oportuno, para evitar confusões semânticas, adotar uma nomenclatura base para referenciação das tipologias e espécies de argumentos.

No campo da argumentação interpretativa, entre as múltiplas opções possíveis, apresenta-se consentânea com os objetivos da pesquisa a classificação de argumentos estabelecida por Neil MacCormick e já razoavelmente difundida.

²⁰⁰ Posteriormente, Daniel Lagier propôs uma reformulação deste *layout* para abarcar questões envolvendo a qualificação jurídica dos fatos, expandido o argumento probatório para abranger este tipo de discussão. A expansão proposta suscita alguns problemas, especialmente porque é difícil admitir que, em todos os casos, os argumentos sobre a qualificação jurídica dos fatos sejam propriamente acerca de fatos, mas sobre a interpretação das normas que definem conceitos a serem aplicados a eles, ou seja, argumentos de interpretação normativa. Além disso, em trabalhos anteriores sustentamos que os argumentos de qualificação jurídica são um meio caminho entre a argumentação fática e a argumentação interpretativa, não se enquadrando propriamente como nenhum dos dois, mas constituindo o momento em que a conclusão bem justificada sobre fatos encontra uma norma bem interpretada, uma compreensão que ainda nos parece mais razoável. Por isso, faz-se a opção pelo modelo original de argumento em matéria de fatos pensado por Lagier, em detrimento do modelo revisado. Sobre o modelo revisado de Daniel Lagier, ver: Lagier (2013). Sobre a presente discussão acerca dos argumentos de qualificação jurídica ver: Santos (2019, p. 53-61).

²⁰¹ O autor, na representação gráfica do argumento probatório, não incluiu expressamente as condições de refutação. Todavia, ao longo da explicação do modelo, não há dúvidas de que elas são admissíveis.

²⁰² LAGIER, 2003, p. 36, tradução livre.

MacCormick divide os argumentos sobre a interpretação das normas em três grandes grupos: a) argumentos linguísticos, que apelam para o texto escrito em si mesmo para defender determinada interpretação desse texto; b) argumentos sistêmicos, que apelam para a compreensão do texto da norma em consonância com os demais elementos do sistema normativo em que ela se encontra inserido; e c) argumentos teleológico-avaliativos, ou consequencialistas, que apelam para as finalidades ou objetivos que motivaram a inserção das normas no sistema.²⁰³

Os argumentos linguísticos são divididos pelo autor entre aqueles que se fundamentam no sentido ordinário das palavras, de uso comum cotidiano, e aqueles que se fundamentam no sentido técnico atribuídos às palavras, conforme se extrai do vocabulário especializado de algum ramo do conhecimento.

Os argumentos sistêmicos podem ter como referência a harmonização contextual da norma dentro do corpo normativo mais amplo em que ela foi inserida; o modo como ela foi interpretada em casos precedentes; a possível analogia entre essa norma e outras normas presentes no sistema jurídico; a coerência na aplicação do conceito dentro do sistema jurídico; os princípios que informam o sistema; e a construção histórica da norma dentro do sistema jurídico.²⁰⁴

Os argumentos teleológico-avaliativos não recebem nenhuma subdivisão específica. No entanto, é preciso esclarecer que esse tipo de argumento – que MacCormick afirma ser consequencialista – parte do pressuposto de que toda norma inserida no sistema jurídico foi criada como solução racional para sanar um problema preexistente. Por isso, a interpretação da norma deve considerar os objetivos que motivaram a sua criação e facilitar que esses objetivos sejam alcançados, o que implica uma análise das consequências práticas das alternativas interpretativas, que podem ter consequências jurídicas, econômicas, políticas, ambientais, sociais etc.²⁰⁵

Ao final, a classificação dos argumentos proposta por MacCormick pode ser sintetizada conforme consta no quadro a seguir:

²⁰³ MACCORMICK, N. **Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 121- 142.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 127-132.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 132–137.

Quadro 1 – Classificação dos argumentos de interpretação normativa

Classificação dos argumentos de interpretação normativa	
Argumentos linguísticos	Sobre o sentido ordinário das palavras
	Sobre o sentido técnico das palavras
Argumentos sistêmicos	De harmonização contextual
	A partir de precedentes
	A partir da analogia
	De caráter conceitual
	A partir de princípios gerais
	A partir da história
Argumentos teleológicos-avaliativos, ou consequencialistas	De caráter jurídico, econômico, político, ambiental, social etc.

Fonte: elaborado pelo autor.

No campo da argumentação em matéria de fatos, é possível classificar os argumentos de acordo com as garantias apresentadas.

Se a garantia apresentada é uma máxima de experiência, está-se diante de um argumento probatório propriamente epistêmico. Esse tipo de argumento poder ser dividido, conforme os apoios apresentados para sustentar a máxima de experiência, em: a) argumentos científicos ou especializados; b) argumentos derivados do exercício profissional do juiz; ou c) argumentos derivados de experiência gerais de caráter comum, à margem da experiência judicial.^{206 207}

De outra parte, se a garantia apresentada é uma presunção, a pretensão epistêmica do argumento cede, diante de uma necessidade institucional. Os argumentos probatórios institucionais podem ser divididos, conforme a fonte da presunção que lhes fundamentam, em: a) argumentos derivados de normas de presunção legal; e b) argumentos derivados de normas de presunção jurisprudencial. Desse modo, a classificação dos argumentos em matéria de fatos pode ser assim sintetizada:

²⁰⁶ LAGIER, 2003, p. 36.

²⁰⁷ É importante notar que, conforme propõe Lagier (2003), afirmações gerais sobre fatos baseadas no senso comum ou em conclusões científicas são, ambas, máximas de experiência, pois possuem a mesma estrutura linguística e a mesma função no argumento, havendo entre elas uma diferença qualitativa: enquanto aquelas derivam de experiências difusas sem controle formal, estas derivam de experiências submetidas a grande rigor formal e sujeitas a controle por uma comunidade de *experts*, conferindo-lhes, em regra, maior certeza e credibilidade.

Quadro 2 – Classificação dos argumentos em matéria de fatos

Classificação dos argumentos em matéria de fatos	
Argumentos epistêmicos	Científicos ou especializados
	Derivados do exercício profissional do juiz.
	Derivados de experiência gerais, à margem do exercício profissional do juiz.
Argumentos institucionais	Derivados de normas de presunção legal.
	Derivados de normas de presunção jurisprudencial.

Fonte: elaborado pelo autor.

As classificações de argumentos aqui apresentadas não presumem nenhuma exigência de pureza classificatória ou de hierarquização prévia de argumentos. É sabido que, na prática, várias dessas espécies de argumentos são manejadas de forma acoplada e que não há nenhuma fórmula pré-determinada para solucionar conflitos entre argumentos de espécies distintas, ou até da mesma espécie. O estudo empírico que se realizará nos próximos capítulos colocará em evidência a interação dinâmica dos argumentos e permitirá a sua discussão oportunamente. É suficiente, por ora, fazer-se essa delimitação inicial dos conceitos teóricos.

Por fim, o estudo aqui proposto observará, além dos argumentos desenvolvidos na resolução de cada problema, a forma como o desenvolvimento dessas argumentações possibilitou o desenvolvimento histórico dos *topoi* regionais relativos às uniões homoafetivas. Essa complementação entre uma microanálise, centrada nos argumentos articulados em cada um dos casos analisados, e uma macroanálise, com enfoque na construção histórica de *topoi*, poderá tornar ainda mais clara a vinculação entre a argumentação jurídica e a tópica, além de fornecer uma visão mais fiel da dinâmica prática do direito internacional dos direitos humanos.

Para isso, é importante destacar que o conceito de *topoi* aqui adotado refere-se a todos os lugares-comuns, pontos de partida ou compreensões gerais que possuam algum grau de aceitação em um contexto argumentativo e, por isso, sejam empregados na construção de argumentos em busca da resolução de novos problemas. Em um conceito com essa abrangência, podem ser incluídos diversos tipos de conteúdo jurídicos, como regras do pensar gerais e específicas, normas legisladas, conceitos doutrinários, enunciados jurisprudenciais, princípios jurídicos etc.²⁰⁸

²⁰⁸ VON SCHLIEFFEN, K. **Iluminismo retórico**: contribuições para uma Teoria Retórica do Direito. Curitiba: Editora Alteridade, 2022, p. 29-30.

Neste estudo, a atenção será voltada para a investigação e discussão de quais dessas compreensões gerais foram sendo aceitas ou refutadas nos sistemas regionais, na análise de questões relativas às uniões homoafetivas, bem como quais mecanismos argumentativos foram empregados para permitir essa movimentação. Assume-se, portanto, a perspectiva de que há uma retroalimentação entre *topoi* e argumentos, na medida em que aqueles são empregados na construção destes, e estes geram novas compreensões que desempenharão a função daqueles.

2.3.3 Da teoria à prática

Estabelecer um diálogo entre as teorias da argumentação jurídica, com seu componente tópico, e o direito internacional dos direitos humanos foi o objetivo central deste capítulo, o que se iniciou com a demonstração das semelhanças históricas e práticas que unem esses dois campos do conhecimento jurídico.

A aproximação aqui defendida se tornou ainda mais evidente quando considerado o atual desenvolvimento dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, pensados como espaços institucionais construídos para abrigar a discussão tópico-argumentativa dos direitos humanos no âmbito internacional.

Revelada, assim, a viabilidade teórica de se empregar os instrumentos das teorias da argumentação jurídica no estudo dos sistemas regionais de proteção, formulou-se uma proposta metodológica de pesquisa empírica com este objetivo, que terá como problema-base os problemas vinculados à discussão das uniões homoafetivas.

Acreditando haver reunido o instrumental necessário para o empreendimento proposto, parte-se para a sua aplicação prática com uma dupla expectativa: do ponto de vista das teorias da argumentação jurídica, expandir o estado da arte para alcançar este novo espaço argumentativo ainda pouco explorado; do ponto de vista do direito internacional dos direitos humanos, lançar luzes sobre o desenvolvimento da proteção jurídica das uniões homoafetivas, um tema de extrema relevância para a concretização de sociedades comprometidas com a dignidade de todos os seus indivíduos.

3 UNIÕES HOMOAFETIVAS NO SISTEMA REGIONAL EUROPEU: DA CRIMINALIZAÇÃO À LEGITIMAÇÃO DO AFETO

O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos é, como visto no capítulo anterior, o maior e mais antigo entre os sistemas regionais. A extensão de sua jurisdição no tempo e no espaço possibilitou o exame de diversos casos envolvendo questões referentes à orientação sexual e às suas implicações jurídicas, como a possibilidade de existência de uniões homoafetivas. A fim de analisar a forma como os argumentos e *topoi* acerca das uniões homoafetivas foram sendo desenvolvidos no sistema, os julgados em análise serão apresentados em blocos, conforme o espectro de direitos que esteja sendo tangenciado pelas decisões adotadas.

Nos primeiros dois subtítulos, será tratado o início da discussão acerca da postura do Estado no tratamento jurídico das relações entre pessoas do mesmo sexo, especialmente quanto à aplicação de restrições criminais. Em seguida, serão abordados os casos relativos à negação de acesso a direitos com fundamento na orientação sexual e ao reconhecimento do caráter familiar das uniões homoafetivas. Por fim, serão exploradas as demandas que trataram da liberdade de expressão em questões relativas à orientação sexual e as que consolidaram o dever de atuação positiva do Estado na proteção específica de indivíduos com orientações sexuais não heteronormativas.

Em cada bloco, os assuntos tratados serão apresentados ordinariamente na perspectiva cronológica dos casos, havendo especial ênfase nos argumentos apresentados e nos movimentos de mudança e/ou manutenção de lugares-comuns. Todavia, não há uma sucessão cronológica exata entre os blocos temáticos. De fato, o sistema europeu lidou com diferentes problemas vinculados ao tema da orientação sexual em períodos temporais que eventualmente se sobrepõem, o que decorre dos diferentes estágios em que se encontravam as discussões sobre o tema nos países que integram o sistema, e será devidamente sinalizado no texto.

3.1 Estabelecendo o problema no sistema regional

A história das relações homoafetivas no sistema europeu de direitos humanos passou por várias etapas, desenvolvendo-se, nas primeiras décadas do seu funcionamento, em torno da discussão sobre se seria possível aos Estados estabelecer restrições penais mais rígidas para

práticas sexuais entre pessoas do mesmo sexo, diversas daquelas impostas, de maneira geral, às práticas heterossexuais.²⁰⁹

Uma vez que não há menção expressa à orientação sexual, na CEDH, cuja declaração de direitos foi redigida no final da década de 1950, havia uma incerteza normativa sobre a existência de alguma proteção jurídica a relações que não fossem estritamente heterossexuais, no direito internacional dos direitos humanos. O tema foi introduzido no sistema regional no bojo de casos em que se problematizou a criminalização, ainda que parcial, de relações entre pessoas do mesmo sexo.

Em 1975, um cidadão inglês, identificado apenas como X., apresentou à Comissão EDH uma petição contra o Reino Unido, alegando violações ao art. 8º, em conjunto com o art. 14, e ao art. 10, todos da CEDH, por ter sofrido uma condenação criminal em virtude de relações sexuais consensuais (*buggery with consent*) mantidas entre ele e outros dois cidadãos ingleses que tinham 18 anos de idade à época dos fatos.^{210 211} O caso não foi levado à Corte EDH pois a Comissão EDH, por maioria, entendeu não ter havido as violações apontadas pelo peticionante. Todavia, esse caso e o pronunciamento de mérito da Comissão EDH acerca dele são de extrema importância para se compreender o ponto de partida da discussão no sistema regional.

Em termos gerais, o caso desenvolveu-se em torno do Sexual Offenses Act britânico, editado em 1956 e revisado em 1967, que tipificava os crimes de “sodomia” e “indecência entre homens”, consistentes em práticas sexuais entre indivíduos do sexo masculino com idade inferior a 21 anos, ainda que consentidas em ambiente privado. A referida legislação não criminalizava condutas semelhantes entre pessoas do sexo feminino, aplicando-se a elas a regra geral – também aplicável às condutas entre indivíduos de sexos diferentes – de que a prática sexual seria lícita no ambiente privado se houvesse o consentimento da mulher e ela já tivesse 16 anos de idade.²¹²

²⁰⁹ Em análise crítica, Judith Butler identifica como a orientação sexual dos indivíduos se torna um assunto relevante para o Estado, na medida em que este funciona como uma instância que legitima e reconhece certas formas de desejo e afeto em detrimento de outras, que são por ele excluídas (Butler, 2003).

²¹⁰ CONSELHO DA EUROPA. **X. v. The United Kingdom**. Application nº 7215/75. Estrasburgo: Comissão EDH, 1980. Disponível em: <https://Corte EDH.echr.coe.int/eng?i=001-104190>. Acesso em: 24 jun. 2022.

²¹¹ Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em inglês.

²¹² Na redação original de 1956, o texto legal previa: “*It is an offence for a man to commit an act of gross indecency with another man, whether in public or private, or to be a party to the commission by a man of an act of gross indecency with another man, or to procure the commission by a man of an act of gross indecency with another man.*” (Reino Unido, [20--]). Com a reforma de 1967, introduziu-se a seguinte exceção: “[...] *a homosexual act in private shall not be an offence provided that the parties consent thereto and have attained the age of acts in private. twenty-one years [...]*”. (Reino Unido, [20--]).

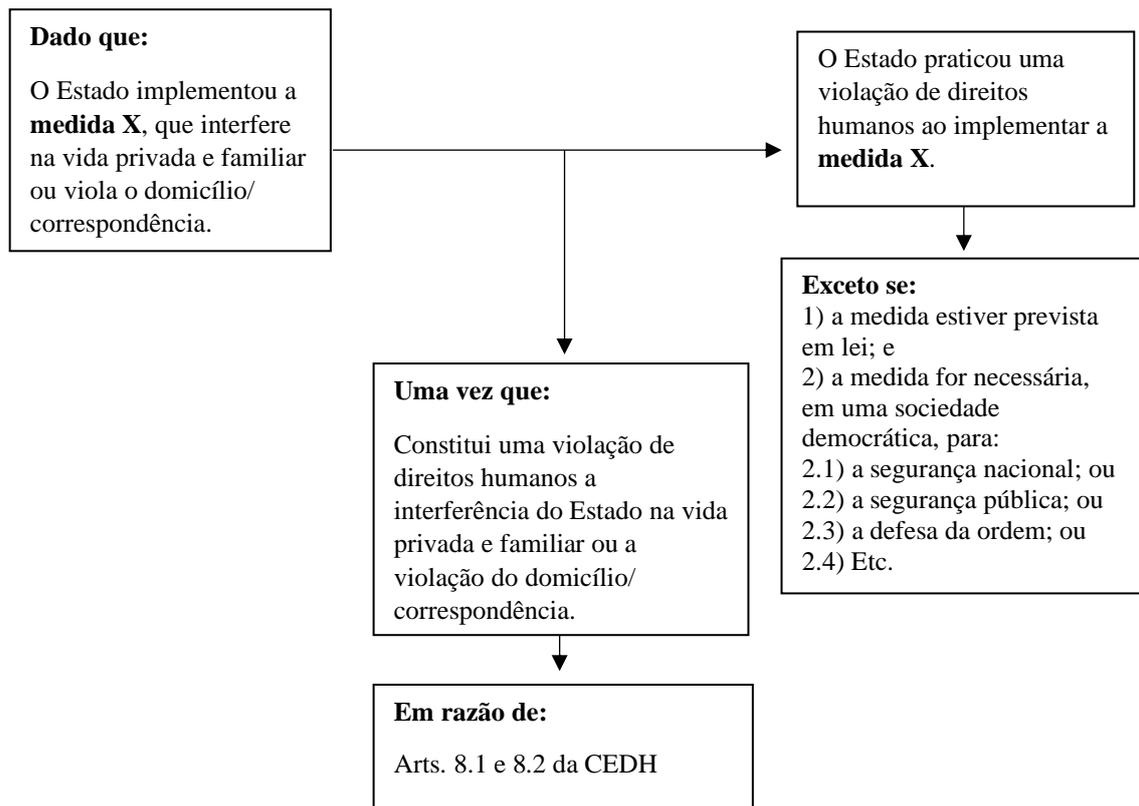
As alegadas violações de direitos humanos apresentadas por X. foram examinadas sob três aspectos. Em primeiro lugar, como violação direta do art. 8º da CEDH, uma vez que a criminalização das práticas sexuais consensuais entre homens com idade superior a 18 anos e, conseqüentemente, a sua prisão por esse crime constituiriam uma ofensa ao direito à vida privada. Em segundo lugar, como violação do citado artigo em conjunto com o art. 14 da CEDH, pois a fixação de diferentes idades de consentimento para condutas sexuais entre indivíduos do sexo masculino, indivíduos do sexo feminino e indivíduos de sexos diferentes constituiria ofensa ao direito à não discriminação. Em terceiro lugar, como violação do art. 10 da CEDH,²¹³ pois o Estado, ao determinar a prisão do demandante, teria impedido que ele mantivesse contato com seu companheiro, uma das alegadas vítimas dos crimes pelos quais foi condenado, obstruindo a sua “[...] liberdade de expressar sentimentos de amor por outro homem em uma relação sexual [...]”.

O art. 8.1 da CEDH prevê que toda pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. O art. 8.2 subsequente excepciona essa proteção, admitindo a interferência de uma autoridade pública nos citados temas caso haja previsão legal e essa interferência seja necessária, em uma sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem, a prevenção de infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Desse modo, a estrutura geral de um argumento acerca da violação dos direitos previstos nos art. 8º da CEDH pode ser assim reconstruída:

²¹³ “Artigo 10. 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.”

Diagrama 5 – Estrutura geral de um argumento acerca da violação dos direitos previstos nos art. 8º da CEDH



Fonte: elaborado pelo autor.

No caso, é incontroverso na decisão da Comissão EDH que o controle público sobre atividades sexuais, especialmente com introdução de leis penais, constitui uma interferência do Estado no âmbito privado, encontrando-se em disputa a legitimidade da interferência, nos termos excepcionais previstos na CEDH.

Em suas considerações, o petionante afirmou que a interferência estatal no caso seria infundada, por ser uma medida desnecessária. Para sustentar essa alegação, ele noticiou que, entre os Estados membros do sistema regional, à época, apenas três mantinham a total criminalização entre condutas homossexuais privadas (URSS, Romênia e República da Irlanda), ao passo que em outros três não havia nenhum tipo de restrição penal específica quanto a esse tipo de relação (Noruega, Portugal e Itália). Entre os países restantes, adotou-se majoritariamente a idade de 18 anos, ou inferior, como parâmetro de consentimento válido para afastar a criminalização.

Desse modo, tendo em vista o amplo espectro de sociedades democráticas europeias que aplicaram com sucesso legislações menos restritivas, seria possível concluir que o grau de restrição aplicado no Reino Unido – exigindo a idade de 21 anos para o consentimento

exclusivamente em relações homossexuais masculinas – não era necessário em uma sociedade democrática.²¹⁴

O peticionante ainda argumentou pela desnecessidade da criminalização, nos moldes previstos pela lei britânica, com amparo na própria legislação interna do Estado. Nesse sentido, afirmou que legislação nacional estabeleceria idades menos rigorosas para outras atividades extremamente relevantes da vida adulta, como votar, litigar em júízo e prestar serviço militar. Assim, se indivíduos do sexo masculino, a partir dos 18 anos de idade, estariam aptos a praticar todos esses outros atos legais reconhecidos pelo Estado, seria incoerente afirmar a necessidade de uma lei específica para disciplinar o seu consentimento sexual para se relacionar com pessoas do mesmo sexo.²¹⁵

Além de ser desnecessária, o peticionante sustentou que a medida não estaria vinculada a nenhuma das finalidades legítimas previstas no art. 8º da CEDH. Para fundamentar essa alegação, foi citada a conclusão alcançada pela American Psychiatric Association, que, em 1973, declarou que a homossexualidade, por si só, não constitui uma doença. Da mesma forma, foram invocadas as conclusões do comitê científico neerlandês Speijer Comitte, que, em 1969, concluiu não haver base científica na afirmação de que o convívio entre homens heterossexuais jovens e homens homossexuais afetasse a orientação sexual daqueles ou lhes causasse qualquer tipo de dano. Com base nesses estudos, seria possível concluir que a criminalização das relações homossexuais entre maiores de 18 anos não teria relação com a proteção da saúde pública, os direitos e a liberdade de terceiros, ou outra finalidade legítima.²¹⁶

Especificamente no que tange ao pretenso objetivo da lei nacional de proteger a moral pública, o peticionante argumentou que a moralidade somente pode ser adotada como critério para legitimar a interferência estatal na vida privada quando objetivar controlar condutas que afetem diretamente o bem-estar público, o que não ocorreria no caso. Destacou, ainda, a incoerência da legislação britânica quanto à proteção da moral, uma vez que, embora a estes nacionais fosse negado o direito de consentir em relações homossexuais privadas, os homens maiores de 18 anos poderiam licitamente ter acesso a clubes e publicações destinadas ao público homossexual.²¹⁷

A Comissão EDH enfrentou os argumentos apresentados pelo peticionante sobre a interferência do Estado na vida privada em dois níveis: em um primeiro momento, verificando

²¹⁴ CONSELHO DA EUROPA, 1980, p. 15.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 16.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 18.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 19.

se, na sua situação específica, houve uma justificativa adequada para a intervenção estatal em sua vida privada; em seguida, examinando se a proibição legal genérica de relações sexuais entre homens com idade inferior a 21 anos constituiria, por si só, uma violação da CEDH.

Quanto à situação específica de X., a Comissão destacou ser incontroverso que sua condenação no Estado nacional decorreu do delito de “sodomia consensual”, não havendo acusações formais no sentido de que ele houvesse maltratado ou agredido as vítimas.²¹⁸ No entanto, embora ausente acusação formal de violência no procedimento criminal processado no âmbito interno, a Comissão EDH enfatizou a existência, na decisão judicial nacional, de um trecho em que se evidencia o uso da força por ele, aparentemente em práticas sexuais de cunho sadomasoquista, nas quais ele teria “[...] praticamente feito de Y um prisioneiro, batendo nele e obrigando-o a tomar parte em atos homossexuais [...]”.²¹⁹

A partir dessa evidência, a Comissão concluiu que, embora ausente acusação de práticas sexuais não consentidas, havia “um elemento de força envolvido na relação”,^{220 221} o que tornava a prisão do peticionante necessária, em uma sociedade democrática, para prevenir ofensas contra o direito de terceiros e preservar a moralidade.

Ressalte-se que X. tentou defender a consensualidade de sua relação com a vítima perante a Comissão EDH, apresentando uma declaração escrita de Y, na qual este afirmava: “[...] nada aconteceu entre nós sem o meu consentimento [...]”. O peticionante ainda informou que, após a vítima completar 21 anos, eles retomaram a relação privada e recíproca que mantinham.²²² Todavia, esses elementos não foram valorados na decisão da Comissão.

Quanto à proibição legal genérica das relações homossexuais envolvendo homens com idade inferior a 21 anos, o órgão considerou que, embora não tivesse competência para apreciar queixas contra a existência de leis em abstrato, a existência da norma em análise implicava, por si só, uma limitação concreta à vida privada do peticionante, o que autorizaria o exame da alegada violação.²²³

²¹⁸ De acordo com o texto do Sexual Offenses Act, revisado em 1967, as penas para “sodomia sem consentimento” e “sodomia consentida” ficaram assim estabelecidas: “*The maximum punishment which may be imposed of a man for buggery with another man of or over the age of sixteen shall, instead of being imprisonment for life as prescribed by paragraph 3 of Schedule 2 to the Act of 1956, be: (a) imprisonment for a term of ten years except where the other man consented thereto; and (b) in the said excepted case, imprisonment for a term of five years if the accused is of or over the age of twenty-one and the other man is under that age, but otherwise two years.*” (Reino Unido, [20--]).

²¹⁹ CONSELHO DA EUROPA, 1980, p. 40.

²²⁰ *Ibid.*, p. 42.

²²¹ Nesse ponto, a decisão da Comissão foi unânime.

²²² CONSELHO DA EUROPA, *op. cit.*, p. 8.

²²³ *Ibid.*, p. 42.

Todavia, ao contrário do sustentado pelo peticionante, a Comissão não adotou a compreensão de que a existência de idades menos rigorosas para o consentimento em relações homossexuais masculinas em outros Estados pudesse servir como parâmetro para avaliar a necessidade da restrição imposta na legislação britânica. Do mesmo modo, não acolheu o argumento de que a fixação de outras idades menos rigorosas para a prática de atos jurídicos relevantes na lei nacional pudesse servir como referência de controle. Para a Comissão EDH, a justificativa apresentada pelo Estado em defesa da sua legislação deveria ser avaliada isoladamente por seus próprios méritos.²²⁴

Assim, na análise da justificativa do Estado britânico para a legislação contestada, a Comissão adotou o argumento de que a lei nacional se mostrava necessária para proteger os homens jovens, entre 18 e 21 anos, das pressões sociais e psicológicas que eles enfrentariam caso ingressassem em relações homossexuais. Para fundamentar esse argumento, a posição majoritária na Comissão tomou como dado o fato de que, em razão da reprovação social da homossexualidade, os jovens nela envolvidos poderiam ser excluídos da sociedade e seriamente afetados em seu desenvolvimento psicológico. Por essa razão, a preocupação da legislação britânica em proteger jovens homens adultos de se envolverem nessas relações e serem prejudicados pela reprovação moral de terceiros era legítima e, portanto, estava em harmonia com o art. 8º da CEDH.²²⁵

Além da ofensa ao art. 8º da CEDH, o peticionante alegou afronta a este em conjunto com o art. 14, que assegura que os direitos e liberdades previstos na CEDH serão garantidos sem discriminação por qualquer motivo, como sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas etc. Nesse aspecto, argumentou-se que a previsão de idades diferentes de consentimento, na própria legislação britânica, para as relações sexuais entre pessoas do sexo masculino, do sexo feminino ou de ambos os sexos, constituiria uma discriminação injustificada, especialmente quando considerada a evidência científica.

Acerca desse argumento, a Comissão enfrentou, em primeiro lugar, a diferenciação da idade de consentimento entre as relações homo e heterossexuais. Nesse aspecto, a maioria da Comissão reafirmou que o já abordado “critério da proteção social”, segundo o qual os homens jovens heterossexuais precisariam ser protegidos das pressões sociais e psicológicas decorrentes da reprovação social incidente sobre suas eventuais relações homossexuais era legítimo. Assim, haveria uma justificativa objetiva e razoável para a diferença de tratamento.²²⁶

²²⁴ CONSELHO DA EUROPA, 1980, p. 44.

²²⁵ Nesse ponto, a decisão foi tomada por oito votos contra quatro. Não houve declaração de opinião divergente.

²²⁶ CONSELHO DA EUROPA, *op. cit.*, p. 47.

Relativamente à diferenciação entre relações homossexuais femininas e masculinas, a Comissão EDH fez referência a dados constantes em “estudos realizados na República Federativa da Alemanha”, acerca dos quais não foram fornecidos maiores detalhes na decisão, em que se concluiu que havia “[...] um específico perigo social no caso da homossexualidade masculina [...]”, pois “[...] homossexuais do sexo masculino frequentemente formam um grupo sociocultural distinto com uma clara tendência de fazer proselitismo entre adolescentes [...]” e “[...] o isolamento social em que os últimos são envolvidos é particularmente marcado[...]”. Desse modo, em razão do risco social específico considerado existente na homossexualidade masculina, haveria uma justificativa objetiva e razoável para a diferenciação destas em relação à homossexualidade feminina.^{227 228}

Por fim, foi alegada pelo peticionante a ofensa ao art. 10 da CEDH, a partir de sua proposta interpretativa no sentido de que a liberdade de expressão deveria compreender a sua liberdade de expressar afeto amoroso por pessoas do mesmo sexo, o que teria sido tolhido arbitrariamente pelo Estado durante sua prisão.

Acerca dessa alegação, a Corte EDH apresentou um argumento literal, ressaltando que o art. 10 da CEDH abrange expressamente apenas a liberdade para compartilhar “opiniões”, “informações” e “ideias”. Não haveria, desse modo, previsão convencional para a proteção de expressões físicas de afetos e sentimentos nos termos alegados pelo peticionante.^{229 230}

O caso *X. v. the United Kingdom* levanta sobre a compreensão jurídica das relações homoafetivas uma série de questões argumentativas que serão fundamentais para o desenvolvimento do problema no sistema regional.

Um primeiro aspecto se refere à relevância que assumem as discussões sobre fatos na análise dos problemas que chegam ao sistema regional, o que tangencia tanto fatos vinculados ao caso individual apresentado quanto fatos gerais relativos à compreensão do mundo empírico e das relações sociais.

Na delimitação dos fatos internos ao processo, a Comissão EDH caminhou em meio a duas margens limitativas: de um lado, não lhe competia reexaminar amplamente as provas apresentadas nos processos judiciais que tramitaram no âmbito estatal, sob pena de se converter em uma simples instância revisora da sentença judicial nacional, o que não é sua função institucional; de outro, porém, para se examinar a observância das normas internacionais de

²²⁷ CONSELHO DA EUROPA, 1980, p. 47.

²²⁸ Nesse ponto, a decisão foi tomada por maioria de 11, com uma abstenção. Não houve declaração de opinião divergente.

²²⁹ CONSELHO DA EUROPA, *op. cit.*, p. 49.

²³⁰ Nesse ponto, a decisão foi unânime.

direitos humanos na conduta do Estado, era necessária uma discussão fática sobre como e em que circunstâncias ele agiu.

É certo que o objetivo da Comissão EDH na análise dos fatos era diverso do objetivo das instâncias nacionais. A Comissão não tem, em princípio, a atribuição de apurar e determinar a conduta do indivíduo, como fazem os tribunais internos, mas de investigar qual foi a conduta do Estado. É inegável, porém, que essas duas dimensões podem aparecer bastante entrelaçadas, como ocorreu neste caso, em que a conduta do Estado em aplicar sanções seria julgada justificada ou não em função da maior ou menor ofensividade da conduta do indivíduo.

Merece destaque que, nesse caso específico, a Comissão EDH colocou muita ênfase em aspectos dos fatos que, no âmbito nacional, foram considerados de menor importância pelas autoridades nacionais. Não há dúvida de que o Reino Unido aplicou a punição penal ao peticionante em razão de ele ter mantido relações de cunho sexual com pessoa do mesmo sexo e que a discussão sobre a existência de violência foi meramente incidental no âmbito interno. No entanto, a Comissão se apega a essa conclusão *obiter dictum* interna para justificar sua conclusão de que a atuação do Estado foi legítima.

Essa estratégia argumentativa, em que a existência de “um elemento de força” foi convertida de dado incidental para principal, desempenhou um papel importante para conferir maior força retórica à decisão, seja pelo impacto no convencimento que a alegação de violência produz, seja porque esse ponto da decisão foi unânime, enquanto outros foram decididos com margens razoáveis de divergência.

Contudo, para possibilitar esse arranjo argumentativo em sua decisão, a Comissão EDH admitiu como provada uma acusação de violência que sequer foi formalmente processada no âmbito interno. Além disso, chegou às suas conclusões fáticas sem apreciar minimamente os elementos probatórios e as alegações sobre os fatos trazidos pelo peticionante. Essas constatações deixam claro que é preciso discutir os limites da discussão sobre fatos no âmbito internacional, seja em face da função institucional dos órgãos internacionais, seja em face da necessidade de se assegurar o devido processo legal nesses espaços.

Outro aspecto que desperta a atenção é a abundante presença de argumentos epistêmicos de caráter científico na discussão sobre quais seriam as implicações individuais e sociais das relações homoafetivas masculinas. Tanto as partes como a Comissão EDH apresentam, de maneira recorrente, alegadas conclusões científicas de psiquiatras, antropólogos, sociólogos etc. Não se tratou, desse modo, de uma disputa apenas sobre os fatos imbricados no processo, mas de uma ampla discussão sobre como o fenômeno da homossexualidade, presente no mundo

empírico, deveria ser compreendido. Todavia, a discussão desses aspectos alegadamente científicos é tratada na decisão com pouca profundidade, limitando-se a menções genéricas a “estudos realizados”, sem se delimitar quais critérios justificariam atribuir a qualificação de cientificidade às conclusões presentes nesses estudos.

Outra observação interessante é que os argumentos linguísticos ocupam um espaço bastante reduzido na decisão da Comissão EDH. De fato, a Comissão apoiou-se na literalidade do texto convencional apenas na análise da alegada violação do art. 10 da CEDH, afirmando que o sentido pretendido pelo peticionante não se adequaria aos usos correntes dos termos “opiniões”, “informações” e “ideais”, constantes naquele artigo. Nas demais alegações, não houve uma argumentação literal, inclusive pela dificuldade de se atribuir um sentido preciso, seja geral ou técnico, a expressões como “necessário em uma sociedade democrática” ou “discriminação por nenhum motivo”, adotadas nos arts. 8º e 14 da CEDH e impregnadas de uma dimensão valorativa.

Não há, igualmente, nenhuma discussão sobre se a orientação sexual estaria abrangida ou não pela proteção contra discriminação, prevista no art. 14 da CEDH. Embora o texto convencional não mencione literalmente a discriminação por orientação sexual, que à época da redação do Tratado não possuía o *status* de categoria jurídica autônoma, a Comissão admite, sem maiores discussões, que a ausência de sua menção expressa no texto não a exclui do âmbito protetivo. Com efeito, seja porque a redação do art. 14 da CEDH possibilitasse a interpretação de que o rol nele contido é meramente exemplificativo, seja porque a orientação sexual ainda não era pensada como elemento jurídico autônomo, a Comissão EDH não se aprofundou em uma discussão semântica acerca da sua inclusão ou não entre as formas de discriminação vedadas.

Ao contrário da escassez de argumentos linguísticos, os argumentos sistêmicos e teleológicos são abundantes na interpretação da CEDH.

O peticionante apresentou uma série de argumentos sistêmicos à Comissão para defender sua posição de que o termo “necessário em uma sociedade democrática”, previsto no art. 8º da CEDH, não poderia ser interpretado em defesa da criminalização empreendida pelo Estado britânico. Para fundamentar suas conclusões, o órgão recorreu tanto à coerência interpretativa diante da posição que outros países adotaram sobre o tema quanto à coerência diante do ordenamento jurídico interno do próprio Estado.

O peticionante também articulou um argumento teleológico em sentido negativo, com o intuito de demonstrar a inexistência de consequências nocivas reais capazes de conferir

legitimidade à criminalização britânica de condutas sexuais entre pessoas do sexo masculino maiores de 18 anos. Essa contra-argumentação acerca da finalidade da norma foi construída com amparo no argumento científico, que seria apto a demonstrar a inexistência de perigo que legitimasse a conduta do Estado.

Por seu turno, a Comissão EDH rechaçou as propostas de interpretação sistêmicas apresentadas pelo peticionante e examinou a convencionalidade da criminalização a partir de uma perspectiva estritamente teleológica em sentido positivo, decidindo pela existência de consequências danosas a serem evitadas pelo Estado.

Ao analisar as finalidades da lei interna, em conclusão oposta à do peticionante, a Comissão admitiu como certo o dado de que haveria uma necessidade de proteção específica do jovem homem heterossexual contra os riscos da homossexualidade masculina, alcançando-se, à vista desse dado, a conclusão de que a intervenção do Estado na vida privada estaria finalisticamente justificada.

Especificamente na análise da ofensa ao art. 14 da CEDH, a Comissão EDH conjugou o referido argumento teleológico com um argumento sistêmico. Isso porque, no primeiro momento da argumentação, citou um precedente da Corte EDH no qual havia sido fixada a orientação de que a discriminação entre as pessoas pelo Estado somente seria possível se houvesse uma “justificação objetiva e razoável”.²³¹ Em seguida, a referência a esse precedente foi completada com o argumento de que, em razão do perigo específico da homossexualidade masculina, a finalidade de proteção social do jovem homem heterossexual se adequaria àquela orientação.

Percebe-se, assim, que a conclusão fática obtida na argumentação de conteúdo pretensamente científico, no sentido de que haveria um risco social e individual comprovado na homossexualidade masculina, tornou-se fundamental para que a Comissão EDH construísse os argumentos teleológicos centrais da decisão.

A análise do caso *X. v. the United Kingdom* permite constatar, de um lado, alguns primeiros pontos de indagação para a discussão da argumentação jurídica empreendida nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. De outro lado, revela a compreensão inicial do sistema europeu acerca das relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo à luz do direito internacional dos direitos humanos, os principais argumentos que marcam essa posição inicial e os problemas que eles suscitam.

²³¹ CONSELHO DA EUROPA, 1980, p. 46.

Quadro 3 – Quadro-resumo do caso X. v. the United Kingdom

Dispositivo(s) em questão	Alegação da parte	Conclusão da Comissão
Arts. 8.1 e 8.2 da CEDH	A criminalização das práticas sexuais consensuais entre pessoas do mesmo sexo com idade superior a 18 anos e a prisão por esta conduta constituem uma ofensa ao direito à vida privada, pois: <ul style="list-style-type: none"> → É desnecessária; → Não atende a nenhuma das finalidades previstas na CEDH. 	Não houve ofensa, pois: <ul style="list-style-type: none"> → A medida está prevista em lei; → A medida é necessária, em um Estado democrático, para a proteção de direitos de terceiros, da saúde e da moralidade, pois: <ul style="list-style-type: none"> a) há indícios de que houve o uso da força em algum momento contra a vítima; b) é justificável proteger indivíduos do sexo masculino menores de 21 anos contra o envolvimento em relações homossexuais, a fim de se evitar que eles sofram danos sociais e psicológicos em decorrência da reprovação dessas condutas pela sociedade.
Art. 8.1 e 8.2 em conjunto com o art. 14 da CEDH	A fixação de diferentes idades para o consentimento sexual nas práticas entre indivíduos do sexo masculino e entre indivíduos do sexo feminino ou entre indivíduos de sexos diferentes constituiria ofensa ao direito à não discriminação.	Não houve ofensa, pois a diferença de tratamento está baseada em justificativas objetivas e razoáveis, quais sejam: <ul style="list-style-type: none"> → A proteção de jovens adultos contra as pressões sociais e psicológicas decorrentes da reprovação da sociedade contra relações entre pessoas do mesmo sexo; → De acordo com “estudos realizados na República da Alemanha”, há um perigo social específico na homossexualidade masculina, com uma tendência ao proselitismo entre os mais jovens e ao isolamento social destes.
Art. 10 da CEDH	A prisão impediu a livre expressão de seus sentimentos de amor por outro homem em uma relação sexual.	Não houve ofensa, pois: <ul style="list-style-type: none"> → A livre expressão de sentimentos não está abrangida no artigo apontado como violado.

Fonte: elaborado pelo autor.

3.2 Superando a criminalização

Já era notória, na decisão do caso X. v. the United Kingdom, uma divergência interna entre os membros da Comissão EDH acerca da compatibilidade entre a existência de normas específicas para a criminalização das relações sexuais privadas entre pessoas do mesmo sexo e o texto convencional. Assim, não causa surpresa que, no ano seguinte, por iniciativa da própria Comissão, a controvérsia tenha sido objeto de decisão pela Corte EDH no julgamento do caso *Dudgeon v. the United Kingdom*.^{232 233}

Jeffrey Dudgeon era um cidadão britânico e residente na Irlanda do Norte. Diferentemente do que ocorreu nos demais integrantes do Reino Unido (Inglaterra, País de Gales e Escócia), em que a criminalização absoluta de práticas homossexuais privadas e consensuais foi sendo mitigada e mantida apenas quando envolvesse indivíduos do sexo masculino menores de 21 anos, na Irlanda do Norte permanecia em vigor a criminalização absoluta de qualquer relação homossexual masculina, nos termos do *Offences against the Person Act*, de 1861.

Embora a existência de relações sexuais privadas entre homens adultos raramente fosse objeto de persecução pelas autoridades estatais, durante uma revista judicialmente autorizada na residência de Dudgeon, cujo objetivo era a busca de drogas, foram encontrados seus escritos pessoais com a descrição de condutas homossexuais. Em razão disso, ele foi conduzido à sede policial onde, “[...] por cerca de quatro horas e meia, foi questionado, com base nesses papéis, sobre sua vida sexual [...]”.²³⁴

Apesar de, ao final, não haver sido iniciada nenhuma persecução por crime sexual contra Dudgeon, a Comissão EDH concluiu que proibição genérica de atos homossexuais consensuais privados entre homens adultos violava o direito desse cidadão ao respeito pela sua vida privada, assegurado pelo art. 8 da CEDH, decidindo submeter a análise dessa violação à Corte EDH.

Na análise, o Tribunal precisou argumentar inicialmente acerca do conceito de “violação” constante na CEDH para determinar se o caso do peticionante teria potencial para ser qualificado desta forma. Nesse ponto, a opinião majoritária invocou precedente da própria Corte EDH (*Marckx v. Belgium*), no qual foi decidido que a Convenção confere aos indivíduos o direito de alegar que uma lei viola seus direitos por si só, na ausência de uma medida

²³² CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 7525/76**. Requerente: Jeffrey Dudgeon. Requerido: Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. Estrasburgo: Corte EDH, 22 out. 1981.

²³³ Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em inglês.

²³⁴ CONSELHO DA EUROPA, *op. cit.*, p. 11.

individual de implementação, se correrem o risco de serem diretamente afetados por ela. Diante dessa premissa, a Corte constatou que: a) embora usualmente não fosse aplicada, a legislação poderia ser implementada contra Dudgeon a qualquer momento; e b) na situação específica por ele narrada, a referida legislação foi de algum modo implementada, ainda que de maneira menos intensa do que ocorreria com a instauração de uma persecução penal. Portanto, à luz de sua própria jurisprudência, o caso efetivamente narrava uma possível violação.

Em seguida, a Corte EDH passou a examinar a necessidade da criminalização mantida na Irlanda do Norte, admitindo, em sintonia com a argumentação adotada no caso *X. v. the United Kingdom* pela Comissão EDH, que algum grau de regulação da conduta homossexual masculina pelo direito penal seria justificado pela finalidade de proteger jovens heterossexuais do sexo masculino. Na visão da Corte, esse grupo seria especialmente vulnerável à corrupção e exploração de terceiros, em razão de serem imaturos, inexperientes ou dependentes, de algum modo.²³⁵

Todavia, a Corte EDH estabeleceu uma diferenciação entre caso Dudgeon e o caso anterior examinado pela Comissão EDH, com fundamento na ponderação entre a necessidade da medida e o seu grau de interferência no direito à vida privada.

A esse respeito, a Corte iniciou seu raciocínio no campo da literalidade, ressaltando que interferências do Estado nos direitos assegurados pelo art. 8º da CEDH somente seriam legítimas quando fossem “necessárias”. Assim, destacou a Corte, a palavra “necessárias” empregada na CEDH exigiria a existência de fortes razões aptas a justificar a interferência estatal sobre o direito, não sendo suficiente que a medida empregada pelo Estado fosse apenas útil, razoável ou desejável.²³⁶

Em seguida, o órgão pontuou que, apesar de a necessidade das medidas de interferência estarem sujeitas a uma margem de discricionariedade própria do Estado, quanto maior a interferência no direito, maior é o ônus argumentativo para justificá-lo, sujeitando-se o cumprimento desse ônus à supervisão da Corte.

Pontuou, ainda, que no art. 8º da CEDH, bem como em vários outros dispositivos do Tratado, a noção de necessidade aparece fatalmente vinculada ao contexto das “sociedades democráticas”. Assim, de uma interpretação conjunta dessas duas expressões, extrai-se que a necessidade das medidas de interferência deve levar em consideração aspectos vinculados à

²³⁵ CONSELHO DA EUROPA, 1981, p. 16.

²³⁶ *Ibid.*

própria ideia de democracia, como “tolerância”, “abertura de pensamento” e “proporcionalidade”.²³⁷

Definidos esses parâmetros, a Corte concluiu que, de um lado, a legislação em vigor no Estado afetava uma manifestação essencialmente privada da personalidade humana e que, de outro, o Estado não ofereceu justificativa suficiente para demonstrar a necessidade da criminalização de condutas sexuais privadas e consensuais entre pessoas do mesmo sexo. Foram apontados como elementos demonstrativos da inexistência de indispensabilidade da medida: a) a existência, à época do julgamento, de uma melhor compreensão e maior tolerância social à conduta homossexual do que a existente no período em que a lei fora editada; b) o fato de que, à época do julgamento, a grande maioria dos Estados do Conselho da Europa não mais criminalizavam condutas homossexuais privadas entre adultos capazes de consentir; e c) o fato de as autoridades públicas da Irlanda do Norte, na prática, terem deixado de aplicar a lei criminalizadora no casos de relações homossexuais consentidas entre adultos, o que não causou nenhum tipo de prejuízo moral à organização da sociedade nem motivou qualquer tipo de movimento popular exigindo o estrito cumprimento da lei. Todos esses dados evidenciariam que a manutenção da criminalização não era necessária, especialmente diante da gravidade da interferência na vida privada que ela acarretava.

Desse modo, a Corte EDH concluiu que uma criminalização total de relações homossexuais masculinas era desnecessária e, portanto, violava o art. 8º da CEDH. Não foi objeto de debate, nesse momento, a idade em que os indivíduos poderiam ser considerados adultos especificamente para consentir nessas relações. Embora tenha sinalizado ser justificável uma criminalização parcial de relações homossexuais envolvendo pessoas mais jovens, a Corte considerou que competiria ao Estado, em um primeiro momento, fixar até que idade deveria ser mantida a proteção da lei.

Diante do exposto, os argumentos da posição majoritária no caso em análise podem ser assim sintetizados:

²³⁷ *Ibid.*, p. 17.

Quadro 4 – Argumento no caso Dudgeon v. the United Kingdom

Dado que... (D)	Uma vez que...(W)	Conclui-se que...(C)
1. A lei criminalizadora poderia ser implementada a qualquer momento contra o peticionante; 2. A lei, em alguma medida, foi implementada no caso concreto.	A Convenção confere aos indivíduos o direito de alegar que uma lei viola seus direitos por si só, na ausência de uma medida individual de implementação, se eles correrem o risco de serem diretamente afetados pela lei.	A existência da lei criminalizadora pode constituir, por si só, uma violação.
A CEDH condicionou a interferência na vida privada a uma necessidade.	Necessidade é um termo mais exigente do que simples utilidade, razoabilidade ou deseabilidade.	A interferência na vida privada sujeita-se a um grau justificativo mais exigente.
O termo “necessidade” aparece na CEDH sempre vinculado ao contexto das “sociedades democráticas”.	As sociedades democráticas possuem características próprias como “tolerância”, “abertura de pensamento” e “proporcionalidade”.	A “necessidade” da medida deve ser avaliada conforme as citadas características das “sociedades democráticas”.
Não foi demonstrada a necessidade da criminalização total das relações homossexuais, pois: 1. Há uma melhor compreensão e maior tolerância às condutas homossexuais; 2. A maior parte dos países do sistema regional não criminaliza condutas sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo; 3. A lei criminalizadora não é cumprida e seu descumprimento não provocou nenhum dano moral ou social.	Uma forte interferência na vida privada impõe um elevado ônus argumentativo ao Estado na demonstração de sua necessidade.	A criminalização total das relações homossexuais viola a CEDH.

Fonte: elaborado pelo autor.

O julgamento do caso Dudgeon v. the United Kingdom contou, ainda, com diversos votos divergentes, que expressaram argumentos contrários em diferentes pontos.

Os juízes Evrigenis (Grécia) e García de Enterría (Espanha) discordaram parcialmente da maioria, declarando seus votos apenas para defender que a Corte EDH deveria ter julgado o caso também sob o prisma da alegada violação do art. 14 da CEDH, examinando eventual ofensa ao direito à igualdade de tratamento entre as relações homossexuais masculinas, homossexuais femininas e heterossexuais, o que foi considerado desnecessário pela maioria.

Os juízes Matscher (Áustria) e Pinheiro Farinha (Portugal) expressaram sua convicção no sentido de que, em razão de a norma criminalizadora não estar sendo aplicada de fato pelos agentes do Estado, estaria afastada a existência de efetiva ofensa ao direito à vida privada e, portanto, o peticionante não se qualificaria com vítima. A possível inferiorização social e a ansiedade psicológica decorrente da simples existência da norma no ordenamento jurídico

interno não seriam suficientes para constituir uma violação. O juiz Matscher acrescentou que também considerava necessário o pronunciamento da Corte EDH acerca da alegada ofensa ao art. 14 da CEDH e que, em sua compreensão, não teria havido violação ao referido artigo, pois “[...] a diferença de caráter entre a conduta homossexual e conduta heterossexual parece óbvia [...]” e haveria “[...] uma diferença genuína, tanto de caráter quanto de grau, entre os problemas morais e sociais levantados pelas duas formas de homossexualidade, masculina e feminina [...]”.²³⁸

O juiz Brian Walsh (República da Irlanda), por sua vez, em um dos votos divergentes mais incisivos do julgamento, desenvolveu, entre outras considerações, um raciocínio acerca da natureza dessa condição. Em sua visão, embora existam indivíduos cuja homossexualidade é “incurável”, seria notório que “[...] muitos homens heterossexuais ou pansexuais se entregassem a essas atividades não por causa de qualquer tendência incurável, mas por excitação sexual.”²³⁹ Assim, as condutas praticadas por homossexuais incuráveis deveriam ser “[...] consideradas como anormalidades ou mesmo como deficiências e tratadas com a compaixão e a tolerância necessárias para evitar que essas pessoas sejam vitimizadas em relação a tendências sobre as quais não têm controle [...]”.²⁴⁰ Todavia, seria legítimo ao Estado criminalizar a manifestação dessas “tendências homossexuais” internas em atos externos, devendo-se evitar que o julgamento da Corte EDH fosse instrumentalizado por “[...] aqueles que procuram obscurecer a diferença essencial entre atividades homossexuais e heterossexuais.”²⁴¹

Walsh discorreu, também, sobre a interpretação do direito à privacidade, uma vez que, no texto na CEDH, o direito à vida privada é mencionado ao lado do direito à vida familiar, de modo que aquele direito deveria ser interpretado em função deste, especificamente em face da vida matrimonial. Isso porque, segundo o magistrado, a família, constituída pelo casamento heterossexual, seria a unidade fundamental da sociedade, razão pela qual a privacidade da vida matrimonial, em regra, prevaleceria sobre o interesse estatal diante de atividades sexuais praticadas entre os cônjuges que pudessem ser consideradas imorais. No entanto – continua –, “[...] fora do casamento não há interesse de privacidade tão imperioso que, por sua natureza, deva prevalecer em relação a tais atividades.”²⁴²

²³⁸ CONSELHO DA EUROPA, 1981, p. 32.

²³⁹ *Ibid.*, p. 38.

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ *Ibid.*, p. 40.

²⁴² *Ibid.*, p. 41.

Em igualmente incisivo voto dissidente, o juiz Mehmed Zekia (Chipre) ressaltou expressamente que seu país de origem possuía legislação criminal semelhante à que vigorava na Irlanda do Norte. Por essa razão, ele defendeu estar “[...] em melhor posição para prever o clamor público e a turbulência que resultaria se tais leis fossem revogadas ou alteradas em favor dos homossexuais no Chipre ou na Irlanda do Norte.”²⁴³ Em seu raciocínio, ele argumenta que uma sociedade democrática deve ser governada pela regra da maioria, de modo que as concepções morais assumidas por essa maioria devem ser protegidas pela lei, especialmente em países nos quais esta é “completamente contra práticas imorais não naturais”.²⁴⁴

Quanto à necessidade de manutenção da lei criminalizadora, Zekia antecipa que uma mudança legislativa para permitir as atividades homossexuais de adultos no ambiente privado provavelmente causaria muitos distúrbios no país, o que tornaria necessária a continuidade da lei nacional para a preservação da moral e da paz públicas.

Ele resalta, por fim, que o baixo índice de casos envolvendo a aplicação da lei criminalizadora pelas autoridades da Irlanda do Norte era um indício da “raridade dos crimes homossexuais cometidos”,²⁴⁵ o que corroboraria a desnecessidade e a inconveniência de se mudar a lei, inclusive porque essa alteração teria como efeito, “de uma forma ou de outra, licenciar a imoralidade.”²⁴⁶

Os votos de Walsh e Zekia anteciparam discussões em torno das legislações de seus próprios países, que chegaram à Corte EDH anos depois, nos casos *Norris v. Ireland*^{247 248} e *Modinos v. Cypuros*,^{249 250} em que a criminalização total de relações homossexuais na República da Irlanda e no Chipre, respectivamente, foi declarada uma violação da CEDH. As decisões desses dois casos remeteram, no essencial, aos argumentos empregados no caso *Dudgeon v. the United Kingdom*, destacando-se que, no caso *Norris v. Ireland*, a Corte EDH consignou que a República da Irlanda deveria adotar as medidas necessárias em seu sistema legal para garantir o cumprimento de suas obrigações internacionais.²⁵¹

²⁴³ CONSELHO DA EUROPA, 1981, p. 24.

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 25.

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 10581/83**. Requerente: David Norris. Requerido: República da Irlanda. Estrasburgo: Corte EDH, 26 out. 1988.

²⁴⁸ Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em inglês.

²⁴⁹ CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 15070/89**. Requerente: Modinos.

Requerido: República do Chipre. Estrasburgo: Corte EDH, 22 abr. 1993.

²⁵⁰ Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em inglês.

²⁵¹ CONSELHO DA EUROPA, 1988, p. 17.

Ao examinar esse conjunto inicial de casos acerca da descriminalização das relações entre pessoas do mesmo sexo, nota-se uma menor preocupação da Corte EDH com a alegada discussão científica acerca da homossexualidade. Não há menções a estudos psiquiátricos, sociológicos ou de quaisquer outros tipos, nas decisões. O Tribunal simplesmente admite que há a necessidade de alguma regulação específica para as relações homossexuais masculinas, sem se deter no que exatamente tornaria essas relações essencialmente diferentes das relações heterossexuais ou homossexuais femininas. A natureza distinta da relação homossexual masculina é assumida como uma conclusão autoevidente, dispensando, inclusive, as considerações científicas, por ser uma premissa essencialista. A Corte EDH afirma, ainda, que havia uma melhor compreensão do comportamento homossexual ao tempo dos julgamentos, sem esclarecer qual seria o conteúdo dessa compreensão, tampouco em que sentido ele seria melhor.

Se a invocação de dados científicos diminuiu, todos os Estados nacionais apresentaram como alegação fática a afirmação de que suas sociedades internas seriam fortemente contrárias à modificação das legislações em análise na Corte EDH. Nessa defesa comum, é recorrente a afirmação de que a comunidade política nacional teria intensos valores religiosos e morais opostos à eventual descriminalização das condutas. Essa alegação, ao menos no caso da Irlanda do Norte e da República da Irlanda, contrasta com a notória indiferença da população local ao fato de que as leis incriminadoras foram deixando de ser aplicadas pelas autoridades públicas.²⁵²

Esse contraste põe em evidência o problema de se aferir qual é, de fato, a compreensão predominante em uma sociedade nacional. Especialmente em se tratando de temas sensíveis a grupos sociais minoritários, há o risco de que a posição defendida pelo Estado como socialmente predominante seja, na verdade, a opinião prevalente em certo grupo social interno com maior influência sobre o poder político. Nesse aspecto, deve ser destacada a ausência de menção à atuação de organizações da sociedade civil nas decisões da Corte EDH nesse primeiro momento, entidades que poderiam alargar as informações disponíveis e discutir a interpretação estatal dos fenômenos sociais.

Quanto às discussões interpretativas, observa-se que os argumentos sistêmicos vão se tornando cada vez mais relevantes no desenvolvimento da compreensão regional sobre as relações entre pessoas do mesmo sexo. Quanto a isso, observa-se que a Corte EDH, ao contrário

²⁵² No Chipre, houve processos e condenações por condutas homossexuais privadas entre adultos que consentiram até o julgamento do caso Dudgeon pela Corte EDH, após o qual o Procurador-Geral do Chipre desautorizou a instauração ou a continuidade de persecuções penais públicas contra essas condutas (CONSELHO DA EUROPA, 1993, p. 5).

da Comissão EDH no caso *X. v. the United Kingdom*, põe ênfase no fato de que a grande maioria dos países integrantes do sistema não possui leis proibindo condutas homossexuais privadas entre adultos para concluir pela desnecessidade desse tipo de legislação. Há, assim, uma passagem do exame da necessidade da medida em si mesma, como fez a Comissão, para uma análise que leva em consideração a necessidade da medida em comparação com outras realidades nacionais.

Também no âmbito dos argumentos sistêmicos, verifica-se que a Corte EDH faz uso frequente de seus precedentes. Na discussão do caso *Dudgeon v. the United Kingdom*, foram invocados precedentes em que se discutiram os conceitos de violação e necessidade, constantes na CEDH. Posteriormente, este mesmo caso transformou-se em argumento fundamental para a decisão dos casos *Norris v. Ireland* e *Modinos v. Cypuros*. O recurso frequente aos precedentes é um indicativo da preocupação da Corte EDH com a coerência de sua jurisprudência, e de que ela própria percebe a sua função institucional como um empreendimento hermenêutico que se encadeia no tempo.

Como consequência do prolongamento histórico da atuação da Corte EDH, percebe-se que alguns conceitos mais abstratos presentes na CEDH começam a aparecer nas discussões com maior densidade semântica. É exemplo disso a discussão do que é “necessário em um estado democrático” para se justificar a interferência na vida privada. O sentido atribuído a essa expressão no caso *Dudgeon v. the United Kingdom* ampara-se em critérios mais concretos, pois já existia um conjunto de *topoi* regionais sobre o seu significado, construído na prática jurisdicional. Percebe-se, ainda, que outros desses conceitos mais abstratos da CEDH estão ganhando maior concretude na própria discussão sobre as relações entre pessoas do mesmo sexo, como é o caso do “direito à vida privada”, que se tornou mais denso com a rejeição da Corte EDH à interpretação dissidente do juiz Walsh de vincular esse direito à existência de uma família matrimonial.

Outro aspecto que desperta interesse é a constatação de que, embora se trate da análise de violações em caso individuais, é nítido que os atores envolvidos na discussão não agem pensando apenas na resolução do caso. O voto divergente do juiz Walsh no caso *Dudgeon v. the United Kingdom* deixa claro que sua argumentação está preocupada com o uso que a decisão da Corte EDH terá no futuro. A opinião majoritária no caso *Norris v. Ireland* também reconheceu ser inevitável que a decisão do Tribunal tivesse efeitos que extrapolariam os limites

individuais, pois a violação constatada decorria diretamente das disposições legais impugnadas, e não de medidas individuais de execução.²⁵³

Os próprios peticionantes, embora estivessem na Corte EDH com seus casos individuais, claramente atuaram em nome de demandas coletivas. Isso porque, segundo consta nas decisões, Jeffrey Dudgeon era secretário de uma organização que militava em favor da descriminalização das condutas homossexuais,²⁵⁴ Alecos Modinos era presidente de uma associação civil intitulada Liberation Movement of Homosexuals in Cyprus,²⁵⁵ e David Norris era senador do parlamento irlandês e um dos membros fundadores do Irish Gay Rights Movement.²⁵⁶ Pelas suas trajetórias de atuação política, não há dúvidas de que esses indivíduos levaram seus casos à Corte EDH objetivando mais do que uma decisão em favor de si mesmos, emprestando suas histórias individuais em prol de uma litigância coletiva do grupo minoritário que integravam.

De fato, os casos apresentados à Corte EDH funcionaram como instrumentos para que o sistema regional fosse gradativamente se debruçando sobre o problema maior da compreensão jurídica das relações entre pessoas do mesmo sexo. Essa litigância estratégica, construída caso a caso, em cada história individual, possibilitou a evolução de sentido na construção de um futuro lugar-comum em que as uniões homoafetivas fossem admitidas como instituições familiares a serem protegidas.

As decisões da Corte EDH nos casos Dudgeon v. the United Kingdom, Norris v. Ireland e Modinos v. Cypuros contribuíram para importantes transformações legislativas nos Estados nacionais. Na Irlanda do Norte, foi editado o Homosexual Offences Order, em 1982, descriminalizando relações sexuais consensuais entre homens adultos. Em 1993, a República da Irlanda seguiu igual orientação, com a reforma do Sexual Offences Act. O Chipre também fez sucessivas reformas em seu Código Penal, afastando a criminalização de condutas homossexuais privadas entre maiores de 18 anos.²⁵⁷

Em que pese as modificações legislativas empreendidas, a compreensão de que as relações homossexuais continham uma periculosidade intrínseca – e, portanto, poderiam receber um tratamento penal mais rigoroso do que o regramento geral aplicável às relações heterossexuais – permaneceu como justificativa para que os Estados adotassem idades mínimas

²⁵³ CONSELHO DA EUROPA, 1988, p. 17.

²⁵⁴ CONSELHO DA EUROPA, 1981, p. 29.

²⁵⁵ CONSELHO DA EUROPA, 1993, p. 3.

²⁵⁶ CONSELHO DA EUROPA, 1988, p. 3.

²⁵⁷ CONSELHO DA EUROPA. Department for the Execution of Judgments of the European Court. **Thematic Factsheet: LGBTI Person's rights.** Estrasburgo: Conselho da Europa, 2021e, p. 3-4.

distintas de legitimidade para o consento sexual. Esse aspecto do problema somente foi diretamente enfrentado pela Corte EDH no início do século XXI, após a entrada em vigor do Protocolo n. 11, que permitiu o acesso dos indivíduos diretamente à jurisdição internacional.

Em 2003, a Corte julgou em conjunto os casos *L. and V. v. Austria*^{258 259} e *S. L. v. Austria*,^{260 261} ambos tratando do art. 209 do Código Penal austríaco, que, à época, somente admitia a validade do consento em relações homoafetivas masculinas aos 18 anos, ao passo que, para as demais relações sexuais, o consento era válido a partir dos 14 anos.

Entre aqueles primeiros casos nos quais foi declarada a inconveniência da criminalização completa de condutas homossexuais e os casos ora em análise, a Corte EDH julgou os casos *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*^{262 263} e *Smith and Grady v. the United Kingdom*,^{264 265} nos quais fixou a premissa de que eventual discriminação jurídica com base na orientação sexual do indivíduo exigiria robusta justificação pelo Estado. Esses casos serão analisados na sessão destinada à negação de direitos com fundamento na orientação sexual. Faz-se, porém, o registro destes precedentes, que serão empregados pela Corte EDH no julgamento dos casos austríacos.

A Corte EDH, no exame da legislação penal austríaca, inicia a argumentação recorrendo aos seus precedentes relacionados à orientação sexual desde o caso *Dudgeon v. the United Kingdom* até o caso *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*. Com base em sua jurisprudência, ela reafirma a interpretação de que a vida sexual é um aspecto do direito à vida privada protegido pelo art. 8º da CEDH, e de que eventuais discriminações do Estado na proteção desse direito, inclusive em razão da orientação sexual, exige uma justificativa capaz de demonstrar a necessidade da medida em uma sociedade democrática.

Em seguida, a Corte EDH concluiu que, naquele momento, não existiria mais justificativa objetiva e razoável para a fixação diferenciada de idades de consentimento entre relações heterossexuais, homossexuais masculinas e homossexuais femininas. Para sustentar essa conclusão, foram apresentados os seguintes dados: a) a existência de “pesquisas recentes”

²⁵⁸ CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Applications nos. 39392/98 and 39829/98**. Requerentes: L. e V. Requerido: República da Áustria. Estrasburgo: Corte EDH, 9 abr. 2003b.

²⁵⁹ Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em inglês.

²⁶⁰ CONSELHO DA EUROPA. **S. L. v Austria**. Estrasburgo: Corte EDH, 2003c.

²⁶¹ Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em inglês.

²⁶² CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 33290/96**. Requerente: João Manuel Salgueiro da Silva Mouta. Requerido: República Portuguesa. Estrasburgo: Corte EDH, 21 mar. 2000a.

²⁶³ Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados da tradução oficial para o português.

²⁶⁴ CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Applications nos. 33985/96 and 33986/96**. Requerentes: Smith e Grady. Requerido: Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. Estrasburgo: Corte EDH, 27 dez. 1999b.

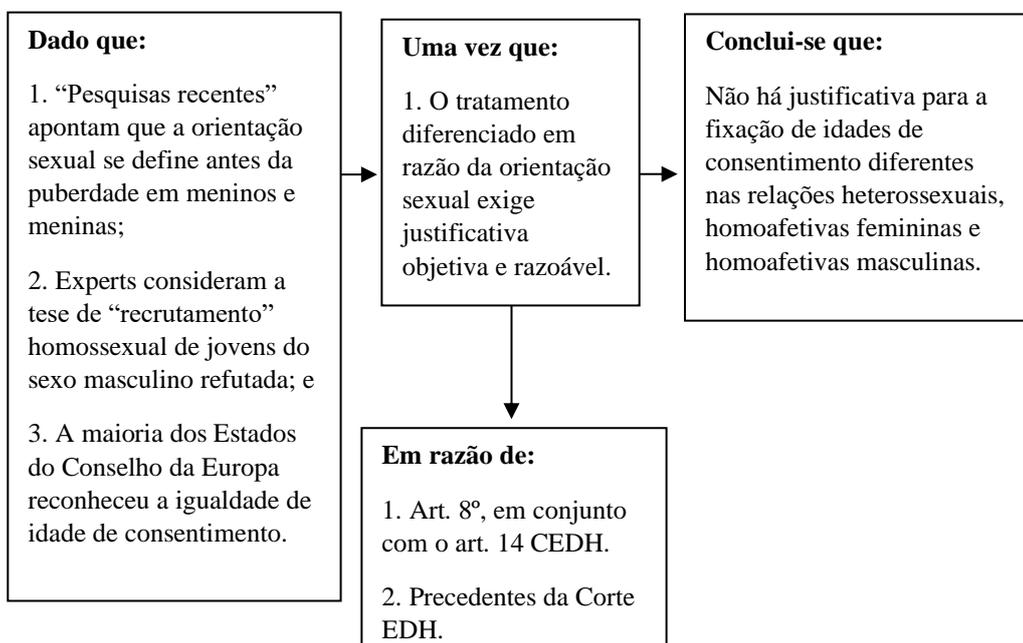
²⁶⁵ Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em inglês.

segundo as quais a orientação sexual é geralmente estabelecida antes da puberdade tanto em meninos quanto em meninas; b) as opiniões dos *experts* ouvidos nas discussões sobre o tema no parlamento austríaco, cuja grande maioria refutou a tese de que jovens do sexo masculino pudessem ser “recrutados” para a homossexualidade; e c) o fato de que a maioria dos Estados membros do Conselho da Europa reconheceu a igualdade de idade de consentimento.²⁶⁶

Assim, na ausência de dados capazes de demonstrar uma justificativa objetiva e razoável, a Corte decidiu, de forma unânime, que a fixação de idades diferentes para se permitir o consentimento em razão da orientação sexual constituiria simples preconceito de uma maioria heterossexual contra uma minoria homossexual, atitude negativa insuficiente para justificar o tratamento diferenciado, assim como são as atitudes negativas semelhantes em relação a pessoas de raça, origem ou cor diferentes.²⁶⁷

O argumento central do julgamento pode ser assim representado:

Diagrama 6 – Argumento nos casos L. and V. v. Austria e S. L. v. Austria



Fonte: elaborado pelo autor.

Os casos L. and V. v. Austria e S. L. v. Austria motivaram diversas outras condenações contra este país e foram empregados como razões de decisão na análise de legislação britânica similar, impugnada no caso B. B. v. the United Kingdom. Ressalte-se que, ao tempo do julgamento do tema na Corte EDH, tanto o Reino Unido quanto a Áustria já haviam alterado

²⁶⁶ CONSELHO DA EUROPA, 2003b, p. 11-12.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 12.

suas legislações penais, respectivamente, em 2000 e 2002, para eliminarem a referida distinção de idades de consentimento para fins penais.²⁶⁸

Como é perceptível, a discussão em torno da argumentação científica retorna com uma nova orientação no julgamento dos casos austríacos. Inicialmente, no caso *X. v. the United Kingdom*, a argumentação alegadamente científica foi amplamente utilizada para justificar o tratamento discriminatório contra as relações homossexuais masculinas. No caso *Dudgeon v. the United Kingdom*, esse tipo de argumentação não desempenhou papel relevante, retornando à discussão nos casos austríacos, dessa vez em favor do tratamento igualitário.

De fato, em nenhum desses julgamentos as alegações assumidas como científicas foram detidamente discutidas, sendo utilizadas mais como argumento de autoridade do que como um argumento em busca da compreensão epistemológica do problema. É controverso até mesmo em que medida a ciência realmente poderia colaborar nas discussões sobre o tratamento penal das condutas homossexuais, tema que parece estar mais vinculado às valorações sociais em torno da sexualidade humana do que de algum fenômeno natural passível de ser cientificamente analisado.

Em todo o caso, a mudança no argumento científico foi fundamental para que a Corte EDH pudesse alterar o sentido de sua interpretação sobre a convencionalidade das medidas discriminatórias. Foi a partir dessa alteração, juntamente com a ideia de que a CEDH é um instrumento vivo, que a Corte EDH considerou necessário adequar a sua compreensão das relações homossexuais “à luz das condições atuais”.²⁶⁹

No julgamento dos casos austríacos também se consolidou como critério interpretativo a existência de um consenso regional sobre o tema. O argumento de que a maior parte dos países da região adotou determinado posicionamento, que já foi empregado em outros julgados, assume mais uma vez papel relevante. Isso demonstra que, ao menos nessa temática específica, houve uma preferência por interpretações sistemáticas e harmonizadoras das práticas entre os Estados, em detrimento do exame isolado da interpretação do Estado considerada em si mesma.

Por fim, não se pode deixar de notar que há certa assincronia entre os países do sistema regional no tratamento das relações entre pessoas do mesmo sexo. Enquanto em alguns estavam em discussão os impactos dessas relações no direito de família, já apontando-se em direção a um possível reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas; em outros Estados ainda se

²⁶⁸ CONSELHO DA EUROPA, 2021e, p. 4.

²⁶⁹ CONSELHO DA EUROPA, 2003b, p. 11.

discutia o tema da criminalização. Nesse caminho, os argumentos extraídos das discussões mais progressistas às mais conservadoras vão se cruzando no sistema regional.

Os casos até aqui analisados mostram que a história da descriminalização das relações homossexuais no sistema europeu de proteção dos direitos humanos foi longa e conflitiva. No início da discussão, o *topos* regional estabelecido compreendia essas relações como condutas essencialmente perigosas, moralmente reprováveis e que demandariam especial censura penal. Três décadas e sucessivos casos de diferentes países foram necessários para tornar possível um novo lugar-comum no sistema europeu, no qual as relações homossexuais pudessem ser tratadas, ao menos para fins penais, com as mesmas regras aplicáveis às relações heterossexuais.

Esse novo lugar-comum, no qual é possível que relações entre pessoas do mesmo sexo deixem de ser compreendidas como diferentes ou inferiores para receber tratamento igual às relações heterossexuais em alguns aspectos abre um horizonte para as uniões homoafetivas. Sem a construção desse *topos*, as uniões homoafetivas não poderiam sequer ser pensadas como juridicamente existentes. Com o reposicionamento de ideias e a configuração jurídica igualitária no campo penal, tornou-se factível pensar que o afeto entre pessoas do mesmo sexo não só deixava de representar uma conduta socialmente perigosa, mas também poderia conter elementos a serem protegidos pelo direito internacional dos direitos humanos.

3.3 Repensando a negativa de direitos em razão da orientação sexual

Embora a discussão sobre a criminalização, total ou parcial, das relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo tenha sido fundamental na construção de lugares-comuns que permitiriam o futuro desenvolvimento do direito ao reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas no sistema regional, a controvérsia criminal não foi a única predecessora tópica do tema. De fato, desde o final dos anos de 1990, antes mesmo do julgamento dos casos em que se estabeleceu definitivamente o caráter discriminatório na fixação de idades de consentimento sexual diferenciadas para fins penais, a Corte EDH vinha sendo chamada a se pronunciar sobre outros aspectos da discriminação por orientação sexual.

Em 1999, nos casos *Smith and Grady v. the United Kingdom*²⁷⁰ e *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*,^{271 272} foram examinadas as petições de quatro militares

²⁷⁰ CONSELHO DA EUROPA, 1999b.

²⁷¹ CONSELHO DA EUROPA. **Decision as to the Admissibility of Application no. 31417/96 and Application no. 32377/96.** Requerentes: Duncan Lustig-Prean e John Becket. Requerido: Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. Estrasburgo: Corte EDH, 23 fev. 1999a.

²⁷² Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em inglês.

britânicos, todos demitidos das forças armadas após a descoberta, pelo comando militar, de que eles mantinham relacionamentos com pessoas do mesmo sexo. O caso introduziu o problema das limitações que poderiam ser impostas pelo Estado em razão da orientação sexual no âmbito administrativo e, diferentemente do que ocorreu inicialmente quanto à questão criminal, unificou a discussão sobre homossexualidade masculina e feminina, pois foi apresentado por peticionantes de ambos os gêneros.²⁷³

De acordo com as políticas e diretrizes aplicáveis às forças armadas britânicas, conforme versão revisada em 1994, a homossexualidade, masculina ou feminina, seria incompatível com as forças armadas por si mesmas, tendo em vista a proximidade física em que o pessoal militar normalmente vivia e trabalhava, bem como que o comportamento homossexual poderia causar ofensas, polarizar relações, induzir à indisciplina e, por consequência, prejudicar a moral e a unidade militar.²⁷⁴ De fato, a compreensão internalizada pela normativa administrativo-militar britânica estava em consonância com a visão compartilhada pela Corte EDH no caso *Dudgeon v. the United Kingdom*, de que as relações homossexuais seriam essencialmente danosas e poderiam ocasionar a imposição de restrições de direitos proporcionais à sua nocividade.

Ao analisar a situação dos militares demitidos à luz do art. 8º da CEDH, a Corte EDH inicia sua argumentação retomando o argumento linguístico já aplicado no caso *Dudgeon v. the United Kingdom* e correlatos, no sentido de que a norma convencional exigiria que a intromissão do Estado na vida privada estivesse justificada por uma “necessidade” e fosse compatível com a ideia de “sociedade democrática”. A partir dessa premissa, a Corte avança para afirmar que, embora a natureza especial das atividades militares permitisse uma maior margem de interferência, em razão da sensibilidade dos objetivos perseguidos pelas forças armadas, as normas militares nacionais não poderiam frustrar o exercício, pelos membros das forças armadas, do seu direito à vida privada, aplicável ao pessoal militar assim como aos outros indivíduos sob a jurisdição do Estado.²⁷⁵

A Corte EDH assentou, como premissa fática incontroversa, que a única razão que motivou a dispensa dos peticionantes do serviço militar fora a sua orientação sexual. Nem mesmo o Estado contestou que todos os peticionantes serviram às forças armadas por anos sem que houvesse qualquer registro disciplinar desfavorável, bem como que os relatórios pessoais produzidos previamente à demissão destacavam as qualidades pessoais dos peticionantes, as

²⁷³ Destaca-se, nessas demandas, a presença da enfermeira Jeanette Smith, membra da Força Aérea Britânica, demitida de suas funções após as autoridades militares tomarem conhecimento de que ela mantinha um relacionamento homossexual com uma mulher civil.

²⁷⁴ CONSELHO DA EUROPA, 1999b, p. 15.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 33.

suas condutas exemplares e, em alguns casos, continham recomendações para promoções. Diante do histórico apresentado, os juízes da CEDH concluíram que a dispensa efetivada não se justificaria por nenhum ato praticado pelos peticionantes, mas somente por suas “características pessoais inatas”.²⁷⁶

Percebe-se, nesse argumento, que, sem recorrer a nenhuma informação científica específica, a Corte EDH admite que a orientação sexual seria uma característica inata. O termo característica contém uma ideia menos negativa do que outros utilizados em discussões anteriores no sistema regional, como desordem, desequilíbrio ou patologia. A afirmação de que se trata de uma característica inata, por sua vez, aproxima a orientação sexual daqueles elementos que integram o próprio ser humano e, portanto, a sua dignidade.

Ainda examinando aspectos fáticos, a Corte EDH escrutinou um estudo produzido pelo Homosexuality Policy Assessment Team (HPTA), órgão especial instituído pelo governo britânico, apresentado como prova pelo Estado. O estudo defendia a conclusão de que a inserção de membros homossexuais nas forças armadas provocaria uma severa perda na força de combate militar.

Contudo, ao analisar o documento, a Corte identificou uma série de problemas metodológicos, especialmente porque: a) o estudo foi realizado com os próprios agentes militares e civis do Ministério da Defesa britânico, sujeitos à política vigente acerca da orientação sexual; b) apenas uma proporção muito pequena do pessoal das forças armadas participou da investigação; c) muitas das etapas realizadas, inclusive as entrevistas individuais e a discussão em grupos focais, não eram anônimas; e d) muitas perguntas formuladas sugeriam repostas em apoio à política vigente nas forças armadas acerca da orientação sexual. Na visão da Corte, todas essas questões reduziram significativamente a capacidade da pesquisa em provar, conforme defendia o Estado, a necessidade do banimento total de homossexuais do serviço militar.²⁷⁷

Porém, destacou a Corte EDH, ainda que superadas todas essas questões metodológicas, o estudo do HPTA apenas comprovaria a prevalência, nas forças armadas, de um preconceito por parte de uma maioria heterossexual contra uma minoria homossexual, veiculando basicamente expressões estereotipadas de hostilidade da tropa às pessoas homossexuais e vagas expressões de desconforto com a presença de colegas homossexuais. Objeções dessa natureza,

²⁷⁶ CONSELHO DA EUROPA, 1999b, p. 34-35.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 35.

contudo, não seriam suficientes para se concluir que a demissão compulsória em razão da orientação sexual seria necessária ou sequer admissível em uma sociedade democrática.²⁷⁸

Após examinar as alegações do Estado, conclui-se que o efeito negativo da presença de homossexuais nas forças armadas, consequência que a Corte EDH considerou que não poderia ser presumida, não teria sido concretamente demonstrada.

Houve, assim, uma inversão do ônus argumentativo contra o Estado – estratégia já aplicada no caso *Dudgeon v. the United Kingdom* – na qual se exige que este demonstre as justificativas para o tratamento discriminatório de pessoas homossexuais e submete essas razões ao escrutínio da Corte EDH, em um juízo externo de racionalidade. Essa forma de raciocínio desnaturaliza a ideia de que aspectos negativos podem ser presumidos contra pessoas com determinadas orientações sexuais, o que será um dos traços fundamentais da jurisprudência que se desenvolverá no sistema regional em casos posteriores.

De outra parte, a Corte EDH destacou que a inserção de quaisquer grupos minoritários nas forças armadas poderia causar problemas similares aos que o Estado suscita contra a admissão de pessoas homossexuais. Porém o próprio Estado afirmou haver implementado políticas disciplinares próprias para lidar com a discriminação racial, o assédio sexual e o *bullying* em seu pessoal. Assim, em um argumento analógico que aproximou a orientação sexual dessas outras categorias discriminadas, a Corte EDH entendeu que as mesmas medidas adotadas para possibilitar a integração de mulheres e minorias raciais poderiam ser aplicadas em relação aos homossexuais.²⁷⁹

Acerca dessa analogia com discussões de discriminação por raça ou gênero nos corpos militares, houve uma insistência do Estado acerca da existência de problemas de ordem prática específicos na inserção de pessoas homossexuais nas forças armadas. Essa especificidade decorreria, sobretudo, da necessidade de compartilhamento de acomodações entre pessoas homossexuais e heterossexuais, o que seria problemático por implicar grande proximidade física no cotidiano militar.

Em uma análise de consequências, a Corte EDH concluiu que a existência de códigos de conduta e regras disciplinares adequadamente aplicados no ambiente militar seriam suficientes para lidar adequadamente com quaisquer situações comportamentais indevidas que surgissem por parte tanto de homossexuais quanto de heterossexuais. Além disso, tendo em vista que apenas uma pequena minoria de países europeus operava uma proibição geral de

²⁷⁸ CONSELHO DA EUROPA, 1999b, p. 36.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 37.

homossexuais em suas forças armadas, não seria crível que as dificuldades apresentadas pelo Estado não pudessem ser contornadas sem que fosse necessário demitir todas as pessoas homossexuais do serviço militar.²⁸⁰

Quanto a esse último aspecto, na única opinião divergente do caso, o juiz Loukis Loucaides (Chipre) concordou com o Estado, por entender que a existência de códigos de conduta e regras disciplinares não seria capaz de alterar a orientação sexual das pessoas, sendo legítima a alegação de problemas práticos em se acomodar pessoas homossexuais e heterossexuais no mesmo ambiente íntimo. Por essa razão, ele concluiu que “[...] não há nada manifestamente desproporcional na abordagem do Governo [...]” e que “[...] estava razoavelmente aberto [aos Estados] adotar a política de não permitir homossexuais nas forças armadas [...]”. Loucaides destacou, também, recorrendo a um argumento linguístico derivado da literalidade do texto da CEDH, que “[...] a Convenção não garante o direito de servir nas forças armadas [...]”.²⁸¹

Em que pese a preocupação externada no voto divergente, as considerações lançadas pela maioria dos juízes da Corte EDH foram acolhidas posteriormente na conduta geral do Estado. Durante o cumprimento da decisão proferida pela Corte EDH, o Estado britânico informou ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa que, em 12 de janeiro de 2000, foi suspensa a proibição de pessoas homossexuais servirem às forças armadas. Além disso, o Estado informou haver introduzido uma nova política sobre as relações pessoais aplicáveis ao pessoal militar independentemente de seu gênero, orientação sexual, posto ou *status*, confirmando uma abordagem de tolerância zero em relação ao assédio, à discriminação e ao *bullying*.²⁸²

Em síntese, é possível representar o argumento central da opinião majoritária no julgamento do seguinte modo:

²⁸⁰ CONSELHO DA EUROPA, 1999b, p. 38.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 50.

²⁸² CONSELHO DA EUROPA. **Resolution ResDH(2002)35 concerning the judgments of the European Court of Human Rights of 27 September 1999 (final on 27 December 1999) and of 25 July 2000 (final on 25 October 2000) (Article 41) in the case of Smith and Grady against the United Kingdom.** Estrasburgo: Conselho da Europa, 2000c. Disponível em: <https://Corte EDH.echr.coe.int/eng?i=001-56394>. Acesso em: 26 abr. 2024.

Quadro 3 – Argumento nos casos Smith and Grady v. the United Kingdom e outros

Dado que...	Uma vez que...	Conclui-se que...
<p>1. O Estado não demonstrou que a admissão de pessoas homossexuais causaria prejuízos ao bom funcionamento ou aos objetivos buscados pelas Forças Armadas;</p> <p>2. O estudo apresentado pelo HPTA foi metodologicamente falho e incapaz de justificar a conduta do Estado;</p> <p>3. O Estado já superou problemas derivados da inserção de outros grupos vulneráveis nas forças armadas;</p> <p>4. A maior parte dos países europeus já admite pessoas homossexuais nas forças armadas.</p>	<p>Uma interferência do Estado em aspectos íntimos da vida privada, como é o caso da orientação sexual, exige a presença de razões particularmente sérias.</p>	<p>Não há justificativa para o Estado se recusar a admitir pessoas homossexuais nas Forças Armadas.</p>

Fonte: elaborado pelo autor.

As estratégias argumentativas adotadas nos casos dos militares homossexuais foram novamente empregadas na análise da negativa do direito ao exercício da guarda parental em razão da orientação sexual no caso Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal.²⁸³

João Manuel Salgueiro da Silva Mouta, que à época da petição estava em um relacionamento homoafetivo, estivera antes em um casamento heterossexual por cerca de 10 anos, no qual teve uma filha. Após o divórcio que pôs fim ao casamento, ele e sua ex-mulher realizaram um acordo sobre a guarda da filha comum, que foi descumprido, pois a criança passou a viver com seus avós maternos e o direito de visitas anteriormente acordado lhe foi negado. A avó materna da criança pertencia ao grupo religioso das Testemunhas de Jeová e, segundo observação psicológica realizada perante o Tribunal de Família de Lisboa, não aceitava a “forma de vida assumida pelo requerente” e tentava, inconscientemente, afastá-lo da filha.²⁸⁴

Após a judicialização interna da questão, o Tribunal de Família de Lisboa decidiu conferir a guarda da criança a João Manuel, por entender, com base em relatório psicológico elaborado por peritos, que a mãe da criança adotava postura pouco colaborativa, desrespeitando sucessivamente as decisões judiciais, ao passo que seu pai, além de possuir condições econômicas e habitacionais para alcançá-la, era capaz de lhe transmitir os fatores de equilíbrio

²⁸³ CONSELHO DA EUROPA, 2000a.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 7.

que ela necessitava e de respeitar o direito da menor em continuar a conviver regular e assiduamente com a mãe e os avós maternos.²⁸⁵

Contudo, em apelação, o Tribunal da Relação de Lisboa reverteu a decisão do Tribunal de Família. Isso porque, segundo afirmou expressamente aquele Tribunal, a guarda de crianças de tenra idade deveria, em regra, ser atribuída à mãe, em decorrência da “própria natureza das coisas” e de “razões que se prendem com a própria natureza humana”.²⁸⁶ Assim, não haveria concretamente motivos suficientes para se inverter a titularidade natural da guarda materna, nem mesmo diante do reiterado descumprimento do direito de visitas, da influência negativa da avó materna sobre a relação da criança com o pai, ou de a mãe estar sendo processada criminalmente por tentar raptar a criança.²⁸⁷

O Tribunal da Relação de Lisboa pontuou, ainda, que, apesar da crescente tolerância em face das relações homossexuais, a convivência com esses relacionamentos não seria “[...] o mais salutar e adequado ao normal desenvolvimento moral, social e mental de uma criança [...]”, ressaltando que o local adequado para o pleno desenvolvimento da criança seria a “família tradicional portuguesa” e que a homossexualidade era “[...] uma anormalidade e uma criança não deve crescer à sombra de situações anormais [...]”.²⁸⁸ Por fim, o referido Tribunal recomendou que o pai evitasse, enquanto estivesse na presença da filha, que ela percebesse a existência de seu relacionamento homoafetivo.²⁸⁹

Salgueiro da Silva Mouta apresentou o seu caso à Corte EDH, que o examinou à luz do art. 8º combinado com o art. 14 da CEDH. Em sua abordagem, o órgão observou que, tanto em uma leitura conjunta dos argumentos quanto na análise de trechos específicos, ficou claro que a orientação sexual do peticionante e sua atual relação homoafetiva foram fatores determinantes para a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa.^{290 291} Assim, uma vez caracterizado que houve tratamento discriminatório em razão da orientação sexual, a Corte inverteu o ônus argumentativo contra o Estado e passou a escrutinar a legitimidade do tratamento discriminatório à luz da CEDH.

Invocando sua própria jurisprudência, a Corte EDH observou que o fim alegado pelo Estado para o tratamento discriminatório – preservar o melhor interesse da criança – era

²⁸⁵ CONSELHO DA EUROPA, 2000a, p. 3.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 10.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 3.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 10.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 11.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 17.

²⁹¹ Nesse aspecto, a Corte EDH rechaçou a defesa do Estado português no sentido de que as menções à orientação sexual do peticionante foram “simples fórmulas inábeis ou infelizes”.

legítimo. Todavia, este não comprovou de que maneira a negativa da guarda parental ao pai devido à sua orientação sexual seria um meio razoável e proporcional para alcançar a finalidade declarada. Em verdade, a evidência presente nos autos do processo judicial interno, conforme destacado no julgamento do Tribunal de Família de Lisboa, que conferiu a guarda ao pai, indicava justamente o oposto.

A Corte EDH constatou, assim, que o Tribunal da Relação de Lisboa inverteu o julgamento inicial com base apenas na introdução de um novo elemento: a orientação sexual do pai e sua atual relação homoafetiva. Como não houve demonstração da conexão entre a finalidade alegadamente perseguida pelo Estado e o tratamento discriminatório empregado como meio para alcançá-la, a Corte concluiu, de forma unânime, pela existência de uma violação ao art. 8º combinado com o art. 14 da CEDH.²⁹²

A ausência de uma justificativa razoável para o tratamento discriminatório de pessoas homossexuais também foi declarada pela Corte EDH em 2003, no caso *Karner v. Austria*,^{293 294} em que se questionou a negativa de continuação de contratos de locação após a morte do parceiro homossexual locatário nas hipóteses em que essa continuidade era assegurada pela legislação interna a parceiros heterossexuais.

Siegmund Karner conviveu em uma união homoafetiva com seu companheiro desde 1989 até 1994, quando este faleceu por complicações decorrentes da infecção pelo vírus HIV. Durante o período de convivência, Karner e seu companheiro dividiram um apartamento em Viena, alugado pelo último. Segundo a legislação austríaca, após a morte do locatário, era assegurado o direito de prosseguir na locação aos familiares do falecido, inclusive ao seu *life companion*, assim compreendido como sendo a pessoa que viveu no apartamento com o locatário até a morte deste e há pelo menos três anos, compartilhando uma vida doméstica em condições econômicas como a de um casamento.²⁹⁵

Todavia, após a morte do companheiro de Karner, o locador do imóvel ajuizou ação judicial objetivando pôr fim à locação, o que foi negado nas primeiras instâncias judiciais nacionais. A decisão foi revertida pela Suprema Corte austríaca, sob o fundamento de que a

²⁹² A compreensão de que a orientação sexual do indivíduo não pode ser determinante para afixação da guarda dos filhos foi reafirmada em 2021, por maioria, no caso *X. v. Poland*, com voto divergente do juiz Krzysztof Wojtyczek (Polônia). Entre as razões da divergência, há considerações sobre o papel de um modelo referencial masculino na relação familiar, tendo em vista que se tratava de conferir a guarda de um filho do sexo masculino à mãe, que vivia em uma relação homoafetiva (CONSELHO DA EUROPA, 2021f).

²⁹³ CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 40016/98**. Requerente: Siegmund Karner. Requerido: República da Áustria. Estrasburgo: Corte EDH, 24 out. 2003a.

²⁹⁴ Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em inglês.

²⁹⁵ CONSELHO DA EUROPA, 2003a, p. 3.

legislação locatícia deveria ser interpretada de acordo com intenção do legislador em 1974, época em que foi promulgada, o que excluiria do seu escopo a proteção de pessoas conviventes em uniões homoafetivas.²⁹⁶

O caso foi submetido à Corte EDH como alegada violação do art. 8º combinado com o art. 14 da CEDH. Durante sua análise, foi admitida a participação, como terceiras intervenientes, de organizações não governamentais internacionais dedicadas à defesa de direitos da comunidade LGBTQIA+. Essas organizações sustentaram, em defesa de Karner, que um número crescente de tribunais nacionais em sociedades democráticas europeias e em outras sociedades democráticas passou a exigir tratamento igualitário para parceiros não casados de sexos diferentes e parceiros não casados do mesmo sexo. Elas apresentaram, ainda, um panorama atualizado de documentos internacionais sobre o tema, incluindo recomendações e resoluções do Conselho da Europa e da União Europeia.^{297 298}

Em sua defesa, o Estado austríaco concedeu que houve um tratamento discriminatório contra Karner, porém argumentou que essa diferença estaria apoiada em uma finalidade legítima, qual seja “a proteção da família tradicional” em detrimento de outros tipos de relacionamentos “informais”.²⁹⁹

Ao apreciar esse argumento, a Corte EDH aceitou que a proteção da família em seu sentido tradicional era, em princípio, uma razão de peso e legítima, capaz de justificar uma diferença de tratamento. No entanto, mais uma vez, o órgão constatou que o Estado falhou em demonstrar de que maneira a conduta empregada como meio seria razoável e proporcional para alcançar a finalidade declarada.³⁰⁰

Relembrando as decisões proferidas nos casos anteriormente mencionados neste subtítulo, a Corte reafirmou que a adoção de tratamento discriminatório em razão da orientação sexual exigiria que razões justificativas particularmente sérias fossem apresentadas pelo Estado. Esse ônus argumentativo reforçado em tema de discriminação por orientação sexual conduziria a uma margem de apreciação nacional estreita, pois a regra geral da CEDH é a vedação ao tratamento discriminatório.

No caso de Karner, a Corte Suprema austríaca não teria fornecido nenhuma razão forte o suficiente para justificar de que modo a exclusão dos casais homoafetivos da proteção

²⁹⁶ CONSELHO DA EUROPA, 2003a, p. 2.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 7-8.

²⁹⁸ Foram admitidas, como terceiras intervenientes, as organizações: International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association – Europe (ILGA – Europe); Liberty; e Stonewall.

²⁹⁹ CONSELHO DA EUROPA, 2003a, p. 7.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 9.

conferida pela legislação locatícia colaboraria para a proteção da família em seu sentido tradicional. Além disso, a alegação de que o texto legal deveria ser interpretado conforme a vontade do legislador de 1974 não constituiria, na visão da Corte EDH, um argumento suficiente para legitimar a discriminação vedada pela CEDH.³⁰¹

Como se vê, a Corte EDH, ao exigir justificativas razoáveis para o tratamento diferenciado de pessoas homossexuais, foi paulatinamente constatando a ausência de fundamentos racionais aptos a legitimar as condutas dos Estados. Nesse movimento, as diferenças de tratamento fundadas exclusivamente na orientação sexual foram sendo declaradas como violações dos direitos à vida privada e à não discriminação, com fundamento nos art. 8º e 14 da CEDH.

Especificamente nas argumentações desenvolvidas nos casos *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* e *Karner v. Austria*, o tema da diferença de tratamento de pessoas homossexuais passa a se conectar mais diretamente com temas derivados de relações familiares. Nesse aspecto, surgem as discussões sobre o que constitui a família, os tipos familiares e a proteção do modelo tradicional de família na argumentação da Corte EDH. Esses lugares-comuns serão objeto de importantes embates na jurisprudência regional sobre as uniões homoafetivas, já assumindo especial relevo nos casos que envolvem a atribuição de direitos de seguridade social a casais homossexuais e a possibilidade de adoção por pessoas homossexuais.

Na questão dos direitos de seguridade social, a posição privilegiada que a Corte EDH conferiu à família em sua acepção tradicional, ou seja, à família instituída pelo casamento heterossexual, serviu como premissa para permitir a negativa de direitos de seguridade social derivados do falecimento a casais homoafetivos nos países em que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não era permitido, como ocorreu nos casos *M.W. v. the United Kingdom*,³⁰² *Manenc v. France*³⁰³ e *Aldeguer Tomás v. Spain*.³⁰⁴

Em todos esses casos, casais homoafetivos estabeleceram convivência durante longos anos, com o claro propósito de constituir família, antes que sobreviesse a morte de um dos conviventes. Enquanto ambos estavam vivos, não lhes foi possível celebrar casamento entre si, em razão da inexistência dessa possibilidade nas legislações nacionais. Após a morte de um dos companheiros, o acesso do companheiro sobrevivente a pensões e outros direitos decorrentes

³⁰¹ Com a mesma temática e idêntica conclusão, ver: CONSELHO DA EUROPA (2010b).

³⁰² CONSELHO DA EUROPA. **Decision as to the Admissibility of Application no. 11313/02**. Requerente: M.W. Requerido: Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. Estrasburgo: Corte EDH, 23 jun. 2009.

³⁰³ CONSELHO DA EUROPA. **Manenc v. France**. Estrasburgo: Corte EDH, 2010d.

³⁰⁴ CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 35214/09**. Requerente: Aldeguer Tomás. Requerido: Reino da Espanha. Estrasburgo: Corte EDH, 14 set. 2016a.

do óbito e presentes na legislação de seguridade social de seus respectivos Estados foi negado, sob o argumento de que a celebração do casamento era requisito indispensável para a sua concessão.³⁰⁵

Essa forma de atuação do Estados caracterizou, na realidade, um tratamento discriminatório em duas etapas: em um primeiro momento, o Estado limitou os direitos de seguridade social exclusivamente às famílias instituídas pelo casamento; em seguida, impediu que casais homossexuais tivessem acesso ao casamento. Desse modo, ao final, criou-se uma impossibilidade absoluta de casais homossexuais receberem a proteção social do Estado no falecimento de um dos companheiros, impedimento que se fundamentou, sob o ponto de vista prático, na orientação sexual dos indivíduos.

Todavia, a Corte EDH, ao examinar a matéria, não encontrou violações à CEDH nas condutas adotadas pelos Estados nesses casos. O argumento central para essa conclusão é construído em torno da premissa de que o casamento continua sendo uma instituição amplamente aceita como conferindo um *status* particular àqueles que o celebram, o que o distingue de outras relações pessoais. Por essa razão, a exigência de prévio casamento constituiria um parâmetro razoável para a concessão de direitos da seguridade social à época em que ocorreram os casos.

Desse modo, ao examinar o tratamento discriminatório na concessão dos direitos pleiteados nesse conjunto de casos sobre seguridade social, a Corte EDH limitou-se a constatar a legitimidade do critério de diferenciação adotado, balizada pela compreensão de que a família tradicional e o casamento podem ocupar um lugar privilegiado na proteção estatal. Diferentemente do caso *Karner v. Austria* e outros anteriores – nos quais exigiu-se uma justificativa pormenorizada sobre como o meio adotado pelo Estado em benefício da família tradicional poderia contribuir para objetivo de protegê-la –, nos casos de seguridade social houve apenas a análise da finalidade alegada pelo Estado, deixando-se os demais aspectos da discussão na margem de apreciação estatal.

O peticionante, bem como os órgãos e organizações internacionais que atuavam como terceiras intervenientes no caso *M.W. v. the United Kingdom*, chamaram a atenção da Corte EDH para o fato de que, de acordo com sua própria jurisprudência, o impedimento de concessão

³⁰⁵ No caso *M. W. v. the United Kingdom*, a convivência do casal durou 23 anos e requereu-se o direito ao “*bereavement payment*”, de caráter contributivo e pago em parcela única no valor aproximado de GBP 2.000 à época. No caso *Manenc v. France*, a convivência durou 26 anos e foi requerido o direito a uma “*pension de réversion*”, de caráter contributivo e paga na forma de pensionamento em prestações continuadas. No caso *Aldeguer Tomás*, a convivência durou 12 anos e foi requerido o direito a uma “*pensión de viudedad*”, igualmente de caráter contributivo e paga na forma de pensionamento em prestações continuadas.

dos direitos de seguridade social aos casais homoafetivos exigiria que o Estado demonstrasse a necessidade da discriminação.³⁰⁶ No entanto, o Tribunal não aplicou esse escrutínio mais rigoroso sobre a conduta estatal por entender que não havia à época um consenso suficiente entre os Estados sobre o reconhecimento formal das relações entre pessoas do mesmo sexo para fins de seguridade social, o que ampliaria a margem de sua apreciação.³⁰⁷

Também argumentou-se, perante a Corte EDH, que, diante da impossibilidade legal de casamento entre pessoas do mesmo sexo, o direito à igualdade de tratamento exigia que o Estado encontrasse meios alternativos para permitir que o sobrevivente de um casal do mesmo sexo pudesse, de algum modo, ser inserido na sua política de seguridade social. No entanto, o órgão afirmou que a circunstância de casais homossexuais não poderem celebrar casamento – decisão que também estaria inserida na margem de apreciação nacional – não constituiria um elemento relevante para a análise do caso, não havendo que se falar em tratamento discriminatório.

Para a Corte, casais heterossexuais que não queriam celebrar casamento por vontade própria e casais homossexuais que não podiam celebrar casamento devido a obstáculos legais encontravam-se na mesma situação jurídica de não casados, inexistindo tratamento discriminatório em razão da orientação sexual. Desconsiderou-se, portanto, que as normas nacionais, apesar de pretensamente atribuírem tratamento homogêneo aos não casados, tinham um impacto diferenciado sobre as uniões homoafetivas.

Em resumo, os argumentos da Corte EDH assim se configuram:

Quadro 4 – Argumentos da CEDH ao negar acesso a direitos de seguridade social

Dado que...	Uma vez que	Conclui-se que...
Há uma diferença de tratamento entre casais casados e casais não casados quanto ao acesso à seguridade social.	A proteção da família tradicional, constituída pelo casamento heterossexual, é um objetivo legítimo e relevante perseguido pelo Estado.	É legítima a diferenciação promovida pelo Estado entre casais casados e não casados.
Casais heterossexuais e homossexuais não casados são tratados igualmente.	A ofensa ao art. 14 da CEDH exige uma diferença de tratamento entre indivíduos em situação similar.	Não há tratamento discriminatório em razão da orientação sexual.
Não há consenso regional sobre o reconhecimento formal de uniões homoafetivas para fins de seguridade social.	A inexistência de consenso confere ampla margem de apreciação ao Estado e o dispensa de uma justificativa pormenorizada.	O Estado não precisa justificar pormenorizadamente a exclusão de casais homossexuais do sistema de seguridade social.

Fonte: elaborado pelo autor.

³⁰⁶ Atuaram como terceiros intervenientes: Fédération internationale des Ligues des Droits de l’Homme (FIDH); International Commission of Jurists (ICJ); The AIRE Centre; e ILGA – Europe (Conselho da Europa, 2009, p. 5).

³⁰⁷ CONSELHO DA EUROPA. 2009, p. 6.

Ao discutir a possibilidade de adoção por casais homossexuais, o ideal da família na acepção tradicional também será um lugar-comum presente, direta ou indiretamente, na argumentação da Corte EDH. Esse tema foi analisado inicialmente em 2002, no caso *Fretté v. France*;^{308 309} no entanto, em 2008, no caso *E. B. v. France*,^{310 311} a Corte modificou substancialmente sua linha argumentativa.

Na petição apresentada por Philippe Fretté, foi questionada a conduta do Estado francês em negar uma autorização para adoção individual pelo peticionante exclusivamente em razão de ele haver informado ser homossexual. No curso dos procedimentos internos, o Tribunal Administrativo de Paris não encontrou obstáculos à adoção, ressaltando a conclusão – expressada no relatório de serviço social – de que o peticionante possuía “qualidades pessoais inquestionáveis e aptidão para a educação dos filhos”.³¹² Porém, o Conselho de Estado francês cassou a decisão anterior, aderindo à compreensão de que “[...] o tipo de lar que [Fretté] provavelmente ofereceria poderia representar riscos substanciais para o desenvolvimento da criança [...]”.³¹³

Ao examinar o caso, a Corte EDH retoma a ideia de que a diferença de tratamento em razão da orientação sexual exige que o Estado apresente uma justificativa objetiva e racional, com a finalidade de alcançar um objetivo legítimo, demonstrando uma relação de proporcionalidade entre os fins declarados e os meios empregados para alcançá-lo. Com base nesses critérios, o Tribunal aceitou, inicialmente, que o objetivo declarado pelo Estado de proteger a saúde e os direitos das crianças em processo de adoção era um fim legítimo que poderia justificar um tratamento diferenciado.

Quanto à capacidade de a discriminação especificamente imposta pelo Estado contra Fretté alcançar o objetivo declarado, a Corte EDH concluiu, em julgamento dividido pela diferença de um voto (4 x 3), que não havia consenso regional e/ou científico sobre os possíveis efeitos negativos da adoção por pessoas homossexuais para a criança, de modo que os Estados teriam ampla margem de apreciação no tema.

³⁰⁸ CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 36515/97**. Requerente: Philippe Fretté. Requerido: República Francesa. Estrasburgo: Corte EDH, 26 maio 2002b.

³⁰⁹ Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em inglês.

³¹⁰ CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 43546/02**. Requerente: E. B. Requerido: República Francesa. Estrasburgo: Corte EDH, 22 jan. 2008.

³¹¹ Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em inglês.

³¹² CONSELHO DA EUROPA, 2002b, p. 4.

³¹³ *Ibid.*, p. 8.

Acerca desses possíveis efeitos negativos, a Corte EDH pontuou que: a) embora a maioria dos Estados partes não proibisse expressamente a adoção por pessoas homossexuais, não seria possível encontrar princípios uniformes sobre o tema nas suas ordens jurídicas e sociais, cujas opiniões poderiam variar bastante dentro de uma sociedade democrática; b) a comunidade científica estaria dividida sobre as possíveis consequências de uma criança ser adotada por um ou mais pais homossexuais, especialmente diante do número limitado de estudos conduzidos sobre o tema; c) haveria grandes divergências teóricas nos campos nacional e internacional; e d) “[...] não há crianças precisando de adoção suficientes para satisfazer a demanda [...]”.³¹⁴

A partir dessas premissas, empregadas para justificar a ampla margem de apreciação do Estado quanto à matéria, a maioria dos juízes concluiu que não houve tratamento discriminatório contrário à CEDH na negativa da autorização para adotar.

De outra parte, na opinião divergente apresentada conjuntamente pelo juízes Nicolas Bratza (Reino Unido), Willi Fuhrmann (Áustria) e Françoise Tulkens (França),³¹⁵ asseverou-se, a partir da jurisprudência da própria Corte EDH, que o Estado francês, ao permitir legalmente a adoção por pessoas solteiras em geral, deveria garantir que o sistema de adoções por ele mesmo criado não discriminasse imotivadamente, com base nas categorias protegidas pelo art. 14 da CEDH, cujo elenco não exaustivo abrangeria a orientação sexual. Por essa razão, a exclusão geral de pessoas homossexuais do sistema de adoção – com fundamento exclusivo em sua orientação sexual – exigiria a satisfação de um ônus argumentativo elevado, do qual o Estado não teria se desincumbido no caso.

Examinando as razões da discriminação apresentadas pelo Estado, a opinião minoritária não encontrou fundamentação suficiente para admitir que ser criado por pais homossexuais pudesse ser prejudicial para a criança em todos os casos e sob quaisquer circunstâncias, especialmente considerando-se que a decisão concreta do Conselho de Estado francês no caso não apresentou nenhuma evidência dessa premissa.

Assim, embora fosse admissível certa margem de apreciação estatal, ante a inexistência de consenso sólido sobre o tema, essa margem não implicaria uma discricionariedade total. A decisão do Estado francês, baseada em uma presunção absoluta e irrefutável contra pessoas homossexuais, sem uma análise detalhada e substantiva da proporcionalidade e sem levar em consideração a situação particular das pessoas em causa, constituiria uma violação à CEDH.

³¹⁴ CONSELHO DA EUROPA, 2002b, p. 20.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 31.

Além disso, a opinião divergente declarou expressamente que não competia ao Tribunal manifestar preferência por nenhum tipo de modelo familiar,³¹⁶ o que é uma sinalização importante em direção a um tratamento igualitário dos tipos familiares e contrasta com a compreensão hierarquizante na qual a família constituída pelo casamento heterossexual era assumida como modelo digno de maior proteção.

A posição minoritária no caso *Fretté v. France* acabou tornando-se vencedora no caso *E. B. v. France*, cujo julgamento foi deslocado para a Grand Chamber – o mais amplo órgão jurisdicional na estrutura da Corte EDH, integrado por 17 juízes.³¹⁷

Este caso possuía contornos similares ao anterior, inclusive tratando de petição dirigida contra o mesmo Estado e submetida ao mesmo enquadramento legal no âmbito interno. Diante dessa inicial identidade de situações, a Corte EDH iniciou sua argumentação tentando estabelecer premissas para uma distinção entre eles.³¹⁸

Conforme a opinião vencedora, a situação pessoal de E. B. era mais favorável que a de Philippe Fretté, pois seriam incontroversas as suas capacidades emocionais e aptidão para educar uma criança. Além disso, ressaltou-se que E. B. estava em uma relação estável e permanente com sua companheira, o que não ocorreu no caso de Fretté. Ao explicitar essas premissas, a Corte EDH aparentemente tentou demonstrar que os dados disponíveis no caso de E. B. evidenciavam de forma mais clara que a negativa da autorização para adotar teria ocorrido em razão exclusivamente da orientação sexual da peticionante, embora no caso de Fretté já não houvesse nenhuma dúvida de que a orientação sexual foi determinante para a mesma negativa.³¹⁹

Em todo o caso, após a acentuar essas possíveis diferenças, a Corte EDH, deixando de lado a linha argumentativa de ampla margem de apreciação estatal adotada no caso *Fretté v. France*, retomou a estratégia de inversão do ônus argumentativo contra o Estado e passou a escrutinar as razões alegadas para negar a autorização de adoção a E. B.

³¹⁶ CONSELHO DA EUROPA, 2002b, p. 36.

³¹⁷ Previsto no Protocolo n. 11 da CEDH, a Grand Chamber é o órgão julgador com maior número de juízes na estrutura da Corte EDH. Os casos podem chegar a esse órgão por “*relinquishment*” (art. 30), encaminhado pelas Câmaras menores em razão da seriedade da questão acerca da interpretação da Convenção ou pela possibilidade de a decisão no caso ter um resultado inconsistente com uma sentença previamente proferida pela Corte; ou por “*referral*” (art. 43), quando uma das partes solicita que a sentença proferida pelas Câmaras menores seja revista por suscitar uma questão séria acerca da interpretação da Convenção ou uma questão séria de importância geral.

³¹⁸ CONSELHO DA EUROPA, 2008, p. 22.

³¹⁹ Em seu voto divergente, o juiz Loucaides ressaltou que “[...] *os esforços para distinguir o presente caso de Fretté são, em minha opinião, infrutíferos e desnecessários, pois a questão central em ambos os casos, de acordo com o abordagem da maioria, é substancialmente a mesma [...]*” (CONSELHO DA EUROPA, 2008, p. 39).

O Estado sustentou a legitimidade da negativa com o fim de proteger o melhor interesse da criança. Para isso, argumentou que permitir a adoção por uma mulher homossexual poderia gerar danos à regulação do desenvolvimento psicológico da criança devido à ausência de um referencial masculino em sua criação. Esse argumento foi considerado inconsistente pela Corte EDH, tendo em vista que, desde o momento em que o Estado permitiu a adoção por pessoas solteiras, há o reconhecimento de que a falta de um referencial do outro gênero no convívio diário da criança não constituiria um óbice insuperável. Caso o argumento da falta de referencial masculino fosse verdadeiro, nenhuma mulher solteira poderia adotar, o que não é a prática do Estado. Desse modo, a Corte concluiu que essa justificativa, na verdade, pode ter sido empregada como simples pretexto para o indeferimento do pedido de E. B., que teria tido base exclusivamente na sua homossexualidade.³²⁰

Outro argumento apresentado pelo Estado foi o de que a companheira com quem E. B. convivia não manifestou nenhum interesse em participar do projeto de adoção. Acerca dessa alegação, a Corte considerou que, embora a legislação interna do Estado permitisse que pessoas solteiras adotassem, caso o pretendente à adoção estivesse em uma relação com terceiros, seria possível ao Estado investigar essa relação e a forma como ela poderia afetar a futura vida familiar da criança adotada. Essa conduta independeria da orientação sexual do adotante e objetivaria resguardar o melhor interesse da criança, princípio consagrado tanto na legislação interna como em normativas internacionais.

Porém, na visão majoritária, a questão referente à postura da companheira de E. B. no processo de adoção não foi a motivação exclusiva nem a principal da negativa da autorização para a adoção nas decisões nacionais. Na ótica da Corte EDH, a ênfase colocada sobre a homossexualidade da petionante, ainda que camuflada em considerações genéricas acerca de seu “estilo de vida”, ocupou o raciocínio decisório em uma extensão tão ampla que contaminou toda a fundamentação da negativa.

Desse modo, concluiu-se que, apesar da existência de referências ao legítimo interesse do Estado em avaliar a postura da companheira da petionante nas decisões nacionais, a orientação sexual de E. B. sempre esteve consistentemente no centro das deliberações e foi onipresente em todas as etapas dos processos administrativos e judiciais, constituindo o motivo central e determinante para a negativa estatal.³²¹

³²⁰ CONSELHO DA EUROPA, 2008, p. 22.

³²¹ *Ibid.*, p. 25.

Estabelecida a premissa de que a orientação sexual de E. B. foi o aspecto determinante no caso, a Corte EDH discutiu a legitimidade em se negar a autorização para a adoção com base nesse fundamento. Com expressa referência aos casos *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* e *Smith and Grady v. the United Kingdom*, retomou-se a compreensão de que a discriminação em razão da orientação sexual exigiria que o Estado demonstrasse, com razões especialmente convincentes, que a medida discriminatória era necessária diante de algum fim legítimo e que os meios empregados eram adequados para alcançá-lo.

Com amparo nesse critério, observou-se que não foram apresentadas razões convincentes sobre a razão de a autorização para adotar ter sido negada à peticionante, tendo em conta que fora estabelecido, inclusive por análise pericial específica no curso do processo nacional, que ela possuía qualidades pessoais indubitáveis e capacidade para educar uma criança – indicativos de que potencialmente poderia atender ao melhor interesse desta, finalidade precípua da adoção.

A mudança argumentativa entre os casos de *Fretté* e *E. B.* é ilustrada na tabela a seguir:

Quadro 5 – Argumento nos casos *Fretté v. France* e *E. B. v. France*

	Fretté v. France (2002)	E. B. v. France (2008)
Dado que...	Não há consenso acerca da possibilidade de adoção por pessoas homossexuais.	1. O Estado não demonstrou que a adoção por pessoas homossexuais poderia ser prejudicial à criança; 2. E. B. possui qualidades pessoais indubitáveis e capacidade de educar uma criança.
Uma vez que...	A inexistência de consenso confere ampla margem de apreciação ao Estado, não sendo indispensável que ele demonstre a necessidade da medida discriminatória.	1. É ônus do Estado comprovar a necessidade do tratamento discriminatório; 2. O melhor interesse da criança é o elemento fundamental nos processos de adoção.
Conclui-se que...	O Estado não precisa demonstrar a necessidade de se negar a autorização para adoção por pessoas homossexuais.	Não é possível ao Estado negar a autorização de adoção a E. B. em razão de sua homossexualidade.

Fonte: elaborado pelo autor.

O julgamento do caso *E. B. v. France* foi objeto de ampla divergência entre os juízes (10 x 7), cujos votos dissidentes variaram bastante em suas fundamentações.

Houve divergências menos intensas, como a que se extrai da opinião dissidente conjunta dos juízes Costa (França), Türmen (Turquia), Ugrekhelidze (Georgia) e da juíza Jočienė (Lituânia). Esse grupo concordou com a premissa de que a orientação sexual do pretendente à adoção não poderia ser fundamento para a negativa de autorização para adotar, sob pena de

injustificado tratamento discriminatório. Os juízes, porém, discordaram quanto à aplicação dessa premissa ao caso concreto.

Para esse grupo divergente, as razões apresentadas pelo Estado para a negativa da autorização para adotar não estavam necessariamente vinculadas exclusivamente à orientação sexual de E. B., pois a conduta pouco interessada da sua companheira no processo de adoção constituiria um motivo autônomo e suficiente para a negativa. Assim, haveria um fundamento autônomo e legítimo para a conduta do Estado.³²²

De outra parte, houve dissidências bem mais intensas, como a expressada na opinião em separado do juiz Loucaides (Chipre), que já havia apresentado divergência no caso *Smith and Grady v. the United Kingdom*. Para ele, a negativa da autorização para adotar pelo Estado estaria plenamente justificada sob qualquer ângulo. Em sua visão, o “relacionamento erótico” entre E. B. e sua companheira, que inevitavelmente se manifestaria no lar, poderia ser legitimamente considerado um fator negativo no ambiente em que a futura criança seria recebida. Nessas circunstâncias, haveria um risco real de distorção do “modelo e imagem de uma família” no contexto no qual a criança teria que viver e desenvolver sua personalidade, sendo possível que o Estado negasse a adoção diante desse risco ao seu desenvolvimento sadio.³²³

A jurisprudência consagrada em *E. B. v. France*, apesar de estabelecer a possibilidade de adoção por pessoas homossexuais como regra geral no sistema regional, não impediu novas discussões sobre o tema em casos seguintes.

No julgamento do caso *Gas and Dubois v. France*,^{324 325} por exemplo, a Corte EDH analisou a negativa do Estado em permitir que Valérie Gas adotasse a filha de Nathalie Dubois, sua companheira, com a qual estava unida mediante um contrato de união civil. A criança foi concebida por inseminação artificial com doador masculino anônimo. A adoção unilateral nessas condições, assegurando-se o exercício do poder parental a ambos os membros do casal, era prevista, no Código Civil francês, para pessoas casadas. Todavia, Valerie Gas e Nathalie Dubois não eram casadas, pois não era possível o casamento entre pessoas do mesmo sexo na França.

Ao analisar o caso, a Corte EDH faz uma distinção com o caso *E. B. v. France* e retomou a estratégia argumentativa do caso *M. W. v. the United Kingdom*, reafirmando que o casamento

³²² CONSELHO DA EUROPA, 2008, p. 30-32.

³²³ *Ibid.*, p. 39.

³²⁴ CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 25951/07**. Requerentes: Gas e Dubois. Requerido: República Francesa. Estrasburgo: Corte EDH, 2012a.

³²⁵ Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em inglês.

confere um *status* especial às pessoas que o celebram e, portanto, é legítimo que o Estado reserve o exercício de certos direitos apenas às pessoas casadas, ainda que essa união não seja legalmente possível a pessoas homossexuais. Portanto, foi novamente admitida a discriminação em duas etapas, como anteriormente referido no caso britânico.

No entanto, no caso *Gas and Dubois v. France*, é interessante destacar a declaração de opinião concorrente do juiz Costa (França). Embora votando com a maioria quanto à ausência de violação à CEDH, ele fez um apelo ao legislador de seu país para que revisasse o dispositivo da legislação nacional utilizado para negar a adoção em razão da ausência de prévio casamento dos adotantes, o que foi endossado pelo juiz Spielman (Luxemburgo) e pela juíza Berro-Lefèvre (Mônaco).³²⁶

Na opinião dissidente do juiz Villigier (Liechtenstein),³²⁷ o mesmo dispositivo da legislação nacional foi amplamente criticado, sob o argumento de que ele gerava um indevido tratamento discriminatório entre as crianças nascidas de pais homossexuais e heterossexuais, colocando o melhor interesse da infância em segundo plano.³²⁸

Já no julgamento do caso *X. and Others v. Austria*,^{329 330} a opinião majoritária, desenvolvendo as compreensões gerais estabelecidas nos casos *Karner v. Austria* e *E. B. v. France*, concluiu que, se a legislação nacional possibilita a adoção do filho do companheiro aos casais heterossexuais não casados, o Estado não pode negar a mesma possibilidade aos casais homossexuais não casados, sob pena de ilegítimo tratamento discriminatório.

Todavia, nesse mesmo julgamento, em voto dissidente conjunto, sete juízes na Grand Chamber discordaram da conclusão do julgado, destacando, entre outros aspectos, que a função da interpretação evolutiva da CEDH, que a Corte EDH realiza continuamente, seria “[...] acompanhar e até mesmo canalizar a mudança [...]”, porém não “[...] antecipar a mudança, muito menos tentar impô-la [...]”.^{331 332}

Como se percebe ao longo da análise dos casos deste subtítulo, a Corte EDH, ao discutir a negativa de direitos a pessoas homossexuais, foi construindo e revisando seus lugares-comuns

³²⁶ CONSELHO DA EUROPA, 2012a, p. 21-23.

³²⁷ Eleito por indicação de Liechtenstein, porém nascido na África do Sul e de nacionalidade suíça.

³²⁸ CONSELHO DA EUROPA, 2012a, p. 24-25.

³²⁹ CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 19010/07**. Requerentes: X. e outros. Requerido: República da Áustria. Estrasburgo: Corte EDH, 19 fev. 2013b.

³³⁰ Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em inglês.

³³¹ CONSELHO DA EUROPA, 2013b, p. 58.

³³² Compuseram a divergência os juízes Casadevall (Andorra), Kovler (Rússia), Šikuta (Eslováquia), De Gaetano (Malta) e Sicilianos (Grécia), e as juízas Jočienė (Lituânia) e Ziemele (Letônia).

acerca das consequências jurídicas da homossexualidade e do tratamento discriminatório em meio a constantes confrontos argumentativos.

Nesses confrontos, é possível identificar três grupos de casos, segundo a estratégia argumentativa adotada pela posição majoritária na Corte: a) casos nos quais não se exigiu que o Estado justificasse a necessidade da medida discriminatória em razão da ausência de consenso sobre o tema, como em *M. W. v. the United Kingdom*, *Manenc v. France*, *Aldeguer Tomás v. Spain* e *Fretté v. France*; b) casos nos quais se exigiu do Estado a apresentação das razões da discriminação, as quais foram escrutinadas pela Corte EDH, como em *Smith and Grady v. the United Kingdom*, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, *Karner v. Austria* e *E. B. v. France*; e c) casos nos quais a Corte EDH aceitou a ausência de casamento como justificativa para a discriminação, ainda que a legislação nacional não permitisse o casamento entre pessoas do mesmo sexo, como em *Karner v. Austria* e *Gas and Dubois v. France*.³³³

As diferenças argumentativas entre esses grupos de casos foram evidenciadas ao longo de suas análises, no entanto, um último aspecto deve ser comentado.

Quando a Corte EDH opta por examinar as razões da discriminação, está sempre presente a premissa de que a margem de apreciação do Estado é estreita em temas relacionados à discriminação por orientação sexual e a discussão sobre a existência de consenso sobre o tema, quando presente, desempenha um papel secundário. De outra parte, quando a Corte EDH opta por não examinar as razões da discriminação, a discussão sobre a existência de consenso na matéria aparece em primeiro plano, servindo como premissa para se ampliar a margem de apreciação do Estado. O que não fica claro é quais critérios a Corte EDH utiliza para determinar qual dessas abordagens argumentativas será empregada, o que se percebe na mudança ocorrida entre os casos *Fretté v. France* e *E. B. v. France* sem explicações muito robustas para a distinção.

De fato, a abordagem da discriminação por orientação sexual no sistema europeu do final dos anos de 1990 até aproximadamente 2010 não é uniforme nem unidirecional. Isso pode ser explicado, ao menos em parte, pelo movimento da Corte EDH em ir modificando a visão naturalizada contra pessoas homossexuais, presente desde o início da experiência regional; ao mesmo tempo em que permanece sob a forte influência de uma visão tradicional de família, na qual as compreensões dominantes sobre gênero e sexualidade que geraram aquela visão naturalizada seguem sendo reafirmadas.

³³³ Para uma discussão sobre a exigência de consenso e o exame intensivo das razões de discriminação na argumentação das cortes internacionais, ver: Clérico (2019).

Essa tensão é percebida na análise argumentativa dos discursos construídos pela Corte EDH sobre o tratamento discriminatório, manifestando-se nas diversas estratégias desenvolvidas na prática judicial para lidar com o tema. Em uma perspectiva tópica, por outro lado, verifica-se que os lugares-comuns empregados e derivados dos argumentos da Corte vão se adaptando a cada novo problema apresentado, formando um catálogo de compreensões às vezes dissonantes entre si.

3.4 Reconhecimento da instituição familiar homoafetiva

Como visto, além da discussão sobre a descriminalização de relações homossexuais, a Corte EDH analisou a intersecção entre os direitos à vida privada e à não discriminação por orientação sexual e o exercício de outros direitos, como os de ocupar cargos militares, exercer a guarda dos filhos, prosseguir em contratos de locação etc. Ao longo dessas discussões, foram manejados vários argumentos que abriram espaço para que os relacionamentos homoafetivos fossem pensados em si mesmos. Sob esse novo enfoque, o problema que surge é: haveria um direito – e, portanto, um dever de garantia, pelos Estados – assegurado pela CEDH ao reconhecimento e proteção jurídicos de casais do mesmo sexo unidos pelo objetivo de constituir família?

A ideia de família aparece em dois momentos distintos na CEDH. No art. 8º, a “vida privada e familiar” é enumerada entre os direitos humanos protegidos contra a ingerência arbitrária de autoridades públicas. Esse dispositivo convencional, normalmente em conjunto com o art. 14, que trata do tratamento não discriminatório, foi amplamente utilizado nos argumentos abordados nos subtítulos anteriores.

De outra parte, a ideia de família também está presente no art. 12 da CEDH, o qual assegura que, a partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e constituir família.³³⁴ Extraem-se, do dispositivo convencional, o direito ao casamento e o direito a constituir uma família, os quais não estão necessariamente vinculados, uma vez que, embora a Corte EDH reconheça certa primazia à família instituída pelo casamento, não se nega a existência de outros modelos familiares.

³³⁴ “Artigo 12. Direito ao casamento. A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito.” (Conselho da Europa, 1950).

Em 2010, no julgamento do caso *Schalk and Kopf v. Austria*,^{335 336} a Corte foi compelida a enfrentar a alegação de que negar o acesso dos casais homossexuais ao casamento ou outra forma de reconhecimento legal constituiria, por si só, uma violação ao art. 8º em conjunto com o art. 14 e ao art. 12 da CEDH.

Nesse caso, iniciando pela análise da alegada violação ao art. 12, a Corte partiu da redação expressa da CEDH, segundo a qual “o homem e a mulher têm o direito de se casar”. É certo que o texto não faz nenhuma referência explícita à necessidade de que o casamento se celebre necessariamente entre pessoas de sexo oposto, o que permitiria concluir que o casamento protegido pela CEDH não seria apenas o casamento heterossexual. Todavia, a Corte EDH afasta esse argumento linguístico – que fora apresentado pelos peticionantes – em favor de argumentos históricos e sistêmicos.

Ao contrário de outros julgamentos nos quais a Corte EDH afirmou que a CEDH era um instrumento vivo que deveria ser interpretado à luz das circunstâncias atuais,³³⁷ em *Schalk and Kopf v. Austria*, o órgão argumentou que a ideia de casamento deveria ser compreendida à luz do contexto histórico da CEDH. Em 1950, o casamento era claramente entendido no sentido tradicional da união entre pessoas de sexos opostos, razão pela qual a menção ao homem e à mulher somente poderia se referir ao casamento entre eles.^{338 339}

Segundo a Corte, igual conclusão poderia ser extraída de uma argumentação sistêmica. Isso porque, quando a CEDH quis atribuir direitos indistintamente a pessoas de ambos os sexos, utilizou-se de expressões genéricas como “ninguém” ou “todos”. A escolha por se referir especificamente ao homem e à mulher estaria, portanto, intrinsecamente ligada à exigência de diversidade de sexos para o casamento.³⁴⁰

A Corte argumentou, também, a partir de seus precedentes. A esse respeito, asseverou que, embora discussões sobre a identidade de gênero houvessem suscitado reflexões recentes na jurisprudência regional, a exigência de que o casamento fosse celebrado entre homem e mulher era estavelmente reconhecida, ainda que se admitissem alguns dos impactos em caso de redesignação de gênero de um dos parceiros.³⁴¹

³³⁵ CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 30141/04**. Requerentes: Schalk e Kopf. Requerido: República da Áustria. Estrasburgo: Corte EDH, 22 nov. 2010c.

³³⁶ Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em inglês.

³³⁷ Exemplificativamente: Conselho da Europa (2002a); Conselho da Europa (2003c, p. 9); Conselho da Europa, 2002b, p. 15).

³³⁸ CONSELHO DA EUROPA, *op. cit.*, p. 13-14.

³³⁹ Na decisão, não há um uso conceitual preciso das categorias “sexo” e “gênero”, que foram empregadas, em termos gerais, como sinônimas.

³⁴⁰ CONSELHO DA EUROPA, *op. cit.*, p. 13-14.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 14.

Por fim, a Corte EDH destacou que apenas seis países do Conselho da Europa permitiam o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Diante da evidente falta de consenso regional sobre o tema, a questão de se permitir ou não o casamento nesse caso deveria ser deixada à regulamentação pela lei nacional.³⁴²

É interessante destacar que essa forma de analisar o papel do consenso regional na argumentação foi contrária à proposta das organizações governamentais intervenientes no caso, para as quais, diante da ausência de justificativas objetivas e razoáveis para se justificar o não reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, o tratamento diferenciado não poderia ser admitido, sendo pouco relevante a existência ou não de consenso regional sobre o tema.^{343 344}

Os argumentos opostos entre a compreensão da Corte EDH e o argumento das organizações intervenientes podem ser assim representados:

Quadro 6 – Argumento no caso Schalk and Kopf v. Austria

	Argumento Corte EDH	Argumento Organizações Intervenientes
Dado que...	Não há consenso sobre o reconhecimento jurídico de casamentos entre pessoas do mesmo sexo.	1. O não reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo constitui um tratamento discriminatório motivado pela orientação sexual; 2. O Estado não apresentou razões para justificar o tratamento discriminatório.
Uma vez que...	Em temas nos quais não há consenso o Estado dispõe de ampla margem de apreciação.	A discriminação por orientação sexual somente se justifica por razões especialmente graves que devem ser comprovadas pelo Estado.
Conclui-se que...	O Estado não tem o dever de reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo.	O Estado não pode negar reconhecimento ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Fonte: elaborado pelo autor.

Quanto à alegada ofensa ao art. 8º em conjunto com o art. 14 da CEDH, os peticionantes sustentaram que houve tratamento discriminatório porque, além de não poderem se casar, à época dos fatos, o Estado não oferecia nenhuma alternativa para o reconhecimento jurídico de

³⁴² CONSELHO DA EUROPA, 2010c, p. 15.

³⁴³ *Ibid.*, p. 12.

³⁴⁴ Foram admitidas como terceiras intervenientes: FIDH; ICJ; AIRE Centre; e ILGA – Europe.

sua união.³⁴⁵ Essa omissão constituiria, assim, uma ingerência estatal que impediu o livre exercício dos direitos à vida privada e familiar.

Nesse aspecto, a Corte EDH, em primeiro lugar, afirmou expressamente que a união constituída por pessoas do mesmo sexo é protegida pelo conceito de “vida familiar”, expresso no art. 8º. Essa compreensão alterou bastante a jurisprudência regional, que ressaltava a inserção dos relacionamentos homossexuais dentro do espectro da “vida privada”, sem um pronunciamento explícito sobre o seu caráter familiar. Com a adoção dessa compreensão em *Schalk and Kopf v. Austria*, a Corte colocou termo a uma dubiedade latente, esclarecendo que um casal de pessoas do mesmo sexo que coabitam e vivem em união de fato enquadra-se na noção de “vida familiar” do mesmo modo que a relação de um casal heterossexual na mesma situação.³⁴⁶

Apesar dessa nova compreensão, a Corte EDH concluiu que não havia consenso regional sobre a admissão das uniões homoafetivas nos ordenamentos jurídicos nacionais ou sobre a extensão dos direitos que lhes deveriam ser conferidos. Na ausência de consenso, essa seria outra área na qual o Estado disporia de uma ampla margem de apreciação, cujos limites não teriam sido ultrapassados, mesmo diante da ausência de qualquer forma de reconhecimento de uniões homoafetivas sob sua possível tutela.

É importante ressaltar que a afirmação de que não havia consenso regional sobre o tema consta na argumentação da decisão apesar de a própria Corte EDH reconhecer que, ao tempo do julgamento, 36 países do sistema regional possuíam algum tipo de legislação que protegia uniões homoafetivas ao menos para fins patrimoniais, como direitos sucessórios, seguridade social e obrigações tributárias.^{347 348}

Esta última parte da decisão, no tocante à possibilidade de completa ausência de previsão para o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas na legislação interna do Estado, foi subscrita por apertada maioria (4 x 3).

Em opinião divergente conjunta, os juízes Rozakis (Grécia), Spielmann (Luxemburgo) e Jebens (Noruega) defenderam que a conclusão da maioria quanto à ausência de violação do art. 8º em conjunto com o art. 14 da CEDH foi contraditória. Sob sua ótica, uma vez admitido que as uniões de fato entre pessoas do mesmo sexo são abarcadas pelo direito à vida familiar,

³⁴⁵ Os petionantes tiveram suas pretensões negadas pela Corte Constitucional austríaca em 2003. Em 2010, entrou em vigor na Áustria o Registered Partnership Act, que possibilitou o reconhecimento formal da união civil entre pessoas do mesmo sexo.

³⁴⁶ CONSELHO DA EUROPA, 2010c, p. 21.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 8.

³⁴⁸ Desse total, seis países permitiam o casamento entre pessoas do mesmo sexo e 30 previam alguma forma de união registrada. Entre estes últimos, inclui-se a própria Áustria, a partir de 2010.

a Corte não poderia admitir que esse tipo familiar permanecesse completamente desprotegido pelo Estado, especialmente diante da inexistência de justificativas relevantes para essa postura.

A minoria dissidente criticou, ainda, a forma como o argumento da margem de apreciação foi utilizado na posição vencedora. Esse grupo de juízes sustentou que a deferência à citada margem está subordinada à apresentação, pelo Estado, de argumentos para justificar o tratamento discriminatório, o que não teria ocorrido no caso.³⁴⁹

Não há dúvidas de que o caso *Schalk and Kopf v. Austria* é um marco muito significativo na história do desenvolvimento das uniões homoafetivas no sistema regional, pois, nele, o propósito direto de discutir o *status* dessas uniões como entidades familiares foi explicitado. Quanto ao seu resultado, embora concretamente a decisão tenha sido desfavorável aos petionantes, houve um avanço quando a Corte EDH inseriu, sem nenhuma dúvida, as uniões entre pessoas do mesmo sexo no âmbito familiar, ainda que sem impor a obrigação do seu reconhecimento formal pelo Estado. Essa nova compreensão reconfigura a discussão e deve ser especialmente destacada, em um sistema regional no qual essas relações poderiam ser criminosas há cerca de 30 anos.

As consequências de se admitir as uniões homoafetivas como entidades familiares se espalham por outros temas, como ocorreu no caso *Eweida and others v. the United Kingdom*,³⁵⁰ no qual a Corte EDH afirmou que, nos países onde a celebração de uniões homoafetivas é possível, o Estado pode aplicar sanções contra seus funcionários que se recusarem a promover o seu registro público, ainda que a recusa seja fundamentada em objeções religiosas. Na mesma oportunidade, o Tribunal também afirmou que é legítimo que empresas privadas prestadoras do serviço de apoio e orientação psicológica para casais apliquem sanções contra seus empregados que se recusarem a prestá-lo a casais homoafetivos. O argumento central nesses casos partiu justamente da premissa de que o objetivo de impedir a discriminação contra casais homossexuais – cuja dignidade alcançara um novo *status* na jurisprudência regional – era um fim legítimo a ser perseguido com o uso daqueles meios disciplinares.

Como destacado pelos juízes divergentes no caso *Schalk and Kopf v. Austria*, porém, é inegável que houve certa contradição em, de um lado, conferir-se às uniões entre pessoas do mesmo sexo *status* familiar e, de outro, permitir-se uma ampla margem de apreciação estatal na qual seria possível que essas uniões não recebessem qualquer proteção pela legislação

³⁴⁹ CONSELHO DA EUROPA, 2010c, p. 27-28.

³⁵⁰ CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Applications nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10.** Requerentes: Eweida e outros. Requerido: Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. Estrasburgo: Corte EDH, 27 maio 2013a.

³⁵¹ Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em inglês.

nacional. É justamente por essa contradição que o tema foi retomado pela Corte EDH alguns anos depois, no julgamento do caso *Vallianatos and Others v. Greece*, dessa vez submetido ao colegiado maior da Grand Chamber.^{352 353}

O caso em análise decorreu da introdução, pelo Estado grego, de uma nova legislação de família no ano de 2008, a qual possibilitou que casais heterossexuais ingressassem em uma forma de união civil diversa do casamento. O debate acerca da introdução dessa legislação foi intenso no país. A Igreja da Grécia foi contrária ao instituto de modo geral, qualificando as uniões civis como “prostituição”. A Comissão Nacional de Direitos Humanos grega, por seu turno, defendeu uma visão mais ampla da ideia de família e recomendou a extensão das uniões civis aos casais do mesmo sexo. O Conselho Científico do Parlamento grego também opinou no sentido da necessidade de que a legislação não discriminasse em razão da orientação sexual.³⁵⁴

Grigoris Vallianatos, seu companheiro Nikolaos Mylonas, e outros três casais homossexuais, todos cidadãos gregos, desejavam ver suas uniões homoafetivas reconhecidas pelo Estado como uniões civis, o que era impossível em razão das limitações previstas na nova legislação. Por essa razão, apresentaram à Corte EDH petição alegando serem vítimas de tratamento discriminatório em razão de sua orientação sexual, o que violaria o art. 8º em conjunto com o art. 14 da CEDH.

Ao iniciar o exame do caso, a Corte EDH lembrou os seus julgamentos em matéria de discriminação por orientação sexual, citando expressamente todas as temáticas previamente enfrentadas desde a discussão sobre criminalização.³⁵⁵

Retornando à compreensão adotada em *Schalk and Kopf v. Austria*, a Corte reafirma que casais homossexuais e heterossexuais não casados estão igualmente abarcados pelo conceito de vida familiar previsto no art. 8º da CEDH. Neste julgamento, porém, a Corte vai além e afirma que ambos os tipos de casais também podem ser considerados em situação comparável quanto às suas necessidades de reconhecimento e proteção estatal.

Há, assim, uma mudança de ênfase da igualdade teórica – com o simples enquadramento conceitual das uniões homoafetivas como uma espécie de vida familiar – para uma igualdade prática, pautada pelas demandas por reconhecimento e proteção. Essa mudança de enfoque permite que a Corte visualize a existência de um tratamento discriminatório em razão da

³⁵² CONSELHO DA EUROPA. **Judgment on Applications nos. 29381/09 and 32684/09**. Requerentes: Vallianatos e outros. Requerido: República Helênica. Estrasburgo: Corte EDH, 7 nov. 2013c.

³⁵³ Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em inglês.

³⁵⁴ CONSELHO DA EUROPA, 2013c, p. 4.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 25-26.

orientação sexual na exclusão de casais homossexuais do instituto das uniões civis e, como consequência, conduz à inversão do ônus argumentativo contra o Estado e ao escrutínio das justificativas para a discriminação.³⁵⁶

A primeira justificativa apresentada pelo Estado para a discriminação foi a alegação de que a união civil seria desnecessária aos casais homossexuais, pois eles poderiam obter idêntica proteção legal através de mecanismos da legislação contratual ordinária. A esse respeito, a Corte EDH acentuou que o reconhecimento conferido pela lei a uma união civil tem um valor intrínseco que independe dos efeitos que ela possa produzir sobre a esfera jurídica dos companheiros.

Para casais homossexuais, a união civil seria a única forma de eles serem reconhecidos pelo Estado como duas pessoas que compartilham suas vidas, o que é sensivelmente diferente de dois indivíduos privados celebrando contratos. Desse modo, a possibilidade de celebração de contratos privados não seria suficiente para dar adequado reconhecimento aos casais homossexuais, assim como não o é para casais heterossexuais na mesma situação.³⁵⁷

A segunda justificativa apresentada pelo Estado consistiu no argumento de que a instituição das uniões civis por lei objetivaria finalidades específicas, como proteger os filhos nascidos fora do casamento ou permitir a criação dos filhos sem que os pais fossem obrigados a se casar, o que terminaria por reforçar a instituição do casamento em sentido tradicional, pois ressaltaria a liberdade do casamento por um desejo legítimo de compromisso, e não apenas em razão da existência de filhos.

Nesse campo, a Corte EDH constatou que, do exame das disposições da nova lei, estava claro que seu objetivo principal era o de reconhecer e regular relacionamentos mantidos por casais fora do casamento, não havendo nenhuma exigência na lei referente à existência de filhos que pudesse excluir os casais sem filhos do seu âmbito de aplicação, fossem eles heterossexuais ou homossexuais.

Em todo o caso, a Corte EDH salientou que o Estado não comprovou de que modo a exclusão de casais homossexuais das uniões civis seria uma medida necessária para alcançar os objetivos por ele declarados. Adota-se aqui, com referência ao caso *Karner v. Austria*, a visão de que a margem de apreciação estatal é estreita em matéria de discriminação, não havendo o Estado se desincumbido do seu ônus de comprovar a necessidade do tratamento diferenciado de maneira convincente.³⁵⁸

³⁵⁶ CONSELHO DA EUROPA, 2013c, p. 28.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 29.

³⁵⁸ *Ibid.*

A similaridade entre as estruturas argumentativas empregadas nos casos *Karner v. Austria* e *Vallianatos and Others v. Greece* pode ser observada na tabela abaixo:

Quadro 7 – Argumento nos casos *Karner v. Austria* e *Vallianatos and Others v. Greece*

	Karner v. Austria (2003)	Vallianatos and Others v. Greece (2013)
Dado que...	O Estado não demonstrou que a exclusão de casais homossexuais do direito à continuidade no aluguel seria necessária para alcançar a finalidade de proteger a família em sentido tradicional.	O Estado não demonstrou que a exclusão de casais homossexuais do âmbito das uniões civis seria uma medida necessária para alcançar a finalidade de proteger filhos nascidos fora do casamento etc.
Uma vez que...	A discriminação por orientação sexual somente se justifica por razões especialmente graves que devem ser comprovadas pelo Estado.	A discriminação por orientação sexual somente se justifica por razões especialmente graves que devem ser comprovadas pelo Estado.
Conclui-se que...	O Estado não pode recusar aos casais homossexuais o direito de continuidade do contrato de aluguel reconhecido por lei aos casais heterossexuais.	O Estado não pode recusar aos casais homossexuais o direito de celebrar uma união civil reconhecida por lei aos casais heterossexuais.

Fonte: elaborado pelo autor.

Ao final, a Corte EDH afirmou que, embora não houvesse um consenso sobre o reconhecimento de uniões entre pessoas do mesmo sexo no sistema regional, a maior parte dos Estados que introduziram legislações permitindo uniões civis fora do casamento estenderam o acesso a estas aos casais do mesmo sexo. Haveria, assim, uma “tendência emergente” constatável não só pelas práticas adotadas pelos países da região, mas também pelas resoluções e recomendações não vinculantes emitidas pelos órgãos do Conselho da Europa nos últimos anos acerca do tema.^{359 360}

A Corte constatou, assim, uma violação ao art. 8º em conjunto com o art. 14 da CEDH, em razão do tratamento discriminatório conferido aos casais homossexuais e heterossexuais quanto ao acesso à união civil. Em resposta à condenação da Corte EDH, a Grécia modificou sua legislação interna em 2015, a fim de redefinir o instituto da união civil, permitindo sua celebração entre dois adultos de qualquer sexo.³⁶¹

³⁵⁹ CONSELHO DA EUROPA, 2013c, p. 31-32.

³⁶⁰ Entre os documentos de *soft law* citados pela Corte EDH estão a Resolução n. 1728/2010 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa e a Recomendação n. 5/2010 do Comitê de Ministros. Considera-se *soft law* “[...] todas aquelas regras cujo valor normativo é menos constringente que o das normas jurídicas tradicionais, seja porque os instrumentos que as abrigam não detêm o status de ‘normas jurídicas’, seja porque os seus dispositivos, ainda que insertos no quadro de instrumentos vinculantes, não criam obrigações de direito positivo aos Estados, ou não criam senão obrigações pouco constringentes.” (Mazzuoli, 2021. p. 116).

³⁶¹ CONSELHO DA EUROPA, 2021e, p. 13.

Diferentemente do antecessor caso *Schalk and Kopf v. Austria*, na decisão de *Vallianatos and Others v. Greece* não houve dissidências quanto ao mérito da violação. A única opinião divergente, apresentada pelo juiz Pinto de Albuquerque (Portugal), ficou restrita à admissibilidade das demandas, pois ele considerou que não houve o prévio esgotamento dos mecanismos disponíveis nos tribunais domésticos.³⁶²

Como se vê, no caso grego, a proteção jurídica das uniões homoafetivas foi analisada tendo como parâmetro a existência de uniões civis heterossexuais no ordenamento jurídico nacional, cujos efeitos deveriam ter sido estendidos aos casais do mesmo sexo, diante da vedação ao tratamento discriminatório, prevista no art. 14 da CEDH. O problema do *status* jurídico das uniões homoafetivas, todavia, ganhou completa autonomia no caso *Oliari and Others v. Italy*.^{363 364}

A legislação italiana, à época, não previa nenhuma forma de reconhecimento formal de casais heterossexuais ou homossexuais fora do casamento – sendo este vínculo restrito aos primeiros. Havia, assim, mais um exemplo da já mencionada discriminação em duas etapas, admitida na jurisprudência da Corte EDH, na qual o acesso a direitos era condicionado ao casamento, ao passo que se impossibilitava o casamento de casais homossexuais. Porém, a abordagem da Corte mudou em *Oliari and Others v. Italy*.

A Corte inicia a análise desse novo caso tomando como premissa a ideia de que as uniões homoafetivas precisam receber reconhecimento formal e proteção dos Estados, assentada em *Vallianatos and Others v. Greece*. Essa compreensão estaria presente não só na jurisprudência da própria Corte, mas também em instrumentos não vinculantes do sistema regional há mais de 15 anos.

O julgamento ressaltou que, desde a Recomendação n. 1.474/2000, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa exortava a necessidade de se conferir tratamento jurídico adequado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, o que foi reiterado pelas Resoluções n. 1.547/2007 e 1.728/2010, ambas do mesmo órgão internacional, bem como pela Recomendação n. 5/2010 do Comitê de Ministros. A interpretação sistemática desses dispositivos resultaria na conclusão de que o sistema regional se inclinou a exigir alguma proteção jurídica para as uniões homoafetivas.

³⁶² CONSELHO DA EUROPA, 2013c, p. 39-49.

³⁶³ CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Applications nos. 18766/11 and 36030/11**. Requerentes: Oliari e outros. Requerido: República Italiana. Estrasburgo: Corte EDH, 21 out. 2015a.

³⁶⁴ Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em inglês.

Na situação particular da Itália, porém, não havia absolutamente nenhum modo de reconhecimento ou regulamentação das uniões entre casais estáveis e comprometidos do mesmo sexo, nem mesmo para salvaguardar aspectos que, na visão da Corte EDH, constituiriam o “núcleo” desse tipo de compromisso, como a mútua assistência moral e material, as obrigações alimentares e os direitos sucessórios. Assim, ao contrário de *Schalk and Kopf v. Austria*, em que a Corte reconheceu uma ampla margem de apreciação do Estado quanto a todos os aspectos das uniões homoafetivas, em *Oliari and Others v. Italy*, foi traçado um “núcleo” de direitos e obrigações nos quais essa margem seria estreita.

Para além de assegurar um “núcleo” de direitos e obrigações aos casais homossexuais, o Tribunal lembrou que a existência de uma moldura jurídica formal para o reconhecimento estatal dessas uniões seria necessária para lhes conferir um “senso de legitimidade”. O valor afirmativo intrínseco a esse reconhecimento formal seria, portanto, razão suficiente para se exigir a sua regulamentação estatal mínima, em decorrência do direito à vida privada e familiar dos casais homossexuais, especialmente diante da não admissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo pelo Estado.³⁶⁵

Em acréscimo, a partir das informações fornecidas pela terceira interveniente, a *Associazione Radicale Certi Diritti (ARCD)*, a Corte observou que a negativa do Estado em conferir tratamento legal às uniões homoafetivas contrastava com a sua própria realidade social, tendo em vista o grande número de casais homossexuais que nele viveriam abertamente suas relações afetivas, a despeito da ausência de reconhecimento estatal. De fato, segundo os dados trazidos à Corte, haveria mais de 1 milhão de pessoas que se declararam homossexuais ou bissexuais apenas no centro da Itália. Além disso, pesquisas de opinião teriam demonstrado amplo apoio popular da população italiana ao reconhecimento jurídico de casais do mesmo sexo.^{366 367}

A Corte EDH destacou igualmente o crescente consenso jurídico internacional acerca da necessidade do reconhecimento formal das uniões homoafetivas. No âmbito europeu, mencionou-se que novas legislações e decisões judiciais surgiram após o julgamento de *Schalk and Kopf v. Austria*. Ao redor do mundo, foram citadas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, da Suprema Corte da África do Sul, do Supremo Tribunal Federal e do Superior

³⁶⁵ CONSELHO DA EUROPA, 2015a, p. 53.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 44.

³⁶⁷ Segundo pesquisa conduzida pelo Instituto Italiano de Estatística em 2011, apresentada à Corte pela ARCD, 65.8% dos italianos entrevistados declararam concordar com a frase “É possível amar uma pessoa de sexo diferente ou do mesmo sexo, o amor é que importa.” Na mesma pesquisa, 62.8% dos entrevistados concordaram com a frase “É justo que um casal homossexual vivendo como pessoas casadas tenham os mesmos direitos assegurado pela lei a um casal heterossexual casado.”

Tribunal de Justiça brasileiros, da Corte Constitucional da Colômbia e da Suprema Corte do México.³⁶⁸ Até a Corte Constitucional Italiana formulou repetidos apelos ao parlamento nacional para que fossem regulamentados os direitos básicos de uniões homoafetivas no país, o que foi ignorado pelo legislador.³⁶⁹

Diante desse quadro fático-jurídico, a Corte EDH concluiu que a omissão do Estado em garantir aos peticionantes uma regulamentação adequada de suas uniões, que lhes conferisse o devido reconhecimento e a mínima proteção jurídica, constituiria por si mesmo uma violação do seu direito à vida privada e familiar, previsto no art. 8º da CEDH, sem necessidade de se invocar a cláusula de vedação ao tratamento discriminatório contido no art. 14 do mesmo diploma internacional.

Em consequência, como ao tempo do julgamento a Itália ainda não havia regulamentado as uniões homoafetivas em seu território, a Corte EDH consignou que o Estado deveria implementar, sob a supervisão do Comitê de Ministros, as medidas gerais e/ou individuais apropriadas para cumprir sua obrigação de garantir o direito dos requerentes e de outras pessoas na mesma situação ao respeito por sua vida privada e familiar.³⁷⁰ Em cumprimento à decisão, a Itália aprovou, em 2016, uma nova legislação regulamentando formalmente a união civil entre pessoas do mesmo sexo.³⁷¹

Uma das grandes mudanças que merece destaque em *Oliari and Others v. Italy* é que a Corte EDH passa a considerar o evidente impacto diferencial da exigência de casamento sobre casais homossexuais quando o próprio Estado torna impossível que celebrem oficialmente sua união. Desse modo, a invocação do instituto do casamento e da margem de discricionariedade do Estado para regulamentá-lo deixou de ser admitida como um escudo argumentativo para impedir o escrutínio da jurisdição internacional sobre as razões da discriminação. Superada essa barreira, a Corte pôde avançar no debate dos direitos de existência e proteção das famílias homoafetivas, independentemente da posição particular do Estado quanto ao tema do casamento.

Além disso, superou-se definitivamente a jurisprudência do caso *Schalk and Kopf v. Austria*, a qual incluía na ampla margem de apreciação do Estado a possibilidade de relegar as uniões homoafetivas à completa invisibilidade. Passou-se a identificar um “núcleo” mínimo de

³⁶⁸ CONSELHO DA EUROPA, 2015a, p. 37-40.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 54-55.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 58-60.

³⁷¹ CONSELHO DA EUROPA, 2021e, p. 13.

proteção dessas uniões como indisponível à vontade do Estado, pois integraria o direito à vida privada e familiar, protegido diretamente pela CEDH.

A tríade Schalk–Vallianatos–Oliari demonstra com clareza como as compreensões gerais acerca das uniões homoafetivas se transformaram dentro do sistema regional. Há uma trajetória que começa com a mera possibilidade de o Estado reconhecer essas uniões, passa pela existência de um dever de tratamento igualitário em relação aos casais heterossexuais, e chega ao ponto de ser afirmada como um direito autônomo derivado diretamente da CEDH e indisponível no âmbito nacional.

Essas discussões não surgem por acaso. O desenvolvimento da mencionada tríade é marcado pelas constantes remissões aos casos anteriores, nos quais foram discutidos outros direitos relacionados à orientação sexual, inclusive com o aproveitamento e a rediscussão das estruturas argumentativas antes empregadas.

Em síntese, após uma longa construção em torno de outros problemas, o sistema regional teve condições de desenvolver a compreensão de que o reconhecimento estatal das uniões homoafetivas como entidades familiares é um direito derivado da CEDH e, portanto, um dever do Estado. Para que se alcançasse esse patamar de proteção, foi necessária uma crescente densificação argumentativa do *status* jurídico das uniões homoafetivas, com a desconstrução de lugares-comuns repletos de preconceitos contra orientações sexuais diversas presentes na prática regional e a formulação de novos lugares-comuns – mais abertos e inclusivos – sobre o significado dos conceitos de vida privada e familiar e de não discriminação.³⁷²

3.5 Reconhecimento em silêncio? Liberdade de expressão e de associação em sua intersecção com a orientação sexual

Paralelamente à saída das relações homoafetivas da clandestinidade penal e ao crescente reconhecimento de direitos às pessoas homossexuais e aos casais do mesmo sexo, houve a difusão de movimentos organizados de luta e defesa da comunidade LGBTQIA+.³⁷³ De fato, desde o caso *Karner v. Austria*, já se observa a presença formal de grupos internacionais dessa

³⁷² O tema da necessidade de reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares foi novamente submetido e à análise pela Grand Chamber, remetido por “*referral*”, a pedido do Estado russo, no caso *Fedotova and Others v. Russia*. Na ocasião, a Corte EDH ratificou sua jurisprudência.

³⁷³ O termo comunidade LGBTQIA+ é utilizado nesta pesquisa para designar o que a literatura jurídica usualmente denomina como minorias sexuais, englobando todas as formas de manifestação da orientação sexual ou identidade e expressão gênero que destoam das expectativas cis-heteronormativas socialmente dominantes. Para uma discussão sobre minorias sexuais, ver: Vecchiatti, 2012, p. 83-89.

comunidade na Corte EDH, o que evidencia o seu desejo em reivindicar espaços de voz e defesa para suas demandas, tanto na sociedade em geral quanto nos ambientes especificamente decisórios.

Por isso, a construção do *status* jurídico das uniões homoafetivas no sistema regional europeu também se alimentou e foi alimentada pelas discussões sobre os direitos à liberdade de expressão, reunião e associação, previstos nos arts. 10 e 11 da CEDH, em sua intersecção com as demandas LGBTQIA+ em geral. Essa intersecção foi objeto de exame na Corte EDH em casos julgados a partir dos anos 2000 que perduram até a atualidade.

Em 2007, antes da tríade Schalk–Vallianatos–Oliari, a Corte enfrentou o caso apresentado por Bączkowski e outros cidadãos poloneses, integrantes de uma associação civil instituída com o objetivo de lutar pela igualdade e cuja permissão para realizar uma marcha em favor dos direitos de minorias foi negada pelas autoridades administrativas de Varsóvia. Em uma entrevista à imprensa local, o prefeito da capital polonesa declarou que sequer havia lido o pedido de autorização para a referida marcha, mas manifestações desse tipo seriam impedidas, independentemente do que constasse no pedido, pois não seria permitida propaganda pública sobre homossexualidade na cidade.^{374 375}

Ao examinar o caso sob o enfoque dos arts. 11³⁷⁶ e 14, ambos da CEDH, a Corte EDH concluiu que o Estado limitou de maneira discriminatória a liberdade de reunião dos petionantes. Nesse aspecto, foram ressaltados o papel central da democracia como o único modelo político compatível com a CEDH e o dever do Estado em assegurar o pluralismo e a tolerância necessárias ao ambiente democrático, obrigação que foi descumprida, diante da negativa do direito de reunião pacífica sem motivo legítimo.

Na análise do tratamento discriminatório, a Corte apontou a necessidade de “[...] ter em conta as circunstâncias do caso como um todo [...]”. Isso porque, embora nas decisões nacionais a negativa do direito de reunião tenha sido formalmente justificada por critérios alegadamente técnicos – como a ausência de apresentação de um plano de tráfego –, havia fortes evidências

³⁷⁴ CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 1543/06**. Requerentes: Bączkowski e outros. Requerido: República da Polónia. Estrasburgo: Corte EDH, 24 set. 2007, p. 5.

³⁷⁵ Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em inglês.

³⁷⁶ “Artigo 11. Liberdade de reunião e de associação. 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação, incluindo o direito de, com outrem, fundar e filiar-se em sindicatos para a defesa dos seus interesses. 2. O exercício deste direito só pode ser objeto de restrições que, sendo previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros. O presente artigo não proíbe que sejam impostas restrições legítimas ao exercício destes direitos aos membros das forças armadas, da polícia ou da administração do Estado.” (Conselho da Europa, 1950).

de que a motivação real tinha conteúdo discriminatório. Essa percepção foi diretamente extraída das declarações categóricas do prefeito de Varsóvia ao periódico local, capazes de demonstrar que sua postura ideológica afetou o processo decisório na situação concreta em prejuízo dos peticionantes.³⁷⁷

Percebe-se, assim, que a Corte EDH compreendeu o conteúdo das manifestações em favor de grupos minoritários devido à orientação sexual como parte integrante da dinâmica democrática. Disso decorre que, no sistema democrático, pela visão em construção no sistema regional, não haveria espaço para se impedir a afirmação pública das diversas orientações sexuais e a possibilidade de elas integrarem o debate social.

Além disso, utilizou-se uma forma de argumentar sobre fatos na qual há especial preocupação com tratamentos discriminatórios por orientação sexual de forma velada. A distinção entre as razões declaradas pelo Estado e as razões reais para o tratamento discriminatório, com a disposição da Corte internacional em investigar estas em detrimento daquelas, foi um mecanismo importante para a análise do caso *Bączkowski and Others v. Poland* que posteriormente foi empregado também no caso *E. B. v. France* no exame das justificativas dadas pelo Estado para negar a autorização de adoção.

A realização de manifestações públicas em defesa de direitos de orientações sexuais diversas foi igualmente tema do caso *Alekseyev v. Russia*,^{378 379} julgado em 2010, que tratou dos obstáculos impostos pelo Estado russo contra a realização de marchas e protestos contra a discriminação por orientação sexual.

Nos anos de 2006, 2007 e 2008, Nikolay Alekseyev, homem gay e ativista em defesa dos direitos humanos, tentou organizar, em conjunto com outros ativistas, marchas e manifestações em defesa da diversidade sexual na cidade de Moscou. A prefeitura da cidade negou sistematicamente os pedidos de autorização formulados por Alekseyev e, em razão da participação nos protestos que contrariaram a negativa estatal, o peticionante foi detido duas vezes, sob a acusação de infrações administrativas. O prefeito da capital russa, em diversas ocasiões, expressou sua desaprovação moral à realização das marchas, qualificando homossexualidade como algo “não natural”.³⁸⁰

Ao julgar o caso, a Corte EDH reproduz integralmente as considerações feitas em *Bączkowski and Others v. Poland* acerca da importância do pluralismo de ideias e da tolerância

³⁷⁷ CONSELHO DA EUROPA, 2007, p. 21.

³⁷⁸ CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Applications no. 65548/10**. Requerentes: Alekseyev e outros. Requerido: Federação Russa. Estrasburgo: Corte EDH, 4 nov. 2010a.

³⁷⁹ Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em inglês.

³⁸⁰ CONSELHO DA EUROPA. *op. cit.*, p. 2.

para a democracia, único modelo político compatível com a CEDH. Assim, ao constatar que houve uma interferência estatal na liberdade de reunião do peticionante, um dos direitos mais fundamentais do regime democrático, a Corte coloca sobre o Estado o ônus argumentativo de justificar essa interferência e passa ao exame de seus argumentos.

O primeiro argumento do Estado foi no sentido de que proibir a realização das marchas teria sido uma medida necessária para garantir a integridade física dos seus potenciais participantes e para prevenir a desordem pública. Isso porque o tema da manifestação era extremamente controverso e diversos setores da sociedade russa, como a Igreja Ortodoxa e as autoridades islâmicas, haviam repudiado formalmente a realização dos atos, havendo risco concreto de violência física, caso elas fossem realizadas.

Todavia, a Corte EDH julgou equivocada a abordagem do Estado russo sobre o problema da segurança, pois considerou que, além de as manifestações de desaprovação às marchas não implicarem necessariamente a disposição de seus opositores a um confronto físico, para o gerenciamento do risco, o Estado poderia ter utilizado outras medidas de contenção, cujo objetivo precípua deveria ser o de garantir que os manifestantes pudessem exercer sem medo o seu direito de reunião pacífica. Dessa maneira, caso tivesse havido ameaça concreta de violência, caberia ao Estado agir para impedir e responsabilizar as pessoas de quem partiram essas ameaças antijurídicas, e não cancelar o evento contra o qual elas se insurgiram, o que terminou por endossar suas intenções violentas.^{381 382}

O segundo argumento do Estado, que a Corte EDH considerou ter sido o principal fator das decisões tomadas no âmbito interno, foi no sentido de que o próprio conteúdo das manifestações não poderia ser tratado publicamente. Na visão defendida pelo Estado, era legítimo obstar manifestações de “propaganda promovendo homossexualidade”, o que seria incompatível com as doutrinas religiosas e valores morais defendidos pela maioria russa, bem como poderia ser danosa para crianças e adultos vulneráveis.³⁸³

Com este argumento, o Estado russo, de um lado, condicionou o exercício dos direitos assegurados pela CEDH à concordância dos manifestantes com os valores religiosos e morais majoritários nacionalmente e, de outro lado, ressuscitou a tese do “recrutamento” para a homossexualidade, que a Corte EDH havia superado no debate sobre a descriminalização. Essa posição do Estado foi rechaçada pela Corte EDH.

³⁸¹ CONSELHO DA EUROPA, 2010a, p. 18-19.

³⁸² O dever do Estado de assegurar a realização pacífica de manifestações públicas da comunidade LGBTQIA+ e protegê-la contra a violência também foi tratado em: Conselho da Europa (2015b; 2016c; 2021a; 2022c).

³⁸³ CONSELHO DA EUROPA, 2010a, p. 19.

A partir de seus próprios precedentes sobre liberdade de reunião, a Corte afirmou que, em regra, o conteúdo da manifestação não deve constituir critério para que o Estado permita ou não a realização de atos públicos. A proteção dessa liberdade somente poderia ser negada àquelas reuniões que tivessem propósitos manifestamente violentos ou que negassem os próprios fundamentos de uma sociedade democrática, o que não foi o caso. A discordância da maioria não poderia ser tomada como fundamento para se negar a realização de manifestações públicas, pois isso esvaziaria por completo a possibilidade de exercício desse direito por grupos sociais minoritários.³⁸⁴

A Corte EDH destacou, igualmente, que, embora o tratamento jurídico conferido à comunidade LGBTQIA+ pudesse variar entre os países da região em matérias como adoção ou casamento, a ausência de consenso sobre esses temas era irrelevante para discussão da liberdade de reunião. Para chegar a essa conclusão, foi salientada a diferença entre conferir direitos substanciais à comunidade LGBTQIA+ e assegurar o seu direito de realizar campanhas para conquistar e defender esses direitos. Assim, embora os direitos substancialmente conferidos pudessem variar entre os Estados, a realização de manifestações públicas, como as que foram impedidas pelo Estado russo, era comum e ordinariamente aceita entre os países europeus.³⁸⁵

Por fim, quanto à teoria do “recrutamento” para a homossexualidade, que terminaria por legitimar um confinamento das relações entre pessoas do mesmo sexo ao âmbito estritamente privado, a Corte EDH reafirmou sua compreensão de que a preocupação do Estado russo não encontrava respaldo em nenhuma evidência científica ou dado sociológico. Ao revés, trazer a discussão sobre a diversidade sexual para o âmbito público, com a participação da comunidade acadêmica e sob diversos pontos de vista, poderia ajudar a esclarecer alguns “pontos comuns de confusão”, a exemplo de se uma pessoa pode ser educada ou seduzida a entrar ou sair da homossexualidade, ou optar por entrar ou sair dela voluntariamente. Esse tipo de debate, segundo o Tribunal, não poderia ser substituído por uma postura oficial dos agentes do Estado de assumir previamente pontos de vista desinformados, ainda que populares.³⁸⁶

O argumento da Corte EDH acerca da impossibilidade de se impedir manifestações em favor das demandas da comunidade LGBTQIA+ com fundamento no próprio conteúdo dessas manifestações pode ser assim reconstruído:

³⁸⁴ CONSELHO DA EUROPA, 2010a, p. 20.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 21.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 22.

Quadro 8 – Argumento em Alekseyev v. Russia

Dado que...	Uma vez que...	Conclui-se que...
1. Houve uma interferência estatal no direito de manifestação dos petionantes;	1. O Estado não pode limitar o direito de reunião com fundamento no conteúdo da manifestação;	A negativa estatal ao exercício do direito de reunião foi ilegítima.
2. Há um consenso europeu sobre a aceitação de manifestações públicas em favor das demandas da comunidade LGBTQIA+;	2. A simples discordância da visão social majoritária com o conteúdo da manifestação não é motivo legítimo para impedi-la.	
3. Não há evidência científica ou dado sociológico que justifique o receio de que manifestações da comunidade LGBTQIA+ possam ser prejudiciais a crianças e adultos vulneráveis.	Em razão de...	Exceto se...
	1. Art. 11, em conjunto com o art 14, ambos da CEDH; 2. Precedentes.	1. A reunião tivesse propósitos manifestamente violentos; 2. O conteúdo da reunião fosse manifestamente contrário aos princípios democráticos.

Fonte: elaborado pelo autor.

A resistência do Estado russo em permitir a livre discussão de ideias acerca da diversidade de orientações sexuais também foi objeto de impugnação nos casos *Bayev and Others v. Russia*^{387 388} e *Zhdanov and Others v. Russia*.^{389 390}

No primeiro, julgado em 2017, a Corte EDH analisou a situação de três ativistas russos que foram condenados pelo Estado pela infração administrativa de “[...] atividades públicas com o objetivo de promover a homossexualidade entre menores de idade [...]”. A atividade reputada ilícita consistiu em realizar atos de protesto em frente a escolas de ensino médio, bibliotecas e prédios públicos com o uso de cartazes com expressões como “homossexualidade é normal” e “grandes pessoas também foram gays”, bem como apontando pessoas famosas da história russa que teriam sido homossexuais, e afirmando que a desinformação sobre a homossexualidade seria uma das causas para os altos índices de suicídio entre os adolescentes russos.³⁹¹

A petição foi apresentada à Corte EDH apontando violação do direito à liberdade de expressão, nos termos do art. 10 em conjunto com o art. 14, ambos da CEDH.³⁹² A Corte EDH,

³⁸⁷ CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Applications nos. 67667/09 and 2 others**. Requerentes: Bayev e outros. Requerido: Federação Russa. Estrasburgo: Corte EDH, 2017.

³⁸⁸ Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em inglês.

³⁸⁹ CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Applications nos. 12200/08 and 2 others**. Requerentes: Zhdanov e outros. Requerido: Federação Russa. Estrasburgo: Corte EDH, 16 out. 2019.

³⁹⁰ Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em inglês.

³⁹¹ CONSELHO DA EUROPA, 2017, p. 2-3.

³⁹² “Artigo 10. Liberdade de expressão. 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a

assim como fez quando tratou do direito à liberdade de reunião, partiu da constatação de que houve uma intervenção estatal no direito à livre expressão de ideais pelos peticionantes e passou a escrutinar as justificativas do Estado para essa intervenção.

Em primeiro lugar, o Estado justificou que a restrição imposta às ações dos peticionantes era necessária para proteger a moral pública, pois a manifestação pública da homossexualidade seria uma afronta à expectativa de comportamento moral que prevalece entre os cidadãos russos. Na visão do Estado, haveria uma contradição em, de um lado, manter os valores familiares como fundamento da sociedade e, de outro lado, reconhecer a aceitação social da homossexualidade.³⁹³

Em resposta a esse argumento, a Corte EDH reiterou as considerações já apresentadas contra o Estado russo no caso *Alekseyev v. Rússia*, no sentido de que o exercício dos direitos assegurados pela CEDH por grupos socialmente minoritários não pode ser condicionado à concordância social majoritária. Além disso, destacou que a contradição apontada pelo Estado era inexistente, seja porque os valores familiares protegidos pela CEDH não estariam restritos à família heterossexual, como já decidido em *Schalk and Kopf v. Austria*, seja porque não houve nenhuma demonstração de que o exercício da liberdade de expressão sobre questões LGBTQIA+ pudesse afetar negativamente as famílias tradicionais no presente ou comprometer seu futuro. Assim, a Corte considerou que a preocupação moral do Estado russo era apenas a manifestação de um preconceito injustificado da maioria heterossexual, o que foi reiteradamente rechaçado na jurisprudência da Corte deste o caso *Smith and Grady v. the United Kingdom*.³⁹⁴

Em uma segunda linha argumentativa, o Estado defendeu que a conduta dos peticionantes deveria ser restringida pois a existência de relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo causaria um risco à saúde pública e à situação demográfica do país. Todavia, esses argumentos foram igualmente rejeitados pela Corte EDH.

Quanto à saúde pública, a Corte constatou que não houve a mínima demonstração de como a discussão sobre orientação sexual pudesse lhe causar qualquer prejuízo. Ao contrário,

um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.” (Conselho da Europa, 1950).

³⁹³ CONSELHO DA EUROPA, 2017, p. 14.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 25.

a disseminação do conhecimento sobre questões relacionadas ao sexo – a exemplo dos riscos a ele associados e dos métodos de proteção contra esses riscos – apresentadas de forma objetiva e científica constituiria parte indispensável de uma adequada política geral destinada a promover a saúde pública.³⁹⁵

Em relação ao risco demográfico, igualmente não houve nenhuma prova concreta da existência do perigo alegado pelo Estado. A Corte pontuou que as relações heterossexuais sempre foram socialmente aceitas e isso não impediu que a dinâmica demográfica humana e o desejo dos casais por filhos variassem a longo da história por múltiplos e complexos fatores, independentemente da aceitação social ou não das relações entre pessoas do mesmo sexo.³⁹⁶

Por fim, o Estado defendeu que a restrição da atividade dos peticionantes mereceria censura por colocar em risco os direitos de terceiros, notadamente dos menores de idade. Segundo argumentou o Estado, as crianças e adolescentes submetidas a “propaganda homossexual” poderiam desenvolver uma imagem positiva acerca da homossexualidade, induzindo-as a adotar um “estilo de vida homossexual”, o que as tornaria mais vulneráveis a abusos. Essa “indução” ou “coação” interferiria na sua autonomia pessoal e invadiria as escolhas educacionais dos seus pais.³⁹⁷

Para tratar dessa alegação, a Corte EDH inicia pontuando a dificuldade em compreender o que o Estado considera como sendo “propaganda” ou “promoção” da homossexualidade. Isso porque simples afirmações como “homossexualidade não é uma perversão” e “homossexualidade é natural” foram enquadradas internamente nesse conceito. A vagueza desse tipo de expressão, inclusive na forma como a legislação nacional as utiliza, constitui em si uma dificuldade em compreender a justificativa.³⁹⁸

De outra parte, a Corte novamente retomou as considerações lançadas contra o Estado russo no caso *Alekseyev v. Rússia*, dessa vez, para reafirmar a inexistência de evidência científica apta a sustentar a ideia de que a orientação sexual de alguém pode ser modificada por interações externas. Nesse aspecto, a Corte EDH concluiu que a posição do Estado não evoluíra nada desde aquele caso e continuava igualmente infundada.³⁹⁹

Acerca da suscetibilidade a abusos, a Corte argumentou que a proteção de crianças e adolescentes contra todas as formas de violência deve ser objeto de preocupação do Estado, independentemente das orientações sexuais envolvidas. Uma vez mais, o Estado russo não

³⁹⁵ CONSELHO DA EUROPA, 2017, p. 26.

³⁹⁶ *Ibid.*

³⁹⁷ *Ibid.*

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 27.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 28.

conseguiu demonstrar que haveria maiores riscos de abusos em relações homossexuais do que nas relações heterossexuais em geral, sendo inevitável a conclusão de que se tratava também da manifestação de um preconceito injustificado.⁴⁰⁰

No tocante ao último ponto do argumento estatal, relativo à autonomia individual e às escolhas educacionais dos pais, a Corte assinalou que, embora devam ser respeitadas as visões religiosas e morais dos pais, isso não implica um direito a que essas visões sejam tornadas como absolutas em qualquer caso ou que não sejam confrontadas. Na situação dos peticionantes, as mensagens transmitidas não eram incorretas, sexualmente explícitas ou agressivas, assim como não impediam que os pais exercessem suas funções parentais de ensinar e apresentar suas próprias convicções morais e religiosas. Em verdade, as mensagens transmitidas estavam em linha com a preocupação externada pelo Comitê de Ministros na Recomendação n. 5, de 2010, pela qual o Estados foram encorajados a salvaguardar o direito de crianças e jovens à educação em ambiente seguro, livre de violência, *bullying*, exclusão social ou outras formas de tratamento discriminatório e degradante relacionados à orientação sexual ou à identidade de gênero.⁴⁰¹

Assim, a Corte concluiu que, no tema da educação sexual, as opiniões dos pais, as políticas educacionais e o direito de terceiros à liberdade de expressão deveriam ser equilibrados, recorrendo-se a critérios de objetividade, pluralismo, precisão científica e, em última análise, de utilidade de um determinado tipo de informação ao público jovem.⁴⁰² Contudo, em sentido oposto, o Estado adotou uma legislação que apenas reforça o preconceito e incentiva a homofobia, suprimindo indevidamente o direito à liberdade de expressão, protegido pela CEDH, e afastando-se das noções de igualdade, pluralismo e tolerância, inerentes a uma sociedade democrática.

Deve-se destacar, contudo, que a conclusão do caso *Bayev and Others v. Rússia* não foi unânime. Em sua opinião dissidente, Dmitry Dedov (Rússia) defendeu que as restrições impostas pelo Estado eram legítimas, pois buscavam promover um adequado balanceamento entre direitos convencionais em conflito, notadamente a liberdade de expressão de terceiros e a proteção à vida privada e familiar das crianças e adolescentes.⁴⁰³

Entre outros pontos, o magistrado destacou que a simples divulgação para crianças da ideia de que as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo seriam normais poderia criar nelas uma disposição para se envolverem nesse tipo de relação, apenas pela curiosidade, que é

⁴⁰⁰ CONSELHO DA EUROPA, 2017.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 29.

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 36-45.

parte integrante da mente de uma criança. Além disso, aponta que a disseminação não autorizada de informações objetivando atrair o interesse de menores de idade para relações sexuais poderia destruir a sua própria percepção de vida privada e familiar.⁴⁰⁴

O juiz russo assinalou igualmente o peso que a discussão sobre o problema da pedofilia deveria ter sobre o caso. Segundo os dados que ele apresenta na opinião dissidente, até 30% das crianças submetidas a abuso sexual seriam meninos, e 70% por cento seriam meninas. Assim, considerando-se que todos os agressores seriam homens, uma boa parte das situações de abuso envolveriam homossexualidade.⁴⁰⁵ Essa informação seria uma justificativa para a preocupação legislativa especial com a homossexualidade, não obstante saiba-se que o número de abusos sexuais heterossexuais seja muito superior.

O raciocínio desenvolvido pela Corte EDH nos casos *Alekseyev v. Rússia* e *Bayev and Others v. Rússia* foi repetido no caso *Zhdanov and Others v. Rússia*, em 2019, quando foi analisada a interseção entre o ativismo LGBTQIA+ e a liberdade de associação.

Neste último, a Corte EDH concluiu pela violação da CEDH em razão de o Estado russo haver negado registro a três associações civis nacionais que tinham, entre seus objetivos, a defesa de direitos da comunidade LGBTQIA+, o que foi interpretado pelo Estado como sendo “propaganda de orientações sexuais não tradicionais”.

No julgamento, a Corte EDH estabeleceu que, assim como o direito de reunião, igualmente protegido no art. 11 da CEDH, o direito de associação também desempenharia uma função relevante na garantia do pluralismo necessário ao funcionamento adequado da democracia. Por essa razão, a imposição de restrições a esse direito atrairia um ônus argumentativo bastante elevado ao Estado.

O Estado russo fundamentou a negação do registro das associações em duas linhas argumentativas: a primeira, consistente na alegação de problemas documentais formais; outra, com referência aos objetivos e finalidade das associações. Todavia, a Corte reputou que a invocação de problemas formais era uma questão secundária e irrelevante para a análise do caso, uma vez que o Estado já havia manifestado sua disposição em rejeitar o registro das associações independentemente de quaisquer providências que fossem adotadas por elas com o

⁴⁰⁴ CONSELHO DA EUROPA, 2017, p. 40-41.

⁴⁰⁵ O juiz fez menção ao artigo “Current information on the scope and nature of child sexual abuse”, de Finkelhor (1994). O estudo citado não afirma que todos os agressores sexuais contra crianças e adolescentes sejam homens, embora eles sejam maioria (90%), nem enfatiza a homossexualidade em sua análise. O autor, em verdade, discute um amplo conjunto de informações coletadas em pesquisas anteriores acerca do problema nos Estados Unidos, sugerindo, entre outras hipóteses, que alguns fatores de risco para abuso infantil seriam inadequação parental, indisponibilidade, conflito, punição severa e privação emocional.

objetivo de sanar os alegados vícios. Desse modo, o julgamento concentrou-se na oposição estatal contra os objetivos das associações.⁴⁰⁶

Na análise da defesa do Estado contra as finalidades associativas, a Corte notou a reiteração dos argumentos referentes à necessidade de resguardar as opiniões nacionais majoritárias em temas morais e de família, ao risco de decréscimo populacional em razão do ativismo LGBTQIA+, e à ofensa a direitos de terceiros diante da discussão de temas relacionados a um campo tradicional sensível. Em resposta, a Corte reiterou, na esteira dos casos anteriores contra a Rússia, que nenhuma dessas alegações possui fundamentação consistente para impedir o exercício dos direitos internacionalmente assegurados pela CEDH aos petionantes.

A Corte acrescentou, por fim, que, assumindo como verdadeira a alegação estatal de que os objetivos perseguidos pelas associações seriam contrários ao pensamento nacional majoritário, competiria ao Estado assegurar aos petionantes mecanismos para exercerem seu direito de associação sem medo de serem submetido à violência por seus oponentes. A defesa de direitos por grupos sociais minoritários, ainda que impopulares, não poderia ser tratada pelo Estado como um perigo para a coesão social. A tensão entre majorias e minorias sociais não poderia ser solucionada com eliminação das minorias, mas com a criação de meios que possibilitem a tolerância e o pluralismo.⁴⁰⁷

É digno de nota que, no caso *Zhdanov and Others v. Russia*, não houve divergência quanto ao mérito das violações. O juiz russo Dmitry Dedov, que havia divergido no julgamento do caso *Bayev and Others v. Russia*, compôs a unanimidade e não apresentou opinião em separado. Em verdade, na análise de uma série de petições relativas a novas violações do direito de reunião pela Rússia, julgadas em 2018, Dedov apresentou uma opinião concorrente em separado, defendendo o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas. Segundo ele, esse reconhecimento jurídico poderia ser um “ponto de partida” para atender àqueles que não procuram “promover sua forma pessoal de vida”, mas apenas almejam que seus direitos civis sejam igualmente protegidos e respeitados pelo Estado.⁴⁰⁸

Os casos analisados neste subtítulo demonstram como os argumentos empregados em discussões anteriores referentes ao tratamento não discriminatório por orientação sexual podem ser reaproveitados e reintroduzidos no sistema regional. Exemplo dessa dinâmica é o

⁴⁰⁶ CONSELHO DA EUROPA, 2019, p. 35.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 36–39.

⁴⁰⁸ CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Applications nos. 14988/09 and 50 others**. Requerentes: Alekseyev e outros. Requerido: Federação Russa. Estrasburgo: Corte EDH, 27 nov. 2018, p. 12.

ressurgimento da discussão sobre a tese do “recrutamento” para a homossexualidade e, por consequência, da suposta preocupação científica que ela desperta. Apesar de aparentemente superado no contexto dos casos que tratavam da criminalização das relações homossexuais e deixado de lado na discussão da Corte EDH sobre o caráter familiar das uniões homoafetivas, esse debate foi retomado, agora sob o prisma das liberdades de expressão, reunião e associação.

A resistência em permitir a inserção da diversidade sexual no debate público, especialmente presente na argumentação reiterada pela Rússia perante a Corte EDH, revela a pluralidade de enfoques sobre o tema no sistema regional. Esse desencontro de compreensões permaneceu presente nos casos *Bayev and Others v. Russia* e *Zhdanov and Others v. Russia*, apesar de estes terem sido posteriores à tríade *Schalk–Vallianatos–Oliari*.

Observe-se que os países agora envolvidos na discussão sobre as liberdades de expressão e reunião não são os mesmos implicados nos casos em que se debateu a criminalização de relacionamentos homossexuais, bem como que não houve notícia de que eles possuíssem legislações penais diferenciadas contra pessoas homossexuais. No entanto, embora esses Estados pareçam concordar com a conclusão geral de que a criminalização nesse tema seria ilegítima, os argumentos surgidos no contexto em análise suscitam dúvidas sobre se eles efetivamente partilham do lugar-comum, que vem sendo construído pela Corte EDH, de que as relações homossexuais são igualmente dignas de consideração e respeito como entidades familiares.

Essa divergência tópica e a objeção reiterada em se aproximar de uma compreensão comum que está em construção podem gerar um entrave ao próprio objetivo do sistema regional, que é ser um espaço para a construção compartilhada do significado da CEDH. Diante desse dilema, é possível divisar duas possibilidades: ou o debate argumentativo avança no convencimento mútuo e as divergências dentro do sistema vão sendo colmatadas por novos lugares-comuns com maior ou menor grau de abstração; ou há uma desistência dos Estados em participar desse projeto hermenêutico comum.

Tendo em conta que a Rússia se retirou do sistema regional,⁴⁰⁹ será interessante acompanhar, para fins comparativos, como os países que nele ainda permanecem e que possuem dificuldades internas com o tema da diversidade sexual irão se comportar perante a Corte EDH nos próximos anos. Igualmente interessante será observar como a Corte EDH gerenciará seus lugares-comuns acerca da proteção de pessoas com orientações sexuais diversas, caso eles

⁴⁰⁹ No contexto do conflito armado com a Ucrânia, a Rússia se retirou do Conselho da Europa em 16 de março de 2022 e deixou de ser parte contratante da CEDH em 16 de setembro de 2022 (Conselho da Europa, 2022d).

sejam desafiados por outros países com a mesma intensidade com que foram questionados pela Rússia.

3.6 Discutindo a necessidade de proteção específica do Estado em relação às uniões homoafetivas

Como foi possível perceber, a interação entre os Estados e as relações homoafetivas no sistema regional começa com uma forte contraposição, com a utilização do mais grave aparato estatal – o direito penal – contra as relações entre pessoas do mesmo sexo, com o respaldo dos órgãos convencionais. Após a superação dessa animosidade inicial, o desenvolvimento do direito à não discriminação forçou os Estados da região a revisarem a utilização da orientação sexual como critério para impedir o acesso a direitos, possibilitou o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares dignas de proteção estatal, e fez surgir a necessidade de se assegurar espaços públicos para a discussão e defesa dos direitos decorrentes dessas uniões no âmbito interno.

Diante desse contexto, no estágio atual do sistema regional, entra em discussão a necessidade de atuação específica dos Estados no combate às violências de caráter homofóbico⁴¹⁰ que atingem os casais homoafetivos, e de desenvolvimento de mecanismo protetivos especiais. Esses temas já foram tangenciados em ao menos dois momentos: a) na análise do dever estatal de investigar e punir com a devida diligência violências homofóbicas; e b) no exame de processos em que se pediu refúgio com fundamento em perseguições homofóbicas nos países de origem.

O problema de negligência do Estado em investigar e punir violências homofóbicas contra casais do mesmo sexo foi enfrentado pela Corte EDH no caso *Beizaras and Levickas v. Lithuania*.^{411 412}

Pijus Beizaras e Mangirdas Levickas, cidadãos lituanos que tinham em torno de 18 anos de idade à época dos fatos, publicaram a foto de um beijo entre si na rede social Facebook com o objetivo de anunciar publicamente o início de seu relacionamento e de promoverem uma discussão sobre os direitos das pessoas homossexuais na Lituânia. Na foto publicada,

⁴¹⁰ Compreende-se por homofobia a hostilidade geral, psicológica e social contra aquelas e aqueles que, ao menos na percepção do agressor, sentem desejo ou mantêm práticas sexuais com indivíduos do seu próprio sexo. Sobre o tema, ver: Vecchiatti (2012, p. 82-83).

⁴¹¹ CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 41288/15**. Requerentes: Beizaras e Levickas. Requerido: República da Lituânia. Estrasburgo: CORTE EDH, 2020a.

⁴¹² Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em inglês.

Margindas Levickas, à época estudante universitário de teologia, vestia camiseta com um desenho que remetia à imagem de uma cruz, reproduzida a seguir.

Figura 1 – Foto publicada por Pijus Beizaras



Fonte: reprodução Facebook.⁴¹³

A imagem espalhou-se rapidamente na internet e os peticionantes receberam diversos comentários com mensagens de ódio e ameaças de violência, como “eles deveriam ser castrados ou queimados”, “para a câmara de gás com eles” e “eu vou comprar para vocês uma viagem gratuita de lua de mel ao crematório”.⁴¹⁴

Os órgãos internos do Estado, ao serem comunicados dos fatos, recusaram-se a iniciar um procedimento investigatório penal, por entenderem que os comentários apresentados utilizaram “palavras inapropriadas” para se expressar, porém não teriam gravidade suficiente para configurar o delito interno de incitamento ao ódio.^{415 416} As autoridades estatais lituanas destacaram, ainda,

⁴¹³ BEIZARAS, Pijus. [Fotografia]. [S. l.], 7 dez. 2014. Facebook: pijus.beizaras. Disponível em: <https://www.facebook.com/photo.php?fbid=825439160832543&set=pb.100000994007045.-2207520000.1499927348.&type=3&theater>. Acesso em: 10 out. 2022.

⁴¹⁴ CONSELHO DA EUROPA, 2020a, p. 3.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 12.

⁴¹⁶ O ordenamento lituano pune criminalmente a conduta de quem “[...] publicamente ridiculariza, expressa desprezo, incita ao ódio ou incita a discriminação contra um grupo de pessoas ou uma pessoa pertencente a

que, ao publicarem uma foto veiculando um “comportamento excêntrico”, os peticionantes deveriam ter previsto que isso não contribuiria para a coesão social, tendo em vista que a maior parte da sociedade daquele país tem grande apreço pelos valores familiares tradicionais.⁴¹⁷

Em sua decisão, a Corte EDH retomou as considerações lançadas no caso *Bączkowski and Others v. Poland* acerca do dever do Estado de garantir que grupos minoritários possam gozar dos direitos garantidos pela CEDH, ainda que contra as opiniões majoritárias, de forma livre e sem medo. Assim, concluiu que essa obrigação positiva, já afirmada no caso polonês em relação à garantia do direito de reunião, deveria ser aplicada na situação em análise quanto à garantia do direito à vida privada. Extrai-se desse argumento uma ampliação do espectro semântico do artigo 8º da CEDH, pois o direito à vida privada passou a proteger também as manifestações individuais de aspectos da vida privada – como a orientação sexual – em um ambiente virtual público.⁴¹⁸

Em sua defesa, o Estado argumentou que não houve negligência na proteção do direito à vida privada dos peticionantes em razão de sua orientação sexual por duas razões: em primeiro lugar, porque os próprios peticionantes teriam o desejo de provocar as reações agressivas reportadas, inclusive utilizando-se de um símbolo religioso na imagem; em segundo lugar, porque, como constatado pelas autoridades nacionais internas, as ofensas não alcançaram um nível de gravidade suficiente para se tornarem uma conduta passível de punição criminal.

Quanto ao primeiro argumento, a Corte EDH afastou a alegada intenção provocativa como fundamento para justificar a ausência de ação do Estado. Isso porque, conforme amplamente assentado no sistema regional, o desejo de promover um debate público justo acerca dos direitos da comunidade LGBTQIA+, que levasse em conta a posição das pessoas diretamente afetadas, era uma aspiração legítima. Desse modo, o exercício de uma prerrogativa legítima inerente à democracia não poderia ser invocado como argumento para se permitir a violência contra os peticionantes.⁴¹⁹

Além disso, a Corte destacou que o emprego de um símbolo religioso na imagem não constituiu um elemento relevante, seja no conteúdo das ofensas perpetradas, seja nas decisões internas que negaram a apuração criminal do fato. Segundo o Tribunal, os fatos apresentados,

ele com base no sexo, orientação sexual, raça, nacionalidade, idioma, descendência, status social, religião, convicções ou pontos de vista [...]”, bem como de quem “[...] incita publicamente a violência ou o tratamento fisicamente violento de um grupo de pessoas ou uma pessoa pertencente a ele em razão de sexo, orientação sexual, raça, nacionalidade, idioma, descendência, status social, religião, convicções ou pontos de vista ou finanças [...]”. CONSELHO DA EUROPA, 2020a, p. 12.

⁴¹⁷ CONSELHO DA EUROPA, 2020a, p. 6-8.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 43-44.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 47.

especialmente as motivações lançadas pelos agentes públicos lituanos, deixaram claro que a inércia do Estado foi apoiada essencialmente na desaprovação à manifestação pública da orientação sexual dos cidadãos lituanos demandantes.⁴²⁰

Quanto ao segundo argumento, a Corte rechaçou a tentativa do Estado de minimizar a gravidade das expressões utilizadas. Avaliou-se que diversas das mensagens incitavam o ódio e até a violência física contra os peticionantes em razão de sua orientação sexual. Assim, tendo em vista a clara convocação das mensagens para um ataque à sua integridade física e mental, a situação alcançou gravidade que exigiria a proteção pelo direito penal, o que não foi observado pelo Estado.⁴²¹

A Corte concluiu, portanto, pela ocorrência de violação ao art. 8º em conjunto com o art.14, ambos da CEDH, devido à omissão do Estado lituano em garantir aos peticionantes o direito à vida privada sem discriminação, bem como ao art. 13 do mesmo diploma internacional, por não haver oferecido recursos internos suficientemente eficazes para o tratamento de denúncias relativas à discriminação homofóbica.⁴²²

A conclusão da Corte EDH sobre a necessidade de utilização de mecanismos eficazes para coibir especificamente violências homofóbicas foi reafirmada no caso *Sabalic v. Croatia*,⁴²³ no qual o tema foi analisado sob a ótica da proibição de tortura, maus tratos ou tratamento degradante em razão da orientação sexual, nos termos do art. 3º em conjunto com o art. 14, ambos da CEDH.⁴²⁴

No caso em análise, ao tomar conhecimento de agressão física contra uma mulher lésbica com indícios de motivação homofóbica, o Estado tratou a situação como uma infração de menor gravidade e aplicou ao agressor uma multa de 40 euros, sem aprofundar a investigação sobre as circunstâncias da agressão e a sua motivação. A Corte EDH considerou que a resposta do Estado não foi efetiva o suficiente para coibir a violência, bem como que a penalidade

⁴²⁰ CONSELHO DA EUROPA, 2020a, p. 48.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 52.

⁴²² “Artigo 13. Direito a um recurso efetivo Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que atuam no exercício das suas funções oficiais.” (Conselho da Europa, 1950).

⁴²³ CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 50231/13**. Requerente: Pavla Sabalić. Requerido: República da Croácia. Estrasburgo: CORTE EDH, 14 abr. 2021c.

⁴²⁴ “Artigo 3º. Proibição da tortura. Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.” (Conselho da Europa, 1950).

aplicada foi desproporcional à gravidade presente nos delitos de ódio, que são particularmente ofensivos aos direitos humanos.⁴²⁵

Como se vê, o dever de ação contra a violência motivada pelo repúdio à diversidade de orientações sexuais, o qual afeta diretamente as uniões homoafetivas, passou a constituir um campo no qual se exige uma conduta especial do Estado, com o emprego de mecanismos compatíveis com a gravidade da violência, notadamente a *ultima ratio* punitiva expressada no direito penal. Não deixa de ser curioso que esse mesmo instrumento jurídico utilizado no passado para sancionar as relações entre pessoas do mesmo sexo tenha se convertido em ferramenta para a proteção destas.

Além dos casos de violências homofóbicas, o outro campo em que as relações entre pessoas do mesmo sexo passaram a exigir uma ação específica foi a análise de pedidos de refúgio motivados por perseguições homofóbicas nos países de origem.

No caso *O. M. v. Hungary*⁴²⁶ o Estado deteve, em seu controle de fronteiras, um homem não documentado que alegava haver saído do Irã com o auxílio do tráfico de pessoas, em razão de ser homossexual e haver procedimentos criminais contra ele no seu país de origem devido à sua orientação sexual.

O peticionante declarou que pretendia chegar ao Reino Unido, porém, percebeu que a Hungria já seria um país seguro o suficiente, razão pela qual solicitou a condição de refugiado neste país, permanecendo preso provisoriamente no curso da análise do pedido de refúgio, de 24 de junho a 22 de agosto de 2014, sendo-lhe concedida a condição de refugiado em 31 de outubro de 2014.⁴²⁷

Na análise do caso, a Corte EDH considerou que a prisão durante a análise do pedido de asilo foi arbitrária, violando o art. 5º, § 1º, da CEDH.⁴²⁸ Entre as razões para a constatação

⁴²⁵ O dever do Estado de investigar e punir penalmente agressões homofóbicas também foi reafirmado em: Conselho da Europa (2021d; 2022b). Destaque-se que, no primeiro, a violência foi perpetrada por agentes policiais do Estado.

⁴²⁶ CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 9912/15**. Requerente: O. M. Requerido: República da Hungria. Estrasburgo: Corte EDH, 5 out. 2016d.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 2-4.

⁴²⁸ “Artigo 5º Direito à liberdade e à segurança 1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal: a) Se for preso em consequência de condenação por tribunal competente; b) Se for preso ou detido legalmente, por desobediência a uma decisão tomada, em conformidade com a lei, por um tribunal, ou para garantir o cumprimento de uma obrigação prescrita pela lei; c) Se for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infração, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infração ou de se pôr em fuga depois de a ter cometido; d) Se se tratar da detenção legal de um menor, feita com o propósito de o educar sob vigilância, ou da sua detenção legal com o fim de o fazer comparecer perante a autoridade competente; e) Se se tratar da detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa, de um alienado mental, de um alcoólico, de um toxicómano ou de um vagabundo; f) Se se tratar de prisão ou

da arbitrariedade, a Corte pontuou que, ao avaliar a necessidade da prisão processual, o Estado deixou de considerar adequadamente as circunstâncias pessoais do peticionante, notadamente a sua orientação sexual.

Na visão da Corte EDH, o Estado não refletiu fundamentadamente sobre se as pessoas pertencentes à comunidade LGBTQIA+ estariam seguras ou inseguras ao serem mantidas sob custódia entre outras pessoas detidas pela imigração, muitas destas provenientes de países com preconceito cultural ou religioso generalizado contra aquelas. Ao deixar de avaliar esse aspecto específico, e diante da ausência de elementos indicativos de que o cidadão iraniano pudesse tentar frustrar a aplicação da lei migratória, o Estado criou, desnecessariamente, o risco de reproduzir em seu território a situação de discriminação que obrigou o peticionante a sair do seu país de origem.^{429 430}

A mesma preocupação específica com pedidos de refúgio de membros da comunidade LGBTQIA+ foi expressa no julgamento do caso *B. and C. v. Switzerland*.⁴³¹

B., homem gay e nascido no Gâmbia, alegou haver fugido para a Suíça após ser detido em seu país de origem devido à prática de relações homossexuais. No país europeu, B. iniciou um relacionamento com C., com quem conviveu em união civil registrada desde 2014 até a morte deste, em 2019. B. formulou sucessivos pedidos de refúgio em razão de sua orientação sexual, os quais foram rejeitados pela Suíça em 2008, 2014 e 2016, com ordem de remoção do país. A remoção foi suspensa em razão de medida cautelar concedida pela Corte EDH.⁴³²

B. peticionou à Corte EDH defendendo que houve ofensa ao art. 3º da CEDH, pois a não concessão do refúgio e, portanto, o seu retorno ao Gâmbia, iria submetê-lo a tratamento cruel e degradante. De outra parte, o Estado argumentou pela legitimidade da recusa, sob o argumento de que não havia um risco real de tratamento cruel e degradante, pois a legislação do país do país de origem do peticionante, embora ainda criminalizasse práticas sexuais entre pessoas do mesmo sexo, já não era aplicada internamente. Além disso, a orientação sexual de B. seria desconhecida das autoridades gambianas, bem como da população local, o que limitaria o risco de tratamento desumano.

detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição.” (Conselho da Europa, 1950).

⁴²⁹ CONSELHO DA EUROPA, 2016d, p. 12.

⁴³⁰ Destaque-se que a Corte EDH já havia sinalizado, no julgamento do caso *X. v. Turkey*, que as condições de encarceramento de integrantes da comunidade LGBTQIA+ poderiam suscitar questões específicas a serem administradas pelos Estados (Conselho da Europa, 2012b).

⁴³¹ CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Applications nos. 889/19 and 43987/16**. Requerente: B and C. Requerido: Confederação Suíça. Estrasburgo: Corte EDH, 17 fev. 2021b.

⁴³² *Ibid.*, p. 2-5.

Na análise dos argumentos, a Corte EDH rejeitou as justificativas do Estado suíço. De início, destacou-se que a orientação sexual de uma pessoa constitui uma parte fundamental da sua identidade e que ninguém poderia ser obrigado a ocultar a sua orientação sexual para evitar perseguição. Assim, a alegação de que a orientação sexual do peticionante era desconhecida no país de origem não era aceitável para fundamentar a negativa do pedido de refúgio, pois o peticionante poderia legitimamente desejar iniciar um relacionamento público com um novo parceiro ou revelar publicamente sua orientação sexual, não podendo ser compelido a mantê-la oculta por medo.⁴³³

Além disso, a Corte pontuou que, embora não houvesse registros de aplicação formal e recente das leis que criminalizam relações homossexuais no país, havia relatos de episódios de violência estatal contra pessoas que demonstrassem publicamente ser homossexuais. A partir de dados extraídos de documentos elaborados pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU e pelo governo britânico, a Corte constatou que integrantes da comunidade LGBTQIA+ continuavam sujeitas a prisões arbitrárias e assédio por agentes estatais no Gâmbia.⁴³⁴ Assim, esse elemento deveria ter sido levado em consideração pelo Estado suíço na análise do pedido de refúgio, o que não foi feito.

Por fim, a Corte considerou que o Estado também falhou em avaliar o risco de que o peticionante fosse submetido a tratamento cruel e degradante por agentes não estatais. Isso porque, segundo as informações disponíveis, em especial os dados apresentados pelas organizações internacionais intervenientes, a não aplicação das leis que criminalizam as relações entre pessoas do mesmo sexo não foi suficiente para romper com o ambiente homofóbico alimentado nacionalmente por anos. Ao contrário, houve um aumento no risco de ataques de “autojustiça”, promovido por familiares, vizinhos e líderes religiosos, o que seria favorecido pela pouca disposição e capacidade das autoridades gambianas em combater e processar esses ataques.⁴³⁵

Nesse contexto, a Corte EDH concluiu que o Estado suíço se omitiu na avaliação de elementos relevantes e específicos da análise de pedidos de refúgio motivados pela orientação sexual, deixando de considerar adequadamente o risco de que o peticionante fosse submetido a tratamento cruel e degradante caso retornasse para o seu país de origem, e violando o art. 3º da

⁴³³ CONSELHO DA EUROPA, 2021b, p. 21.

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 13.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 22.

CEDH. Em cumprimento à decisão da Corte EDH, além de realizar o pagamento pecuniário arbitrado, o Estado suíço concedeu ao peticionante autorização para residência no país.⁴³⁶

Os casos apresentados neste subtítulo permitem concluir que a discussão atual no sistema regional acerca das uniões homoafetivas avançou da proibição da discriminação para a exigência de certa discriminação positiva do Estado em seu favor. Nesse sentido, a preocupação da Corte EDH em sinalizar a necessidade de se coibir especificamente a violência homofóbica e de se analisar os pedidos de refúgio em uma perspectiva que considere as peculiaridades da comunidade LGBTQIA+ evidencia a consolidação da mudança, no sistema regional, da repressão à proteção das relações entre pessoas do mesmo sexo.

Os argumentos utilizados pela Corte EDH para justificar suas decisões neste último conjunto de casos, embora não cite expressamente a grande disputa argumentativa dos anos anteriores, certamente só fazem sentido em razão delas.

Ainda que não escritos, estão subentendidos nessas decisões mais recentes os argumentos acerca da ausência de periculosidade nas relações homoafetivas, da inexistência de fundamento na negativa automática de direito em razão da orientação sexual, da capacidade das uniões homoafetivas em constituir família etc. Essa presença silenciosa é justamente o sinal de que as compreensões gerais em favor da diversidade sexual argumentativamente pavimentadas no sistema regional alcançaram um grau de consenso relevante ao ponto de, por ora, não ser necessário explicitá-las.

3.7 Transformações tópico-argumentativas e interpretação judicial da orientação sexual no sistema regional europeu

Como afirmado no início deste estudo, uma das características centrais do direito compreendido sobre o prisma tópico-argumentativo é a centralidade do problema. Ao observar-se o desenvolvimento da interpretação judicial do direito aplicável às uniões homoafetivas no sistema regional europeu, é possível perceber que, de problema em problema, foram sendo criados, expandidos e reformulados *topoi*, com uma movimentação expressiva dentro do sistema, em relação às compreensões iniciais.

O catálogo de lugares-comuns disponíveis para os atores regionais em relação às uniões homoafetivas é atualmente muito mais amplo e bastante diverso do que aquele disponível em

⁴³⁶ Comunicação do Estado suíço ao Conselho de Ministros disponível em https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a6559e. Acesso em: 13 out. de 2022.

1950, embora os artigos da CEDH em torno dos quais se desenvolveram as discussões sobre essas uniões permaneçam inalterados. É possível concluir, sem hesitação, que, acerca das uniões homoafetivas, o sistema regional segue regido pela mesma CEDH, mas regulado por um catálogo tópico distinto.

Conforme ilustra a tabela a seguir, que apresenta cronologicamente os principais lugares-comuns construídos na prática do sistema regional europeu ao longo dos anos, a discussão argumentativa partiu da compreensão de que as relações entre pessoas do mesmo sexo deveriam ser coibidas – inclusive com o uso do direito penal, por se tratar de uma patologia biológica e/ou social –, chegando ao ponto de serem admitidas como entidades familiares com uma vulnerabilidade específica, o que demandaria proteção diferenciada pelo Estados em relação aos indivíduos que as compõem.

CONTINUA

Quadro 9 – Resumo histórico do sistema regional europeu

Casos	Ano	Lugares-comuns
X. v. the United Kingdom	1980	As relações entre pessoas do mesmo sexo, em especial do sexo masculino, são condutas naturalmente perigosas, moralmente reprováveis e que demandam especial censura legal, inclusive penalmente.
Dudgeon v. the United Kingdom	1981	Embora potencialmente nocivas e sujeitas a tratamento penal diferenciado, não há justificativa para uma criminalização absoluta das relações homossexuais.
Smith and Grady v. the United Kingdom	1999	Não há justificativa para o banimento de pessoas homossexuais das forças armadas.
Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal	1999	Não há justificativa para se negar o exercício da guarda parental em razão da orientação sexual.
Fretté v. France	2002	É possível a negação da autorização para a adoção com fundamento na orientação sexual.
L. and V. v. Austria	2003	Não há justificativa para o tratamento penal diferenciado quanto à idade de consentimento sexual entre relações sexuais homossexuais e heterossexuais.
Karner v. Austria	2003	Não há justificativa para se negar ao companheiro homossexual sobrevivente o direito à continuidade do contrato de locação assegurado legalmente ao companheiro heterossexual em condições similares.
Bączkowski and Others v. Poland	2007	O Estado não pode impedir a realização de manifestações em defesa dos direitos da comunidade LGBTQIA+.
E. B. v. France	2008	Não há justificativa para se negar autorização para a adoção com fundamento na orientação sexual.
M.W. v. the United Kingdom	2009	É possível negar o acesso de casais do mesmo sexo a direitos de seguridade sexual com fundamento na ausência de casamento, ainda que o casamento homoafetivo seja legalmente impossível.
Schalk and Kopf v. Austria	2010	As uniões homoafetivas estão abrangidas pela proteção à vida familiar. No entanto, os Estados não têm a obrigação de conferir reconhecimento jurídico a elas, seja como casamento, seja como outro tipo de parceria civil legalmente reconhecida.

Casos	Ano	Lugares-comuns
Vallianatos and Others v. Greece	2013	Não há justificativa para se excluir casais homossexuais do reconhecimento e da proteção conferidos pelo Estado às uniões civis de casais heterossexuais.
Oliari and Others v. Italy	2015	O Estado deve proporcionar uma proteção jurídica adequada às uniões homoafetivas independentemente da existência de uniões civis heterossexuais.
Bayev and Others v. Russia	2017	O Estado não pode impedir a discussão da diversidade sexual na educação de crianças e adolescentes.
Zhdanov and Others v. Russia	2019	O Estado não pode impedir a criação de associações civis em razão de elas objetivarem a defesa de direitos da comunidade LGBTQIA+.
Beizaras and Levickas v. Lithuania	2020	O Estado deve investigar e punir com diligência as violências de caráter homofóbico.
B. and C. v. Switzerland	2020	O Estado deve adotar medidas especiais na análise de pedidos de refúgio fundamentadas em perseguições de caráter homofóbico nos países de origem.

Fonte: elaborado pelo autor.

Em uma visão geral, é possível perceber três grandes movimentos de lugares-comuns no sistema regional.

O primeiro deles, no sentido da desconstrução de preconceitos e naturalizações existentes contra pessoas de orientação sexual não heteronormativas. Esse movimento tem como *topos* matriz a compreensão de que qualquer tipo de tratamento discriminatório em razão da orientação sexual deve ser justificado pelo Estado. Da reiteração desse *topos* matriz decorreram *topoi* derivados com a seguinte estrutura: não há justificativa para se negar um direito X em razão da orientação sexual. Criou-se, assim, um catálogo de *topoi* sobre o que o Estado não pode fazer nessa temática por ausência de uma justificação razoável para a discriminação.

O segundo movimento, que enfatiza a dimensão contramajoritária dos direitos humanos, tem como *topos* matriz a compreensão de que o Estado deve assegurar o exercício dos direitos previstos na CEDH aos grupos minoritários – entre estes, a comunidade LGBTQIA+ –, não podendo invocar as posições sociais majoritárias internas para suprimir o exercício desses direitos. Da reiteração desse *topos* matriz decorreram *topoi* derivados com a seguinte estrutura: o Estado não pode negar o exercício de um direito X, assegurado pela CEDH, aos integrantes da comunidade LGBTQIA+. Criou-se, assim, um catálogo de *topoi* sobre o que o Estado não pode fazer nessa temática em razão de sua obrigação internacional de proteger grupos sociais minoritários.

Por fim, o terceiro movimento, que surge a partir do crescente reconhecimento da orientação sexual como elemento que integra o próprio ser humano e que demanda a proteção dos direitos humanos, tem como *topos* matriz a ideia de que o Estado deve proteger especificamente as pessoas homossexuais e suas relações. Da reiteração desse *topos* decorreram *topoi* derivados com a seguinte estrutura: o Estado deve adotar uma postura X em face das uniões homoafetivas ou pessoas homossexuais. Criou-se, assim, um catálogo de *topoi* sobre o que o Estado deve fazer para assegurar parâmetros mínimos de proteção à livre vivência da orientação sexual pelos indivíduos.

É importante observar que, não obstante o movimento geral do sistema tenha sido em direção a uma expansão dos *topoi* favoráveis a uma maior proteção jurídica das uniões homoafetivas, houve pontos de inflexão com tendência contrária, como em *Fretté v. France e M. V. v. the United Kingdom*. Todavia, a posterior superação histórica desses movimentos contrários acabou por corroborar a força e a consistência dos movimentos de expansão anteriormente assinalados.

Também é possível notar, em termos de velocidade na movimentação dos lugares-comuns do sistema, uma aceleração da criação de novos *topoi* a partir do caso *Smith and Grady v. the United Kingdom*, de 1999. Essa aceleração coincide temporalmente com a entrada em vigor do Protocolo n. 11, que possibilitou o recebimento de petições individuais pela Corte EDH. Desse modo, com um maior número de petições e, portanto, também de problemas, a Corte foi compelida a acelerar a produção tópica a fim de dar conta das contingências que se apresentavam.

Outro ponto que merece destaque é a existência de *topoi* cujo emprego não resultou suficientemente claro nas discussões do tema em análise, notadamente as compreensões acerca da exigência de um “consenso regional” e da “margem de apreciação” do Estado demandado. A existência daquele foi normalmente empregada pela Corte EDH como moduladora desta, porém o peso desses *topoi* nas discussões é bastante nebuloso.

De fato, não é possível identificar um critério preciso para se afirmar a existência de consenso regional, embora esteja razoavelmente estabelecido que não se trata de uma simples questão matemática. Também não se sabe de que modo deve ser provado esse consenso, pois a Corte EDH já o avaliou através de informações retiradas de diversas fontes. O que integra a avaliação do consenso é igualmente controverso, pois o uso de documentos europeus de *soft law* parece exercer algum impacto nesse exame, que não estaria restrito apenas à observação das posições adotadas pelos Estados. Por fim, é questionável o real impacto do consenso

regional nas decisões da Corte EDH, pois, apesar de ele ter desempenhado uma função importante na argumentação em alguns julgados, em outros, ele assume contornos de simples reforço argumentativo para ilustrar a correção da decisão. É especialmente interessante como, em *Schalk and Kopf v. Austria*, a Corte EDH decidiu contrariamente à prática de boa parte dos países da região que tinham algum tipo de legislação acerca das uniões homoafetivas, o que foi reconsiderado em *Oliari and Others v. Italy*, quando o consenso regional foi empregado na formulação da ideia de que existiria um “núcleo” de direitos dessas uniões que deveria ser protegido pelos Estados.

Esses movimentos tópicos foram operacionalizados por uma série de argumentos desenvolvidos na prática jurisdicional do sistema regional.

Em relação à argumentação em matéria de fatos, a Corte EDH precisou desenvolver argumentos tanto para decidir acerca de circunstâncias internas ao processo – como a conduta efetivamente praticada pelos peticionantes e pelo Estado – quanto de outras gerais externas – como a existência de algum risco à saúde pública na expressão da homossexualidade.

Na decisão acerca de fatos internos, em boa parte dos casos, o Estado não contestava as alegações dos peticionantes quanto a eles, o que permitia uma conclusão com base em presunções processuais. No entanto, um conflito importante acerca desses fatos se instaurava quando o Estado tentava negar que sua conduta houvesse sido motivada pela orientação sexual dos peticionantes. Nesses casos, a disposição da Corte em avaliar não apenas as motivações declaradas pelo Estado, mas o contexto das violações e a postura dos agentes estatais, foi essencial para que se alcançassem situações de discriminação velada disfarçadas de justificativas legítimas.

De outra parte, na análise dos fatos externos, é notória a dificuldade da Corte EDH em lidar com argumentos de caráter científico. A utilização de dados com referência genérica a “estudos” e a aceitação implícita de informações pretensamente comprovadas sem nenhuma referência de fontes foi recorrente, sobretudo no início da discussão no sistema regional. No decorrer do desenvolvimento histórico do problema, essas referências à ciência – cuja baixa qualidade já não permitia que contribuíssem significativamente na discussão – foram sendo abandonadas. Assim, a Corte EDH passou a dedicar mais tempo investigando a existência de uma aceitação social da homossexualidade e das uniões homoafetivas do que indagando acerca de suas origens e consequências biopsicológicas.

Na análise dessa aceitação social, dois aspectos chamam atenção: em primeiro lugar, a participação de organizações internacionais como terceiros intervenientes fornecendo dados à

Corte e fazendo um contraponto à narrativa fática do Estado; em segundo lugar, a estratégia de inversão do ônus da prova contra o Estado, que deslocou para este o dever de comprovar suas alegações genéricas acerca de supostas decorrências negativas das relações entre pessoas do mesmo sexo. Esses dois elementos elevaram o nível de dificuldade na defesa do Estado nas situações de discriminação.

Quanto aos argumentos interpretativos, constata-se que os argumentos linguísticos, embora não tenham sido predominantes, estiveram presentes no desenvolvimento das discussões. Em particular, destaca-se a interpretação da Corte EDH quanto à exigência, contida no art. 8º da CEDH, de que houvesse uma “necessidade” para se justificar a interferência estatal na vida privada. A interpretação enfática desse termo no sentido literal foi basilar para que se desenvolvessem os mecanismos que possibilitaram um escrutínio intenso das justificativas apresentadas pelo Estado para impor limitações às relações homossexuais.

A Corte EDH debruçou-se, ainda, sobre o sentido linguístico de outros termos, como “vida privada”, “vida familiar”, “sociedade democrática” etc. Porém, o grau de vagueza e subjetividade dessas expressões – uma característica comum nos documentos internacionais de direitos humanos – tornou pouco útil uma abordagem linguística, optando-se por estratégias argumentativas de caráter sistêmico.

Entre os argumentos de caráter sistêmico, aparecem em destaque aqueles baseados em precedentes. A Corte EDH teve grande preocupação em rememorar suas decisões pretéritas em matéria de discriminação por orientação sexual em cada novo julgamento, esclarecendo os princípios gerais de sua jurisprudência a serem aplicados. Isso foi perceptível não só quando a Corte utilizou os precedentes para fundamentar diretamente suas escolhas, mas também quando realizou distinções e superação de entendimentos. Essa atenção aos precedentes pode ser apontada como um dos motivos pelos quais os pontos de inflexão no desenvolvimento dos *topoi* regionais foram rapidamente revistos, como aconteceu entre Fretté–E. B. e Schalk and Kopf–Vallianatos.

Além disso, com menor peso na argumentação, constata-se que a Corte EDH também fez referência a precedentes de outros tribunais nacionais e internacionais. Em Vallianatos and Others v. Greece, houve menção a decisões emanadas de tribunais que integram outros sistemas regionais quanto ao reconhecimento legal das uniões homoafetivas, e em B. and C. v. Switzerland, mencionou-se precedentes da Corte de Justiça da União Europeia em matéria de direitos dos refugiados. Contudo, a menção a esses precedentes aparece na argumentação da

Corte EDH com caráter mais ilustrativo, não sendo possível extrair de sua citação nas decisões um impacto contundente na conclusão.

A partir dos casos *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* e *Smith and Grady v. the United Kingdom*, a Corte EDH passou também a desenvolver um raciocínio analógico entre a proteção das pessoas com orientação sexual distinta da heterossexualidade e outros grupos socialmente vulneráveis em razão de raça, cor, gênero, procedência nacional etc. Esse argumento analógico permitiu que o Tribunal encontrasse um parâmetro de comparação em face da discriminação do Estados para questionar a racionalidade das justificativas por eles apresentadas.

No entanto, esse mesmo raciocínio analógico resultou bastante problemático quando a Corte elegeu, como objeto da analogia, casais homossexuais e heterossexuais em situações nas quais estes eram claramente privilegiados pelo ordenamento jurídico nacional. Ao traçar um inexistente paralelo entre casais homossexuais que não possuíam nenhum tipo de instituto jurídico que os protegesse e casais heterossexuais que podiam optar pelo casamento, a Corte EDH legitimou uma forma de discriminação injustificada completamente contrária à jurisprudência que estava se estabelecendo.⁴³⁷

Em relação à argumentação sistêmica de harmonização contextual, o uso de documentos internacionais sem força vinculante assumiu considerável relevância. Principalmente em *Vallianatos and Others v. Greece* e *Oliari and Others v. Italy*, a Corte EDH utilizou um conjunto de resoluções e recomendações de órgãos do Conselho da Europa que indicavam a necessidade de se conferir proteção legal às uniões homoafetivas como instrumento auxiliar na interpretação da CEDH. Assim, buscou-se uma harmonização entre as disposições convencionais e as indicações constantes nesses documentos supervenientes de *soft law* produzidos no interior do próprio sistema regional.

No que tange a argumentos de caráter conceitual, é perceptível que, ao invés de buscar definições conceituais reconhecidas em obras doutrinárias ou outras fontes, a Corte EDH atribui a si mesma as tarefas de definir os conceitos constantes da CEDH e de controlar sua evolução. O exemplo mais claro dessa atividade de conceituação é o alargamento do conceito de “vida familiar” ao longo da experiência do sistema regional. Inicialmente com feições mais restritivas, esse conceito teve que ser repensado à medida que as relações homoafetivas deixavam de ser clandestinas e ingressavam na esfera dos afetos legítimos. Diante de um novo *topos* acerca do valor jurídico dessas relações, a Corte EDH alargou o *topos* conceitual da “vida familiar” para

⁴³⁷ Acerca do problema da escolha do objeto de comparação pela Corte EDH, ver: Clérico (2019, p. 13-15).

assegurar a proteção convencional às famílias sem discriminação motivada por orientação sexual.

Quanto aos argumentos de caráter teleológico, a grande questão que se apresentou na atividade interpretativa da Corte EDH foi: qual é o objetivo das normas da CEDH? Em regra, a compreensão da Corte EDH foi no sentido de que a CEDH era um instrumento vivo, que deveria ser interpretado à luz das circunstâncias atuais. Por isso, procurou alinhar sua aplicação para possibilitar, nas circunstâncias presentes sob o olhar do intérprete, a maior proteção possível aos direitos humanos.

Em sentido oposto, porém, no julgamento de *Schalk and Kopf v. Austria*, ao interpretar as disposições relativas ao direito ao casamento, a Corte EDH optou por aferir o sentido teleológico do art. 12 da CEDH de acordo com as circunstâncias presentes sob o olhar do redator da norma em 1950, mesclando o argumento teleológico com um argumento sistêmico a partir da história. Essa sensível mudança de abordagem é um demonstrativo de que existem *topoi* mais e menos abertos à mudança na prática do sistema regional. Nesse sentido, o *topos* da família tradicional constituída pelo casamento heterossexual revelou-se bastante resistente no contexto europeu, tanto ao impor obstáculos à concessão de direitos aos casos homoafetivos quanto ao receber tratamento privilegiado entre os tipos familiares.

Um outro tipo de raciocínio teleológico bastante recorrente nas decisões analisadas diz respeito não à indagação dos objetivos perseguidos pela CEDH, mas dos objetivos perseguidos pelas legislações nacionais. Nessa análise, a Corte iniciava o escrutínio das leis internas observando se havia uma finalidade legítima para, caso houvesse, verificar a capacidade e adequação da lei interna no alcance desse fim. Enquanto os objetivos declarados pelo Estados eram normalmente tidos por legítimos, a pertinência das leis internas em alcançá-los não se comprovava.

Com a análise da experiência do sistema regional europeu acerca das uniões homoafetivas, é possível pontuar algumas indagações para fins de discussão comparativa com os sistemas americano e africano: os outros sistemas regionais passaram pelos mesmos *topoi* ao discutirem as uniões homoafetivas ou, caso não tenham passado, o que justificaria um movimento tópico diferenciado? A experiência europeia influenciou as discussões nos sistemas mais novos e, em caso positivo, de que modo? Há uma similitude entre as espécies de argumentos que prevaleceram na discussão do tema nas decisões proferidas em sistemas regionais diversos? A velocidade com que os problemas chegaram aos tribunais dos demais sistemas regionais influenciou o desenvolvimento da matéria? Os tipos de problemas que

surgiram na contingência dos demais sistemas são da mesma ordem e amplitude e, caso não o sejam, qual o impacto disso no desenvolvimento tópico-argumentativo dos direitos das uniões homoafetivas? Os demais sistemas regionais chegaram às mesmas conclusões do sistema europeu e utilizaram-se das mesmas estratégias argumentativas?

Espera-se que essas e outras questões que surjam do confronto comparativo possam ser elucidadas nas seguintes análises do desenvolvimento dos direitos das uniões homoafetivas nos sistemas regionais americano e africano. Todavia, após esta observação empírica inicial, alguns pontos já podem ser demarcados acerca de possíveis elementos a serem considerados na avaliação das decisões internacionais em matéria de direitos humanos.

Em primeiro lugar, é evidente a importância que discussões sobre fatos assumiram nas decisões analisadas, de modo que este aspecto precisa ser considerado no exame da correção das decisões internacionais em direitos humanos. De outra parte, também é clara a necessidade uma atuação coerente dos órgãos internacionais na definição de conceitos e parâmetros de atuação para os Estados, o que igualmente deve comportar mecanismos para uma eventual redefinição desses aspectos diante de novos pontos de vista trazidos à discussão em problemas emergentes. Além disso, afigura-se razoável defender que um melhor delineamento de estratégias argumentativas ainda pouco claras, como a invocação da margem de apreciação, contribuiria para elevar o grau de racionalidade da prática jurisdicional internacional. Por fim, todos esses critérios precisam ser harmonizados com os fundamentos históricos do direito internacional dos direitos humanos, em especial, o seu papel de defesa do indivíduo contra a arbitrariedade do poder e a busca constante por melhores condições de proteção do ser humano, a qual se impõe diante dos princípios da vedação ao retrocesso e *pro persona*.

4 UNIÕES HOMOAFETIVAS NO SISTEMA REGIONAL AMERICANO: O AFETO EM UM CONTINENTE EM EBULIÇÃO

Como destacado no primeiro capítulo deste estudo, houve um maior prolongamento temporal no processo de formação do sistema regional americano de proteção dos direitos humanos. Embora a Comissão IDH tenha sido criada em 1959, a CADH somente entrou em vigor em 1978, e a Corte IDH foi instalada em 1979. Além disso, o processo de consolidação do sistema regional no âmbito internacional é paralelo a processos nacionais de superação de regimes autoritários em parte significativa do continente, com a luta por novas ordens constitucionais de aspiração democrática.⁴³⁸ A ampla pauta de temas afetos aos direitos humanos e fundamentais em discussão nos processos de redemocratização nacionais, aliada ao tempo que foi necessário para a consolidação das instituições internacionais do sistema regional, é uma das possíveis explicações para que a discussão dos direitos decorrentes das uniões homoafetivas somente tenha se iniciado no âmbito americano no final da década de 1990.

De fato, nos primeiros anos de sua jurisdição, a Corte IDH atuou quase exclusivamente na elaboração de opiniões consultivas, muitas delas dedicadas a esclarecer as regras de funcionamento do próprio sistema regional. São exemplos desta fase inicial: a Opinião Consultiva n. 1, sobre os limites da sua competência consultiva, de 1982; a Opinião Consultiva n. 2, sobre o momento da entrada em vigor da CADH nos Estados signatários, também de 1982; e a Opinião Consultiva n. 3, sobre os efeitos de uma reserva em face das disposições da CADH quanto à pena de morte, de 1983.⁴³⁹

Progressivamente, as opiniões consultivas da Corte IDH passaram a tratar de temas mais diretamente ligados ao conteúdo material dos direitos humanos e houve um crescimento exponencial da jurisdição contenciosa. Neste último aspecto, uma parcela relevante dos casos contenciosos iniciais debruçou-se sobre o contexto dos regimes autoritários presentes na região, como se observa no ciclo de casos contenciosos hondurenhos sobre desaparecimento forçado

⁴³⁸ PIOVESAN, 2015, p. 151-167.

⁴³⁹ “As primeiras opiniões consultivas envolvem predominantemente aspectos relacionados ao próprio funcionamento do sistema interamericano. [...] Nessa fase da década de 80 e início dos anos 90, a Corte IDH parece centrada em montar as suas próprias engrenagens, desenvolver progressivamente as suas competências [...]” (Legale, 2020, p. 346).

(1988-1989)^{440 441} e no ciclo de casos contenciosos peruanos sobre devido processo legal e acesso à justiça (1997-2001).⁴⁴²

À medida que a Corte IDH avançou no desenvolvimento de suas competências, especialmente nos casos contenciosos, o Tribunal passou a condenar os Estados ao cumprimento de medidas de reparação que intervinham mais diretamente nas realidades nacionais para sanar as violações de direitos humanos encontradas. Essa postura mais interventiva permaneceu e aprofundou-se na década de 2000, como se observa no ciclo de casos contenciosos colombianos sobre a atuação de grupos paramilitares, também denominado “ciclo de massacres”.⁴⁴³ Este último revelou, entre outros aspectos, uma atenção particular da Corte IDH diante das violações de direitos humanos em sua dimensão coletiva e contra os grupos vulneráveis vítimas dos massacres, como crianças, mulheres e a população camponesa.⁴⁴⁴ É preciso ter em vista que é esta Corte, com experiência no enfrentamento de casos relativos a contextos autoritários e massacres, habituada a medidas interventivas e atenta aos grupos vulneráveis, que irá finalmente se debruçar sobre o problema das uniões homoafetivas a partir da década de 2010.

Assim, a discussão que se desenvolverá no sistema regional americano sobre as uniões homoafetivas estará situada não apenas em um contexto geográfico, histórico e social distinto, mas igualmente dentro de um Tribunal que atravessou um processo de construção institucional diverso. Enquanto a Corte EDH pôde desenvolver sua atuação com passos lentos, como quem “[...] está sempre olhando por cima do ombro para a reação política seus julgamentos [...]”,⁴⁴⁵ a Corte IDH se construiu em meio a embates mais contundentes diante dos desafios da região,

⁴⁴⁰ Nos termos da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, considera-se desaparecimento forçado “[...] a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes.” (Brasil, 2016).

⁴⁴¹ No ciclo de casos hondurenhos, o objeto central foi a série de desaparecimentos forçados atribuídos às forças militares que governaram Honduras na década de 1980. Para um contexto geral do ciclo: Legale (2019, p. 85-101).

⁴⁴² O ciclo de casos peruanos tratou de uma série de violações ocorridas na década de 1990 sob o governo de Alberto Fujimori. Para um contexto geral do ciclo: Legale (2019, p. 109-136).

⁴⁴³ LEGALE, 2019, p. 143.

⁴⁴⁴ Destacam-se, nesse sentido, o caso *Massacre da Mapiripán v. Colombia*, em que a Corte IDH destacou as violações referentes à execução de crianças e ao deslocamento forçado de crianças sobreviventes, determinando que o Estado assegurasse que a população deslocada pudesse regressar e viver com segurança na cidade de Mapiripán; e o caso *Ituango v. Colombia*, no qual, após constatar violações decorrentes da destruição das moradias dos habitantes da cidade por grupos paramilitares, a Corte IDH determinou que o Estado criasse um programa de habitação para as vítimas sobreviventes. Para um contexto geral do ciclo: Legale (2019, p. 137-156).

⁴⁴⁵ BREMS, E.; TIMMER, A. *Stereotypes and Human Rights Law*. Cambridge: Intersentia, 2016, p. 6, tradução livre.

atuando como “[...] a filha de todas as revoluções, preferindo grandes passos aos pequenos e não se esquivando de pronunciamentos fortes ou interpretações altamente inovadoras [...]”.⁴⁴⁶

Antes de chegar ao exame da Corte IDH, porém, a discussão dos direitos decorrentes das uniões homoafetivas foi inicialmente travada na Comissão IDH – a porta pela qual os indivíduos podem ter acesso ao sistema regional americano e à qual compete decidir pela submissão ou não dos casos ao Tribunal.

Desde 1999, quando o primeiro caso envolvendo o tema das uniões homoafetivas foi admitido, até o presente momento,⁴⁴⁷ a Comissão IDH registrou publicamente a tramitação de 11 casos contenciosos acerca do tema. Deste total, seis foram submetidos à apreciação da Corte IDH; dois não puderam ser submetidos à apreciação porque o Estado apontado como violador não aceitou a jurisdição do Tribunal; dois não foram submetidos à apreciação por ter sido alcançada solução consensual; e um está pendente de análise de mérito. Além desses casos contenciosos, houve uma opinião consultiva sobre a matéria.⁴⁴⁸

Assim, o conjunto de casos com relevância temática nos limites desta pesquisa está sintetizado no quadro a seguir:^{449 450}

Quadro 12 – Casos no sistema americano com relevância temática para esta pesquisa

Casos admitidos pelas Comissão IDH e submetidos ao exame da Corte IDH	1. Karen Atala e Hijas v. Chile 2. Homero Flor Freire v. Ecuador 3. Ángel Alberto Duque v. Colombia 4. Sandra Cecilia Pavez Pavez v. Chile 5. Luis Alberto Rojas Marín v. Perú 6. Crissthian Manuel Olivera Fuentes v. Perú
Casos admitidos pela Comissão IDH e que não podem ser submetidos ao exame da Corte IDH por ausência de jurisdição do tribunal	7. T. B. y S. H. v. Jamaica 8. Gareth Henry, Simone Carline Edwards y Familias v. Jamaica
Casos admitidos pela Comissão IDH e não submetidos ao exame da Corte IDH por haver solução consensual	9. Marta Lucía Álvarez Giraldo v. Colombia 10. Señora X. v. Chile
Casos admitidos pela Comissão IDH e pendentes de exame de mérito	11. Octavio Romero y Gabriel Gersbach v. Argentina
Opiniões consultivas emitidas pela Corte IDH	12. Opinião Consultiva n. 24

Fonte: elaborado pelo autor.

⁴⁴⁶ BREMS, E.; TIMMER, A. 2016, p. 6.

⁴⁴⁷ Considerando-se as decisões tornadas públicas até junho de 2023.

⁴⁴⁸ Dados disponíveis em: https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/Comissao_IDH/r/DLGBTI/cidh.asp. Acesso em 27 mar. 2023.

⁴⁴⁹ Há, ainda, outros cinco casos admitidos que tratam de assuntos relacionados à identidade de gênero, os quais não foram incluídos na pesquisa em razão dos limites metodológicos propostos. São eles: Luiza Melinho v. Brasil; Tamara Mariana Adrián Hernández v. Venezuela; Alexa Rodríguez v. El Salvador; Vicky Hernández y Familia v. Honduras; e Kérika de Souza Lima y Familiares v. Brasil.

⁴⁵⁰ Houve, ainda, a Opinião Consultiva n. 29, na qual a Corte IDH se pronunciou acerca da proteção de direitos humanos de grupos vulneráveis submetidos a medidas privativas de liberdade, entre elas a população LGBTQIA+. Em razão de se tratar de uma opinião consultiva cujo enfoque principal foi a realidade carcerária e não a discriminação por orientação sexual, optou-se por sua não inclusão nesta sistematização, sem prejuízo das referências que serão feitas a esta decisão em uma abordagem interseccional do tema.

Os casos contenciosos foram admitidos pela Comissão IDH em diferentes momentos ao longo das décadas de 1990 a 2020, havendo sensível mudança nas compreensões acerca das uniões homoafetivas entre as datas de chegada de cada um deles até a discussão internacional final. Entre essas mudanças, a superveniência da Opinião Consultiva n. 24, na qual a Corte IDH examinou em caráter geral as obrigações dos Estados membros em face das uniões entre pessoas do mesmo sexo, constitui um relevante marco institucional, de modo que a análise argumentativa do desenvolvimento do problema precisa considerar essa baliza temporal.

Nesse contexto, este capítulo irá se iniciar com a análise do caso *Marta Lucía Álvarez Giraldo v. Colombia*, o primeiro a ser admitido pela Comissão IDH, ainda na década de 1990, que não foi submetido à jurisdição da Corte IDH por ter sido objeto de solução consensual. Esta análise inicial terá como objetivo destacar os aspectos fáticos e jurídicos presentes no surgimento da discussão das uniões homoafetivas no âmbito internacional americano, colocando-os em perspectiva comparada com aqueles identificados no início da mesma discussão pelo sistema regional europeu.

Em seguida, serão analisados os três casos julgados pela Corte IDH na década de 2010, antes da Opinião Consultiva n. 24, para, na sequência, analisar-se a própria opinião consultiva. Esses casos contenciosos antecedentes, em conjunto com a opinião consultiva, revelam as estruturas argumentativas e os *topoi* que se consolidaram no enfrentamento do problema das uniões homoafetivas no sistema regional americano.

Por fim, serão tratados os casos julgados pela Corte IDH após a Opinião Consultiva n. 24, o caso pendente de análise de mérito pela Comissão IDH, e os casos que não foram submetidos à Corte IDH por ausência de jurisdição. Este último conjunto de análises demonstrará os desafios atuais e futuros do sistema regional e possibilitará o exame das convergências e divergências entre os rumos argumentativos deste e do sistema europeu.

Na conclusão do capítulo, ao promover-se a síntese das análises dos casos americanos em comparação com os casos europeus, será possível perceber que o problema comum das uniões homoafetivas foi desenvolvido em cada um desses espaços com estruturas argumentativas próximas, porém distintas em aspectos significativos. Essas diferenças argumentativas cultivadas ao longo do tempo fizeram com que os sistemas regionais desenvolvessem *topoi* diferenciados quanto ao conteúdo dos direitos humanos decorrentes das uniões homoafetivas, o que acarretou uma notória divergência acerca do alcance da proteção dessas uniões em cada sistema.

4.1 Uma vulnerabilidade entre as diversas vulnerabilidades: o ponto de partida do sistema regional americano ao tratar das uniões homoafetivas

Marta Lucía Álvarez Giraldo estava privada de liberdade desde 14 de março de 1994, em um centro de reclusão colombiano, devido a uma sentença penal de primeira instância. A legislação nacional vigente à época já conferia o direito a visitas íntimas às pessoas reclusas em geral, motivo pelo qual ela formulou, através da defensoria pública, pedido para que pudesse receber a visita íntima de sua “companheira de vida”. O pedido foi negado pelas autoridades do sistema penitenciário – negativa mantida pelas instâncias judiciais, dando origem à petição por ela apresentada à Comissão IDH em 1996.

No capítulo anterior, foi possível observar que o dispositivo convencional mais comumente empregado como apoio no desenvolvimento da jurisprudência regional europeia ao tratar das uniões homoafetivas foi o art. 8 da CEDH, interpretado inicialmente quanto ao direito à vida privada e, posteriormente, também quanto ao direito à vida familiar. No sistema americano, o art. 11.2 da Comissão IDH, que igualmente tutela a vida privada e familiar, não foi sequer invocado diretamente na petição de Marta Álvarez Giraldo à Comissão IDH.⁴⁵¹

A argumentação da peticionante apoiou-se principalmente nos direitos à integridade pessoal (art. 5.1),⁴⁵² ao tratamento digno das pessoas privadas de liberdade (art. 5.2),⁴⁵³ à honra (art. 11.1)⁴⁵⁴ e à igualdade e não discriminação (art. 24).⁴⁵⁵ O tema do direito à vida privada e familiar (art. 11.2)⁴⁵⁶ surge na análise do caso apenas no informe de admissibilidade da demanda e foi incluído pela própria Comissão IDH. No informe final de mérito, a Comissão

⁴⁵¹ Segundo consta no relatório do informe de admissibilidade, “*Marta Lucía Álvarez Giraldo (en adelante ‘la víctima’ o ‘la peticionaria’) presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante ‘la Comisión’) una petición en contra de la República de Colombia (en adelante ‘el Estado’ o ‘el Estado colombiano’) por la violación de los derechos consagrados en los artículos 5(1) y (2), 11(1) y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. [...] La peticionaria alega que su integridad personal, honra e igualdad, se encuentran afectados por la negativa de las autoridades penitenciarias de autorizar el ejercicio de su derecho a la visita íntima debido a su orientación sexual.*” (OEA, 2018c, p. 1)..

⁴⁵² “Artigo 5º. Direito à integridade pessoal. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.” (OEA, 1969).

⁴⁵³ “Artigo 5º. Direito à integridade pessoal. [...] 2. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.” (OEA, 1969).

⁴⁵⁴ “Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.” (OEA, 1969).

⁴⁵⁵ “Artigo 24. Igualdade perante a lei. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.” (OEA, 1969).

⁴⁵⁶ “Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade. [...] 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.” (OEA, 1969).

IDH também incluiu o exame do caso sob ótica dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (arts. 8º e 25).⁴⁵⁷

O caso *Marta Álvarez Giraldo v. Colombia*, admitido pela Comissão IDH em 1999, tramitou no sistema americano por quase duas décadas, sendo objeto de exame de mérito somente em 2014.⁴⁵⁸ Ao final, a controvérsia não foi submetida à Corte IDH por pedido tanto do Estado quanto da petionante, uma vez que houve evolução na solução consensual.⁴⁵⁹ Evidentemente, o contexto fático-jurídico em que o caso chegou ao sistema americano e aquele no qual houve o exame do mérito são distintos. Porém, os contornos desse caso inaugural são importantes para que se compreenda como a discussão das uniões homoafetivas recebeu enfoques problemáticos diferenciados nesse sistema regional e, por consequência, mobilizou e deu origem a lugares-comuns que se tornaram próprios da experiência americana.

No informe final de mérito do caso em questão, a Comissão IDH opta por iniciar a análise jurídica a partir do direito à igualdade e à não discriminação. Em seguida e sucessivamente, são examinados os direitos à vida privada, às garantias e proteção judiciais e à integridade pessoal, decidindo-se pela responsabilidade internacional do Estado pela violação de todos esses direitos. Essa ordem de análise claramente não obedece à disposição topográfica dos artigos violados no texto da CADH, mas revela uma indicação da Comissão IDH acerca dos aspectos considerados mais importantes na solução do problema, evidenciando uma estratégia argumentativa diferente daquela usualmente empregada no sistema europeu, em que prevaleceu o enfoque dos casos sob a ótica do direito à vida privada.

A Comissão IDH justifica o início da análise do caso pelo prisma dos direitos à igualdade e à não discriminação, assentando expressamente que, conforme precedentes da própria Comissão e da Corte IDH, esses direitos constituem o eixo central e fundamental de

⁴⁵⁷ “Artigo 8º. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. [...] Artigo 25. Proteção judicial. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.” (OEA, 1969).

⁴⁵⁸ O exame de mérito foi aprovado pela Comissão IDH em 31 de março de 2014, com recomendações ao Estado, em caráter reservado, sendo publicado definitivamente em 5 de outubro de 2018.

⁴⁵⁹ O Estado colombiano adotou uma série de medidas de reparação ao longo dos anos de 2015 a 2018, entre elas, o pagamento de indenização pecuniária à petionante, a realização de um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional, transmitido a mais de uma centena de centros de reclusão no país, e a distribuição do livro *Mi historia la cuento yo*, escrito pela petionante e enviado a 344 bibliotecas públicas e 103 faculdades de direito (OEA, 2018c, p. 58).

todo o sistema americano de direitos humanos.⁴⁶⁰ Ainda com fundamento na jurisprudência da Corte IDH, a Comissão assinala a existência de uma diferença jurídica entre as “distinções” e as “discriminações”. Aquelas teriam uma justificação razoável e objetiva, estariam em conformidade com a CADH e seriam lícitas aos Estados; ao passo que estas seriam arbitrárias e violadoras da CADH. A solução do caso exigiria, portanto, a verificação de como qual dessas categorias a negativa do acesso da peticionante às visitas íntimas se classificaria.⁴⁶¹

Nessa análise, a Comissão IDH destaca que há determinadas categorias que, quando empregadas como critério para justificar um tratamento diferenciado, devem ser consideradas aprioristicamente como suspeitas de discriminação. Essas categorias suspeitas, por um lado, são amplamente conhecidas por serem alvos de preconceitos e estereótipos infundados e, por outro, normalmente coincidem com grupos ou setores da população que historicamente foram discriminados e/ou submetidos a desigualdades estruturais no exercício e gozo de seus direitos. Por essa razão, quando o Estado utiliza uma dessas categorias suspeitas, atrai para si o ônus da argumentação, que deve ser submetido a um especial rigor avaliativo, pois somente “razões de muito peso” serão capazes de afastar o seu caráter discriminatório.⁴⁶²

No caso, a Comissão IDH constatou a presença de mais de uma categoria suspeita, pois a peticionante é mulher, lésbica e pessoa privada de liberdade, características que a colocam em uma condição de hipervulnerabilidade à violação de direitos. Ao negar o direito a visitas íntimas no cárcere, a Comissão constatou que a conduta do Estado se baseou fundamentalmente na orientação sexual da peticionante, o que justifica aplicação de um escrutínio estrito sobre as justificativas por ele invocadas para tentar legitimar o tratamento diferenciado.

A esse respeito, o Estado apresentou três linhas de argumentação justificativas: a) o argumento de que haveria riscos de segurança carcerária na visita íntima homossexual, pois a visitante poderia trocar de lugar com a pessoa visitada, permitindo a sua fuga; b) o argumento de que o “comportamento homossexual” dentro do estabelecimento penitenciário poderia afetar direitos de terceiros, em especial os das demais internas e seus familiares, cônjuges e filhos visitantes; e c) o argumento de que o direito a visita íntima se destinaria a fins reprodutivos, inaplicáveis a um casal homossexual.

Nenhum desses argumentos foi considerado suficiente pela Comissão IDH.

⁴⁶⁰ “La jurisprudencia de la Corte Interamericana y las decisiones de la Comisión han señalado reiteradamente que el derecho a la igualdad y no discriminación constituye el eje central y fundamental del sistema interamericano de derechos humanos.” (OEA, 2018c, p. 38).

⁴⁶¹ OEA. Relatório de Mérito nº 122/18, Caso 11.656. Requerente: Marta Lucía Álvarez Giraldo. Requerido: República da Colômbia. **Informe de Fondo**. Washington D.C: Comissão IDH, 2018c., p. 40.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 41.

Quanto ao argumento da finalidade reprodutiva, a Comissão IDH considerou que a justificativa estatal constituiria, em si mesma, uma violação de direitos, por instrumentalizar o exercício da sexualidade feminina. A Comissão IDH assinalou a existência de um conjunto de estereótipos sociais negativos acerca do exercício livre da sexualidade pelas mulheres, segundo os quais a atividade sexual feminina teria menor relevância. Nesse contexto, destacou-se que a sexualidade é um direito internacionalmente reconhecido em si mesmo, que não pode estar subordinado a fins reprodutivos, sendo especialmente relevante assegurar às mulheres as condições para exercê-lo sem nenhum tipo de coerção, discriminação ou violência.⁴⁶³

Em relação aos argumentos referentes à segurança carcerária e ao direito de terceiros, a Comissão considerou que essas finalidades poderiam ser, em tese, legítimas, porém, na situação concreta, não seriam aplicáveis.

A alegação de uma possível troca de pessoas durante a visita íntima somente seria crível se o ambiente carcerário não possuísse medidas básicas de segurança, controlando-se o ingresso e a saída de pessoas somente com base no sexo biológico, o que seria absurdo. Além disso, em um estabelecimento prisional com esse nível de fragilidade, nada impediria que essas trocas ocorressem em outros tipos de visitas, como entre mães e filhas ou pais e filhos. Desse modo, não havia como se sustentar que a negativa de visitas íntimas à peticionante estivesse vinculada a razões de segurança.⁴⁶⁴

Quanto à alegação de que a negativa de visita íntima seria necessária para proteger direitos de terceiros, esse argumento somente seria admissível caso se aceitasse que a existência de uma relação homossexual pudesse, por si só, violar o direito de alguém, o que revela uma visão preconceituosa e estereotipada sobre os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo. Conforme assinalado pela Comissão IDH, o Estado não pode orientar a sua atuação com amparo em estereótipos e preconceitos, mas deve esforçar-se para, progressivamente, eliminá-los, diante do seu compromisso internacional de garantir o exercício dos direitos humanos.⁴⁶⁵

Portanto, diante da ausência de uma justificativa razoável para a discriminação – o que conduz à constatação de que a negativa do Estado em permitir visitas íntimas à peticionante fundamentou-se em uma diferenciação decorrente de sua orientação sexual –, a Comissão IDH constatou a violação do direito à igualdade e à não discriminação, em conjunto com o dever de garantir os direitos humanos.⁴⁶⁶

⁴⁶³ OEA, 2018c, p. 43.

⁴⁶⁴ *Ibid.*

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 44.

⁴⁶⁶ O dever de garantir os direitos humanos extrai-se do art. 2º da CADH: “Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo ainda não

Após a constatação da violação à igualdade, a Comissão IDH igualmente verificou a existência de ofensa à vida privada. Nesse ponto, embora a sexualidade e o seu livre exercício estivessem seguramente inseridos como elementos integrantes da vida privada – conclusão uníssona em precedentes das Cortes IDH e EDH –, a Comissão precisou desenvolver uma argumentação para se compreender esse direito à vida privada no contexto das pessoas privadas de liberdade.

Sob esse ângulo, a Comissão reconheceu que o Estado tem o poder de limitar aspectos da vida privada das pessoas sob sua custódia, porém essas limitações devem se impor somente quando estritamente vinculadas às finalidades legítimas da restrição de liberdade, entre elas, a ressocialização dos presos. No caso da peticionante, nenhuma finalidade da privação da liberdade seria capaz de justificar a interferência do Estado na escolha privada acerca de com quem ela desejava se relacionar. Pelo contrário, a interferência do Estado, criando obstáculos injustificados à manutenção das relações afetivas e interpessoais da pessoa privada de liberdade, é prejudicial ao seu processo de ressocialização e, portanto, tende a frustrar um dos objetivos da pena.⁴⁶⁷

Em relação ao direito às garantias e à proteção judicial, a Comissão IDH destacou que a omissão do Poder Judiciário colombiano também constituiria uma forma de violação. De fato, apesar de tomar conhecimento da situação vivenciada pela peticionante e dos diversos elementos discriminatórios apresentados pelas autoridades penitenciárias, os juízes nacionais não só se omitiram no dever de garantir os direitos da peticionante como corroboraram os preconceitos e os estereótipos contra ela, negando-lhe o acesso a um recurso judicial efetivo contra a violação de seus direitos.⁴⁶⁸

Por fim, a Comissão IDH constatou uma violação à integridade pessoal da peticionante, sob a dimensão da integridade psicológica e moral. Nesse sentido, destacou-se que a angústia decorrente da negativa do direito à visita íntima aliada ao tratamento hostil por ela recebido no ambiente penitenciário e no curso dos procedimentos internos em busca de seus direitos, tudo em decorrência de uma postura preconceituosa em relação à sua orientação sexual, gerou um abalo à saúde mental mais intenso do que aquele que naturalmente decorre do próprio encarceramento.⁴⁶⁹

estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.” (OEA, 1969).

⁴⁶⁷ CONSELHO DA EUROPA, 2018a, p. 45-51.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 52-53.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 54-55.

A análise do caso *Marta Álvarez Giraldo v. Colombia* é capaz de fornecer referências importantes para uma comparação tópicos-argumentativa entre as experiências europeia e americana em torno do problema das uniões homoafetivas.

De início, em relação aos dispositivos normativos invocados como apoio aos argumentos, observa-se que a discussão no sistema regional europeu tende a ser mais redutiva. Na maioria dos casos europeus, há uma tentativa de se limitar a argumentação ao exame de menos dispositivos violados, com um direcionamento dos argumentos em torno do direito à vida privada. Inclusive, em diversos casos, embora tenha sido expressamente alegada pelas vítimas a existência de ofensa ao direito à não discriminação, com amparo no art. 14 da CEDH, a Corte EDH se recusou a analisar essa alegação de forma autônoma. Em sua compreensão, uma vez constatada a violação do direito à vida privada, não haveria utilidade jurídica em se examinar sucessivamente o mesmo tema sob o prisma do direito à não discriminação. Essa estratégia foi empregada pela Corte EDH nos casos *Dudgeon v. the United Kingdom*, *Smith and Grady v. the United Kingdom*, *Oliari and Others v. Italy* e outros.

A Comissão IDH adotou estratégia completamente diversa, com uma tendência expansiva na delimitação dos dispositivos normativos invocados como apoio dos argumentos. Com efeito, não se aplicou a relação da prejudicialidade entre nenhuma das violações alegadas, debruçando-se a Comissão IDH sobre cada uma delas, independentemente do resultado da análise quanto aos demais direitos invocados. O exame da Comissão considerou todo o percurso narrado pela vítima até a instância internacional, não se limitando a constatar os direitos atingidos diretamente pela negativa do direito à visita íntima, mas abrangendo também as violações que dela decorreram secundariamente, como a falta de acesso a recursos judiciais efetivos para sanar a negativa discriminatória e o posterior impacto dessa negativa sobre a integridade psíquica da peticionante. Ao final, a Comissão IDH, além de examinar todos os dispositivos invocados por esta, acrescentou, por iniciativa própria, outros dispositivos no rol das violações, declarando expressamente sua competência para alargar os temas jurídicos em debate por força do princípio *iura novit curiae*.⁴⁷⁰

Outro ponto que merece destaque diz respeito à configuração subjetiva das demandas envolvendo direitos relacionados à diversidade sexual. No sistema europeu, os casos iniciais foram apresentados, em geral, por homens com histórico de participação em movimentos de luta pelos direitos da comunidade LGBTQIA+ e sem nenhum traço socioeconômico especialmente distintivo. No sistema americano, a discussão se inicia por intermédio do caso

⁴⁷⁰ CONSELHO DA EUROPA, 2018a, p. 52.

de uma mulher, sem nenhum histórico conhecido de ativismo em direitos humanos, privada de liberdade por prática de crimes e defendida pela defensoria pública. A complexidade do problema que se desenvolve no âmbito americano exige um esforço argumentativo diferenciado da Comissão IDH para abordar a interseccionalidade entre direitos e vulnerabilidades de diferentes matizes. Assim, não basta pensar no direito à privacidade, mas é preciso pensar esse direito no contexto do cárcere; não basta pensar no direito ao livre exercício da sexualidade, mas é preciso pensar no livre exercício da sexualidade por uma mulher; etc.

A análise interseccional da discriminação por orientação sexual presente no caso Marta Álvarez Giraldo se tornou uma marca da experiência americana no tema. Essa abordagem, empregada pela Comissão IDH em uma petição individual, foi amplamente encampada pela Corte IDH, inclusive no exercício da jurisdição consultiva. Nesse sentido, um exemplo claro é a Opinião Consultiva n. 29, em que diversas vulnerabilidades, entre elas as decorrentes da orientação sexual, foram conjuntamente analisadas na sua intersecção com a privação de liberdade. As conclusões alcançadas pela Corte IDH na Opinião Consultiva n. 29 acerca do tratamento das pessoas LGBTQIA+ no contexto do encarceramento ratificaram aquelas previamente lançadas pela Comissão IDH no caso Marta Álvarez Giraldo, em especial quanto ao direito de receber visitas íntimas nas mesmas condições ofertadas às pessoas heterossexuais privadas de liberdade.⁴⁷¹

Uma das principais consequências dessa análise interseccional de vulnerabilidades é o enfoque feminino que a questão da diversidade sexual recebe no sistema americano. A distinção entre a limitação no exercício da sexualidade imposta em relação aos homens e em relação às mulheres não recebe ênfase específica nos casos europeus, podendo inclusive passar despercebida em alguns deles. No caso Marta Álvarez Giraldo v. Colombia, a Comissão IDH contextualiza de forma expressa o livre exercício da orientação sexual da petionante com o estigma que existe socialmente em relação à sexualidade feminina, por vezes compreendida como tendo menor valor, ou de maneira simplesmente instrumental em relação à satisfação masculina e à procriação. O fato de uma mulher lésbica se relacionar com outra mulher rompe tanto com a expectativa heteronormativa dos relacionamentos em geral quanto com esse papel instrumental socialmente arraigado da sexualidade feminina. Assim, o argumento a favor do

⁴⁷¹ OEA. **Opinión Consultiva OC-29/22**. São José, Costa Rica: Corte IDH, 2022c. A opinião consultiva tratou da necessidade de enfoques diferenciados no tratamento de determinados grupos privados de liberdade: a) gestantes, puérperas e lactantes; b) pessoas LGBTQIA+; c) indígenas, d) idosos; e e) crianças que vivem com as mães na prisão. Nesse decisão, a Corte IDH também fixou parâmetros para a designação de alojamentos adequados para pessoas LGBTQIA+, esclareceu a obrigação de prevenir, investigar e registrar casos de violência contra essas pessoas no ambiente carcerário e afirmou o direito ao início e à continuidade de um processo de transição de gênero durante o encarceramento.

livre exercício da orientação sexual, no sistema americano, está acoplado à defesa da emancipação feminina para dirigir de maneira livre e autônoma sua vida sexual.

Do mesmo modo, na argumentação da Comissão IDH, afirma-se com muita clareza que a proteção estatal ao livre exercício da sexualidade não pode ser condicionada a finalidades reprodutivas. A exigência de fins reprodutivos, na qual está implícita a dualidade de sexos, é um dos principais elementos da noção de família em um sentido tradicional, tratada nas decisões da Corte EDH como sendo um modelo privilegiado de família.⁴⁷² Ao negar que a finalidade reprodutiva estabeleça, por si só, uma justificativa para a discriminação, o sistema americano não acolhe a compreensão de que a família no sentido tradicional deva receber uma proteção diferenciada do Estado, afastando-se, nesse aspecto, do *topos* estabelecido no sistema europeu.

Por fim, a estratégia do escrutínio estrito de cada uma das justificativas do Estado para tentar justificar a discriminação, imputando-lhe o ônus da prova, é empregada pela Comissão IDH de modo bastante similar à forma como a Corte EDH a utiliza. No entanto, nos casos iniciais do sistema europeu, esse escrutínio estrito foi utilizado para avaliar se os argumentos do Estado seriam capazes de justificar ou não uma interferência na vida privada, sem a preocupação imediata de se traçar um paralelo de igualdade entre as relações heterossexuais e homossexuais. Já no sistema americano – em que se colocou ênfase na resolução do problema sob o prisma dos direitos à igualdade e à não discriminação –, desde logo é examinado se as razões apresentadas são suficientes ou não para se justificar o tratamento diferenciado entre casais hétero e homossexuais.

Essa diferença argumentativa pode ser verificada no quadro a seguir, que contrapõe os argumentos construídos em torno do direito à vida privada, no caso *Dudgeon v. the United Kingdom*, e em torno do direito à igualdade e à não discriminação, no caso *Marta Lucía Álvarez Giraldo v. Colombia*.

Quadro 10 – Argumento nos casos *Dudgeon v. the United Kingdom* e *Marta Lucía Álvarez Giraldo v. Colombia*

⁴⁷² “The Court accepts that protection of the family in the traditional sense is, in principle, a weighty and legitimate reason which might justify a difference in treatment.” (CONSELHO DA EUROPA, 2013a, p. 29).

	Dado que... (D)	Uma vez que...(W)	Conclui-se que...(C)
Dudgeon v. the United Kingdom	Não foi demonstrada a necessidade da criminalização total das relações homossexuais, pois: 1. Há uma melhor compreensão e maior tolerância às condutas homossexuais; 2. A maior parte dos países do sistema regional não criminaliza condutas sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo; 3. A lei criminalizadora não é cumprida e seu descumprimento não provocou nenhum dano moral ou social.	Uma forte interferência na vida privada impõe um elevado ônus argumentativo ao Estado na demonstração de sua necessidade.	A criminalização total das relações homossexuais viola a CEDH.
		Em razão de...(A)	
		Direito à vida privada e familiar (Art. 8º da CEDH). ⁴⁷³	
	Dado que... (D)	Uma vez que...(W)	Conclui-se que...(C)
Marta Lucía Álvarez Giraldo v. Colombia	Não foi demonstrada a necessidade de se negar o direito a vistas íntimas aos casais homossexuais, pois: 1. Não é legítimo condicionar o direito o exercício da sexualidade a fins reprodutivos; 2. A alegação de riscos à segurança carcerária não é crível; 3. A ideia de que as relações entre pessoas do mesmo sexo podem, por si só, violar o direito de terceiros é preconceituosa e estereotipada.	O tratamento diferenciado em razão da orientação sexual impõe um elevado ônus argumentativo ao Estado na demonstração de sua necessidade.	A negativa do direito a visitas íntimas apenas aos casais homossexuais viola a CADH.
		Em razão de...(A)	
		Direito à igualdade e à não discriminação (Arts. 1.1 e 24 da CADH)	

Fonte: elaborado pelo autor.

Como se vê, a discussão do caso Marta Álvarez Giraldo v. Colombia pela Comissão IDH comprova que, nos sistemas regionais americano e europeu, enfrenta-se o problema comum das violações de direitos motivados pela orientação sexual com a utilização de algumas estratégias argumentativas similares, como a imposição do ônus argumentativo sobre o Estado para justificar a discriminação.

⁴⁷³ Ressalte-se que, no caso *Dudgeon v. the United Kingdom*, a Corte EDH sequer abordou o tema do direito à igualdade e não discriminação, por considerar que a análise de eventual violação ao art. 14 da CEDH seria desnecessária, pois não haveria utilidade em determinar se o peticionante havia sofrido discriminação em comparação com pessoas heterossexuais sujeitas a limitações menores do mesmo direito. (Conselho da Europa, 1981, p. 22).

Todavia, percebe-se, na análise da Comissão IDH, que há uma diferença de enfoque no enfrentamento argumentativo dos problemas jurídicos decorrentes das relações entre pessoas do mesmo sexo, na extensão do debate realizado sobre esse tema, e nos lugares-comuns admitidos em cada contexto regional. Identificadas essas similitudes e diferenças como ponto inicial, é possível passar-se à análise dos primeiros casos contenciosos julgados pela Corte IDH antes da Opinião Consultiva n. 24.

4.2 Os casos iniciais na Corte IDH e a aplicação da CADH às uniões homoafetivas

A Corte EDH, desde o início da década de 1980, debruçou-se sobre as consequências jurídicas das relações homoafetivas em outros âmbitos, como na esfera criminal e nas relações de trabalho, antes de ingressar propriamente na discussão acerca da homossexualidade e suas implicações no direito de família, o que somente ocorreu no caso *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, em 1999. No sistema americano, a Corte IDH não teve a vantagem de construir esses julgados preparatórios, deparando-se, logo em seu primeiro julgamento sobre a temática, com questões relativas à vida familiar de pessoas homossexuais, no caso *Atala Riffo y Otros v. Chile* de 2012.⁴⁷⁴ Sob a contingência do problema imposto, a Corte IDH precisou firmar uma posição direta acerca de aspectos que evoluíram de modo mais gradativo no sistema europeu.

Atala Riffo, membra do Poder Judiciário chileno, foi casada com Ricardo Jaime López Allendes e, durante esse relacionamento, o casal gerou três crianças. Ao fim da relação, o casal decidiu, por acordo mútuo, que a mãe manteria a guarda e o cuidado dos filhos, com um regime de visita semanal à residência do pai. Todavia, ao ter conhecimento de que *Atala Riffo* havia iniciado uma convivência com outra mulher, seu ex-marido pleiteou judicialmente a guarda exclusiva das crianças, o que foi deferido em decisão da Corte Suprema de Justiça do Chile.

Na decisão, a Corte Suprema destacou que houve uma deterioração no ambiente social, familiar e educacional das crianças desde que a mãe começou a conviver na casa com sua companheira e que elas poderiam ser objeto de discriminação social decorrente desse fato. Argumentou-se, ainda, que a carência de uma figura do sexo masculino no lar e a sua substituição por outra pessoa do sexo feminino configuraria uma situação de risco para o desenvolvimento integral das crianças e abriria espaço para que elas experimentassem confusões em torno da sexualidade.⁴⁷⁵

⁴⁷⁴ OEA, 2012.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 21–22.

Além de perder a guarda das filhas, Atala Riffo foi submetida a um procedimento disciplinar após sua orientação sexual tornar-se pública. No relatório final desse procedimento administrativo, foram lançadas considerações acerca da “inclinação sexual da Magistrada Atala” e de sua “peculiar relação afetiva”. A esse respeito, constou no relatório disciplinar que esses fatos prejudicariam a imagem tanto da juíza Atala como de todo o Poder Judiciário.⁴⁷⁶

O exame do caso iniciou-se pelas alegadas violações internacionais ocorridas durante o processo de retirada da guarda. Nesse ponto, a Corte IDH precisou esclarecer, preliminarmente, os limites de sua abordagem em relação aos fatos que seriam objeto de discussão e deliberação. Reafirmando a impossibilidade de se converter em uma quarta instância, a Corte definiu não ser de sua competência discutir as provas para determinar qual dos genitores teria melhores condições de exercer a guarda das crianças. Os fatos que interessavam à instância internacional – e, portanto, seriam objeto da argumentação probatória no caso – diziam respeito apenas à verificação da conduta do Estado ao conduzir os procedimentos relativos à guarda e à apuração disciplinar procedida contra a requerente, a fim de avaliar se, no curso desses procedimentos, foram observados os direitos assegurados pela CADH.⁴⁷⁷

Fixada essa premissa, a Corte IDH, ao contrário do que é padrão na Corte EDH, iniciou a análise das violações sob a ótica do direito à igualdade e à não discriminação, contido no art. 24 da CADH. O Tribunal Interamericano afirmou categoricamente que o direito à não discriminação é norma de *jus cogens*,⁴⁷⁸ cuja observância pelos Estados é obrigatória e da qual decorrem obrigações negativas e positivas. Em seguida, interpretou a vedação à discriminação por “qualquer outra condição social”, contida no art. 1.1 da CADH, como sendo suficiente para abarcar a discriminação por orientação sexual, de modo que essa categoria encontraria proteção convencional. Nesse aspecto, a Corte destacou que essa interpretação da convenção estaria em harmonia com diversas resoluções editadas pela Assembleia Geral da OEA acerca da proteção contra tratamentos discriminatórios decorrentes da orientação sexual,⁴⁷⁹ com a jurisprudência da Corte EDH⁴⁸⁰ e com as decisões do Comitê de Direitos Humanos da ONU.⁴⁸¹

Tendo em vista o caráter de *jus cogens* do dever de não discriminação e o compromisso internacional expressamente assumido pelo Estado em proteger os direitos humanos sem discriminação, a Corte IDH compreendeu que a falta de consenso em alguns setores ou países

⁴⁷⁶ OEA, 2012, p. 66-67.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 24.

⁴⁷⁸ Sobre normas de *jus cogens*, ver nota 83.

⁴⁷⁹ Resoluções 2435/2008, 2504/2009, 2600/2010 e 2653/2011, todas da Assembleia Geral da OEA.

⁴⁸⁰ Com menção aos casos *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, L. e V. v. Áustria e E. B. v. França*.

⁴⁸¹ Com menção ao caso *Toonen v. Australia* (ONU, 1992).

sobre o respeito pleno aos direitos das minorias sexuais não poderia ser considerada um argumento válido para lhes negar ou restringir direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sob pena de se perpetuar e reproduzir a discriminação histórica e estrutural que esses grupos sofrem. Desse modo, concluiu que o fato de se tratar de uma matéria controversa não impede o exercício de sua jurisdição, nem exime o tribunal de sua função de interpretar a disposições da CADH.⁴⁸²

Uma vez assentada a impossibilidade de discriminação arbitrária em razão da orientação sexual, a Corte IDH passou ao escrutínio das razões justificativas apresentadas nas decisões judiciais internas para justificar a discriminação. Em síntese, a jurisdição interna chilena fundamentou a retirada da guarda das crianças nos argumentos de que: a) elas poderiam ser vítimas de discriminação social em razão da orientação sexual da mãe; b) a convivência com um casal homoafetivo poderia resultar em uma “confusão de papéis”, em prejuízo da formação da personalidade das crianças; c) Atala Riffo, ao tornar pública sua orientação sexual, teria priorizado seus próprios interesses em detrimento dos interesses das crianças; e d) as crianças teriam direito a crescer em uma família “normal e tradicional”.

Quanto ao argumento de que as crianças poderiam ser vítimas de discriminação devido à orientação sexual de sua mãe, a Corte constatou que, no contexto social específico de Atala, essa premissa careceria de suporte probatório consistente, pois a requerente apresentou oito declarações juramentadas prestadas pelos pais de amigos e colegas das crianças afirmando que “[...] jamais tinham discriminado as filhas da senhora Atala em nenhum sentido [...]” e que “[...] seus filhos se reuniam, brincavam e participavam de atividades com as crianças López Atala [...]”.⁴⁸³ Em todo o caso, ressaltou-se que é dever do Estado adotar as medidas que se façam necessárias para tornar efetivos os direitos consagrados na CADH, de modo que não se pode alegar a inefetividade estatal em combater a discriminação em suas sociedades nacionais como argumento para se negar direitos às minorias discriminadas, ainda que sob a alegação de isso seria necessário para proteger o melhor interesse da criança.

A Corte IDH igualmente rechaçou o argumento da alegada confusão de papéis sexuais em decorrência da convivência com um casal homoafetivo. Nesse ponto, ressaltou que competia ao Estado demonstrar concretamente a existência de nexos de causalidade entre o deferimento da guarda à requerente e o suposto prejuízo à formação das crianças, o que não foi observado, limitando-se a jurisdição nacional a fazer um “exame de dano especulativo”. De outro lado, os

⁴⁸² OEA, 2012, p. 34.

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 41.

dois peritos ouvidos pela Corte IDH, os quais apresentaram ao Tribunal mais de uma dezena de estudos sobre o tema, concluíram que as pesquisas científicas conduzidas nessa área são “[...] impressionantemente coerentes ao deixar de identificar qualquer déficit no desenvolvimento das crianças criadas num lar gay ou lésbico [...]”.⁴⁸⁴

Em relação à alegação de que Atala teria privilegiado seus próprios interesses em detrimento do melhor interesse das crianças, a Corte IDH afirmou que o direito à não discriminação por orientação sexual, logicamente, inclui o direito de expressar livremente essa orientação e de construir um projeto de vida de acordo com ela sem embaraços injustificados – uma constatação que já estaria solidamente estabelecida na jurisprudência da Corte EDH e de alguns tribunais nacionais da região americana, como a Corte de Justiça do México e a Corte Constitucional da Colômbia.

Para além disso, a Corte IDH identifica, nesse argumento, um viés de gênero inspirado em uma visão tradicional do papel social da mulher como mãe, de quem se exigiria que todas as suas pretensões pessoais fossem sacrificadas em razão da maternidade. Nesse aspecto, a Corte IDH afirma que não há nada de censurável ou reprovável juridicamente no desejo de Atala em constituir um novo relacionamento amoroso, não se podendo invocar esse fundamento para negar o gozo de seus direitos maternos sem nenhuma prova concreta de que esse novo relacionamento tenha causado qualquer prejuízo às crianças.⁴⁸⁵

Por fim, o argumento de que as crianças teriam direito a uma “família tradicional” foi rechaçado pela Corte IDH com o amparo de que, dentro do sistema de proteção fundado pela CADH, não existe um modelo específico de família que possa ser reputado como “tradicional”. Assim, a distinção feita pela justiça chilena entre uma suposta “família estruturada normalmente” e uma “família excepcional” constituiria, em si mesma, uma violação da CADH, que não admite esse tipo de categorização.

A Corte IDH se contrapôs, assim, a todos os argumentos apresentados pelo Estado chileno, como se observa no quadro a seguir:

⁴⁸⁴ OEA, 2012, p. 44.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 46-48.

Quadro 14 – Argumento nos casos Atala Riffo y Otros v. Chile

Argumentos do Estado	Argumentos da Corte IDH
1. As crianças poderiam ser vítimas de discriminação social.	1.1 Não há provas de discriminação concreta no contexto social da família Atala; 1.2 A ineficiência do Estado em combater a discriminação não é justificativa para se negar direitos às minorias discriminadas.
2. Poderia haver inadequada “confusão de papéis sexuais”.	2.1 O Estado não comprovou a existência dessa alegada confusão na situação específica da família Atala; 2.2 A evidência científica disponível é contrária à afirmação do Estado.
3. A mãe privilegiou seus interesses pessoais em detrimento das crianças.	3.1 O direito à não discriminação por orientação sexual abarca o direito de manifestar essa orientação e viver de acordo com ela sem a privação de direitos; 3.2 Não há nada de censurável ou reprovável juridicamente no desejo de uma mãe em ingressar em uma nova relação amorosa.
4. As crianças têm direito a uma “família tradicional”.	4. Não existe na CADH previsão de distinção entre famílias “tradicionais” e “excepcionais”.

Fonte: elaborado pelo autor.

Com razões similares, a Corte IDH constatou, ainda no exame do processo de retirada da guarda, que houve violação: a) ao art. 24 em conjunto com o art. 19 da CADH, pois o tratamento discriminatório contra Atala teve repercussão nos direitos das crianças envolvidas no caso;⁴⁸⁶ b) aos arts. 11.2 e 17.1 em conjunto com o art. 19 da CADH, pois o Estado chileno promoveu uma intervenção arbitrária na vida privada e na vida familiar de Atala e das crianças;⁴⁸⁷ e c) ao art. 8.1 em conjunto com o art. 19 da CADH, pois a Corte Suprema chilena decidiu acerca da guarda das crianças sem valorar, na sua decisão, as declarações prestadas por elas no curso do processo.⁴⁸⁸

Quanto ao processo disciplinar aberto contra Atala Riffo pelo Poder Judiciário chileno, a Corte verificou que, embora ele tenha se iniciado com o objetivo de apurar suposta conduta antiética de Atala no exercício da magistratura, as conclusões alcançadas no relatório final claramente transbordaram a esfera profissional quando o magistrado que conduzia a apuração passou a tecer considerações sobre a relação afetiva privada da requerente e a qualificá-la como fato que “[...] prejudica a imagem tanto da senhora Atala como do Poder Judiciário.” Assim, o Tribunal concluiu que, também nesse procedimento, houve ofensa ao direito ao tratamento não discriminatório (art. 24 da CADH) e à inviolabilidade da vida privada (art. 11.2 da CADH).

⁴⁸⁶ “Artigo 19. Direitos da criança. Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.”

⁴⁸⁷ OEA, 2012, p. 57.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 65.

A Corte IDH observou, igualmente, que, ao expressar sua opinião pessoal negativa acerca da orientação sexual da requerente em um processo no qual esse fato não era relevante, o magistrado redator do relatório disciplinar final demonstrou que não tinha a imparcialidade subjetiva necessária para conduzir a apuração. Nesse contexto, a Corte IDH declarou a violação do direito de Atala em ter o seu processo conduzido por uma autoridade independente e imparcial, nos termos do art. 8.1 da CADH.⁴⁸⁹

Entre as medidas de reparação ordenadas pela Corte IDH, além da reparação pecuniária pelos danos materiais e imateriais causados a Atala, impôs-se ao Estado chileno a obrigação de promover programas e cursos permanentes para a educação e o treinamento de seus funcionários públicos – especialmente os funcionários judiciais – acerca da proteção dos direitos humanos da comunidade LGBTQIA+, com o estudo obrigatório da sentença proferida no caso Atala e dos diversos precedentes internacionais acerca da proibição da discriminação por orientação sexual.⁴⁹⁰

Apesar de ser unânime em quase todos os pontos, especialmente nos aspectos relativos ao direito à não discriminação por orientação sexual, houve um voto parcialmente divergente, proferido pelo juiz Pérez (Uruguai).

Ao divergir, Pérez considerou que não era prudente que a Corte IDH se manifestasse de forma tão enfática acerca do conceito de família constante na CADH, pois não haveria um consenso regional acerca dele, não se podendo impor aos Estados a obrigação de reconhecer igualmente todos os conceitos ou modelos de família. Com amparo na jurisprudência europeia existente ao tempo do julgamento, em especial no caso *Schalk and Kopf v. Austria*,⁴⁹¹ a opinião dissidente de Pérez ressaltou que os Estados dispõem de uma margem de apreciação quanto à valoração dos tipos familiares em sua ordem jurídica interna.⁴⁹²

Após o caso *Atala Riffo y Otros v. Chile*, e antes da Opinião Consultiva n. 24, a discussão específica sobre os direitos decorrentes das uniões homoafetivas retornou à Corte IDH em 2016, no julgamento do caso *Duque v. Colombia*.

Ángel Alberto Duque conviveu em uma união homoafetiva com seu companheiro até 2001, quando este faleceu por complicações decorrentes da infecção pelo vírus HIV. Após o falecimento, o peticionante, que igualmente era portador do vírus HIV, solicitou à companhia colombiana gestora de benefícios previdenciários que lhe fosse concedida a pensão por morte.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 72.

⁴⁹⁰ OEA, 2012, p. 78.

⁴⁹¹ Como já visto, a própria Corte EDH posteriormente superou o raciocínio desenvolvido no caso *Schalk and Kopf v. Austria*, ao julgar os casos *Vallianatos and Others v. Greece* e *Oliari and Others v. Italy*.

⁴⁹² OEA, 2012, p. 90-101.

O pedido foi negado administrativamente, sob o fundamento de que a legislação à época somente conferia proteção previdenciária “à união entre um homem e uma mulher”.⁴⁹³ A ação judicial movida por Duque contra a companhia gestora foi igualmente infrutífera.

Ao analisar o caso, a Corte IDH desenvolveu uma argumentação sistêmica acerca do direito à não discriminação no âmbito internacional, utilizando elementos extraídos de outros tratados internacionais, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, bem como conclusões de outros organismos internacionais, como o Comitê de Direitos Humanos. A partir dessas premissas, reafirmou a sua posição, já expressada no caso *Atala Riffo y Otros v. Chile*, de que “[...] no estágio atual da evolução do direito internacional, o princípio fundamental da igualdade e não discriminação entrou no domínio do *jus cogens*.”⁴⁹⁴

Como já se observou, diante de possíveis tratamentos discriminatórios – especialmente quando se trata de discriminação fundada em “categorias suspeitas” –, a estratégia argumentativa preferencial no sistema interamericano consiste no escrutínio estrito das razões apresentadas pelo Estado para justificar a diferença de tratamento, impondo-lhe o ônus argumentativo de legitimar essa diferenciação. Porém, perante a Corte IDH, o Estado colombiano não apresentou propriamente uma defesa de mérito quanto à negativa do direito à pensão por morte aos casais homoafetivos.

Em verdade, o Estado colombiano admitiu que, sob sua jurisdição, houve um ato ilícito internacional durante o período em que estiveram vigentes no país disposições que não permitiam a concessão de pensões para casais do mesmo sexo. Contudo, o Estado ressaltou que essa ilicitude teria sido sanada antes mesmo da submissão do caso *Duque v. Colombia* à Corte IDH, com a superveniência de uma nova orientação jurisprudencial, consolidada pela Corte Constitucional Colombiana a partir de 2008, em favor da concessão da pensão por morte aos casais homoafetivos.⁴⁹⁵

Apesar da postura do Estado colombiano, a Corte IDH compreendeu que o reconhecimento de que houve um ato ilícito internacional no passado não significa que o Estado tenha reconhecido a sua responsabilidade internacional por este fato nem que ele tenha se comprometido a reparar integralmente os efeitos da ilicitude. Pelo contrário, ao apresentar as

⁴⁹³ OEA. **Caso Duque vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310. Requerente: Ángel Alberto Duque. Requerido: República da Colômbia. São José, Costa Rica: Corte IDH, 26 fev. 2016a, p. 21.

⁴⁹⁴ OEA, 2016a, p. 28.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 18.

modificações ocorridas na sua ordem jurídica interna, o Estado tentava demonstrar que já teria feito o suficiente para repará-la, com o objetivo de impedir uma responsabilização internacional. Por isso, a Corte concluiu que o reconhecimento do ato ilícito internacional pelo Estado não o eximia de analisar o caso para estabelecer a existência e a extensão de sua responsabilidade, embora o reconhecimento da ilicitude pudesse influenciar na dosagem da reparação.⁴⁹⁶

Assim, prosseguindo no julgamento e ante a ausência de razões justificativas apresentadas pelo Estado a serem escrutinadas, a Corte IDH adotou uma nova estratégia argumentativa, consistente na reconstrução abstrata do direito ao pensionamento por casais homoafetivos na ordem internacional para, a partir dessa reconstrução, determinar que o direito ao pensionamento pleiteado por Duque era uma consequência do direito à igualdade com o qual o Estado se comprometeu na ordem internacional.

Ao fazer essa reconstrução, o Tribunal americano enfatizou que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU afirmou, em suas observações gerais sobre o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 2008, que a orientação sexual não pode constituir motivo de discriminação no acesso à seguridade social. Do mesmo modo, ressaltou-se que, nos Princípios de Yogyakarta, de 2007, foi recomendado que os Estados assegurassem o acesso igualitário à pensão por morte, independentemente da orientação sexual ou identidade de gênero dos cônjuges ou parceiros civis. Indicou-se, ainda, que o Comitê de Direitos Humanos da ONU decidiu, em 2003, que a distinção entre casais do mesmo sexo e casais formados por pessoas de sexos diferentes, para fins de recebimento de pensões previdenciárias, não é razoável e objetiva.⁴⁹⁷

Prosseguindo na reconstrução do direito de pensão aos casais homoafetivos, agora em nível regional, a Corte IDH mencionou legislações e decisões judiciais favoráveis ao seu reconhecimento no México, Uruguai, Argentina, Brasil, Estados Unidos, Chile e na própria Colômbia, a partir de 2008.⁴⁹⁸

Diante de todos esses elementos, a Corte IDH concluiu que a existência de uma legislação interna no Estado colombiano, que negava o direito de pensão ao companheiro homoafetivo sobrevivente, a qual estava vigente à época do pedido apresentado por Duque, constituía uma discriminação vedada pela CADH. Assim, ainda que posteriormente tenha havido alteração jurisprudencial nacional sobre a matéria, eventual concessão posterior da

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 19.

⁴⁹⁷ OEA, 2016a, p. 32-33.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 33-35.

pensão não teria efeitos retroativos, de modo que a Corte IDH entendeu ser necessário declarar a responsabilidade internacional do Estado por violar o art. 24, em conjunto com o art. 1.1 da CADH, em razão do tempo em que Duque não teve acesso ao pensionamento em decorrência da legislação discriminatória do Estado; bem como lhe impor as necessárias medidas de reparação integral.

A opinião majoritária da Corte IDH nesse julgamento declarou apenas a violação do direito à igualdade (art. 24 da CADH), por não encontrar evidências suficientes de que a negativa do pensionamento tenha atingido, ainda que reflexamente, os direitos à vida e integridade pessoal (arts. 4.1 e 5.1 da CADH) ou às garantias e proteção judiciais (arts. 8.1 e 2.5 da CADH). De outra parte, em seu voto divergente, o juiz Eduardo Vio Grossi (Chile) afastou qualquer responsabilidade do Estado.

Na visão de Vio Grossi, a opinião majoritária ignorou dois aspectos do caso que seriam fundamentais: a plena satisfação das pretensões deduzidas antes da sentença, e a inexistência de obrigação jurídica do Estado agir como pretendia o peticionante.

Quanto ao primeiro aspecto, com apoio nos princípios da coadjuvância e da subsidiariedade, presentes no preâmbulo da CADH,⁴⁹⁹ Vio Grossi concluiu que o Estado já havia modificado suas disposições internas e reconhecido o direito da vítima de solicitar a concessão da pensão de sobrevivência à época do julgamento, motivo pelo qual não se justificaria a atuação da Corte IDH.⁵⁰⁰

Quanto ao segundo aspecto, no qual Vio Grossi empregou maior esforço argumentativo, fez-se uma ampla crítica à atuação da Corte IDH em matéria de proteção previdenciária de uniões homoafetivas, pois não existiria “[...] uma única fonte de Direito Internacional que impusesse ao Estado, à época, a obrigação de reconhecer o direito às pensões de sobrevivência aos casais constituídos por pessoas do mesmo sexo”.⁵⁰¹

A esse respeito, a opinião vencida partiu das regras clássicas de interpretação de tratados constantes nos arts. 31 e 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados para assentar que a interpretação dada à CADH pela Corte IDH no caso concreto não encontrava amparo nem no princípio da boa-fé nem no contexto regional ou em outras normas de direito internacional. Vio Grossi ressaltou que os Estados partes, em 1969, não tinham intenção alguma de tratar o

⁴⁹⁹ “[...] os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, *coadjuvante* ou *complementar* da que oferece o direito interno dos Estados americanos.” (OEA, 1969).

⁵⁰⁰ OEA, 2016a, p. 71.

⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 72.

tema das uniões homoafetivas e, por isso, as disposições da convenção não poderiam ser interpretadas, de boa-fé, como sendo direcionadas a elas. Além disso, ressaltou-se que, apesar do esforço do voto majoritário em afirmar certa tendência regional quanto ao tema, “[...] a grande maioria dos Estados Partes da Convenção não prevê, em suas respectivas legislações, as uniões civis ou de fato entre pessoas do mesmo sexo [...]”.⁵⁰² Do mesmo modo, atribuiu-se pouca relevância aos instrumentos de *soft law* e às jurisprudências internacional e nacionais citadas no voto majoritário, por não se tratar de fontes vinculantes.

Ao final, Vio Grossi contesta a extensão dada ao direito à igualdade na opinião vencedora, realçando que a obrigação de não discriminar, extraída do art. 1.1 da CADH, não possui uma existência autônoma em relação aos outros direitos expressamente enumerados no Tratado. Assim, não haveria uma obrigação genérica entre os Estados de não discriminar, mas apenas de não discriminar no tocante àqueles direitos descritos na CADH. No caso *Duque v. Colombia*, tendo em vista que o matrimônio e as uniões civis – heterossexuais ou homossexuais – “são duas realidades distintas” e que “somente a primeira foi contemplada na CADH”, não haveria discriminação no cumprimento de uma obrigação enumerada na CADH ao se negar o pensionamento no contexto de uma união civil entre pessoas do mesmo sexo.⁵⁰³

O raciocínio exposto no voto divergente de Vio Grossi é interessante porque permite confrontar duas visões muito distintas acerca de como deve funcionar o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Na opinião majoritária, há uma acentuada ênfase na universalidade dos direitos humanos e, por isso, na maneira como esses direitos são compreendidos na esfera internacional como um todo. Assim, embora nessa visão majoritária a existência de um consenso regional ou universal acerca do tema em análise não seja condição para se estabelecer a adequada interpretação do Tratado, não há dúvida de que existe um esforço argumentativo em se demonstrar que há harmonia entre a decisão da Corte IDH, as decisões nacionais, as decisões de outros organismos internacionais e os entendimentos produzidos por estes organismos, ainda que através de documentos de *soft law*.

Em sentido diverso, a opinião minoritária coloca ênfase na particularidade da CADH como documento singular, resultante de uma vontade manifestada por Estados específicos em um contexto específico. Assim, a argumentação não se direciona no sentido de integrar a compreensão regional dentro do mais amplo campo da proteção internacional de direitos

⁵⁰² *Ibid.*, p. 74.

⁵⁰³ OEA, 2016a, p. 80.

humanos, mas de compreender o sentido e o alcance da vontade manifestada pelos Estados americanos ao moldarem este sistema específico.

Em razão desta compreensão mais particularista, a opinião minoritária enxerga a CADH como uma lista de obrigações contratuais entre os Estados. Os direitos enumerados nos tratados seriam um conjunto de obrigações de fazer e não fazer assumidas pelos Estados, de forma objetiva, sem que isso implique, necessariamente, um compromisso com os princípios subjacentes a esses documentos.⁵⁰⁴ Assim, Vio Grossi reduz a importância do compromisso com a não discriminação, inclusive subordinando-o à existência de alguma outra obrigação mais específica descrita na CADH.

Na opinião majoritária, o paradigma do tratado como contrato é substituído pela sua compreensão como constituição. Nesse paradigma, a CADH não é apenas um conjunto de obrigações pactuadas, mas, sobretudo, um conjunto de princípios e valores compartilhados. Disso decorre a declaração expressa de que o princípio da igualdade é o “eixo central e fundamental” de todo o sistema interamericano. A partir dessa premissa, foi possível o intercâmbio entre a argumentação internacional e a argumentação constitucional, importando-se, das teorias da constituição, instrumentos usualmente empregados pelas Cortes constitucionais para lidar com textos normativos que possuem alta carga deontológica e menor precisão prática.⁵⁰⁵

É importante destacar que a opinião majoritária não nega a relevância da vontade dos Estados como elemento fundante do sistema regional de proteção, mas extrai do ato de criação da CADH uma vontade diversa daquela que Vio Grossi defende. Se, na opinião minoritária, a vontade dos Estados limitou-se à assunção de obrigações específicas, na opinião majoritária, essa vontade direcionou-se a uma finalidade maior, um projeto de sociedades americanas comprometidas com o respeito aos direitos humanos em toda a sua extensão e complexidade.

Desse modo, em alguma medida, tanto a argumentação majoritária quanto a argumentação minoritária possuem um elemento teleológico, mas diferem substancialmente quanto ao objetivo que se deve perseguir. Na opinião de Vio Grossi, o objetivo deve ser o de

⁵⁰⁴ Em obra acadêmica, Vio Grossi discorre sobre a natureza da comunidade internacional como uma ordem de fato, centrada na soberania estatal, na qual inexistente um “plano prévio que se pretenda implantar”. Por essa razão, rejeita a ideia de que a CADH ou qualquer outro tratado pudesse ser concebida como uma constituição supranacional, concluindo que “*no hay un tratado con valor en el ámbito internacional equivalente al de la constitución en el orden interno*”. (Vio Grossi, 2015, p. 109).

⁵⁰⁵ Percebe-se, como já acentuado por LEGALE em outras temáticas, que a Corte IDH também se afastou do modelo clássico de interpretação de tratados nos casos ora em apreço, o que corrobora a conclusão de que “a própria Corte IDH percebe a si própria como uma espécie de Tribunal Constitucional Internacional” e que há “a equiparação da CADH com uma Constituição Transnacional dos Direitos Humanos” (Legale, 2019, p. 169-170).

preservar aqueles compromissos assumidos de modo mais específico pelos Estados em 1969, ao passo que a maior parte dos membros da Corte IDH compreendeu que o objetivo a ser perseguido seria fazer com que o conjunto de valores que orientou a formulação da CADH – com especial ênfase à igualdade – continuasse tendo sentido e efetividade nos novos contextos que se apresentaram.

Em consequência, do ponto de vista tópico, a compreensão majoritária coloca o texto da CADH como um *topos* matriz do sistema, do qual podem ser derivados diversos outros subníveis de *topoi*. Há uma maior abertura criativa, permitindo-se que, sob a contingência de novos problemas, os lugares-comuns mais gerais, como a igualdade, sejam reelaborados para aplicação em contextos com menor grau de abstração, mantendo-se o sistema regional de proteção em constante movimento. Nesse aspecto, a visão adotada na opinião majoritária está em sintonia com o que foi observado na dinâmica geral das decisões da Corte EDH no capítulo anterior.

Por outro lado, a visão minoritária é bastante estéril quanto à atividade tópica, pois limita muito taxativamente quais obrigações podem ser extraídas da CADH. De fato, caso adotada essa visão mais restritiva no longo prazo, a Corte IDH deixaria de exercer como função principal a interpretação da CADH para se converter mais propriamente em um órgão de fiscalização e punição em moldes mais formalistas.⁵⁰⁶

O último caso apreciado pela Corte IDH antes da Opinião Consultiva n. 24 foi *Flor Freire v. Ecuador*,⁵⁰⁷ ⁵⁰⁸ julgado em 2016, que tratou da dispensa discriminatória do tenente Homero Flor Freire das Forças Armadas Equatorianas.

Em 2001, Flor Freire foi condenado administrativamente por haver praticado condutas sexuais com um soldado dentro de uma instituição militar, fato que motivou a sua dispensa. O Tribunal Constitucional equatoriano negou o pedido de amparo apresentado pelo tenente e manteve sua demissão em fevereiro de 2002. A demanda chegou à Comissão IDH também em

⁵⁰⁶ Vio Grossi defende essa visão mais restritiva da atuação da Corte IDH, asseverando que a competência daquele tribunal “[...] *no es de promover y defender los derechos humanos, importantísima tarea asignada convencionalmente a la Comisión, sino impartir justicia en materia de derechos humanos, interpretando y aplicando la Convención; es decir, un tratado, en cuya base se encuentra la voluntad de sus Estados partes, que es lo que garantiza su vigencia y, en definitiva, el pleno respeto de los derechos humanos, función que la Corte no puede sustituir per se.*” VIO GROSSI, 2015, p. 110.

⁵⁰⁷ OEA. **Caso Flor Freire Vs. Ecuador**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315. São José, Costa Rica: Corte IDH, 2016b.

⁵⁰⁸ Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em espanhol.

2002 e, diante da inexistência de solução amistosa, foi submetida à Corte IDH em dezembro de 2014.⁵⁰⁹

Independentemente da veracidade da acusação, o que foi negado por Flor Freire, é certo que a legislação equatoriana punia de modo diverso condutas sexuais entre militares de sexos diferentes e militares do mesmo sexo. Os “atos sexuais ilegítimos”, praticados por militares em geral, nas repartições militares, eram punidos com prisão administrativo-militar e suspensão temporária. Os “atos de homossexualidade”, praticados por militares em qualquer local – inclusive fora de serviço –, eram punidos com a baixa oficial. A referida legislação, ao punir inclusive condutas homossexuais fora de serviço, tinha como efeito prático impedir a participação de pessoas em relacionamentos homoafetivos nas forças armadas.⁵¹⁰

Nesse caso, novamente o Estado acusado sequer formulou uma defesa direta da conduta discriminatória, limitando-se a sustentar que, após a dispensa de Flor Freire, o ordenamento jurídico interno foi modificado, com a revogação, em 2018, do dispositivo legal que motivou a sua punição. Todavia, essa alegação não impediu que a Corte prosseguisse na análise do caso para avaliar a reponsabilidade internacional do Estado à época e a necessidade de uma integral reparação.

Sem razões justificadas para escrutinar, a Corte IDH mais uma vez adota a estratégia argumentativa de reconstruir o tema em debate a partir das normas e decisões judiciais nacionais e internacionais sobre ele. Assim, foram mencionadas, além da jurisprudência estabelecida pela Corte EDH nos casos militares, resoluções acerca da discriminação contra pessoas LGBTQIA+ emitidas pela Assembleia Geral da OEA e diversas disposições de órgãos internacionais, com destaque para o regramento que institui a “Política sobre Igualdade de Oportunidades e Diversidade em Pessoal Internacional e Pessoal Militar Internacional” na OTAN. No âmbito regional, foram apresentadas legislações e decisões judiciais da Argentina, Chile, Estados Unidos, Colômbia, Brasil e Peru. A partir dessa compreensão, a Corte IDH concluiu, de modo unânime – inclusive com a participação do juiz Eduardo Vio Grossi –, que houve violação aos direitos à igualdade e não discriminação previstos no art. 24 combinado com o art. 1.1 da CADH, os quais já eram exigíveis do Estado à época dos fatos.

A Corte igualmente declarou a violação dos direitos à honra e à dignidade de Flor Freire (art. 11.1 da CADH), em razão dos reflexos da dispensa arbitrária na estima social e pessoal do petionante, assim como a violação do seu direito a um julgamento justo e imparcial (art. 8.1),

⁵⁰⁹ OEA, 2016b, p. 4-5.

⁵¹⁰ OEA, 2016b, p. 37-36.

pois o comandante militar que determinou o afastamento do tenente antes de iniciado o procedimento disciplinar atuou, posteriormente, como juiz disciplinar, fato que a Corte IDH considerou haver comprometido sua imparcialidade. Além disso, o Tribunal verificou a ausência de fundamentação nas decisões nacionais.

Ao fixar as medidas reparatórias, é interessante a argumentação apresentada pela Corte EDH para definir a extensão da reparação integral, que tem como elemento central a tentativa de extirpar, na maior extensão possível, as consequências da violação. Por essa razão, incluiu-se, no caso de Flor Freire, a condenação do Estado em conceder à vítima “o grau hierárquico que corresponda aos seus colegas de turma”, concedendo-lhe “todos os benefícios e prestações sociais que correspondam ao referido posto”.⁵¹¹

Ao contrário de *Atala Riffo y Otros v. Chile* e *Duque v. Colombia*, a compreensão de que a união homoafetiva é entidade familiar equiparável àquelas existentes entre pessoas heterossexuais não foi diretamente abordada no caso do tenente Flor Freire, o que resultou em um julgamento com menor controvérsia interna na Corte IDH. Em todo o caso, extrai-se desses três processos iniciais um caminho tópico-argumentativo em construção no sistema regional, contra o qual se opõem questionamentos e propostas distintas. É justamente o embate entre essas perspectivas que será o núcleo divisor da discussão a ser enfrentada na fundamentação da Opinião Consultiva n. 24.

4.3 A argumentação na construção da Opinião Consultiva n. 24

Em 2017, a Costa Rica apresentou perante a Corte IDH pedido de opinião consultiva acerca da extensão da proteção que o Estados membros da CADH deveriam dar às uniões entre pessoas do mesmo sexo.⁵¹² Nas razões desse pedido, o Estado afirmou que, no julgamento dos casos *Atala Riffo y Otros v. Chile* e *Duque v. Colombia*, a Corte IDH já havia determinado que a orientação sexual constituiria uma categoria protegida contra a discriminação pela CADH. A partir desse cenário, o Estado afirmou que surgiram “[...] dúvidas com respeito ao conteúdo da proibição da discriminação em razão de orientação sexual [...]”, especialmente “[...] para determinar se certos atos se encontram protegidos por esta categoria de discriminação.” Em razão do contexto de indefinição jurídica na região, o Estado sustentou que a atuação consultiva

⁵¹¹ OEA, 2016b, p. 77.

⁵¹² A Opinião Consultiva n. 24 tratou, ao mesmo tempo, de questões referentes à discriminação decorrentes da identidade de gênero e da orientação sexual. Por razões exclusivamente metodológicas, a fim de permanecer nos limites do objeto proposto nesta pesquisa, a análise empreendida recairá sobre a argumentação relacionada aos aspectos de orientação sexual.

da Corte IDH seria “[...] uma contribuição fundamental para o Estado da Costa Rica e para todos os países do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pois permitiria adaptar o ordenamento interno aos padrões interamericanos, em garantia das pessoas e de seus direitos.”⁵¹³

Especificamente em relação às uniões homoafetivas, o Estado requereu a opinião da Corte IDH quanto à interpretação dos arts. 1º, 11.2 e 24 da CADH, para esclarecer se “[...] o Estado deve reconhecer todos os direitos patrimoniais que se derivam de um vínculo entre pessoas do mesmo sexo [...]” e se “[...] é necessária a existência de uma figura jurídica que regulamente os vínculos entre pessoas do mesmo sexo para que o Estado reconheça todos os direitos patrimoniais que se derivam desta relação [...]”.⁵¹⁴

O recebimento do pedido de opinião consultiva e toda a sua tramitação foram cercados de grande interesse pela comunidade internacional. Nela intervieram nove Estados partes, entre eles, o Brasil,⁵¹⁵ a Comissão IDH, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, e dezenas de instituições governamentais e não governamentais. Na lista de intervenientes constam figuras muito diversas, como órgãos nacionais de defesa dos direitos humanos, faculdades e instituições de ensino do direito, grupos de ativismo LGBTQIA+ e representantes de instituições religiosas.⁵¹⁶

Desde o julgamento do caso *Duque v. Colombia*, já se constatava na Corte IDH duas visões distintas acerca de como as relações homoafetivas deveriam ser interpretadas à luz da CADH, decorrendo, dessa dualidade de concepções, dois estilos argumentativos diferentes. Essa mesma dualidade é reproduzida na Opinião Consultiva n. 24, que nos apresenta dois conjuntos de argumentações independentes: de um lado, a opinião consultiva propriamente dita, que expressou a conclusão da maioria dos juízes de que os Estados devem garantir aos casais do mesmo sexo o acesso a todas as figuras já existentes nos ordenamentos jurídicos internos, incluindo o matrimônio; de outro, a “contraopinião consultiva” do juiz Eduardo Vio Grossi, que novamente defendeu não haver previsão de norma internacional quanto ao tema.

Iniciando pela análise da opinião majoritária na Corte IDH, a argumentação do Tribunal começa a ser desenvolvida já no tópico da admissibilidade do pedido de consulta. Há grande

⁵¹³ OEA. **Opinión Consultiva OC-24/17**. São José, Costa Rica: Corte IDH, 24 nov. 2017, p. 4.

⁵¹⁴ OEA, 2017, p. 5.

⁵¹⁵ Em sua manifestação escrita, o Estado brasileiro não argumentou especificamente sobre o tema das uniões homoafetivas ou sobre como a Corte IDH deveria decidi-lo, limitando-se a informar que, com o julgamento da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ, pelo Supremo Tribunal Federal, e a edição da Resolução n. 175/13, pelo Conselho Nacional de Justiça, os casais do mesmo sexo passaram a ter pleno acesso ao matrimônio no país, em igualdade de condições com os casais heterossexuais.

⁵¹⁶ OEA, *op. cit.*, p. 5-8.

debate teórico acerca de qual seria a real função do procedimento consultivo no sistema interamericano, os seus limites e a sua capacidade vinculativa.⁵¹⁷ Embora a Corte IDH não tenha respondido diretamente a essas indagações teóricas na Opinião Consultiva n. 24, ela deixou claro que o objetivo prático da resposta à consulta que se estava admitindo era “[...] especificar as obrigações estatais em relação aos direitos das pessoas LGBTI [...]” e determinar “[...] princípios e obrigações concretas que os Estados devem cumprir em termos de direito à igualdade e à não discriminação.”⁵¹⁸

Independentemente do valor que se atribua posteriormente à opinião consultiva – se vinculante ou persuasivo –, é inequívoco que a Corte IDH enxerga a sua própria missão institucional como sendo a de especificar, diante de problemas concretos, as cláusulas com maior abertura semântica contidas na CADH. O Tribunal se posiciona como uma verdadeira agência tópica, na qual os lugares-comuns de primeira ordem, inscritos na CADH e fundantes do sistema interamericano, são depurados em *topoi* de nível inferior. Os *topoi* resultantes da atividade tópico-interpretativa da Corte IDH são inferiores na ordem tópica porque se subordinam àqueles lugares-comuns de primeira ordem inscritos na CADH, porém, inegavelmente, possuem um conteúdo obrigacional mais incisivo para os Estados, exatamente porque são mais específicos.

Compreendida a atuação da Corte IDH como agência tópica, é esperado que a estrutura argumentativa de suas decisões não se altere muito entre a competência contenciosa e a competência consultiva. No exercício da competência contenciosa, apresenta-se à Corte IDH um problema concreto e real, com o objetivo de que ela determine qual é a conduta compatível com a CADH diante daquela situação problemática. No exercício da competência consultiva, apresenta-se à Corte IDH um problema concreto, porém hipotético, igualmente esperando-se que ela determine qual é a conduta compatível com a CADH diante daquela situação problemática. Em ambas as situações, caberá a Corte IDH a tarefa de, conforme afirmou o próprio Tribunal, entregar a “norma convencional interpretada”.^{519 520}

Com efeito, o problema do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas poderia ter chegado ao Tribunal através da história de um casal real de pessoas do mesmo sexo, porém foi apresentado na forma de uma indagação abstrata sobre como o Estado deveria agir diante

⁵¹⁷ Com argumentação favorável à força vinculante da opinião consultiva, ver: Moreta (2019). Contra a força vinculante das opiniões consultivas, ver: Vio Grossi (2018).

⁵¹⁸ OEA, 2017, p. 13.

⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 14.

⁵²⁰ Dessa compreensão da Corte IDH acerca de sua competência para entregar a “norma convencional interpretada”, decorre a doutrina da “*res interpretada*”. Sobre o tema, ver: Ferrer Mac-Gregor (2013).

de uma hipotética relação entre pessoas do mesmo sexo. Em todo o caso, diante de um problema real ou hipotético, o resultado esperado da atuação da Corte IDH e as estratégias argumentativas úteis para a resolução do problema em ambas as formulações são similares.

Após afirmar sua competência para responder à consulta do Estado, a Corte IDH destaca a preocupação que diversos organismos internacionais têm manifestado acerca da violência decorrente da discriminação por orientação sexual e, fazendo referência ao caso *Flor Freire v. Ecuador*, afirma que já “[...] verificou, no exercício da sua competência contenciosa, as consequências da falta de reconhecimento oficial das relações entre pessoas do mesmo sexo.”⁵²¹ Com essas referências, estabelece-se um vínculo de continuidade entre os casos contenciosos anteriores e a opinião consultiva, e expõe-se a matriz teleológica que orientará toda a argumentação da opinião consultiva. O tribunal enxerga que o não reconhecimento das uniões homoafetivas tem consequências na propagação das violências contra a comunidade LGBTQIA+ e na violação de outros direitos humanos internacionalmente reconhecidos, compreendendo que sua decisão acerca daquele tema precisa considerar essas consequências.

Ainda sobre o prisma teleológico, a Corte IDH ressaltou que, conforme a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, um tratado deve ser interpretado “à luz de seu objetivo e finalidade”. Em se tratando da CADH, o seu objeto e finalidade é a “proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos”. Dessas premissas, decorreriam três especificidades a serem consideradas na interpretação da CADH.⁵²²

Em primeiro lugar, diferentemente dos tratados em geral, que criam obrigações entre Estados, a CADH cria obrigações entre o Estado e as pessoas submetidas à sua jurisdição, conferindo ao indivíduo o direito de exigir, no sistema internacional, a observância de seus direitos. Portanto, a leitura da CADH não pode ser centrada na figura do Estado, como seria nos tratados clássicos, mas deve procurar o “melhor ângulo para a proteção do indivíduo”, pois é esta a finalidade do tratado.⁵²³

Em segundo lugar, a fim de cumprir com a finalidade da CADH e com as normas interpretativas presentes em seu art. 29,⁵²⁴ a leitura da CADH deve orientar-se pelo princípio

⁵²¹ OEA, 2017, p. 25.

⁵²² *Ibid.*, p. 29.

⁵²³ *Ibid.*

⁵²⁴ “Artigo 29. Normas de interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática

pro persona, segundo o qual o texto desse Tratado não pode reduzir o nível de proteção à pessoa presente na legislação nacional ou no *corpus iuris* internacional. Para a aplicação desse princípio, a Corte IDH adotou um conceito de *corpus iuris* internacional bastante amplo, no qual se incluem não apenas as fontes normalmente vinculantes, como os tratados e o costume internacional, mas, igualmente, “normas de caráter geral ou de *soft law*”, pois estas “[...] dotam de maior precisão os conteúdos mínimos determinados convencionalmente.”⁵²⁵

Em terceiro lugar, a Corte IDH defende que a CADH não é um documento internacional isolado, mas integra um sistema de direito internacional mais amplo, que partilha do mesmo objetivo protetivo. Em consequência, a interpretação da CADH, na temática sob exame, deve ter em consideração, como fontes adicionais, as “regulamentações internacionais sobre pessoas LGBTI” e “[...] a jurisprudência e as decisões a este respeito, bem como as resoluções, pronunciamentos e declarações relacionadas ao tema adotado em âmbito internacional.”⁵²⁶

A partir dessas premissas interpretativas, a fim de formular sua resposta às perguntas do Estado requerente, a Corte IDH passou a interpretar os arts. 1º, 11.2 e 24 da CADH, expressamente mencionados no pedido, e inseriu, espontaneamente, o art. 17 da CADH no debate, que trata do direito à família.

Em relação ao direito à igualdade e à não discriminação (art. 24 combinado com o art. 1.1 da CADH), a Corte IDH iniciou sua argumentação seguindo exatamente o mesmo itinerário dos casos contenciosos anteriores.⁵²⁷ De plano, ressaltou que o direito à igualdade é norma de *jus cogens* e princípio fundamental do sistema interamericano. Em seguida, com base em diversos documentos internacionais, estabeleceu que a orientação sexual é uma categoria protegida pela CADH. Por fim, afirmou que medidas que impliquem tratamento diferenciado em razão da orientação sexual deveriam satisfazer um ônus argumentativo particularmente exigente.⁵²⁸

representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.” (OEA, 2017, p. 30).

⁵²⁵ OEA, 2017, p. 30.

⁵²⁶ *Ibid.*

⁵²⁷ É interessante notar que o quórum que julgou a Opinião Consultiva n. 24 foi composto por seis juízes que já haviam participado do julgamento do caso *Flor Freire v. Ecuador*: Roberto F. Caldas (Brasil), Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México), Eduardo Vio Grossi (Chile), Humberto Antonio Sierra Porto (Colômbia), Elizabeth Odio Benito (Costa Rica), e Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina). O juiz Patricio Pazmiño Freire (Equador) não participou do julgamento deste caso por ser nacional do Estado acusado, porém participou do julgamento da Opinião Consultiva n. 24.

⁵²⁸ OEA, *op. cit.*, p. 30-41.

No passo argumentativo seguinte, a Corte IDH projetou os efeitos do princípio da igualdade sobre a proteção que a CADH concede às famílias, nos termos dos arts. 11.2⁵²⁹ e 17.1 do tratado regional.⁵³⁰ Para isso, entendeu-se ser necessário examinar o significado da palavra “família”, empregado na CADH, sobre quatro prismas: “[...] [a] o sentido corrente do termo (interpretação literal), [b] seu contexto (interpretação sistemática), [c] seu objeto e finalidade (interpretação teleológica), assim como [d] a interpretação evolutiva de seu alcance.”^{531 532}

Em seu sentido corrente, a palavra família remete a uma instituição social que surge das necessidades e aspirações mais básicas do ser humano e busca realizar anseios de segurança, conexão e refúgio, que expressam a melhor natureza do gênero humano. Por essa razão, a expressão família não é usada como sinônimo de casamento, sendo empregada na linguagem comum atual para designar diversas realidades sociais distintas, como a família monoparental e a família extensa, para além das relações entre filhos e genitores. Assim, o fato de a CADH possuir algumas disposições específicas acerca do casamento (itens 2, 3, 4 e 5 do art. 17 da CADH) não significa que a família mencionada no art. 17.1 seja somente aquela limitada ao casamento.⁵³³

Sob o aspecto sistemático, a Corte IDH concluiu que uma concepção abrangente de família é corroborada por outros documentos internacionais americanos. Nesse sentido, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem afirma que “toda pessoa tem o direito de constituir uma família”, sem qualquer menção a gênero, orientação sexual ou forma familiar específica. Mais recentemente, o Protocolo Adicional em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador) repetiu a afirmação de que “toda pessoa tem direito de constituir uma família”, novamente de modo geral e abrangente. De modo ainda mais amplo, a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas reconheceu que os povos originários “têm o direito de preservar, manter e promover seus próprios sistemas familiares” e que “os Estados reconhecerão, respeitarão e protegerão as diferentes formas indígenas de família”, o que estendeu o conceito de família a uma variedade de sistemas culturais com diversidade inimaginável. Diante desse sólido conjunto normativo em favor da pluralidade

⁵²⁹ “Artigo 11.2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.” (OEA, 2017).

⁵³⁰ “Artigo 17. 1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.” (OEA, 2017).

⁵³¹ OEA, 2017, p. 64.

⁵³² Não se pode deixar de notar que esta divisão de argumentos interpretativos adotada pela Corte IDH é semelhante àquela sugerida por MacCormick e escolhida como instrumento analítico no capítulo inicial deste trabalho.

⁵³³ OEA, *op. cit.*, p. 70.

familiar, afirmar que a CADH adotou um conceito restrito de família geraria evidente incongruência sistêmica.⁵³⁴

Na dimensão teleológica, segundo a Corte IDH, é preciso buscar o significado do termo família que melhor atenta ao objeto e à finalidade da CADH, que é a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, sem distinção alguma. Esse conceito de família deve ser capaz de contemplar “a riqueza e diversidade da região” em matéria de arranjos familiares.⁵³⁵ Assim, atribuir à CADH uma interpretação restritiva em tema de proteção à família não é coerente com os objetivos perseguidos pelo sistema regional.

Acerca da interpretação evolutiva, a Corte IDH, fazendo menção à jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, destacou ser conhecido, no direito internacional, que há tratados em que os Estados partes optam por utilizar uma linguagem cujo significado não seja fixo, com o objetivo de que a interpretação do tratado seja capaz de evoluir para permitir o desenvolvimento nessa seara de atuação. Nessas espécies de tratados, entre as quais a CADH se insere, é necessário que os termos mais genéricos empregados pelos Estados tenham o seu significado constantemente adaptado a novos contextos de aplicação, em uma interpretação evolutiva, “[...] justamente para respeitar a intenção inicial dos Estados”.⁵³⁶ O conceito de família, que é claramente permeável e flexível, foi empregado de forma genérica na CADH e, desse modo, deve receber uma interpretação que seja coerente com as circunstâncias atuais.

Por todos esses argumentos, a Corte IDH concluiu que a CADH adotou um modelo abrangente e flexível de família, que é suficientemente largo para abarcar “[...] o vínculo familiar que casais do mesmo sexo podem estabelecer por meio de relações afetivas com ânimo de permanência, que buscam empreender um projeto de vida conjunto, tipicamente caracterizado por cooperação e apoio mútuo [...]”. Em decorrência desse enquadramento jurídico – segundo o qual as famílias homoafetivas amoldam-se ao conceito de família adotado pela CADH –, “[...] é obrigação dos Estados reconhecer estes vínculos familiares e colocá-los de acordo com a Convenção [...]”.⁵³⁷

No último passo do raciocínio desenvolvido pela Corte IDH, argumenta-se que o dever de proteção dos vínculos familiares protegidos pela CADH – entre eles, as uniões homoafetivas – deve obedecer à norma fundamental de igualdade e não discriminação. Da confluência entre

⁵³⁴ *Ibid.*, p. 71.

⁵³⁵ “A riqueza e diversidade da região se viram refletidas nos casos submetidos à competência contenciosa da Corte, o que explica as diversas configurações familiares que podem ser protegidas, incluindo as famílias poligâmicas.” (OEA, 2017, p. 71).

⁵³⁶ OEA, 2017, p. 72.

⁵³⁷ *Ibid.*

o reconhecimento da proteção convencional às uniões homoafetivas e o dever de tratamento igualitário, alcança-se a conclusão de que “[...] estabelecer um tratamento diferente entre os casais heterossexuais e aqueles do mesmo sexo na forma em que possam fundar uma família – seja por uma união marital de fato ou um matrimônio civil – não logra superar um teste estrito de igualdade [...]”.⁵³⁸

Para justificar essa conclusão, a Corte IDH realiza um raciocínio hipotético acerca de quais justificativas são usualmente empregadas nas discussões internacionais para se tentar impedir o tratamento igualitário no acesso de casais hétero e homossexuais às figuras jurídicas constitutivas próprias dos diversos tipos familiares.

Nesse sentido, a Corte IDH observa que “[...] para negar [a casais do mesmo sexo] o direito de ascender à instituição do matrimônio, tipicamente se esgrime como argumento que sua finalidade é a procriação e que tais uniões não cumpririam com tal fim [...]”. Todavia, o Tribunal conclui que esse argumento não é sólido, pois o acesso de casais heterossexuais ao matrimônio não pressupõe que eles tenham interesse em ter filhos, tampouco que possuam capacidade reprodutiva real. Portanto, o ideal procriativo não é uma característica que defina as relações conjugais, não podendo ser usado como fundamento para justificar o tratamento diferenciado.⁵³⁹

Outro argumento recorrente, segundo a Corte IDH, seria “[...] a suposta falta de consenso no interior de alguns países em relação ao pleno respeito pelos direitos das minorias sexuais [...]”. A esse respeito, foi reiterado o raciocínio já exposto nos casos *Atala Riffo y Otros v. Chile*, *Duque v. Colombia* e *Flor Freire v. Ecuador*, no sentido de que os Estados não podem invocar estereótipos relacionados à orientação sexual, ainda que predominantes em sua população, para justificar a negativa de direitos, sob pena de perpetuarem e reproduzirem a discriminação histórica e estrutural que esses grupos ou pessoas sofrem.⁵⁴⁰

A Corte IDH também destacou que, “[...] às vezes, a oposição ao matrimônio entre pessoas do mesmo sexo está embasada em convicções religiosas ou filosóficas.” Em relação a este último aspecto, foi lembrado aos Estados que, em sociedades democráticas, deve existir coexistência mutuamente pacífica entre o secular e o religioso. O papel dos Estados é, assim, respeitar a esfera na qual cada um habita e, em qualquer caso, não forçar um na esfera do outro.⁵⁴¹

⁵³⁸ OEA, *op. cit.*, p. 79.

⁵³⁹ OEA, 2017.

⁵⁴⁰ *Ibid.*

⁵⁴¹ *Ibid.*

Após rejeitar essas eventuais objeções, a Corte IDH concluiu que, na ausência de justificativas para o tratamento diferenciado, os Estados têm a obrigação de deferir aos casais homossexuais a mesma proteção jurídica disponível aos casais heterossexuais. Esse tratamento igualitário não se restringe aos aspectos patrimoniais, que foram o objeto da consulta formulada pelo Estado chileno, mas alcança todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e outros internacionalmente reconhecidos.⁵⁴²

Ao final, a resposta da Corte IDH define que a forma adequada para que os Estados protejam as uniões homoafetivas, à luz do direito à igualdade e à não discriminação incidente sobre os diversos tipos familiares, é garantir que casais homossexuais possam usufruir das mesmas figuras jurídicas já disponíveis em seus ordenamentos jurídicos internos para os casais heterossexuais, com a mesma extensão de direitos e deveres, inclusive com idêntico *nomen iuris*.⁵⁴³

Em síntese, os passos argumentativos desenvolvidos pela Corte IDH na Opinião Consultiva n. 24 estão representadas no quadro a seguir:

Quadro 15 – Fluxo argumentativo na Opinião Consultiva n. 24

1. O direito à igualdade e à não discriminação é norma de *jus cogens* e princípio fundamental do sistema interamericano, nos termos do art. 24 combinado com o art. 1.1 da CADH;
2. A orientação sexual é uma categoria protegida pelo direito à igualdade e à não discriminação;
3. Dado o estabelecido em 1 e 2, a prática de diferenciação de tratamento em razão da orientação sexual demanda justificativas especialmente relevantes;
4. As uniões homoafetivas enquadram-se na proteção convencional da família, nos termos dos arts. 11.2 e 17.1 da CADH;
5. Dado o estabelecido em 4, os Estados têm o dever de proteger as uniões homoafetivas, nos termos da Convenção;
6. Dado o estabelecido em 3 e 5, oferecer proteção inferior aos diferentes tipos familiares em razão da orientação sexual exige a presença de justificativas especialmente relevantes;
7. Não há razões especialmente relevantes capazes de satisfazer o ônus justificativo previsto em 6, motivo pelo qual os Estados devem oferecer aos casais homossexuais o acesso às mesmas figuras jurídicas familiares disponíveis aos casais heterossexuais.

Fonte: elaborado pelo autor.

⁵⁴² OEA, 2017, p. 74.

⁵⁴³ “Criar uma instituição que produza os mesmos efeitos e habilite os mesmos direitos que o matrimônio, mas que não leve esse nome, à consideração do Tribunal, não tem nenhum sentido, exceto apontar socialmente para casais do mesmo sexo com uma denominação que indique uma diferença estigmatizante, ou pelo menos, como um sinal de subestimação.” (OEA, 2017, p. 79).

As premissas de 1 a 3 já haviam sido fixadas expressamente nos casos contenciosos anteriormente julgados pela Corte IDH. As premissas 4 e 5 já haviam sido mencionadas lateralmente, mas somente na Opinião Consultiva n. 24 foram integradas plenamente às razões de decidir. A grande novidade reside na conclusão da Corte IDH constante nas assertivas 6 e 7, que sintetizam o resultado da intersecção entre o reconhecimento do *status* familiar das uniões homoafetivas (premissas 4 e 5) e a aplicação forte do direito à igualdade e à não discriminação (premissas de 1 a 3).

Destaque-se que as assertivas 6 e 7 admitem condições de refutação, consistentes em razões capazes de justificar a discriminação, as quais foram afastadas de forma meramente exemplificativa. Com base nas alegações mais comuns contra o acesso dos casais homoafetivos às uniões civis e ao matrimônio, a Corte IDH concluiu não haver fundamentos capazes de justificar o tratamento diferenciado. Contudo, essa análise não foi exaustiva. Não se analisou, por exemplo, o argumento de que as uniões homoafetivas poderiam impactar no crescimento demográfico e na segurança nacional, como alegado pelo Estado russo perante a Corte EDH. Em todo o caso, ainda que seja possível a existência de alguma condição de refutação desconsiderada no raciocínio empreendido pela Corte IDH, é difícil imaginar alguma objeção que consiga elidir a força atribuída, no sistema interamericano, ao direito à igualdade.

Em termos comparativos, observa-se que a premissa 1 é um *topos* bastante característico do sistema regional americano, que não encontra paralelo, com a mesma força argumentativa, na jurisprudência da Corte EDH. Após o julgamento do caso *Oliari and Others v. Italy*, a Corte EDH conseguiu alcançar as conclusões contidas nas premissas 2, 3, 4 e 5, fixando o dever dos Estados europeus em oferecer alguma proteção jurídica mínima às uniões homoafetivas. Porém, diferentemente da Corte IDH, a Corte EDH não avança para as conclusões constantes das assertivas 6 e 7, pois falta em seu raciocínio a força argumentativa da premissa 1. No sistema europeu, preferiu-se, ao invés de afirmar uma incidência forte do direito à igualdade e à não discriminação, delegar a proteção exigida pela premissa 5 à margem de apreciação nacional.

Em outro vértice, na “contraopinião consultiva” apresentada no voto divergente do juiz Eduardo Vio Grossi, parte-se da já declarada leitura restritiva que este julgador possui do direito à igualdade e à não discriminação contido na CADH. Em sua visão, o compromisso com esse direito não implicaria necessariamente obrigações de agir específicas para o Estado e, portanto, a Corte IDH não poderia derivar, dessa norma geral, deveres estritos, pois “[...] a Corte não tem o direito, no exercício de suas competências, de modificar a Convenção, razão pela qual sua

jurisdição consultiva ou não contenciosa não deve transformar-se no exercício de função normativa.”⁵⁴⁴

Ao diminuir a força normativa do dever de tratamento não discriminatório estabelecido na CADH, fundamento central da Opinião Consultiva n. 24, a opinião minoritária afirma que “[...] não se dispõe de uma fonte autônoma do Direito Internacional, isto é, de um tratado, costume ou princípio geral de direito, que, no âmbito jurídico americano, guie a união de pessoas do mesmo sexo.”⁵⁴⁵ Desse modo, por não ser possível extrair a proteção das uniões homoafetivas diretamente da CADH nem das outras fontes de direito internacional por ele mencionadas, não haveria espaço para o tratamento do tema no sistema interamericano, mas apenas no âmbito nacional.

Em crítica à abordagem teleológica empreendida pela maioria, Vio Grossi transcreve a definição de matrimônio constante no Dicionário da Real Academia Espanhola, conforme a edição de 1984, que define o instituto como sendo uma “[...] união de homem e mulher, acordada mediante certos ritos ou formalidades legais [...]”.⁵⁴⁶ Em sua compreensão, foi esse instituto que os Estados partes, em 1969, desejaram proteger, não havendo nenhum elemento no preâmbulo da CADH, em seus anexos ou em tratados posteriores que implique extensão do instituto aos casais de mesmo sexo.

A opinião minoritária afirma, ainda, que os integrantes da corrente majoritária incorreram, eles próprios, em possível atitude discriminatória, “[...] ao presumir, sem dar uma explicação ou fundamento, que aqueles que se opõem ao matrimônio entre pessoas do mesmo sexo têm convicções religiosas ou filosóficas impróprias.”⁵⁴⁷ Defende-se, assim, que todas as pessoas devem poder expressar livremente seus pontos de vista políticos, ideológicos ou religiosos sobre as normas jurídicas, pois essas opiniões poderiam ser úteis para entender mais exatamente o significado e o alcance da disposição em questão dentro do contexto de uma sociedade democrática, não sendo apropriado que a Corte IDH as rejeitasse *prima face*.

Vio Grossi conclui afirmando que a decisão da Corte IDH invadiu a competência normativa que, no âmbito do sistema americano, competiria apenas aos Estados partes. Caso se pretendesse o reconhecimento dos casais do mesmo sexo e, inclusive, o reconhecimento do matrimônio entre eles, seria necessário que os Estados americanos o fizessem celebrando um tratado que o contemplasse. Em síntese, sob o ponto de vista da opinião vencida, apenas a

⁵⁴⁴ OEA, 2017, p. 86.

⁵⁴⁵ OEA, 2017, p. 96.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 100.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 102.

reivindicação de tratamento igualitário não seria suficiente para permitir a resposta dada à consulta pela maioria do Tribunal.

De um modo geral, a análise da Opinião Consultiva n. 24 revela que, a despeito da divergência interna no corpo de julgadores, prevaleceu na Corte IDH uma visão que compreende a função do próprio Tribunal como uma agência tópica, ou seja, como órgão encarregado de transformar os lugares-comuns genéricos estabelecidos na CADH em *topoi* mais concretos acerca das obrigações internacionais dos Estados. Essa compreensão foi majoritária tanto na competência consultiva quanto na competência contenciosa, não se verificando alterações argumentativas relevantes no raciocínio desenvolvido no exercício dessas duas atividades.

Entre os argumentos interpretativos empregados no debate, é notório o enfoque teleológico que prevaleceu na argumentação da opinião majoritária. O Tribunal estabeleceu, em primeiro lugar, o objetivo primordial da CADH, que seria proteger os direitos humanos de todas as pessoas, sem distinção. A partir dessa premissa, orientou toda a interpretação do Tratado para o alcance da referida finalidade protetiva, conferindo especial relevo ao *topos* da igualdade, elemento indissociável desta.

O advento da Opinião Consultiva n. 24 consolidou, no sistema americano, a mesma compreensão adotada no sistema europeu acerca da proteção internacional das uniões homoafetivas como entidades familiares. No sistema europeu, essa compreensão foi sendo construída paulatinamente nos casos Schalk–Vallianatos–Oliari, ao passo que a Corte IDH desenvolveu, em uma única decisão, sua compreensão completa sobre o tema. Apesar de terem sido elaborados no exercício de competências distintas – contenciosa e consultiva –, há similitude de estruturas argumentativas entre as decisões da Corte EDH e IDH. É interessante notar que a Corte EDH realizou um escrutínio sobre as objeções reais apontadas pelos Estados para tentar justificar o tratamento discriminatório, ao passo que a Corte IDH, para tornar possível o emprego dessa mesma estratégia de escrutínio estrito sobre as justificativas da discriminação, introduziu, em sua fundamentação, objeções hipotéticas que os Estados poderiam invocar.

O aspecto comparativo mais importante, contudo, é o fato de que a similitude de estruturas argumentativas não implicou em idêntico resultado prático. Isso ocorre especialmente porque o *topos* do direito à igualdade e à não discriminação adquiriu força muito maior no sistema americano. A Corte IDH aplicou esse *topos* sem ressalvas, não admitindo que se confira nenhum tipo de tratamento diferenciado entre os casais homossexuais e

heterossexuais no acesso às figuras familiares. Já na Corte EDH, o *topos* da igualdade não se sobressaiu livremente, sendo contrastado com outros *topoi* admitidos como igualmente relevantes no sistema europeu, como o da defesa da “família em sua acepção tradicional” e o da margem de apreciação dos Estados. Como resultado, a igualdade, sob a ótica da Corte EDH, imporá uma obrigação menos incisiva aos Estados do que a decidida pela Corte IDH.

De todo o modo, tanto para a Corte IDH quanto para Corte EDH, há uma obrigação internacional de proteção das uniões homoafetivas, anda que em extensão diversa, ambas contrastando com o raciocínio desenvolvido na “contraopinião” redigida pelo juiz Eduardo Vio Grossi. Essa opinião radicalmente divergente, que reduz significativamente a possibilidade de atuação das cortes internacionais como agências tópicas, não foi acolhida em nenhum dos dois sistemas regionais.

4.4 As múltiplas formas de violência no continente e a necessidade de ação do Estado

No capítulo anterior, foi possível observar que, após a evolução jurisprudencial da Corte EDH nos casos Schalk–Vallianatos–Oliari, seguiram-se decisões que trataram da proteção jurídica da comunidade LBTQIA+ contra as violências motivadas pela discriminação, com enfoque sobre a necessidade de atuação positiva do Estado. No continente americano, observa-se movimento similar após a Opinião Consultiva n. 24, porém os contextos e os tipos de violência abordados são distintos.

Em 2018, a Comissão IDH proferiu relatório de admissibilidade no caso Octavio Romero y Gabriel Gersbach v. Argentina^{548 549}, no qual se imputa ao Estado demora injustificada na apuração de homicídio com possíveis causas homofóbicas.

Octavio Romero ocupava o posto de suboficial na Prefeitura Naval Argentina e, no início do ano 2011, conforme a legislação própria do pessoal militar, solicitou ao Prefeito Naval a licença para contrair matrimônio com seu noivo, Gabriel Gersbach. O fato tornou-se público, em razão de se tratar do primeiro membro da Prefeitura Naval a pretender contrair casamento homoafetivo, momento a partir do qual Octavio passou a ser ridicularizado e assediado no ambiente de trabalho. Os seus superiores solicitaram, inclusive, que ele não utilizasse a farda

⁵⁴⁸ OEA. Relatório de Admissibilidade n° 232/18. Caso 1225-12. Requerente: Octavio Romero y Gabriel Gersbach. Requerido: República Argentina. **Informe de Admisibilidad**. Washington, D.C: Comissão IDH, 2018b.

⁵⁴⁹ Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em espanhol.

na cerimônia de casamento. Em 11 de junho de 2011, Octavio saiu para se encontrar com amigos, porém não chegou ao local da reunião. Seu corpo nu e sem vida foi encontrado flutuando no Rio da Prata em 17 de junho de 2011. Segundo o laudo oficial, a causa da morte foi “[...] asfixia por submersão, após ficar inconsciente por ter sido golpeado e lançado na água [...]”.⁵⁵⁰

Após anos de investigação, não foram feitos avanços significativos. Em 1º de outubro de 2015, o Ministério Público e um jornalista receberam uma denúncia anônima com informações detalhadas sobre os fatos, afirmando que o assassinato foi cometido por integrantes da Prefeitura Naval para impedir o primeiro casamento homossexual de integrantes dessa força de segurança. A denúncia também indicava que todas as informações relacionadas ao crime estariam em um dispositivo eletrônico escondido em um dos prédios da prefeitura. No entanto, o Poder Judiciário inicialmente não deu crédito a essa informação e uma busca no prédio da Prefeitura Naval à procura do dispositivo eletrônico mencionado somente foi realizada, com autorização judicial, em dezembro de 2015, quando nada foi encontrado. Após anos de tramitação da investigação, ainda não se chegou a identificar possíveis responsáveis.

No juízo de admissibilidade, a Comissão IDH apontou que, caso comprovados os referidos fatos, poderá se constatar violações aos direitos à vida (art. 4º da CADH), à integridade pessoal (art. 5º da CADH), às garantias judiciais (art. 8º da CADH), à liberdade de pensamento e expressão (art. 13 da CADH) e à proteção judicial (art. 25 da CADH). A tramitação desse caso será uma oportunidade importante para que se verifique como, neste sistema regional, serão desenvolvidos *topoi* acerca da violência homofóbica e das obrigações do Estado em relação a ela.

Alguns elementos acerca do adequado tratamento da violência homofóbica já foram delineados pela Corte IDH, em 2020, no caso *Azul Rojas Marín y Otra v. Perú*.^{551 552} Neste, porém, a jurisprudência da Corte IDH em matéria de proteção contra discriminação por orientação sexual foi atravessada por outro tema que desperta especial preocupação no continente: a violência policial.

⁵⁵⁰ OEA, *op cit.*, p. 2.

⁵⁵¹ OEA. **Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402. Requerentes: Azul Rojas Marín e outros. Requerido: República do Peru. São José, Costa Rica: Corte IDH, 12 mar. 2020a.

⁵⁵² Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em espanhol.

À época dos fatos que motivaram a demanda, Azul Rojas Marín se identificava como homem gay, passando, posteriormente, a identificar-se como mulher transexual.⁵⁵³ Em sua petição, a vítima relatou que, em 25 de fevereiro de 2008, enquanto retornava para sua casa, foi abordada na rua por um veículo policial, cujos ocupantes a molestaram com palavras agressivas e humilhantes. Em seguida, ela foi detida por esses agentes policiais, sem nenhuma justificativa, e conduzida a uma repartição policial. Naquele local, os agentes retiraram sua roupa, agrediram-na com múltiplos golpes e introduziram uma vara policial em seu ânus, além de a sujeitarem a outros maus-tratos.⁵⁵⁴ Durante as agressões, os agentes policiais lhe diziam “*maricón de mierda*”, “*te gusta la pinga*” e “*te hubieran metido al calabozo para que te cachen todos*”.⁵⁵⁵

Ao examinar o caso, a Corte IDH iniciou sua argumentação com a recordação de sua jurisprudência acerca da obrigação de não discriminação em relação a pessoas LGBTQIA+ e a afirmação de que, em decorrência desse compromisso geral, “[...] os Estados estão obrigados a adotar medidas positivas para reverter ou modificar situações discriminatórias existentes em suas sociedades [...]”.⁵⁵⁶ Por considerar que essa obrigação de não discriminação é transversal a todos os demais direitos apontados como violados pelo peticionante, optou-se por examinar cada um deles em paralelo com a obrigação do tratamento não discriminatório.

Em relação ao direito à liberdade pessoal (art. 7 da CADH), a Corte IDH retomou sua jurisprudência acerca de detenções ilegais e arbitrárias em outras situações, como a detenção de jovens em situação de pobreza (caso *Torres Millacura y Otros v. Argentina*) e de pessoas em situação de migração (caso *Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas v. República Dominicana*), transportando-as para o contexto de discriminação da comunidade LGBTQIA+.⁵⁵⁷

Em seguida, quanto à situação de Rojas Marín, enfatizou-se que, conforme as provas apresentadas, a vítima estava apenas caminhando para a sua casa e não foi provada nenhuma razão para que fosse abordada pela polícia ou realizada a sua condução a um local diverso, conforme o regramento processual da própria legislação peruana. Ainda, vítima permaneceu privada de liberdade por cerca de cinco horas, sem comunicação do fato a ninguém, sem conhecer as razões de sua detenção e sem que essa diligência tenha sido formalmente documentada, o que igualmente está em desconformidade com a lei peruana.⁵⁵⁸

⁵⁵³ Posteriormente, a Peticionante passou a identificar-se como mulher transexual, oportunidade em que adotou o nome Azul (OEA, 2020a, p. 16).

⁵⁵⁴ OEA, 2020a., p. 44.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 46.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, p. 25.

⁵⁵⁷ A Corte empregou precedentes referentes à detenção ilegal de pessoas em situação de vulnerabilidade.

⁵⁵⁸ OEA, 2020a, p. 28-38.

Assim, concluiu-se que a privação de liberdade imposta a Rojas Marín não tinha amparo legal, o que viola os arts. 7.1 e 7.2 da CADH.⁵⁵⁹ Além disso, uma vez constatado que não havia amparo legal para que a vítima fosse detida e presentes elementos fáticos de menosprezo à sua orientação sexual na atuação dos policiais, a Corte IDH decidiu que se deve presumir que a detenção foi realizada por motivos discriminatórios e, portanto, arbitrária, nos termos do art. 7.3 da CADH.⁵⁶⁰ Do mesmo modo, a desobediência às formalidades necessárias a qualquer prisão, entre elas à comunicação dos motivos à pessoa presa, violou ao art. 7.4 da CADH.⁵⁶¹

Na análise das violações à integridade pessoal e à intimidade decorrentes das agressões físicas e sexuais sofridas por Rojas Marín, a Corte direcionou especial atenção à argumentação probatória, que se baseou, de um lado, nas declarações de Rojas Marín, e de outro, nas provas periciais e documentais disponíveis. Nesse ínterim, o Tribunal observou que as declarações da petionante, embora referentes a um evento traumático, foram suficientemente coincidentes e harmônicas para conferir credibilidade aos seus relatos. Além disso, esses relatos foram congruentes também com a perícia médica e o exame de vestimentas produzidos no âmbito interno, o que seria bastante para se ter como verdadeiras as suas declarações, pois “[...] dada a natureza desta forma de violência [sexual], não se pode esperar a existência de prova gráfica ou documental, pelo que o depoimento da vítima constitui prova fundamental do fato [...]”.⁵⁶²

Além disso, através dos elementos constantes na narrativa, a Corte concluiu que as agressões física e sexual tiveram finalidade homofóbica. Alcançou-se a comprovação dessa intencionalidade interna dos agentes a partir dos elementos externos que cercaram sua conduta, em especial o teor das ofensas proferidas e os meios de tortura empregados. A esse respeito, valorou-se o testemunho da perita ouvida pela Corte IDH, a qual esclareceu que a escolha pela introdução de uma vara policial – um símbolo característico de poder – no ânus da vítima, transmite a mensagem simbólica de restabelecer a autoridade de uma masculinidade ameaçada pela sua conduta considerada transgressora, ao não se sujeitar ao regramento estabelecido por essa masculinidade.⁵⁶³

Superada a argumentação probatória, a Corte IDH passou a examinar se as agressões sofridas pela vítima se enquadravam no conceito de “torturas”, cuja prática é proibida pelo art.

⁵⁵⁹ “Art. 7.1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. 7. 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.”

⁵⁶⁰ “Art. 7.3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.”

⁵⁶¹ “Art. 7.4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.”

⁵⁶² OEA, 2020a, p. 42.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 46.

5.2 da CADH. A partir de sua jurisprudência sobre o tema, tendo entres suas referências o caso *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco v. México*, o Tribunal reafirmou a jurisprudência interamericana no sentido de que a tortura, para os fins previstos na CADH, é toda agressão intencional, que cause severos sofrimentos físicos ou mentais e que se cometa com uma finalidade específica, o que pode compreender o estupro e outras formas de violação sexual, caso presentes os demais requisitos.⁵⁶⁴

No caso, a intencionalidade e a severidade dos sofrimentos causados a Rojas Marín são incontrovertidas. Em relação à finalidade, examinada no contexto específico da violência homofóbica, a Corte IDH compreendeu que as agressões não só possuíam a finalidade específica de intimidar, degradar, humilhar e castigar a vítima por sua orientação sexual – o que caracteriza os elementos subjetivos da tortura – como objetivavam transmitir uma mensagem de ameaça à liberdade e à dignidade de todas as pessoas LGBTQIA+, enquadrando-se igualmente como um “crime de ódio”.⁵⁶⁵

Com essas considerações, declarou-se que Azul Rojas Marín sofreu tortura e violência sexual, motivadas por razões homofóbicas e perpetradas por agentes do Estado, o que violou seu direito à integridade pessoal (art. 5.1 e 5.2 da CADH) e à intimidade (art. 11.2 da CADH).

Quanto às garantias judiciais (art. 8.1) e à proteção judicial (art. 25.1), a Corte IDH tomou como ponto de partida a sua jurisprudência relativa aos padrões de investigação em casos de violência sexual contra a mulher, e afirmou que esses mesmos padrões devem ser observados nas situações de violência sexual em geral, independentemente de se tratar de vítima homem ou mulher. Entre eles, incluem-se o direito de que a vítima seja ouvida em um ambiente cômodo e seguro, de que se adotem imediatamente as providências periciais e probatórias necessárias e de que a investigação não seja enviesada por estereótipos.⁵⁶⁶ No caso de Rojas Marín, nenhum desses direitos teria sido observado pelo Estado.

A Corte IDH constatou que a forma como as perguntas eram formuladas à vítima, desde o início, apontavam que os agentes investigadores não conferiam credibilidade ao seu relato. Durante um dos depoimentos da vítima, “[...] vários policiais, funcionários judiciais e o advogado de um dos investigados riram em momentos diferentes ao escutarem suas declarações [...]”.⁵⁶⁷ O exame médico para documentar e preservar as provas do delito foi protelado injustificadamente pelo Estado e realizado de forma incompleta e inadequada. Em nenhum

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 45.

⁵⁶⁵ OEA, 2002a, p. 47.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 50.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 52.

momento as autoridades nacionais investigaram especificamente a possibilidade de que as violências sofridas por Rojas Marín fossem motivadas por discriminação em razão de sua orientação sexual. Pelo contrário, todo o procedimento de investigação foi contaminado por estereótipos discriminatórios contra pessoas homossexuais, como se extrai da submissão da vítima a uma investigação acerca de sua vida sexual prévia, elemento irrelevante para a apuração dos fatos, e da atitude de uma promotora de justiça, que indagou à vítima: “[...] *mas se você é homossexual, como vou acreditar em você?*”⁵⁶⁸ Ao final, o procedimento investigativo no âmbito nacional foi encerrado sem que as instâncias competentes levassem em consideração as particularidades das investigações em casos de tortura e violência sexual com motivação discriminatória, desacreditando indevidamente as declarações da suposta vítima, não dando o valor necessário à perícia realizada e assumindo arbitrariamente que Rojas Marín havia se autolesionado. Por todas essas condutas, declarou-se que o Estado peruano violou os arts. 8.1 e 25. 1 da CADH.⁵⁶⁹

Por fim, a Corte IDH também examinou o caso sob a ótica do direito à integridade pessoal da mãe de Rojas Marín. Nesse ponto, recorreu-se novamente à jurisprudência desenvolvida pelo tribunal em outros contextos de graves violações de direitos humanos, nos quais estabeleceu-se que, quando há violência sexual e tortura, há uma presunção *iuris tantum* em relação à violação do direito à integridade pessoal de mães e pais, filhas e filhos, maridos e esposas e companheiros permanentes, bem como irmãos e irmãs das supostas vítimas. No caso de Rojas Marín, essa presunção não foi elidida pelo Estado e confirmada por exame psicológico, que atestou que “[...] dada a natureza particular do vínculo entre Juana e sua filha, o evento traumático teve um impacto devastador em sua psique [...]”⁵⁷⁰ Assim, declarou-se a violação do art. 5.1 da CADH também em relação à mãe de Rojas Marín.

A argumentação desenvolvida em *Azul Rojas Marín y Otra v. Perú* demonstra, uma vez mais, o desdobramento argumentativo da obrigação geral de não discriminação em condutas positivas concretas do Estado. Como já observado em todos os demais casos analisados neste capítulo, a Corte IDH compreende que tem competência para derivar implicações específicas de atuação estatal do *topos* maior da CADH.

Um aspecto significativo do caso ora em análise é que a Corte IDH desenvolveu uma regra de argumentação probatória aplicável à atuação policial que, por extensão, poderia ser aplicada a todos os agentes estatais submetidos ao regime de vinculação à legalidade. Essa regra

⁵⁶⁸ OEA, 2020a, p. 56.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 60.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 62.

consiste em que, atuando esses agentes fora dos limites da lei e contra um grupo socialmente discriminado, presume-se que sua prática foi discriminatória. Desse modo, a Corte IDH acopla ao raciocínio probatório os efeitos da discriminação histórica e estrutural contra grupos socialmente vulneráveis, inclusive as pessoas LGBTQIA+, deixando de impor à vítima da discriminação a produção de uma prova pontual acerca de uma mentalidade discriminatória que é difusa no corpo social.

Outro aspecto que merece especial destaque é o desenvolvimento de um diálogo entre as estratégias argumentativas desenvolvidas pela Corte IDH na proteção de grupos vulneráveis. Para desenvolver a argumentação nesse caso de violência homofóbica, recorreu-se a lugares-comuns estabelecidos previamente em casos envolvendo outros grupos historicamente discriminados, como imigrantes e mulheres. Em particular, aproximou-se de modo muito nítido a violência homofóbica da violência de gênero. Percebe-se, assim, que a Corte IDH tem construído, em sua jurisprudência, uma verdadeira teoria geral do direito antidiscriminatório, que funciona como uma espécie de termo intermediário entre o *topos* mais geral do compromisso de não discriminar e os *topoi* específicos relativos à discriminação por orientação sexual.

O caso *Azul Rojas Marín y Otra v. Perú* também confirma a tendência expansiva da Corte IDH na análise de violações, na tentativa de alcançar o mais integralmente possível os efeitos negativos delas decorrentes. No caso *Atala Riffo y Otros v. Chile*, a Corte IDH já havia admitido a condenação do Estado pelos efeitos da homofobia sobre terceiros envolvidos nos fatos, ao proferir condenação contra a violação dos direitos dos filhos de Atala Riffo. De forma ainda mais abrangente, a Corte IDH reconheceu o impacto da homofobia sobre a mãe da pessoa discriminada, que não esteve diretamente envolvida nos fatos, mas sofreu os reflexos da violência em seu núcleo familiar.

Não pode passar despercebido que *Azul Rojas Marín y Otra v. Perú* se destaca pela intensidade da violência física nele presente. Esse caso, juntamente com *Octavio Romero y Gabriel Gersbach v. Argentina*, ilustra como o problema comum da violência homofóbica é impactado por uma realidade regional, que são os elevados níveis de violência observados no continente em geral. A Corte IDH possui um arsenal jurisprudencial derivado do exame de casos violentos na região, incluindo aqueles decorrentes do “ciclo de desaparecimentos forçados” e do “ciclo de massacres”. Essa experiência prévia acerca da realidade regional pode ser um dos motivos pelos quais a Corte IDH se esforçou em estabelecer parâmetros rigorosos a

serem observados pelos Estados na investigação de atos violentos praticados contra grupos vulneráveis, em especial por agentes estatais.

A desigualdade socioeconômica é outra realidade do continente americano presente no pano de fundo do caso de Rojas Marín. Segundo constou na decisão, a vítima trabalhava com a criação e venda de porcos e tinha um irmão acusado de praticar homicídio.⁵⁷¹ Sua condição social, embora não determinante, certamente colaborou para colocá-la em uma posição de risco para a violência discriminatória praticada por agentes do Estado. Com efeito, da juíza Atala Riffo à trabalhadora rural Azul Rojas Marín, a violação de direitos decorrente da discriminação por orientação sexual atravessa as diversas e desiguais realidades socioeconômicas da região, impondo à Corte IDH a necessidade de amoldar sua argumentação a cada um desses contextos, com atenção aos tipos diferentes de problemas que neles surgem.

Para além da violência física, a Corte IDH, em tempos mais recentes, tem sido provocada a lidar com a violência moral contra pessoas homossexuais em dois ambientes distintos: as instituições de ensino e os estabelecimentos comerciais.

Quanto às instituições de ensino, a Corte IDH julgou o caso *Pavez Pavez v. Chile*,^{572 573} que tratou da demissão de uma professora lésbica, que ministrava aulas de ensino religioso católico em uma escola pública, após ter sido inabilitada para a sua função pela entidade católica local. O ponto mais sensível desse caso foi o esforço argumentativo necessário para tratar da proteção de pessoas LGBTQIA+ frente à invocação do direito à liberdade religiosa previsto no art. 12 da CADH.

Os aspectos fáticos em *Pavez Pavez v. Chile* não exigiram grande esforço argumentativo. Era incontroverso que, segundo a legislação chilena, é permitido o ensino religioso confessional em entidades de educação pública e privada, sendo que os professores de ensino religioso devem obter um atestado de idoneidade outorgado pela autoridade religiosa correspondente. Sandra Pavez Pavez obteve o referido atestado da autoridade religiosa católica e ministrava aulas sobre essa religião em um estabelecimento de ensino público desde 1985. Em 2007, chegou a conhecimento da autoridade religiosa “denúncias” de que a professora estava em um relacionamento homossexual. O vigário local a exortou a “terminar sua vida homossexual” e “submeter-se a terapias de ordem psiquiátrica”. Diante da recusa de Sandra

⁵⁷¹ OEA, 2020a, p. 16.

⁵⁷² OEA. **Caso Pavez Pavez Vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2022. Serie C No. 449. São José, Costa Rica: Corte IDH, 4 fev. 2022a.

⁵⁷³ Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em espanhol.

Pavez Pavez às “ajudas espirituais e médicas oferecidas”, a autoridade religiosa revogou o atestado de idoneidade, o que impediu a professora de prosseguir lecionando.⁵⁷⁴

Ao analisar o caso, a Corte IDH inicialmente examinou a convencionalidade da legislação chilena à luz do direito à educação religiosa prevista no art. 12.4 da CADH.⁵⁷⁵ Sob essa perspectiva, argumentou-se que, em razão de os Estados terem a obrigação convencional de garantir o exercício do direito à educação religiosa, é possível – embora não obrigatório – que os Estados admitam o ensino religioso confessional em estabelecimentos públicos. Quando esse modelo é adotado, não constitui uma violação da CADH a previsão de que as próprias instituições religiosas participem da escolha dos profissionais que irão ministrar seus conteúdos doutrinários, desde que não se estabeleça nenhum tipo de discriminação entre as diversas religiões.⁵⁷⁶

Contudo, ainda que a participação das entidades religiosas não seja, em si, um problema, a inexistência de mecanismos estatais de controle das decisões por elas tomadas, e que afetem o exercício de direitos na ordem civil, constitui uma violação, pois submete o gozo de direitos ao puro arbítrio de uma religião. A partir dessa premissa, a Corte IDH derivou a conclusão de que, em se tratando da emissão de atestados para o ensino religioso em estabelecimentos públicos, “[...] o Estado deve garantir o acesso das pessoas eventualmente lesadas em seus direitos a uma via, administrativa ou judicial, que permita decisões quanto à habilitação para o exercício da docência.”⁵⁷⁷

Em todo o caso, como o Estado chileno optou por conferir às entidades religiosas a faculdade de participarem do processo de escolha dos professores de suas doutrinas mediante a emissão de atestados de idoneidade, é certo que houve, para elas, a delegação de uma tarefa pública de seleção de funcionário do Estado. Agindo no exercício de uma tarefa pública delegada por este, todos os atos praticados por esses organismos religiosos são imputáveis, no âmbito internacional, diretamente ao próprio Estado. Portanto, segundo concluiu a Corte IDH, o Estado chileno responde pelos atos de emissão ou revogação dos atestados de idoneidade para o exercício de cargos públicos como atos próprios.⁵⁷⁸

Em seguida, a Corte IDH abordou uma diferenciação que considerou fundamental para a resolução do problema em discussão. Para o Tribunal, é preciso colocar, de um lado, a

⁵⁷⁴ OEA. *op. cit.*, p. 10–12.

⁵⁷⁵ “Artigo 12.4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções.”

⁵⁷⁶ OEA, 2022a, p. 30.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 31.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 34.

impossibilidade de interferência do Estado na organização interna das entidades religiosas e na definição de seus ministros e pregadores, o que é protegido pelo direito à liberdade religiosa previsto no art. 12 da CADH. Porém, situação diversa diz respeito à escolha de professores de ensino religioso, que, mesmo quando atuando no âmbito do ensino confessional, não são ministros religiosos, mas agentes de promoção do direito social mais amplo à educação.

Com essa diferenciação, no caso *Pavez Pavez v. Chile*, alterou-se o apoio da argumentação do direito à liberdade religiosa para o direito à educação. Esta última, segundo diversos instrumentos internacionais, deve ter como objetivo promover uma cultura de compreensão, tolerância e respeito aos direitos humanos. Os processos seletivos de profissionais de educação devem obedecer a essas diretrizes, inclusive no tocante às disciplinas de ensino religioso, que não são um projeto isolado da entidade religiosa, integrando-se ao programa geral de educação do Estado.⁵⁷⁹

Em consequência, a Corte IDH concluiu que o Estado não poderia invocar uma suposta proteção do direito à liberdade e à autonomia religiosas para justificar a violação de direitos expressamente previstos na CADH em favor de Sandra Pavez Pavez, pois o caso não trata do exercício de um ministério ou atividade religiosa em sentido estrito, mas da escolha de agentes públicos para o exercício de funções públicas dentro de um mais amplo programa educativo do Estado.

Afastado o argumento de defesa da liberdade religiosa, também referido como “exceção ministerial”, em razão de sua impertinência para a solução do problema, a Corte IDH não teve maiores dificuldades em apontar: a) a violação do direito à liberdade pessoal (art. 7.1) e à vida privada da peticionante (art. 11.2), cujas relações íntimas de afeto foram indevidamente invadidas pelo Estado, ainda que através de delegatários religiosos no exercício de funções públicas; b) o direito ao trabalho (art. 26 da CADH),^{580 581} pois arbitrariamente lhe foi negado o exercício de sua profissão. Essas violações, em razão de seu conteúdo discriminatório e de não estarem amparadas em justificativas idôneas, igualmente foram contrárias aos arts. 1.1 e 24

⁵⁷⁹ OEA, 2022a, p. 37.

⁵⁸⁰ “Art. 26. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.”

⁵⁸¹ Observe-se que o art. 26 da CADH apresenta uma cláusula que contempla genericamente a “[...] efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura [...]”, porém o referido dispositivo esclarece que essa obrigação deve ser cumprida “progressivamente”. A Corte IDH tem utilizado o art. 26 para exercer sua tutela contenciosa sobre diversos direitos de caráter social e econômico – como o direito ao trabalho –, o que gerou diversas controvérsias. Sobre o tema, ver: Leal (2021).

da CADH.⁵⁸² A Corte IDH ainda declarou a violação do direito às garantias e à proteção judiciais (arts. 8.1 e 25 da CADH), pois Sandra Pavez Pavez não possuía um recurso judicial efetivo para impugnar a decisão da autoridade religiosa que a impediu de ministrar aulas de ensino religioso em escola pública, e os órgãos judiciais nacionais provocados foram omissos em realizar qualquer controle sobre o referido ato.

Se no caso *Pavez Pavez v. Chile* a responsabilidade estatal foi estabelecida em razão de ato imputado ao próprio Estado, no caso *Olivera Fuentes v. Perú*,^{583 584} a Corte IDH estabeleceu a responsabilidade estatal também por ato de terceiros, especificamente uma empresa privada, abrindo uma linha argumentativa específica para tratar da relação entre empresas, direitos humanos e condutas discriminatórias.

No contexto fático do último caso, constou que Crissthian Manuel Olivera Fuentes, um defensor dos direitos humanos com longa história de ativismo pelos direitos das pessoas LGBTIQIA+, estava na cafeteria de um supermercado, na companhia de seu namorado do mesmo sexo, oportunidade na qual trocaram gestos afetivos, como proximidade física, olhadas românticas e carícias. Um outro cliente da mesma cafeteria, sentindo-se “incomodado e irritado” com a postura do casal, queixou-se à gerente do estabelecimento. Em reação à queixa, a gerente do local dirigiu-se ao casal e advertiu-os de que eles deveriam parar de se comportar daquela maneira no local, sendo imediatamente respondida por Chrisstian, que indagou se casais heterossexuais recebiam aquele mesmo tratamento. Diante da discussão, a equipe de segurança se aproximou e “convidou-os” a deixar o local.⁵⁸⁵

Inconformado com o tratamento que lhe foi dispensado, Chrisstian levou sua história a uma rede de televisão, que planejou um teste social como parte de uma reportagem sobre o tema. Com câmeras escondidas, Chirsstian e seu namorado foram a outra cafeteria integrante da mesma rede de supermercados, local para onde também se dirigiram um repórter acompanhado de sua namorada. Ambos os casais praticaram deliberadamente os mesmos gestos de afeto. O repórter e sua namorada não receberam nenhum tipo de advertência ou reclamação. Todavia, Chrisstian e seu namorado foram novamente abordados pelos funcionários da cafeteria e informados de que “na rua eles podiam fazer o que quisessem, mas não lá”.⁵⁸⁶

⁵⁸² OEA, 2022a, p. 37-40.

⁵⁸³ OEA. **Caso Olivera Fuentes Vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2023. Serie C No. 484. São José, Costa Rica: Corte IDH, 4 fev. 2023.

⁵⁸⁴ Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em espanhol.

⁵⁸⁵ OEA, 2023, p. 15.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 18.

Crissthian formulou uma reclamação formal contra a rede de supermercados perante o órgão consumerista nacional, oportunidade na qual a empresa se defendeu, entre outros argumentos, afirmando que crianças frequentavam o local da cafeteria, razão pela qual as condutas de Crissthian e seu namorado eram inadequadas. Para sustentar suas afirmações, o supermercado apresentou um “informe médico-psicológico” segundo o qual era necessário prevenir “[...] os efeitos negativos sobre a infância decorrentes da exposição de menores de idade a estilos de vida gay [...]”.⁵⁸⁷ Ao final do procedimento administrativo, a denúncia foi julgada improcedente por ausência de provas do tratamento discriminatório, o que foi mantido no âmbito judicial, embora com divergências internas nos tribunais nacionais.⁵⁸⁸

Na análise do caso em questão, a Corte IDH esclareceu, inicialmente, a responsabilidade estatal por violações de direitos humanos praticadas por terceiros sob sua jurisdição. O Tribunal assentou que, diferentemente dos atos praticado por seus próprios funcionários, ao Estado não podem ser imputadas todas as condutas violadoras de direitos humanos de cada pessoa física ou jurídica que esteja em seu território. Todavia, ao se comprometer com o art. 1.1 da CADH, o Estado assumiu a obrigação internacional de garantir o livre e pleno exercício dos direitos humanos nela previstos a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição. Assim, embora seja certo que “[...] as empresas são as primeiras encarregadas de terem um comportamento responsável nas atividades que realizem [...]”, aos Estados corresponde a obrigação de “[...] adotar medidas legislativas e outras para prevenir tais violações [de direitos humanos], e investigar, punir e reparar tais violações quando ocorrerem [...]”.^{589 590}

Após firmar essa premissa, a Corte IDH avaliou a carga probatória que foi imposta contra a vítima pelas instâncias administrativas e judiciais nacionais. Em casos anteriores, o Tribunal já havia assentado que o dever dos Estados de não discriminar implica os deveres de agir para alterar situações discriminatórias que ocorram no âmbito interno e de conferir proteção específica aos grupos discriminados. No caso *Olivera Fuentes v. Perú*, a Corte IDH avança um pouco mais para extrair desse dever de proteção específica uma outra consequência: o dever de os Estados analisarem com efetivo rigor denúncias de tratamento discriminatório formuladas contra empresas privadas, inclusive com a inversão do ônus da prova contra elas.

A Corte IDH retirou de sua própria jurisprudência e de observações gerais produzidas pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais demonstrações de que a imposição

⁵⁸⁷ OEA, 2023, p. 20.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 19-25.

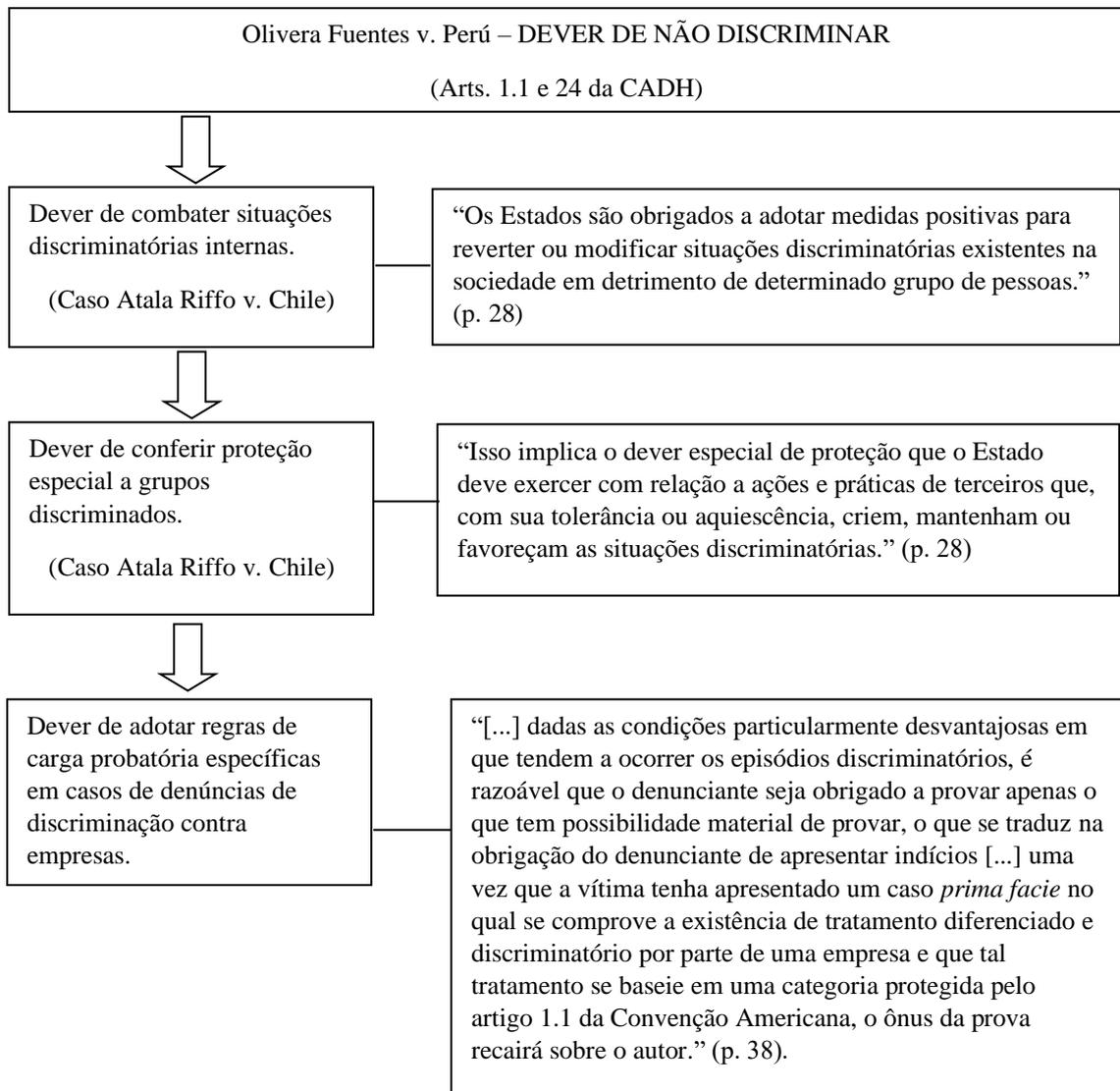
⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 34.

⁵⁹⁰ Nesse ponto da argumentação a Corte IDH utilizou o “*Guiding Principles for Business and Human Rights*”, documento de *soft law* incorporado pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU.

de uma carga probatória excessivamente rigorosa contra as vítimas de atos discriminatórios praticados por empresas é uma barreira quase sempre intransponível no acesso à justiça, seja pela posição de desigualdade que se estabelece entre os entes comerciais e seus usuários, seja porque as provas dos fatos costumam estar sob a posse da própria empresa. Por isso, o Tribunal concluiu que, diante desse tipo de denúncia, para cumprir adequadamente o seu dever de proteger um grupo discriminado, o Estado deve exigir das vítimas apenas a presença de “indícios mínimos” capazes de configurar um “panorama dos fatos do qual resulte uma presunção ou aparência de discriminação”. Uma vez cumprida essa carga probatória inicial mínima pela vítima, passa a ser ônus da empresa demonstrar que não houve o tratamento discriminatório ou que a sua atuação foi justificada.

Uma síntese do processo de derivação argumentativa realizada no caso *Olivera Fuentes v. Perú* acerca da carga argumentativa de possíveis vítimas de ato discriminatório, partindo do dever geral de não discriminação, está representada no diagrama a seguir:

Diagrama 7 – Argumento acerca da carga probatória no caso *Olivera Fuentes v. Perú*



Fonte: elaborado pelo autor.

Aplicando a conclusão acima ao caso em exame, a Corte IDH concluiu que o Estado esteve na presença de diversos elementos indicativos de tratamento discriminatório, não apenas aqueles aportados por Christian, mas os apresentados pela própria empresa. A rede de supermercados deixou claro ao Estado, em suas próprias manifestações, que a abordagem ocorreu por se tratar de um casal homossexual e que reputava inadequada a demonstração de afeto homossexual o que não ocorria em situações com o mesmo tipo de demonstração entre casais heterossexuais.

Diante desse quadro, era dever do Estado examinar rigorosamente a denúncia e exigir que a empresa comprovasse que não houve critério discriminatório na abordagem ou que havia

uma “justificativa objetiva e razoável” para o tratamento diferenciado, o que não aconteceu.⁵⁹¹ Ao contrário, o Estado não apenas deixou de aplicar o devido rigor na apuração da denúncia de Christian, como alguns funcionários de suas instâncias administrativas manifestaram, eles próprios, fundamentações discriminatórias na análise das acusações apresentadas contra a empresa.⁵⁹²

Desse modo, a Corte IDH declarou a violação dos direitos à liberdade pessoal (art. 7.1 da CADH), à vida privada (art. 11.2 da CADH), à não discriminação (art. 24 da CADH) e às garantias e proteção judiciais (arts. 8.1 e 25.1 da CADH), todos em relação com a obrigação de garantia dos direitos humanos (art. 1.1 da CADH). Todavia, o Tribunal deixou de analisar as alegações de violação dos direitos à integridade física e moral (art. 5.1 da CADH), bem como à liberdade de pensamento e expressão (art. 13 da CADH), sob o fundamento de que essas alegações não tinham uma caracterização autônoma frente aos demais direitos invocados, um movimento contrário à tendência expansiva das argumentações verificada nos casos anteriores.

Os casos *Pavez Pavez v. Chile* e *Olivera Fuentes v. Perú* – os últimos julgados pela Corte IDH – unidos aos casos *Octavio Romero y Gabriel Gersbach v. Argentina* e *Azul Rojas Marín y Otra v. Perú* completam esse novo ciclo americano que se volta essencialmente contra o que a própria Corte IDH classificou como “discurso de ódio”. Esse discurso violento ora aparece de modo velado – como na conduta de um atendente de loja ou de uma instituição de ensino – ora de maneira explícita e física – como em um assassinato brutal. Contudo, trata-se de expressões distintas do mesmo problema, razão pela qual, com linhas argumentativas convergentes, os órgãos interamericanos uniformemente têm declarado o dever de atuação do Estado no combate a estereótipos e condutas discriminatórias, seja no exercício do seu papel de fiscalização e prevenção desses fatos, seja investigando e punindo seus autores.

Para concluir, dois pontos devem ser observados na comparação entre os casos julgados após a Opinião Consultiva n. 24 pela Corte IDH e os últimos casos julgados pela Corte EDH, em matéria de proteção à comunidade LGBTQIA+.

Há, na jurisprudência recente da Corte EDH, uma série de casos sobre liberdade de expressão, reunião e associação envolvendo minorias sexuais, com narrativas de bloqueios

⁵⁹¹ OEA, 2023, p. 42.

⁵⁹² “[...] *las resoluciones administrativas apelaron a prejuicios sociales sobre actos afectivos realizados por una pareja homosexual y su alegado impacto sobre otras personas (y, en particular, niños y niñas), amparando así el actuar del supermercado sin un mayor análisis de lo realmente acaecido y de las razones que habrían justificado el comportamiento de la empresa. En efecto, las resoluciones administrativas estuvieron motivadas por razones discriminatorias con base en la orientación sexual del señor Olivera y su pareja, impidiendo así el acceso de este a un órgano imparcial que analizara la denuncia de conformidad con los estándares interamericanos del debido proceso.*” (OEA, 2023, p. 46-47).

públicos de marchas do orgulho e de embaraços ao funcionamento de associações civis que promovem o direito à igualdade, como nos casos *Bączkowski and Others v. Poland* e *Alekseyev v. Russia*. Não há, nas decisões do sistema interamericano, um paralelo para esse fenômeno. É difícil identificar as razões para essa diferença nos limites deste trabalho, mas é razoável intuir que, em razão dos lugares-comuns já definidos na jurisprudência interamericana, caso situações semelhantes cheguem à Corte ou à Comissão IDH, a resposta internacional será similar ou mais protetiva.

O segundo ponto interessante é que, em regra, no sistema interamericano, atualmente, não há defesas substanciais dos Estados quanto à necessidade de se conferir tratamento discriminatório às pessoas LGBTQIA+. Os argumentos defensivos estatais nestes últimos casos normalmente giraram em torno de questões preliminares – como o não esgotamento dos recursos internos – ou de aspectos fáticos da situação concreta – como se houve ou não motivação decorrente da orientação sexual no ato questionado. Nenhum Estado defendeu explicitamente que teria o direito ou o dever de discriminar pessoas LGBTQIA+ para proteger as opiniões majoritárias de suas sociedades nacionais ou por razões de segurança nacional. Da mesma forma, não há nenhum Estado que tenha atualmente defendido a tese do “recrutamento” ou da “propaganda” para a homossexualidade como fundamento para discriminar pessoas homossexuais.

Uma vez mais, é difícil precisar as causas para esse comportamento dos Estados, mas é possível extrair dele que: a) talvez haja uma maior congruência entre os Estados da região, especialmente entre aqueles que aceitaram a competência da Corte IDH, em relação à matéria, o que a tornou menos suscetível à criação de problemas para a discussão no âmbito regional; e/ou b) talvez o rigor do escrutínio que a Corte IDH historicamente tem aplicado sobre o exame das justificativas para a discriminação seja tão elevado que os Estados estrategicamente preferem não tentar sustentar esse tipo de defesa para fugir de uma condenação mais enérgica do órgão internacional.

Como se vê, ainda que com problemas diferentes na agenda, tanto a Corte IDH como a Corte EDH, além de estabelecerem a obrigação de os Estados conferirem proteção jurídica às uniões homoafetivas, estão atualmente construindo argumentativamente lugares-comuns acerca da proteção de pessoas LGBTQIA+, os quais se expressam na forma de parâmetros ou padrões internacionais de proteção. É sempre necessário enfatizar o grau de esforço e complexidade do trabalho empreendido por esses órgãos internacionais, que, mesmo na ausência de um tratado ou documento internacionalmente vinculante sobre o tema, levaram a

cabo a construção de lugares-comuns internacionais que exercem impacto significativo, não apenas na proteção jurídica, mas também na promoção social do respeito à diversidade sexual.

4.5 Enfrentando o problema da criminalização das relações homoafetivas e suas relações coloniais no continente

É bastante peculiar que, no mesmo continente em que ocorreu o mais amplo e abrangente pronunciamento de um tribunal internacional sobre o tema das uniões homoafetivas, a criminalização das relações entre pessoas do mesmo sexo persista em discussão, embora esse problema esteja atualmente muito restrito geograficamente.

Entre os países que aceitaram a jurisdição da Corte IDH, nenhum permanece criminalizando relações consensuais entre pessoas adultas do mesmo sexo. O único país submetido à jurisdição da Corte IDH que mantinha formalmente a previsão de criminalização desses atos foi Barbados, cuja respectiva norma penal foi declarada inconstitucional pela Corte Suprema nacional em 2023. Quanto aos países que integram a OEA, mas que não aceitaram a competência da Corte IDH, apenas cinco permanecem criminalizando relações entre pessoas do mesmo sexo, sendo um na América do Sul (Guiana) e quatro na região do Caribe (Granada, Jamaica, Santa Lúcia e São Vicente e Granadinas), todos eles submetidos à anterior legislação colonial britânica.⁵⁹³

Com efeito, o Código Criminal espanhol de 1822 não previa formalmente modalidades do crime de “sodomia”,⁵⁹⁴ e diversas colônias espanholas na América, ao se tornarem independentes, igualmente não introduziram esses tipos de delito em suas primeiras codificações penais, como Bolívia, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, México e Venezuela. No Haiti, após a independência, igualmente não se inovou em relação à legislação francesa, que não previa a criminalização de práticas homossexuais desde 1791. No Brasil, o primeiro Código Penal, editado em 1831, igualmente não previu a criminalização específica de condutas homossexuais, embora as anteriores Ordenações Filipinas portuguesas impusessem à pessoa que praticasse “sodomia” o confisco de bens à Coroa e a atribuição da infâmia de lesa-majestade.⁵⁹⁵

⁵⁹³ MENDOS, L. R.; BOTH, K.; CARRANO LELIS, R.; DE LA PEÑA, E. L.; SAVELEV, I.; TAN, D. **State-Sponsored Homophobia 2020**: Global Legislation Update. Génova: ILGA World, 2020, p. 94-100.

⁵⁹⁴ “*En España, el Código Penal de 1822, inspirado en los preceptos del napoleónico de 1810 y las sucesivas reformas penales de 1848, 1850, 1860 y 1870, no calificaban como delito el trato carnal entre individuos del mismo sexo, ni reconocían la especificidad del delito de ‘pederastia’.*” (Vázquez García, 2001, p. 149).

⁵⁹⁵ MENDOS *et al.*, 2020, p. 94-100.

De outra parte, nos países de colonização britânica, em cuja antiga metrópole a criminalização oficial das relações entre pessoas do mesmo sexo perdurou por tempo suficiente para se encontrar com a atuação da Corte EDH, a manutenção das previsões criminalizadoras após a independência foi a regra. No Canadá, essa criminalização foi superada pela via legislativa nacional em 1969.⁵⁹⁶ Nos demais países, a descriminalização foi sendo alcançada por declarações de inconstitucionalidade, o que se observou nos Estados Unidos (2003),⁵⁹⁷ Belize (2016),⁵⁹⁸ Trindade e Tobago (2018),⁵⁹⁹ Antígua e Barbuda (2022),⁶⁰⁰ São Cristovão e Neves (2022)⁶⁰¹, Barbados (2023)⁶⁰² e Dominica (2024).⁶⁰³ Em todas essas decisões judiciais nacionais, houve referência ao caso *Dudgeon v. the United Kingdom*, extraído do sistema regional europeu, que tratou da lei criminalizadora adotada pela antiga metrópole colonial. A Corte Suprema dos Estados Unidos, ao referenciar expressamente o caso internacional europeu em sua decisão, destacou que o conteúdo da decisão da Corte EDH deveria ser levado em consideração por se tratar de uma discussão baseada em “valores que compartilhamos com uma civilização maior”.⁶⁰⁴

Já no sistema regional americano, no caso *Flor Freire v. Ecuador*, a Corte IDH censurou a norma militar que punia o agente com demissão das forças armadas pela prática de condutas homossexuais dentro ou fora de serviço. De outra parte, embora esse tema não fosse o objeto específico da consulta, a Corte IDH afirmou, como consideração colateral na Opinião Consultiva n. 24, que a “discriminação oficial”, que se expressa, entre outros instrumentos, sob a forma de leis que tipificam criminalmente a homossexualidade, é contrária ao direito

⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 99.

⁵⁹⁷ EUA. Suprema Corte. *Lawrence v. Texas*. **United States Reports**: Washington, DC, v. 539, p. 558, 26 jun. 2003.

⁵⁹⁸ BELIZE. Suprema Corte. **Claim no. 668 of 2010**. Recorrente: Caleb Orozco. Recorrido: Advogado Geral de Belize. Belmopã: High Court, 10 ago. 2016.

⁵⁹⁹ TRINIDAD E TOBAGO. Suprema Corte. **Claim No. CV2017-00720**. Recorrente: Jason Jones. Recorrido: Procurador Geral de Trinidad e Tobago. Porto da Espanha: High Court, 12 abr. 2018.

⁶⁰⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS DO CARIBE ORIENTAL. Suprema Corte. **Claim No. ANUHCV2021/0042**. Recorrentes: Orden David e outros. Recorrido: Advogado Geral de Antígua e Barbuda. 5 jul. 2022b.

⁶⁰¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS DO CARIBE ORIENTAL. Suprema Corte. **Claim No. SKBHCV2021/0013**. Recorrentes: Jamal Jeffers e outros. Recorrido: The Attorney General of St. Christopher and Nevis. Castries, Santa Lúcia: High Court of Justice, 29 ago. 2022a.

⁶⁰² BARBADOS. Suprema Corte. **No. CV 0044 of 2020**. Recorrentes: René Holder-McClean-Ramirez e outros. Recorrido: Advogado Geral de Barbados. Bridgetown: High Court, 13 dez. 2023.

⁶⁰³ DOMINICA. High Court of Justice (Civil). **Claim No. DOMHCV2019/0149**. Recorrente: B.G. Recorrido: Advogado Geral de Dominica. 22 abr. 2024.

⁶⁰⁴ “*To the extent Bowers relied on values we share with a wider civilization, it should be noted that the reasoning and holding in Bowers have been rejected elsewhere. The European Court of Human Rights has followed not Bowers but its own decision in Dudgeon v. United Kingdom.*” (EUA, 2003, p. 16).

internacional dos direitos humanos, por violar os direitos à igualdade e à não discriminação, bem como o direito à privacidade.⁶⁰⁵

É inegável que a Corte IDH tem preocupação com a existência de leis criminalizando relações homoafetivas na região. Todavia, diferentemente da Corte EDH, que possui jurisdição sobre todos os países do Conselho da Europa, a Corte IDH não possui jurisdição sobre todos os países da OEA. A cláusula facultativa de aceitação da jurisdição do tribunal interamericano, nos termos previstos na CADH, é um obstáculo prático à capacidade da Corte IDH de modificar completamente o *topos* regional nesse tema. Uma das maneiras de contornar essa contingência é justamente inserir argumentações contrárias à criminalização como razões colaterais em seus julgados, em uma tentativa de projetar sua capacidade de influência para além dos limites de sua jurisdição. Nessa projeção do *topos*, a Comissão IDH, que possui âmbito de atuação mais amplo que a Corte IDH, desempenha um papel fundamental.

De fato, coube à Comissão IDH, em dezembro de 2020, examinar diretamente o tema da criminalização da homossexualidade no continente ao apresentar o relatório final de mérito em duas petições individuais: Gareth Henry y Simone Carline Edwards v. Jamaica^{606 607} e T. B. y S. H. v. Jamaica.^{608 609}

Em ambos os casos, a argumentação da Comissão IDH se inicia com uma narrativa dos elevados níveis de violência praticados por agentes do Estado e por particulares contra pessoas homossexuais na Jamaica. A Comissão demonstra que essa realidade fática, além de ser testemunhada por experiências dos próprios peticionantes, também já foi atestada em relatórios internacionais, tanto que outros países já concederam asilo a pessoas homossexuais jamaicanas.⁶¹⁰ A premissa fática apresentada é importante porque, a partir dela, a Comissão insere a manutenção da criminalização das condutas homossexuais dentro de um contexto maior de homofobia generalizada no país. É nesse contexto que, mesmo que o Estado não promova efetivamente a persecução penal contra pessoas homossexuais, a sua simples omissão em remover a lei criminalizadora contribui para a perpetuação de graves violações de direitos

⁶⁰⁵ OEA, 2017, p. 23-24.

⁶⁰⁶ OEA. Relatório de Mérito nº 400/20. Caso 13.637. Requerentes: Gareth Henry e Simone Carline Edwards. Requerido: Jamaica. **Merits:** Comissão IDH, Jamaica, 31 dez. 2020b .

⁶⁰⁷ Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em espanhol.

⁶⁰⁸ OEA. Relatório de Mérito nº 401/20. Caso 13.095. Requerentes: T. B. e S. H. Requerido: Jamaica. **Informe de Fondo:** Jamaica, 31 dez. 2020c.

⁶⁰⁹ Todos os trechos do julgamento mencionados no texto serão citados em tradução livre do original em espanhol.

⁶¹⁰ Segundo consta na decisão, Gareth Henry e familiares receberam asilo no Canadá em 2008 e Simone Carline Edwards e sua filha receberam asilo nos Países Baixos em 2009.

humanos. Assim, por sua participação omissiva em um ambiente nacional de violência contra essas pessoas, o Estado pode ser responsabilizado internacionalmente.

Fixada essa premissa, a Comissão IDH passa a usar duas estratégias argumentativas usuais na jurisprudência da Corte IDH. Em primeiro lugar, a afirmação de que uma obrigação concreta de atuação decorre do dever geral de tratamento igualitário, a partir de uma reconstrução da interpretação conferida a esse dever nos âmbitos internacional e nacional. Em seguida, a imputação do ônus de demonstrar a necessidade do tratamento diferenciado ao Estado, aplicando-se um escrutínio estrito sobre as razões justificativas eventualmente apresentadas por ele.

Assim, a Comissão interpreta que o dever de não discriminar implica concretamente na obrigação de o Estado remover do seu ordenamento jurídico as chamadas “leis de sodomia”, que criminalizam relações consentidas entre pessoas do mesmo sexo em situações nas quais a mesma prática é lícita entre pessoas heterossexuais. Segundo pontuado pela Comissão, esse dever já foi reconhecido em decisões do sistema universal de direitos humanos, do sistema regional europeu e do próprio sistema regional americano, fazendo-se remissão ao trecho da Opinião Consultiva n. 24 que tratou do tema.^{611 612} Além disso, a Comissão ressaltou que idêntica conclusão já havia sido alcançada em decisões proferidas pelos tribunais internos mais elevados de países integrantes da região (Estados Unidos, Belize, e Trindade e Tobago), bem como de países não americanos (Índia e África do Sul).⁶¹³

Estabelecida a existência da obrigação internacional concreta de revogar “leis de sodomia”, em decorrência do dever de tratamento igualitário, a Comissão IDH ressaltou que somente razões justificativas com muito peso poderiam legitimar um tratamento diferenciado. Porém, o Estado não apresentou nenhuma razão concreta para justificar a discriminação, pois sua defesa se limitou a questões preliminares (não esgotamento dos recursos internos, incompetência da comissão, ilegitimidade dos peticionantes etc) e a uma alegação genérica de que não haveria obrigação internacional, já refutada com a argumentação anterior. Concluiu-se, portanto, que a manutenção das “leis de sodomia” no ordenamento jurídico interno caracterizava, por si só, violação dos direitos de igualdade e de não discriminação previstos nos arts. 1.1 e 24 da CADH.⁶¹⁴

⁶¹¹ OEA, 2020b, p. 14–17.

⁶¹² Do sistema universal, foi citado o caso *Toonen v. Australia*, julgado pelo Comitê de Direitos Humanos. Do sistema regional europeu, foram citados os casos *Dudgeon v. the United Kingdom* e *Norris v. Ireland*, julgados pela Corte EDH.

⁶¹³ OEA, 2020b, p. 17-20.

⁶¹⁴ OEA, 2020b, p. 20-21.

Em consonância com a inclinação expansiva característica do sistema americano no tema, a Comissão IDH passou a determinar toda a extensão das violações causadas pelo tratamento discriminatório. Nesse sentido, argumentou-se que a manutenção da lei discriminatória impediu que os peticionantes explorassem livremente aspectos da sua vida privada, o que violou o direito à intimidade (art. 11 da CADH). A referida lei ainda contribuiu para a manutenção de um ambiente de hostilidade contra os peticionantes, tornando-os mais vulneráveis a agressões físicas e morais, bem como obrigando alguns deles a solicitar asilo em outros países, o que violou os direitos à integridade pessoal (art. 5.1 da CADH) e à livre circulação e residência no país de origem (art. 22.1 da CADH). A manutenção de uma lei penal que injustificadamente impediu o livre exercício de direitos humanos igualmente configurou exercício abusivo do poder de legislar, violando o princípio da legalidade (art. 9 da CADH). Do mesmo modo, o Estado não proporcionou meios judiciais efetivos para que os peticionantes pudessem se insurgir eficazmente contra a lei discriminatória, o que violou o direito às garantias judiciais (art. 25.1 da CADH). Por fim, a existência da lei discriminatória tornou excessivamente difícil o acesso de alguns peticionantes aos serviços de saúde, especialmente aqueles relativos à prevenção e ao tratamento de infecções sexualmente transmissíveis, em razão do temor de que a busca por esses serviços fosse empregada como elemento incriminatório e estigmatizante, situação que configurou violação à obrigação progressiva do Estado de assegurar o direito social à saúde (art. 26 da CADH).⁶¹⁵

Ao fixar suas recomendações ao final do informe de mérito, a Comissão IDH destacou não só a necessidade de que o Estado revogasse a lei discriminatória, mas também que adotasse medidas para proibir e punir todas as formas de discriminação decorrentes da orientação sexual, assegurar o acesso das pessoas LGBTQIA+ aos serviços de saúde, e promover a educação para a igualdade, inclusive entre os agentes do Estado.⁶¹⁶

O retorno da discussão sobre a criminalização de condutas homossexuais, ao final de 2020, no continente americano, expõe os desnivelamentos que existem na proteção dos direitos

⁶¹⁵ “La Comisión considera que la vigencia de la Ley de Delitos contra la Persona ha creado por lo menos tres obstáculos para el acceso a la salud: 1) ha menoscabado el acceso de T. B. y S. H. a la salud porque temen que sufrirán discriminación si buscan atención médica en el contexto de discriminación contra las personas LGBTI en Jamaica; 2) en ciertas ocasiones en que las presuntas víctimas acudieron a servicios de salud, sufrieron discriminación; 3) les ha planteado el dilema de elegir entre recibir atención de salud adecuada, corriendo el riesgo de ser enjuiciadas en el ámbito penal por una conducta protegida por la Convención, y no revelar la información necesaria, pero no recibir tratamiento médico apropiado. La Comisión IDH considera que, al mantener la vigencia de la Ley de Delitos contra la Persona, el Estado no ha respetado el derecho de las presuntas víctimas a la salud en condiciones de accesibilidad que prohíban la no discriminación.” (OEA, 2020b, p. 27).

⁶¹⁶ OEA, 2020b, p. 30.

das identidades não heterossexuais. É evidente a contradição regional em ter, de um lado, países onde casais homossexuais possuem acesso ao matrimônio e à adoção, enquanto, de outro, podem ser presos. Em alguns casos, a diferença é de apenas uma fronteira, como quando se atravessa do estado de Roraima, no Brasil, para o território da Guiana. Essa contradição é ainda mais intensa quando considerado que objetivo inaugural do direito internacional dos direitos humanos foi oferecer ao ser humano uma proteção que não dependesse de fronteiras.

Nesse cenário, que papel desenvolvem os sistemas regionais de proteção de direitos humanos em uma perspectiva tópico-argumentativa?

Compreendendo que os lugares-comuns empregados na proteção desses direitos – especificamente das uniões homoafetivas – estão em permanente construção e reconstrução em diversos níveis, simultaneamente, os órgãos de um sistema regional podem, como visto, projetar argumentos para influir nas discussões presentes em outros âmbitos jurídicos. É interessante notar que os argumentos em favor de lugares-comuns mais protetivos podem projetar-se bem mesmo sem nenhum tipo de efeito vinculante formal. Uma prova disso é o impacto que o caso *Dudgeon v. the United Kingdom* exerceu sobre as decisões nacionais dos países de língua inglesa na América, com os quais o sistema regional europeu não possui nenhum vínculo formal, estando muito mais presente na argumentação dos tribunais nacionais do que o caso *Flor Freire v. Ecuador* ou a *Opinião Consultiva n. 24*.

Não passa despercebido que a criminalização das relações homossexuais foi um problema trazido à realidade desses países americanos por influência de legislações introduzidas pelo Reino Unido no período colonial e, para solucioná-lo, várias das antigas colônias buscam apoio no sistema regional de proteção da antiga metrópole. Seja como for, isso reforça que os sistemas regionais são capazes de impulsionar a criação de novos lugares-comuns mais protetivos, os quais, por força da universalidade dos direitos humanos, podem produzir efeitos para além dos limites jurisdicionais dos órgãos que os desenvolvem.

Além dessa projeção para a consolidação de direitos em outros âmbitos de discussão, os sistemas regionais desempenham um papel garantidor contra retrocessos decorrentes de contingências nacionais. Um exemplo de movimento nesse sentido pode ser encontrado na decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, que revisou sua anterior jurisprudência acerca de direitos reprodutivos das mulheres, na qual um dos juízes daquele tribunal expressamente afirmou que o entendimento firmado em *Lawrence v. Texas* acerca da descriminalização de

relações homossexuais deveria ser revisto.⁶¹⁷ A existência de um *topos* internacional sobre o tema, afirmado por um tribunal regional, embora não seja uma garantia absoluta contra movimentos regressistas, ao menos eleva o ônus argumentativo, político e social contra eles.

Os órgãos internacionais atuam, portanto, como agências tópicas para a afirmação de direitos humanos em lugares-comuns mais protetivos e para a constante reafirmação desses direitos em momentos históricos hostis. Quando possível, os órgãos regionais podem propor caminhos argumentativos que tornem mais concretos os direitos assegurados nos diplomas internacionais e, quando necessário, imponham barreiras argumentativas contra os retrocessos. Nessa dupla atividade, a argumentação que se desenvolve é importante não só para justificar juridicamente a decisão de um caso concreto, mas para que o poder de influência não formal exercido por esses órgãos alcance o máximo de projeção na proteção dos direitos humanos.

Especialmente no continente americano, a atuação da Comissão IDH é um elemento estratégico diante da limitação territorial da Corte IDH. Como visto, a princípio, por não se submeter à jurisdição do tribunal regional, o Estado jamaicano estaria imune à compreensão mais protetiva às pessoas homossexuais, estabelecida pela Corte IDH. Porém, a Comissão IDH funcionou como uma caixa de ressonância, lançando os efeitos da compreensão jurisprudencial protetiva aos demais países da OEA. Evidentemente, esse mecanismo não tem o efeito jurídico de uma decisão vinculante da Corte IDH contra o país, porém as recomendações da Comissão IDH têm um efeito que não pode ser desprezado, inclusive sobre a agenda política dos países e sobre a discussão do tema nos meios de comunicação social,⁶¹⁸ o que certamente é uma alternativa melhor do que não haver órgão internacional algum pressionando o tratamento do tema e respaldando as reivindicações internas por mudanças.

Entre avanços e desafios, o lugar-comum da não criminalização das relações entre pessoas do mesmo sexo segue em construção no continente americano. Se considerado o caminho percorrido desde a introdução das “leis de sodomia” no período da colonização, passando pelas discussões do tema em esferas legislativas e judiciais, nacionais e internacionais, de modo direto ou indireto, a afirmação desse *topos* em caráter unânime entre os países americanos está mais perto do que longe. Há difundidas estruturas argumentativas que sustentam a incompatibilidade das “leis de sodomia” com a obrigação internacional de

⁶¹⁷ “[...] *in future cases, we should reconsider all of this Court’s substantive due process precedents, including Griswold, Lawrence, and Obergefell. Because any substantive due process decision is ‘demonstrably erroneous,’ Ramos v. Louisiana, 590 U. S. ___, ___ (2020) (THOMAS, J., concurring in judgment) (slip op., at 7), we have a duty to ‘correct the error’ established in those precedents, Gamble v. United States, 587 U. S. ___, ___ (2019) (THOMAS, J., concurring) (slip op., at 9).*” (EUA, 2022, p. 119).

⁶¹⁸ Sobre o impacto das decisões da Comissão IDH nas discussões pelos meios de comunicação, ver: Montal *et al.* (2023).

tratamento igualitário, compromisso reproduzido em todas as constituições nacionais. Os últimos pronunciamentos de tribunais caribenhos, nos poucos países da região que mantêm esse tipo de legislação, são um bom sinal sobre a consistência dos argumentos que sustentam esse lugar-comum. É possível que, em momento não muito distante, o sistema regional americano, mais protetivo do que qualquer outro no reconhecimento dos direitos das uniões homoafetivas, possa estar livre desse traço tão contraditório de sua realidade regional.

4.6 A identidade argumentativa do sistema americano na proteção das uniões homoafetiva entre similitudes e especificidades em relação ao sistema europeu

Ao final do capítulo anterior, apresentou-se uma série de questões que, sob o ponto de vista tópico-argumentativo, poderiam interessar à comparação entre os sistemas americano e europeu em matéria de proteção das uniões homoafetivas. Após o estudo empírico empreendido neste capítulo, é possível traçar algumas respostas e direcionamentos àqueles questionamentos comparativos.

De início, é preciso observar o movimento entre lugares-comuns nos sistemas regionais. Como destacado no capítulo anterior, o sistema europeu passou por movimentos tópicos que se iniciaram com a desconstrução de naturalizações empregadas para se negar direitos às pessoas homossexuais, passando pela afirmação dos direitos dos grupos minoritários e alcançando a criação de obrigações específicas dos Estados na proteção da comunidade LGBTQIA+. No sistema americano, embora, de algum modo, tenha se passado por esses mesmos *topoi*, não há uma correspondência exata na forma como eles se desenvolveram e se apresentaram nas decisões.

Com efeito, já na primeira decisão da Corte IDH na matéria, no caso *Atala Riffo y Otros v. Chile*, foram contemplados, em uma única decisão, lugares-comuns dispersos em diversas decisões da Corte EDH ao longo de décadas. Na sentença americana inicial já se estabeleceu expressamente que, além de a homossexualidade não poder ser invocada para se negar o direito de guarda, um casal homoafetivo poderia constituir um núcleo familiar e o Estado deveria atuar positivamente contra atitudes preconceituosas dirigidas a esse modelo familiar. Portanto, no sistema americano – inclusive por ter se iniciado posteriormente e poder se amparar em toda a experiência internacional prévia –, a decisão tem um ponto de partida tópico adiantado em relação ao sistema europeu.

Porém, esse ponto de partida adiantado não impediu que problemas mais antigos – como a criminalização das relações entre pessoas do mesmo sexo e a discriminação no acesso às forças armadas – continuassem presentes na realidade regional. O sistema americano, por razões contingenciais impostas pelos problemas, saltou a discussão de lugares-comuns mais básicos, o que fez com que, por exemplo, o *topos* do reconhecimento das relações homoafetivas fosse afirmado sem que nenhum órgão do sistema tivesse tratado diretamente do problema da criminalização.

Por certo, os princípios da subsidiariedade e da inércia desempenharam um papel relevante nesse aspecto, pois o problema da criminalização das relações homoafetivas no continente americano tem sido majoritariamente solucionado no âmbito nacional e, portanto, o sistema regional foi menos provocado a enfrentá-lo. Também é inegável que está implícito na jurisprudência da Corte IDH que as relações entre pessoas do mesmo sexo, por merecerem o respeito inerente às entidades familiares, não poderiam ser objeto de criminalização. Todavia, essas considerações não alteram o fato de que ainda existem legislações em vigor nos Estados americanos que mantêm a criminalização de relações entre pessoas do mesmo sexo, o que não se observa mais entre os países do sistema europeu. Ter em vista essa constatação é importante para se compreender que ter um ponto de partida tópico mais avançado não significou que o sistema americano alcançou, como resultado prático, um grau de proteção efetivo mais avançado para as relações homoafetivas no continente.

Outro aspecto que chama atenção é a irrelevância do *topos* da margem de apreciação na abordagem americana do problema das uniões homoafetivas. Como visto anteriormente, no sistema europeu, aferia-se a existência de um consenso regional sobre o tema – ainda que com critérios pouco claros – para, caso constatada a ausência desse consenso, abrir-se uma margem de apreciação discricionária aos Estados. Nas decisões americanas analisadas, não se observou essa estrutura argumentativa.

A ideia de margem de apreciação não é sequer desenvolvida pela Corte IDH em matéria de direito à igualdade e à não discriminação. Pelo contrário, afirma-se que o tratamento igualitário é norma de *jus cogens*, portanto, uma norma imperativa de direito internacional da qual nenhuma derrogação é permitida. Se nem mesmo um tratado poderia derogar normas de *jus cogens*, muito menos poderia fazê-lo uma interpretação unilateral do Estado. De fato, uma vez que se adotou, no sistema americano, a imperatividade do direito à igualdade e à não discriminação como fundamento de toda a argumentação em matéria de uniões homoafetivas, seria contraditório, com esse raciocínio, acolher o *topos* da “margem de apreciação”.

De outra parte, o *topos* do consenso regional recebe uma caracterização diferente no sistema americano. A Corte EDH normalmente avaliava a existência do consenso regional como uma condição para sua atuação, mesmo que esta fosse pautada por um “consenso em formação”. Já a Corte e a Comissão IDH se esforçam para demonstrar a existência de um consenso interpretativo – inclusive para além do sistema regional – não como condição para sua atuação, mas como reafirmação da universalidade dos direitos humanos e, portanto, da unidade de direção que devem seguir os diferentes órgãos internacionais encarregados de aplicar normas de direitos humanos.

Na argumentação dos órgãos regionais americanos, a força do princípio da igualdade é sempre afirmada no início, extraindo-se dessa previsão geral as obrigações específicas do Estado diante de um problema concreto. Já conscientes de qual seria o desdobramento concreto da igualdade no problema em análise, a Corte IDH e a Comissão IDH apresentam normas e decisões judiciais, nacionais e internacionais, inclusive instrumentos de *soft law*, para reforçar que a solução proposta em sua decisão é a mesma alcançada em outros âmbitos de discussão e, portanto, não poderia ser diferente, dada a universalidade do direito à igualdade.

Como se vê, há uma tensão entre a atribuição de uma margem de apreciação e a imperatividade das normas de *jus cogens*, bem como entre a exigência de um consenso regional e a universalidade dos direitos humanos. Os sistemas regionais americano e europeu equilibraram esses lugares-comuns de maneira diferente ao longo dos embates argumentativos em suas decisões. Essa calibração distinta refletiu nos resultados alcançados em cada um deles no tema das uniões homoafetivas.

O sistema europeu, com maior deferência à margem de apreciação e à exigência de consenso regional, sustentou o *topos* da família tradicional constituída pelo casamento em sua jurisprudência e impôs um dever de proteção às uniões homoafetivas, sem apontar diretamente quais figuras jurídicas os Estados deveriam adotar para proteger essas uniões. Ao assim agir, a Corte EDH evitou romper totalmente com uma visão familiar que é marcadamente presente na experiência europeia, ainda que para isso tenha sacrificado a extensão do direito à igualdade, facultando parte da interpretação desse direito a uma margem de apreciação nacional.

O sistema americano, conferindo máxima força ao princípio da igualdade e à universalidade dos direitos humanos, tomou como referência o patamar mais protetivo possível e elegeu-o como o padrão a ser perseguido por todos os países da região. Assim, impôs a extensão de todas as figuras jurídicas familiares aos casais do mesmo sexo, nas mesmas condições oferecidas aos casais heterossexuais, não admitindo derrogações dessa obrigação. A

postura da Corte IDH rejeitou estabelecer posições privilegiadas a quaisquer tipos familiares e retirou dos Estados qualquer possibilidade de uso da orientação sexual para a definição jurídica dos tipos familiares.

Esses diferentes lugares-comuns da atual compreensão dos sistemas regionais americano e europeu, apesar de terem resultado em compreensões distintas, foram construídos em meio a casos que apresentaram problemas muito similares.

Os contornos essenciais dos casos *Atala Riffo y Otros v. Chile* e *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* em torno do exercício do poder familiar e do direito de guarda são muito próximos. O mesmo pode ser dito acerca dos casos *Flor Freire v. Ecuador* e *Smith and Grady v. the United Kingdom*, que trataram da presença de pessoas homossexuais nas forças armadas. Também são muito próximos os casos *Duque v. Colombia* e *Aldeguer Tomás v Spain* acerca dos direitos previdenciários de casais homossexuais. Por fim, os questionamentos apontados na Opinião Consultiva n. 24 são basicamente os mesmos enfrentados nos casos *Schalk–Vallianatos–Oliari*.

Na abordagem desses casos, duas diferenças argumentativas se sobressaíram: a distinção de apoios e a tendência de exame extensivo das violações.

Quanto aos apoios, é notório que os direitos à igualdade e à não discriminação foram a fonte normativa principal explorada no sistema americano. A Corte IDH nunca deixou dúvidas de que a espinha dorsal de sua argumentação eram os arts. 1.1 e 24 da CADH, normalmente os primeiros a serem analisados nas decisões e dos quais decorriam o exame das demais violações. No sistema europeu, não se observa essa centralidade, especialmente em relação aos primeiros julgados da Corte EDH nessa temática, que privilegiaram o julgamento sob o prisma do direito à privacidade.

Em relação à tendência de exame extensivo, a busca por uma reparação integral aparece de modo mais nítido na argumentação das decisões no sistema americano, que expande o exame das violações de direitos humanos para cada detalhe do problema apresentado. O julgamento americano não se limita aos impactos pontuais do tratamento discriminatório na vida da pessoa discriminada. Esse exame alcança terceiros que não integram propriamente o grupo discriminado, como aconteceu quanto às filhas de *Atala Riffo* e à mãe de *Rojas Marín*, e se projeta inclusive sobre a esfera social, como ocorreu na discussão sobre acesso aos serviços de saúde pública nos casos jamaicanos. No sistema europeu, utiliza-se um número significativamente menor de apoios normativos para o exame das violações, o que revela um estilo argumentativo mais comedido.

De outra parte, não se pode deixar de notar que algumas estruturas argumentativas foram empregadas de modo parecido nos sistemas regionais europeu e americano.

Em ambos os sistemas, os problemas em matéria de fatos, tanto internos quanto externos ao processo, assumiram um papel relevante. A argumentação supostamente científica que defendia a existência de um perigo social na homossexualidade esteve presente em diversos casos da Corte EDH e repetiu-se no sistema americano, especialmente em *Atala Riffo y Otros v. Chile*. Tanto a Corte EDH quanto a Corte IDH enfrentaram essas alegações com a estratégia de impor ao Estado o ônus de demonstrar a veracidade das supostas premissas científicas invocadas, o que não foi minimamente satisfeito na sua defesa. Entretanto, percebe-se, na argumentação da Corte IDH, uma maior intensidade no uso de fontes científicas, como pareceres de peritos ouvidos pelo tribunal e publicações especializadas, o que tornou mais sólida a argumentação em *Atala Riffo y Otros v. Chile*.

Quantos aos fatos internos ao processo, as defesas estatais, tanto no sistema americano quanto no sistema europeu, ora negavam que a conduta tivesse motivação discriminatória, ora negavam que o Estado tivesse sido conivente com ela. Tanto a Corte IDH quanto a Corte EDH conseguiram detectar bem, nos procedimentos nacionais, as expressões e atitudes que evidenciavam o comportamento discriminatório, mesmo que velados, adotando estândares de provas em patamares similares. Deve-se destacar, porém, que a Corte IDH, no julgamento do caso *Flor Freire v. Ecuador*, desenvolveu uma regra de presunção relativa, segundo a qual, quando há violência sexual e tortura, presume-se a violação do direito à integridade pessoal dos familiares próximos da vítima direta. No sistema europeu, que lidou com casos de violência homofóbica menos intensas, como em *Beizaras and Levickas v. Lithuania* e *Sabalic v. Croatia*, não se viu argumento probatório similar.

No tocante à argumentação interpretativa, a argumentação sistêmica ocupou lugar central em ambos os sistemas. O uso de precedentes, próprios e de outros tribunais, é um desses elementos sistêmicos presentes tanto nas decisões da Corte EDH quanto nas decisões da Corte IDH. Porém, nota-se que a Corte IDH empenha maior esforço argumentativo, tanto qualitativo quanto quantitativo, nesse tipo de argumentação. As referências jurisprudenciais nacionais e internacionais aparecem mais bem contextualizadas – e, com certa frequência, em citações literais extensas – nas decisões da Corte IDH, enquanto observa-se uma remissão mais sintética nas decisões europeias.

A utilização de elementos de *soft law* como elemento de argumentação sistêmica também foi recorrente nas decisões europeias e americanas. Embora sem força vinculante, esses

documentos, especialmente quando produzidos por órgãos do sistema universal ou dos sistemas regionais, são valorados com especial atenção pelos tribunais internacionais. A compreensão que se extrai, tanto da jurisprudência da Corte EDH quanto da Corte IDH, é que a força dos elementos de *soft law* não pode ser desprezada na atuação prática. Essa força não decorre diretamente da autoridade política dos Estados, como ocorre com os tratados, mas possivelmente da autoridade epistêmica extraída da forma de elaboração desse tipo de documento internacional ou do seu pertencimento à estrutura maior de proteção de direitos humanos na contemporaneidade. É claro, portanto, que o entendimento do papel que desempenham os instrumentos de *soft law* na prática internacional em direitos humanos exige uma discussão mais refinada do conceito de autoridade, para além do binômio fontes vinculantes e não vinculantes.⁶¹⁹

Também é um forte elemento de argumentação sistêmica a forma como a Corte EDH e a Corte IDH utilizam a analogia para lidarem com diferentes tipos de discriminação. A Corte EDH, em *Smith and Grady v. the United Kingdom*, já havia empregado a argumentação por analogia entre a discriminação de pessoas homossexuais e a discriminação de pessoas negras ou mulheres nas forças armadas. Na Corte IDH esse intercâmbio entre vulnerabilidades esteve igualmente presente, especialmente no caso *Rojas Marín v. Perú*, no qual a Corte IDH transportou precedentes relacionados a imigrantes e violência sexual contra as mulheres para aplicação no contexto da violência homofóbica. O uso da analogia ratifica a ideia de que há uma teoria geral do direito antidiscriminatório em construção, que reúne um conjunto de *topoi* intermediários entre a obrigação mais abstrata de não discriminar e as obrigações mais específicas aplicáveis a cada grupo vulnerável concretamente. Esses elementos de teoria geral do direito antidiscriminatório afirmados como lugares-comuns na jurisprudência internacional são muito relevantes para a comunidade LGBTQIA+ que, ao contrário de outros grupos vulneráveis, não conta com um tratado protetivo específico e pode passar a aproveitar conceitos e institutos de tratados direcionados a outras vulnerabilidades.

Deve-se destacar, contudo, que o diálogo entre vulnerabilidades na Corte EDH é usualmente desenvolvido de maneira puramente analógica, ao passo que na Corte IDH há uma interseccionalidade real de vulnerabilidades nos contornos fáticos do caso. Em *Atala Riffo y Otros v. Chile*, a vítima era mulher e homossexual, debruçando-se o Tribunal especificamente sobre os elementos de homofobia e machismo presentes em sua situação – abordagem diversa da adotada na jurisprudência europeia ao tratar de mulheres vítimas de homofobia, na qual o

⁶¹⁹ No mesmo sentido, ver: Santos e Roesler (2023).

fato de ser mulher não recebeu maior atenção. Em *Rojas Marín v. Perú*, a vítima era economicamente vulnerável e homossexual, reconhecendo-se que a sua condição econômica a colocou em posição de maior risco para a violência estatal homofóbica, o que também difere dos casos europeus, nos quais eventual vulnerabilidade econômica não foi enfatizada. A forma como os problemas chegaram ao sistema americano, em especial pela realidade das vítimas nesses casos, possibilitou uma abordagem interseccional mais intensa nas decisões desse sistema.

Como visto no caso *Marta Álvarez Giraldo*, a interseccionalidade pode se apresentar em várias camadas. Naquele caso, estavam sobrepostas as vulnerabilidades de gênero, orientação sexual e decorrentes da situação de encarceramento. Na prática, ainda outras vulnerabilidades poderiam se sobrepor. Tendo como parâmetro as categorias de vulnerabilidade trabalhadas na Opinião Consultiva n. 29, é possível imaginar o cenário em que uma mulher, indígena, homossexual e idosa estivesse encarcerada. Cada um desses aspectos atrairia, conforme a compreensão da Corte IDH, um regime jurídico protetivo próprio em sobreposição.

Quanto à argumentação teleológica, observou-se que, no sistema europeu, esse tipo de argumento possuía dois empregos: um relacionado à definição dos objetivos das normas da convenção; e outro relacionado aos objetivos das normas nacionais que estavam sob escrutínio. Aquele primeiro emprego esteve igualmente presente no sistema americano, ao passo que o segundo emprego foi menos intenso, sobretudo em razão do desinteresse dos Estados em tentar justificar suas normas discriminatórias.

Na discussão acerca da teleologia das normas contidas no Tratado, em que pese a divergência regional interna, cujo principal expoente foi o juiz Eduardo Vio Grossi, as decisões da Corte IDH foram no mesmo sentido das decisões da Corte EDH, afirmando que as normas da convenção devem ser interpretadas, à luz das circunstâncias concretas atuais, sempre com o objetivo de oferecer a maior proteção possível aos direitos humanos. Ambos os tribunais regionais afirmaram, assim, sua posição nos sistemas internacionais de proteção como agências tópicas cuja missão é desenvolver os preceitos mais genéricos contidos nos seus tratados fundantes em obrigações mais específicas, a partir dos problemas que lhes forem apresentados. É certo que, no tema das uniões homoafetivas, a Corte IDH e a Corte EDH alcançaram conclusões diferentes quanto aos padrões de proteção exigíveis dos Estados. No entanto, ambos os tribunais convergiram ao concluir que a obrigação genérica de não discriminar deve ser concretizada pela concessão de alguma proteção estatal às uniões homoafetivas, derivando um novo lugar-comum mais protetivo a partir daquela disposição abstrata.

Em relação ao exame das finalidades das normas nacionais discriminatórias, houve menos discussão na Corte IDH. De fato, em *Atala Riffo v. Chile* e *Álvarez Giraldo v. Colombia*, houve uma tentativa do Estado em justificar o tratamento diferenciado em razão da orientação sexual, sem sucesso em nenhum dos casos. Em *Duque v. Colombia*, por outro lado, o Estado não apresentou nenhuma razão substancial para a negação da pensão previdenciária ao companheiro homoafetivo. Do mesmo modo, em *Flor Freire v. Ecuador*, o Estado igualmente não tentou justificar a exclusão de pessoas homossexuais das forças armadas. Nem mesmo nos casos envolvendo a criminalização de relações consensuais entre pessoas do mesmo sexo o Estado apontou motivos para tentar justificar a criminalização. Essa situação pode indicar que os Estados não tenham interesse em sustentar a discriminação como sua política oficial e/ou que o desgaste internacional de sustentar formalmente esse tipo de posição seja muito grande diante da baixa probabilidade de sucesso da argumentação, se ela fosse submetida ao escrutínio dos órgãos regionais da proteção.

Um aspecto interessante acerca desse último tipo de argumentação teleológica pode ser observado na Opinião Consultiva n. 24. Na ausência de defesas reais, por se tratar de uma situação hipotética, a própria Corte IDH se adiantou na formulação de possíveis objeções dos Estados contra a sua decisão, submetendo essas objeções conjecturadas a um escrutínio estrito. Essa estratégia argumentativa evidencia que a opinião consultiva foi basicamente convertida em um caso contencioso simulado, ainda que bastante abrangente. De fato, observa-se que as estruturas dos argumentos da Opinião Consultiva n. 24 são fundamentalmente as mesmas observadas nos casos contenciosos americanos e europeus na mesma temática. Assim, para fins argumentativos, o fato de a análise do problema ocorrer no exercício da jurisdição consultiva ou contenciosa não foi um elemento determinante, não obstante o possível impacto diferenciado resultante da opinião consultiva sobre o sistema regional.

O sistema americano construiu, em meio a aproximações e divergências com sua congênere europeia, um instrumental tópico-argumentativo próprio para abordar o problema das uniões homoafetivas. Se uma decisão da Corte IDH e outra da Corte EDH nesse tema fossem desidentificadas e embaralhadas, não seria difícil posteriormente distinguir a proveniência de uma e de outra. A identidade argumentativa peculiar do sistema americano em face do sistema europeu se afirmou nos inúmeros elementos analisados ao longo deste capítulo, e conhecê-la é fundamental tanto para os que pretendem pensar uma teoria da argumentação jurídica que lhes contemple, quanto para os que desejam atuar na prática combativa e decisória desse sistema regional. Estudar e conhecer a argumentação jurídica e o seu desenvolvimento

nos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos revela-se, nesse contexto, um instrumento valioso para a operacionalização e o desenvolvimento das potencialidades dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos por todos aqueles que neles intervêm.

5 UNIÕES HOMOAFETIVAS NO SISTEMA AFRICANO: COLOCANDO EM PAUTA O “NÃO PROBLEMA”

Como já foi tratado na parte inicial deste trabalho, o sistema regional africano é o mais jovem entre os sistemas regionais de proteção, e ainda há poucos dados para a análise de seu modo próprio de desenvolvimento argumentativo. Além dessa juventude institucional, outros fatores políticos, sociais e econômicos, que transparecerão ao longo deste capítulo, impossibilitaram que houvesse uma argumentação formal explícita da Comissão ADHP ou da Corte ADHP acerca das uniões homoafetivas, até o momento. Há, inclusive, algum receio em iniciar-se essa discussão no sistema regional africano, pois é possível que, na ausência de uma maior difusão de ideais antidiscriminatórios no continente para subsidiar a atuação dos órgãos internacionais, os resultados obtidos acabem prejudicando a proteção da população LGBTQIA+. ⁶²⁰

Desse modo, não é possível realizar propriamente uma comparação entre o sistema africano e os sistemas europeu e americano no que tange ao desenvolvimento tópico-argumentativo das uniões homoafetivas. Porém, é possível identificar com quais contornos esse problema já despontou indiretamente no contexto africano, os *topoi* que difusamente estão atravessando as discussões sobre o tema na história recente e quais estratégias argumentativas defensores e resistências ao reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas estão inclinados a utilizar.

Com esse objetivo, na primeira parte deste capítulo, será tratado o inconclusivo, porém extremamente relevante, caso *William A. Courson v. Zimbabwe*, submetido à apreciação da Comissão ADHP em 1994. Essa primeira petição não foi objeto de maior consideração no sistema regional, e a sua tramitação foi interrompida por desistência do próprio peticionante. Porém, por intermédio dela, externalizou-se o *topos* inicial do tratamento das uniões homoafetivas no sistema africano, que neste trabalho será tratado como o *topos* do “não problema”.

Na segunda parte, passa-se ao exame dos sucessivos movimentos de abertura da Comissão ADHP ao tratamento da discriminação por orientação sexual como um problema de direitos humanos. Esses movimentos culminam, em 2014, com a edição da Resolução n. 275 –

⁶²⁰ Nesse sentido: “[...] *activists should temporarily refrain from bringing LGBT cases to the African Commission on Human and Peoples’ Rights since a detrimental decision, which currently is extremely likely, can cause serious and long-term problems.*” (Ibrahim, 2015, p. 263).

primeira manifestação formal expressa do sistema regional que tratou especificamente da orientação sexual como categoria protegida no continente.

Ainda na segunda parte deste capítulo, abordaremos a decisão da Comissão ADHP que reconheceu à associação Coalition of African Lesbians (CAL) o *status* de observadora internacional no sistema africano e estabeleceu que suas finalidades institucionais estavam vinculadas à proteção de direitos previstos na CADHP. Assim, a Comissão ADHP superou o *topos* do “não problema”, permitindo o início da discussão explícita de temas vinculados à orientação sexual no âmbito regional, e apresentou as primeiras estruturas argumentativas do sistema africano na abordagem dessas questões.

Na terceira parte, será abordado o cenário atual do sistema regional em relação à matéria, que é marcado por movimentos ambíguos.

De um lado, há sinalizações da Comissão ADHP e da Corte ADHP que transmitem uma abertura do sistema regional para a discussão de temas vinculados à proteção da comunidade LGBTQIA+. De outro, há dúvidas acerca da capacidade dos órgãos regionais em adotar e sustentar uma postura protetiva em favor daquela comunidade, e uma clara interferência de determinados Estados membros no funcionamento do sistema regional. A intervenção dos Estados nacionais chegou ao ponto de provocar um recuo na Comissão ADHP, que foi compelida a retirar o *status* de observadora internacional anteriormente concedido à CAL.

Ao final do capítulo, constata-se que há fortes indícios de que o sistema regional africano está se preparando topicamente para enfrentar questões relacionadas à proteção de pessoas LGBTQIA+, entre elas, o problema das uniões homoafetivas. Essa preparação passa fundamentalmente pela construção de lugares-comuns que possibilitem esse tipo de discussão no continente e pelo desenvolvimento de estratégias argumentativas próprias para lidar com o grau de hostilidade ao tema entre os Estados.

Embora se constate avanços no sistema africano, com a superação do *topos* do “não problema”, não é possível afirmar quando essas questões surgirão de modo mais direto no sistema regional nem que resultado alcançarão. A análise argumentativa do material disponível até o momento permite apenas constatar a existência de elementos tópico-argumentativos que estão sendo pré-ordenados para serem mobilizados em um eventual embate futuro nesse campo.

5.1 A homoafetividade e o topos do “não problema”

Na análise sintética dos sistemas regionais de proteção empreendida no início deste trabalho, destacou-se que o sistema regional africano de proteção de direitos humanos possui dois órgãos essenciais: a Comissão ADHP e a Corte ADHP. A Comissão ADHP foi prevista na redação original da CADHP e está em funcionamento desde 1987, diferentemente da Corte ADHP, que só foi criada por intermédio de um protocolo adicional à CADHP, e proferiu sua primeira decisão em 2009.⁶²¹

Em razão da precedência temporal e da maior abrangência territorial da Comissão ADHP,⁶²² a compreensão do desenvolvimento de qualquer tema no sistema regional africano, inclusive os referentes à orientação sexual, é ditada essencialmente pelos encaminhamentos dados pela Comissão, havendo atuação da Corte ADHP apenas no período mais recente e de forma ainda tímida, embora crescente.

Ao tratar da relação entre a Comissão ADHP e a proteção de pessoas LGBTQIA+ no continente, Robert Akoto Amofo propõe uma divisão em três fases históricas,⁶²³ que podem ser utilizadas como parâmetros para a análise tópico-argumentativa do desenvolvimento geral do sistema regional nesse assunto. Segundo essa classificação, há uma primeira fase histórica, que abrange desde o início dos trabalhos da Comissão ADHP, em 1987, até antes da edição da Resolução n. 275/2014. A segunda fase histórica compreende desde a edição da Resolução n. 275/2014 até antes da decisão da Comissão ADHP, adotada em 2018, que retirou o *status* de observadora internacional anteriormente concedido à CAL. Por fim, há uma terceira fase, que abarca desde o revés sofrido pela referida associação até a atualidade.

Em relação à primeira fase histórica, assim como ocorreu no sistema americano, o sistema regional africano não se ocupou, em um primeiro momento, de questões referentes à orientação sexual. O trabalho da Comissão ADHP, em seus primeiros anos de funcionamento, relacionou-se prioritariamente com matérias vinculadas à sua governança interna, à luta por

⁶²¹ PIOVESAN, 2015, p. 258-268.

⁶²² “Até 2018, dos 54 Estados partes da Carta Africana, apenas 30 Estados haviam ratificado o Protocolo [que instituiu a Corte ADHP]. Persiste, pois, o desafio da ampla adesão a este, com o reconhecimento da jurisdição da Corte Africana pelos Estados da região, como ocorre no sistema regional interamericano, que prevê a jurisdição da Corte Interamericana por meio de cláusula facultativa.” (Piovesan, 2015, p. 263).

⁶²³ AMOFO, R. A. **The contribution of the African Commission on Human and Peoples’ Rights to the promotion and protection of the human rights of lesbian, gay, bisexual and transgender persons in Africa**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos e Democratização na África) – Centro de Direitos Humanos, Universidade de Petrória, Pretória, 2021.

regimes mais democráticos e à proteção de civis contra governos autoritários.⁶²⁴ Porém, em 1994, William Courson, ativista e diretor de uma organização não governamental de promoção dos direitos humanos sediada nos Estados Unidos, submeteu à Comissão ADHP uma petição contra a legislação que criminalizava o contato sexual entre homens adultos no Zimbábue e contra manifestações públicas do presidente do Zimbábue e do respectivo Ministro de Assuntos Internos, que encorajavam o uso dessa legislação.⁶²⁵

Em sua argumentação, William Courson apontou violações de diversos direitos contidos na CADHP, entre eles o direito à igualdade (art. 2º), à liberdade (art. 3º), à segurança pessoal (art. 6º) e à saúde (art. 16), bem como do direito dos povos à existência sem opressão (art. 20), ao desenvolvimento econômico, social e cultural (art. 20) e ao meio ambiente (art. 24). O peticionante invocou também o art. 60 da CADHP, que determina que a Comissão ADHP deve inspirar-se nas disposições dos outros instrumentos adotados pelas Nações Unidas em matéria de direitos humanos,⁶²⁶ defendendo que deveria ser adotado, no sistema regional africano, o entendimento expresso pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU no caso *Toonen v. Australia*, no qual se decidiu que a criminalização de condutas homossexuais era irrazoável.⁶²⁷

A petição veio a público no Zimbábue, com uma forte reação negativa na imprensa local. O peticionante foi retratado como “um perverso estrangeiro enfiando o nariz onde não era chamado”.⁶²⁸ Em uma das publicações locais, o secretário de comunicação da Conferência dos Bispos Católicos do Zimbábue declarou que “a cultura africana abomina a homossexualidade e a considera anormal” e que “esses estrangeiros que são novos na cultura do Zimbábue devem respeitá-la”.⁶²⁹

⁶²⁴ “*The [African] Charter was adopted when Africa was just coming out of some of the bloodiest struggles against colonialism. Some countries were still dealing with coup d’états, apartheid (in South Africa) and dictatorships. These issues influenced the manner of human rights issues any established regional body was expected to focus on.*” (Amofo, 2021, p. 18).

⁶²⁵ CENTRE FOR HUMAN RIGHTS. **African Human Rights Law Reports 2000**. Cidade do Cabo: Juta & Company, 2004, p. 335.

⁶²⁶ “Art. 60. A Comissão inspira-se no direito internacional relativo aos direitos humanos e dos povos, nomeadamente nas disposições dos diversos instrumentos africanos relativos aos direitos humanos e dos povos, nas disposições da Carta das Nações Unidas, da Carta da Organização da Unidade Africana, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, nas disposições dos outros instrumentos adotados pelas Nações Unidas e pelos países africanos no domínio dos direitos humanos e dos povos, assim como nas disposições de diversos instrumentos adotados no seio das agências especializadas das Nações Unidas de que são membros as Partes na presente Carta.” (OUA, 1981).

⁶²⁷ ONU. Comitê de Direitos Humanos. **Decision on merits CCPR/C/50/D/488/1992**. Requerente: Nicholas Toonen. Requerido: Comunidade da Austrália. Nova York: HRC, 2 nov. 1992.

⁶²⁸ GALZ. **Courson Complaint**. [S. l.]: Galz, 1995. Disponível em: <https://galz.org/courson-complaint/>. Acesso em: 21 jul. 2023.

⁶²⁹ *Ibid.*

Diante da escalada agressiva no país e com receio de retaliações pelo governo, a associação Gays and Lesbians of Zimbabwe (GALZ) entrou em contato com William Courson para que ele retirasse sua petição. O peticionante desculpou-se por haver agido precipitadamente e desistiu formalmente do pedido.⁶³⁰ Diante da desistência, a Comissão ADHP declarou não haver necessidade de prosseguir na análise do tema.⁶³¹

Apesar de não ter sido objeto de exame, um dos comissários que integravam a Comissão ADHP à época registrou uma curta manifestação sobre o tema. Em sua percepção, embora a homossexualidade estivesse ganhando reconhecimento em outras partes do mundo, isso não se aplicaria à África. Segundo sua declaração, a homossexualidade seria incompatível com o senso africano de dignidade e moralidade, e inconsistente com os positivos valores africanos. Nenhum outro membro da Comissão ADHP registrou manifestação em sentido contrário.⁶³²

O pronunciamento da Comissão ADHP acerca da petição de William Courson, embora lacônico e sem caráter decisório formal, revela um lugar-comum no continente de que questões relativas à comunidade LGBTQIA+ seriam inovações ocidentais incompatíveis com as tradições africanas. A homossexualidade seria, assim, um problema “não africano” ou, em termos tópicos, um “não problema” no continente.

A tese do “não problema” é objeto de inúmeras críticas. Aponta-se, em geral, que essa interpretação restringe a tradição africana ao início da colonização europeia no continente, ignorando que a África pré-colonial apresentava um conjunto diversificado de formas de expressão da não heterossexualidade e da não heteronormatividade,⁶³³ as quais foram atingidas

⁶³⁰ GALZ, 1995.

⁶³¹ CENTRE FOR HUMAN RIGHTS, 2004, p. 335.

⁶³² “Because of the deleterious nature of homosexuality, the Commission seizes the opportunity to make a pronouncement on it. Although homosexuality and lesbianism are gaining recognition in certain parts of the world, this is not the case in Africa. Homosexuality offends the African sense of dignity and morality and is inconsistent with positive African values.” (Boukongou, 2006, p. 279).

⁶³³ “Las pruebas sugieren de forma clara que, antes de la colonización, muchos pueblos del continente africano no utilizaban un enfoque binario del género ni correlacionaban la anatomía con la identidad de género [...]. Las tribus que habitaban la actual Nigeria no tenían un sistema binario del género y, por lo general, no asignaban el género al nacer, sino que esperaban hasta que la persona era más mayor. En la cultura yoruba, las jerarquías sociales no dependían del género, sino principalmente de la edad. En el territorio que hoy ocupa Etiopía, las personas oromo alternaban entre los géneros y roles masculinos y femeninos cada ocho años a lo largo de su vida. Entre los igbo, las personas ogbanje eran de género fluido y alternaban roles masculinos y femeninos. Las representaciones de la sexualidad y las prácticas de género en las comunidades senegalesas entre 1898 y 1935 dan fe de la existencia de numerosas conductas sexuales y de la fluidez de la expresión de género, que abarcan desde las relaciones homosexuales hasta las identidades transgénero y el travestismo. Los dagaaba, en la actual Ghana, asignaban el género en función de la energía de la persona en lugar de ceñirse a consideraciones anatómicas. Algunos estudios antropológicos indican que hay antecedentes de matrimonios homosexuales en tribus keniatas, como en la tribu meru (matrimonio entre hombres), la kalenyín (matrimonio entre mujeres) y la nandi. En Sudáfrica, numerosos autores han señalado la existencia de relaciones homosexuales en las sociedades precoloniales.” (Borloz-Madrigal 2023, p. 5-6).

pela introdução de normas religiosas e legais coloniais que policiavam a sexualidade e o gênero.⁶³⁴

As abordagens críticas à ideia de que a tradição africana seria avessa à diversidade sexual assinalam o emprego do controle da sexualidade como mecanismo de dominação colonial, destacando que a maioria dos projetos coloniais regulamentou a sexualidade e o gênero como parte dos seus esforços globais para dominar povos e territórios.⁶³⁵ Nesse contexto, uma vez que os processos de colonização foram responsáveis por várias formas de violência e discriminação contra as pessoas LGBTQIA+, que persistem até atualidade, a retomada da diversidade sexual que caracterizava a África pré-colonial constituiria, em verdade, uma pauta pan-africanista.⁶³⁶

Em todo o caso, é certo que a tese do “não problema” exerceu a função de tentar impedir o desenvolvimento argumentativo da temática relativa aos direitos de pessoas homossexuais no sistema regional africano. Diante da dinâmica tópico-argumentativa dos sistemas regionais de proteção que tem sido reiteradamente assinalada neste trabalho, impedir que a matéria seja problematizada é cercear completamente qualquer possibilidade de surgimento de novos *topoi* mais protetivos. Em síntese, afirma-se a inexistência do problema, a fim de impossibilitar a discussão do tema e, desse modo, conservar o *topos* discriminatório inicial.

Essa função esterilizante da tese do “não problema” é, de algum modo, admitida pela própria Comissão ADHP. Em sua breve consideração acerca do caso ora em análise, a Comissão destacou que, embora a petição tenha sido retirada e não fosse ser objeto de deliberação, seria importante realizar um pronunciamento acerca dela “[...] devido à natureza deletéria da homossexualidade [...]”.⁶³⁷ As expressões utilizadas pela Comissão ADHP nessa manifestação e a própria decisão de se manifestar sobre uma petição que sequer seria objeto de apreciação tornam clara a tentativa da Comissão de repelir o ingresso de problemas relacionados à diversidade sexual no sistema regional.

De fato, sem nenhuma preocupação com a correção histórica ou antropológica da afirmação de que a homossexualidade não seria um problema africano, essa premissa serviu como instrumento para sinalizar o impedimento do ingresso, no sistema regional africano, de questões referentes às relações entre pessoas do mesmo sexo. A Comissão ADHP em sua

⁶³⁴ IBRAHIM, 2015.

⁶³⁵ BORLOZ-MADRIGAL, V. **Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género (A/78/227)**. Nova York: ONU, 2023, p. 23.

⁶³⁶ IBRAHIM, 2015, p. 280.

⁶³⁷ BOUKONGOU, J. D. The appeal of the African system for protecting human rights. **African Human Rights Law Journal**, Pretória, v. 6, n. 2, p. 268-298, 2006, p. 279.

manifestação, ao ressaltar que o tema está “[...] ganhando reconhecimento em certas partes do mundo, o que não é o caso na África [...]”,⁶³⁸ expressou claramente a posição inicial de fechamento do sistema regional africano a ele.

A afirmação de que a homossexualidade não seria um problema a ser enfrentado no sistema africano de direitos humanos foi reiterada em 2010, na decisão da Comissão ADHP que negou o *status* de observadora internacional à CAL, sob o argumento de que “[...] as atividades da referida organização não promovem e protegem nenhum dos direitos consagrados na Carta Africana [...]”.⁶³⁹

A CAL é uma organização não governamental com sede na África do Sul que, entre seus objetivos, busca contribuir para a transformação da África em um continente onde as mulheres, na sua diversidade, incluindo as lésbicas, desfrutem de todos os elementos dos direitos humanos e sejam reconhecidas como cidadãs de pleno direito.⁶⁴⁰ A concessão do *status* de observadora internacional junto à Comissão ADHP conferiria-lhe o direito de atuar mais diretamente nos trabalhos desse órgão internacional, com direito a participar nas sessões de trabalhos da Comissão e a solicitar a inclusão de questões de seu interesse na agenda provisória do órgão.⁶⁴¹

Entre os requisitos para a habilitação de uma organização não governamental como observadora internacional dos trabalhos da Comissão ADHP está a exigência de que suas atividades estejam em consonância com os princípios e objetivos fundamentais enunciados no Ato Constitutivo da União e na CADHP, bem como de que a entidade atue no âmbito da promoção e proteção dos direitos humanos no continente africano.⁶⁴² Em que pese a incontroversa atuação da CAL no continente, sua admissão como observadora internacional foi impedida por ausência de pertinência temática entre os seus objetivos institucionais e os direitos consagrados na Carta Africana.

É preciso notar que, entre a manifestação sobre o caso *William A. Courson v. Zimbabwe* e a primeira decisão tomada contra a CAL há uma sutil diferença argumentativa. Naquela, de 1994, a Comissão ADHP adotou a premissa de que a homossexualidade era genericamente

⁶³⁸ BOUKONGOU, 2006, p. 279.

⁶³⁹ UNIÃO AFRICANA. **28th Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights (Comissão ADHP)**. Banjul: Comissão ADHP, 2010a, p. 8.

⁶⁴⁰ UNIÃO AFRICANA. **Advisory Opinion on Request no. 002/2015 by the Centre for Human Rights of the University of Pretoria and the Coalition of African Lesbians**. Arusha, Tanzânia: AfCHPR, 28 set. 2017c, p. 2.

⁶⁴¹ UNIÃO AFRICANA. **Resolução sobre os critérios para concessão e manutenção do status de observador para organizações não-governamentais que trabalham com os direitos humanos e dos povos na África**:- CADHP/Res.361(LIX)2016. Banjul: Comissão ADHP, 2016d.

⁶⁴² *Ibid.*

incompatível com o “senso africano de dignidade e moralidade”, o que inclusive contrapôs, de um lado, o peticionante, líder de uma organização não governamental sediada fora da África, e, de outro, a Comissão ADHP, que se apresentou como guardião dos valores africanos. Na decisão contra a CAL, em 2010, deixa-se de lado a discussão genérica sobre o problema ser ou não africano e passa-se a discutir se ele se insere ou não no âmbito de proteção da Carta Africana.

A mudança na formatação do problema, em especial pela alteração do peticionante, é fundamental para se entender a mudança argumentativa na resposta da Comissão ADHP. A própria existência da CAL coloca em evidência que a homossexualidade não só é um problema africano como que esse problema está articulado no continente ao ponto de haver uma organização com atuação internacional para debatê-lo. Uma tentativa de se manter o fechamento do sistema africano ao tema com base na mesma manifestação genérica adotada em *William A. Courson v. Zimbabwe* enfrentaria claras dificuldades práticas para se sustentar. Desse modo, a Comissão ADHP mantém sua postura refratária, porém tenta apresentar uma argumentação mais técnica, invocando os limites da Carta Africana como premissa normativa para o indeferimento da admissão da CAL, baseada em uma interpretação que exclui a orientação sexual do seu âmbito de proteção como instrumento internacional de direitos humanos.

A pergunta acerca de se a livre manifestação da orientação sexual está protegida pelo Tratado fundante do sistema regional de direitos humanos não é uma questão inédita. Tanto o sistema europeu quanto o sistema americano passaram pela etapa de discutir se a orientação sexual constituiria um tema a ser tratado à luz da CEDH e da CADH, respectivamente. A Comissão ADHP, em sua justificativa para indeferir a habilitação da CAL, ingressou em uma discussão interpretativa de textos normativos de direitos humanos cujo escopo converge para a experiência dos demais sistemas regionais, embora sua conclusão inicial tenha sido diversa dos congêneres.

No entanto, ainda que a resposta inicial da Comissão ADHP tenha excluído discussões acerca de direitos homoafetivos da incidência normativa da Carta Africana, observa-se que a premissa adotada para essa negativa é contraditada pelo mesmo relatório de atividades em que foi publicizada a decisão. No 28º Relatório Ordinário – o mesmo no qual está contida a primeira decisão acerca da CAL –, há o registro de que a comissária Pansy Tlakula (África do Sul), em janeiro de 2010, participou de um programa de televisão no qual foi convidada a articular os direitos de pessoas LGBTQIA+ com o sistema africano de direitos humanos, enfatizando

particularmente a situação dos direitos das pessoas LGBTQIA+ em Camarões, Nigéria, Malawi e Uganda.⁶⁴³ Naquele mesmo ano, Tlakula participou de uma reunião no Quênia, promovida por entidades de ativismo LGBTQIA+, onde ministrou a palestra “*LGBTI Rights and the African Charter on Human and Peoples Rights*”.⁶⁴⁴ Assim, embora o quórum da decisão que negou a habilitação da CAL seja desconhecido, a visão de que discussões referentes à diversidade sexual não estejam abarcadas pela Carta Africana, aparentemente, já não era unânime à época, entre os membros da Comissão ADHP.

O exame do desenvolvimento tópico-argumentativo na atuação da Comissão ADHP nessa primeira fase histórica conduz a duas conclusões. A primeira é a de que o *topos* inicial da discussão era contrário a qualquer tentativa de problematizar questões relativas a direitos LGBTQIA+ no continente. Essa contrariedade, inicialmente, fundamentou-se em considerações mais genéricas acerca da africanidade ou não do problema e, posteriormente, recebeu um refinamento técnico-normativo, convertendo-se em uma discussão acerca da interpretação e dos limites da Carta Africana. Em qualquer dessas versões, constata-se a indisposição do sistema regional em discutir o problema.

Esse ponto inicial difere tanto da experiência europeia quanto da experiência americana. Naqueles sistemas, não houve uma discussão prévia acerca da pertinência regional do problema, e o debate acerca da proteção conferida pelo respectivo instrumento normativo foi menos exigente. Do mesmo modo, ainda que algumas decisões tenham sido contrárias à afirmação de direitos das pessoas LGBTQIA+ no sistema europeu, as estratégias argumentativas nele utilizadas não negavam peremptoriamente que esse grupo estivesse protegido pela CEDH, o que contrasta com as negativas incisivas observadas no momento inicial do sistema africano.

A segunda conclusão é a de que, não obstante a indisposição institucional prévia, o problema não desapareceu do sistema regional, mas foi renovado com estratégias de litigância diferentes. Nesse sentido, destaca-se a atuação estratégica da CAL, ao pleitear a sua inclusão como observadora internacional. Esse pedido não tinha aptidão para, por si só, provocar uma decisão de mérito dentro do sistema ou o advento de alguma norma geral, mas certamente obrigou a Comissão ADHP a discutir o “não problema” e teve o potencial de evidenciar divergências em torno do pacto de não discussão do tema, que predominava no contexto africano.

⁶⁴³ UNIÃO AFRICANA, 2010a, p. 27.

⁶⁴⁴ *Ibid.*

A atuação da CAL, de outras entidades não governamentais e até mesmo de membros da Comissão ADHP, motivando a discussão de temas relativos aos direitos de pessoas LGBTQIA+ no sistema regional africano, cooperou para a corrosão do *topos* do “não problema”, abrindo o caminho para uma nova fase tópico-argumentativa. Aceitando-se, portanto, a premissa de que a diversidade sexual é um problema que interessa ao sistema africano, passa-se à tentativa de construir uma resposta africana para ele.

5.2 O problema sai do armário: a inserção da proteção de pessoas LGBTQIA+ na agenda de direitos humanos no continente africano

A ideia de que questões ligadas à diversidade sexual não encontravam espaço para discussão no sistema regional africano caracterizou os pronunciamentos expressos da Comissão ADHP na primeira fase do desenvolvimento tópico-argumentativo do tema. Porém, ao longo do tempo, a presença de pessoas LGBTQIA+ no continente surgia em meio às atividades cotidianas desse órgão internacional e lançava um desafio acerca do como ele agiria em contextos nos quais a discriminação por orientação sexual era flagrantemente um obstáculo ao pleno gozo de direitos humanos.

Em 2006, durante a 39ª Sessão Ordinária da Comissão ADHP, na qual o relatório periódico da República de Camarões seria submetido à apreciação, um grupo de associações civis organizou um relatório paralelo (*shadow report*) com informações detalhadas sobre a situação das pessoas LGBTQIA+ naquele país. Durante a discussão do relatório camaronês, três comissários formularam questões específicas acerca da situação de pessoas LGBTQIA+ em Camarões, especialmente acerca da continuidade da criminalização de relações entre pessoas do mesmo sexo pelo Estado.⁶⁴⁵

Em 2008, a Comissão ADHP elogiou formalmente as Ilhas Maurícias pela aprovação legislativa de um “*Equal Opportunities Act*”, no qual expressamente se reconheceu a proibição

⁶⁴⁵ “During the discussion of the Cameroonian country report three commissioners asked question on issues addressing the violations of human rights of LGBTI people. In particular, Commissioner Tlakula mentioned discrimination against LGBTI people. She also stated that the penal code’s criminalisation of consensual same sex practice was not compatible with Article 2 of the African Charter on Human and Peoples’ Rights (‘Comissão ADHP’) and asked whether it was compatible with the Cameroonian Constitution. Commissioner Malila questioned the Cameroonian delegation on the length of the detention period of the Cameroonian 11 and whether this was not inconsistent with Article 7 of the Comissão ADHP. He wanted to know about the availability of compensation, among other things. Commissioner Gansou requested further information on the law criminalising sodomy.” (Ndashe, 2011. p. 18).

de discriminação com base na orientação sexual.⁶⁴⁶ Em 2011, o órgão destacou positivamente o empenho da República da Uganda em investigar e punir os responsáveis pelo assassinato do ativista gay David Kato.⁶⁴⁷

Como se vê, apesar de, em algumas manifestações, a Comissão ADHP negar formalmente que direitos LGBTQIA+ encontrassem espaço para discussão no sistema africano, houve diversas outras ações da Comissão e de seus comissários tendentes a admitir a discussão específica da discriminação por orientação sexual no continente como um problema de direitos humanos à luz da Carta Africana. Foram diversas manifestações de interesse e preocupação da Comissão ADHP em torno dessa questão que, a princípio, estaria fora dos limites de sua competência.

A dificuldade em se lidar expressamente com o tema da diversidade sexual nesse sistema evidenciava ser contraproducente investir em uma abordagem direta a esse respeito. Dificilmente, um caso fundamentado no direito à vida privada ou à igualdade, como ocorreu nos outros sistemas regionais, seria capaz de mobilizar a discussão de modo positivo no sistema africano. Para lidar com essa dificuldade, a Comissão ADHP passou a trabalhar questões referentes à discriminação por orientação sexual fora do âmbito dos direitos humanos liberais clássicos – típicos das abordagens europeia e americana –, inserindo-os no âmbito dos direitos humanos sociais, políticos e econômicos, em especial o direito de acesso à saúde.

A configuração do sistema regional africano, notadamente a estrutura da Carta Africana, tornam-no mais receptivo a uma compreensão social e coletiva de realização de direitos humanos, em contraposição a compreensões mais individualistas, as quais poderiam ser tidas como excessivamente ocidentalistas pelos agentes regionais. Desse modo, não é estranho que a Comissão ADHP tenha se aproximado de um problema já conhecido – a discriminação por orientação sexual – através das consequências sociais que ele provoca, ao invés de colocar ênfase em seu impacto individual.

Entre os problemas sociais presentes no continente, a Comissão ADHP tem historicamente manifestado grande preocupação com a persistente propagação do vírus HIV na região. Essa preocupação é explicitada, no Protocolo Adicional à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, relativo aos Direitos da Mulher em África – ou Protocolo de Maputo,

⁶⁴⁶ “[The Commission] commends Mauritius for adopting the Equal Opportunities Act 2008, which prohibits discrimination on the grounds of age, caste, colour, creed, ethnic origin, impairment, marital status, place of origin, political opinion, race, sex and sexual orientation. It also notes with appreciation the establishment of an Equal Opportunities Division within the National Human Rights Commission and the Equal Opportunities Tribunal which has wide powers to enforce the provisions of the Act.” (União Africana, 2009, p. 4).

⁶⁴⁷ AMOAF, 2021, p. 22.

pela inserção do direito das mulheres em se protegerem e serem protegidas contra a transmissão do HIV.⁶⁴⁸ Além disso, a partir de 2010, a Comissão ADHP instituiu um comitê de especialistas para a proteção de pessoas que vivem com HIV e daquelas em situação de risco, vulneráveis ou afetadas pelo vírus HIV.⁶⁴⁹ É justamente no bojo dessa preocupação de saúde pública que será debatido o problema das relações homoafetivas e da discriminação sofrida pelas pessoas nelas envolvidas.

A relação entre discriminação por orientação sexual e o direito à saúde foi abordada no capítulo anterior. No caso *T. B. Y S. H. v. Jamaica*, a Comissão IDH reconheceu que a criminalização das relações entre pessoas do mesmo sexo pode criar inaceitáveis obstáculos no acesso aos serviços de saúde, pois gera o temor de que os usuários desses serviços sejam punidos ao revelarem suas relações para fins médicos.⁶⁵⁰ Todavia, no sistema americano, a judicialização direta dos direitos humanos de caráter social ocorre de maneira ainda muito incipiente, mediada pelo art. 26 da CADH, que prevê uma cláusula de desenvolvimento progressivo em termos genéricos.⁶⁵¹

No sistema regional africano, o art. 16 da CADHP é bem mais incisivo, ao assegurar o direito de toda pessoa “[...] ao gozo do melhor estado de saúde física e mental que for capaz de atingir [...]” e definir a obrigação dos Estados em “[...] tomar as medidas necessárias para proteger a saúde das suas populações e para assegurar-lhes assistência médica em caso de doença [...]”.⁶⁵² O art. 14 do Protocolo de Maputo igualmente prevê o dever de os Estados assegurarem às mulheres o acesso a serviços de saúde adequados, de baixo custo e geograficamente próximos, além de tratar especificamente da atenção às doenças sexualmente transmissíveis. Diante da base normativa mais abrangente sobre o direito à saúde, existente no sistema regional africano, não foi difícil a conexão de problemas de discriminação por orientação sexual à garantia desse direito.

⁶⁴⁸ “*Article 14 Health and Reproductive Rights. 1. States Parties shall ensure that the right to health of women, including sexual and reproductive health, is respected and promoted. This includes: [...] d) the right to self-protection and to be protected against sexually transmitted infections, including HIV/AIDS;*” (União Africana, 2003).

⁶⁴⁹ UNIÃO AFRICANA. **Resolution on the Establishment of a Committee on the Protection of the Rights of People Living With HIV (PLHIV) and Those at Risk, Vulnerable to and Affected by HIV:** - Comissão ADHP/Res.163(XLVII)10. Banjul: Comissão ADHP, 2010c.

⁶⁵⁰ UNIÃO AFRICANA, 2020b, p. 27.

⁶⁵¹ “Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo. Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.” (OEA, 1969).

⁶⁵² OUA, 1981.

No ato normativo que institui os trabalhos do Comitê HIV, a Comissão ADHP determinou que este novo subórgão deveria integrar uma perspectiva de gênero e dar especial atenção às pessoas pertencentes a grupos vulneráveis, incluindo mulheres, crianças, trabalhadores do sexo, migrantes, homens que fazem sexo com homens, utilizadores de drogas intravenosas e reclusos”.⁶⁵³ Essa determinação da Comissão ADHP indica uma mudança tópica em três direções.

A primeira, ao indicar uma disposição do sistema regional em abandonar a tese do “não problema” e enfrentar a constatação de que pessoas homossexuais existem no continente e que seus direitos são direitos humanos. Passa-se, assim, a um processo de humanização da homoafetividade, com o reconhecimento de que a orientação sexual é uma categoria que interessa ao direito internacional dos direitos humanos e, portanto, ao trabalho dos órgãos do sistema regional africano.

A segunda inovação decorre do reconhecimento expresso de que a orientação sexual pode constituir uma categoria que demanda proteção, e não rechaço. É importante lembrar que, na manifestação acerca do caso William Courson, a Comissão ADHP expressou sua preocupação com a “natureza deletéria da homossexualidade”. Ao tratar pessoas em relacionamentos homoafetivos como um grupo merecedor de especial atenção no Comitê HIV, observa-se uma clara alteração na semântica empregada na abordagem da temática, o que reflete a alteração no lugar-comum africano acerca dela.

Um terceiro aspecto é o posicionamento da orientação sexual ao lado de outras categorias de vulneráveis tradicionais no direito internacional dos direitos humanos, como crianças, mulheres e pessoas privadas de liberdade. A estratégia de criação de uma grande teoria geral de direito antidiscriminatório, permitindo a permeabilidade de argumentos e a análise interseccional entre as diversas discriminações que podem afetar direitos humanos – algo bastante presente na argumentação desenvolvida no sistema americano –, também se nota na perspectiva africana.

Especialmente quanto à intersecção entre a vulnerabilidade por orientação sexual e a vulnerabilidade por razões de gênero, essa vinculação está expressa no comentário geral publicado pela Comissão ADHP acerca do art. 14 do Protocolo de Maputo. Como mencionado anteriormente, neste documento houve o reconhecimento do direito das mulheres em se proteger e serem protegidas de doenças sexualmente transmissíveis. No comentário geral acerca dessas disposições, a Comissão ADHP ressaltou que variadas formas de discriminação – com

⁶⁵³ UNIÃO AFRICANA, 2010c.

menção nominal e expressa à discriminação por orientação sexual, em suas dimensões individual e coletiva – impedem as mulheres de concretizar o seu direito à autoproteção e a serem protegidas.⁶⁵⁴ Com efeito, o reconhecimento da necessidade de combate à discriminação por orientação sexual – ainda que dentro de um tratado direcionado especificamente ao gênero feminino e em matéria de saúde pública – constitui um sensível avanço na forma de compreender os direitos humanos aplicáveis à comunidade LGBTQIA+ em geral.

Em outra publicação, nos “Princípios e diretrizes sobre a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos”, a Comissão ADHP igualmente tratou nominalmente da discriminação por orientação sexual. Dessa vez, em termos gerais, a Comissão afirmou que a orientação sexual é um dos “motivos proibidos de discriminação”.⁶⁵⁵

Os posicionamentos da Comissão ADHP nos anos seguintes ao desfecho de *William A. Courson v. Zimbabwe* demonstram que a discussão do regime jurídico das relações homoafetivas no continente passou a ser conduzida em outra perspectiva. Sob o argumento de enfrentar obstáculos à concretização de direitos sociais, a Comissão ADHP ingressou na temática da diversidade sexual no sistema regional, assunto que estava interdito em outras vias, e conseguiu inseri-la em sua agenda de discussão como um problema de direitos humanos. A mudança no *topos* regional, antevista nos atos anteriormente expostos, consolidou-se com duas importantes decisões da Comissão ADHP: a) a edição da Resolução n. 275, que trata especificamente da proteção contra a violência e outras violações de direitos humanos baseadas na orientação sexual e/ou identidade de gênero; e b) a admissão da CAL como observadora internacional junto ao órgão.

A Resolução n. 275,⁶⁵⁶ primeira resolução da Comissão ADHP que tratou exclusivamente da proteção de pessoas contra violações de direitos humanos em virtude de sua orientação sexual, foi um passo ambicioso, embora cauteloso, no enfrentamento da

⁶⁵⁴ “According to the African Commission there are multiple forms of discrimination based on various grounds such as: race, sex, sexuality, sexual orientation, age, pregnancy, marital status, HIV status, social and economic status, disability, harmful customary practices and/or religion. In addition, the African Commission recognizes that these forms of discrimination, individually or collectively, prevent women from realizing their right to self-protection and to be protected.” (União Africana, 2012. p. 6).

⁶⁵⁵ “Prohibited grounds of discrimination include but are not limited to race, ethnic group, colour, sex, gender, sexual orientation, language, religion, political or any other opinion, national and social origin, economic status, birth, disability, age or other status.” (União Africana, 2010b, p. 8).

⁶⁵⁶ UNIÃO AFRICANA. **Resolution on Protection against Violence and other Human Rights Violations against Persons on the basis of their real or imputed Sexual Orientation or Gender Identity**: - Comissão ADHP/Res.275(LV)2014. Banjul: Comissão ADHP, 2014. Disponível em: <https://ComissãoADHP.au.int/en/adopted-resolutions/275-resolution-protection-against-violence-and-other-human-rights-violations>. Acesso em: 26 abr. 2024.

discriminação contra pessoas LGBTQIA+ no continente.⁶⁵⁷ A existência de uma inclinação da Comissão ADHP em se debruçar sobre esse problema já era perceptível no conjunto de manifestações anteriores, porém a incisividade da linguagem empregada na resolução, bem como a disposição aventada sobre o tratamento direto de temas como o direito à igualdade, evidenciam um ímpeto transformador por parte do órgão.

A Resolução n. 275 se inicia com a explicitação da base normativa deste pronunciamento da Comissão ADHP, com menção expressa aos arts. 2º, 3º, 4º e 5º da Carta Africana. Os arts. 2º e 3º tratam do direito à igualdade e à não discriminação, ao passo que os arts. 4º e 5º enunciam os direitos à vida, à integridade física e moral, e à não submissão à tortura ou tratamento desumano ou degradante.⁶⁵⁸ A partir dos apoios normativos invocados, depreende-se a intenção da Comissão em assentar que o tratamento desigual conferido a pessoas de orientação sexual diversa infringe os direitos em espécie previstos na Carta Africana, caracterizando uma violação de direitos humanos que ofende a ordem jurídica internacional.

Em seguida, a Resolução n. 275 apresenta os fatos que motivaram a sua edição. Na enumeração desses fatos, a Comissão ADHP afirma estar “alarmada” com a continuidade, em muitas partes de África, de atos de violência, discriminação e outras violações dos direitos humanos contra indivíduos devido à sua orientação sexual ou identidade de gênero real ou imputada.⁶⁵⁹ A Comissão igualmente registrou estar “ainda mais alarmada” com a incidência desses atos de violência, por parte de agentes estatais e não estatais, contra defensores dos direitos humanos e organizações da sociedade civil que trabalham em questões de orientação

⁶⁵⁷ “*Despite the fact that this Resolution is by far the most progressive document to come from the African Commission, it is clear that the Commission is very careful in how it deploys it. Except for its recognition of LGBT rights as legitimate human rights (or minority rights) concerns, the substantive part of the Resolution contains issues that are already protected by regional and domestic law. One will also note that the Resolution is extremely carefully worded to avoid the issue of decriminalisation. The Commission’s Resolution, therefore, carefully but slowly entrenches what it had already achieved rather than blazing a trail.*” (Ibrahim, 2015, p. 277-278).

⁶⁵⁸ “Artigo 2º. Toda a pessoa tem direito ao gozo dos direitos e liberdades reconhecidos e garantidos na presente Carta, sem nenhuma distinção, nomeadamente de raça, de etnia, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação.

Artigo 3º 1. Todas as pessoas beneficiam-se de uma total igualdade perante a lei. 2. Todas as pessoas têm direito a uma igual proteção da lei.

Artigo 4º. A pessoa humana é inviolável. Todo ser humano tem direito ao respeito da sua vida e à integridade física e moral da sua pessoa. Ninguém pode ser arbitrariamente privado desse direito.

Artigo 5º. Todo indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana e ao reconhecimento da sua personalidade jurídica. Todas as formas de exploração e de aviltamento do homem, nomeadamente a escravatura, o tráfico de pessoas, a tortura física ou moral e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes são proibidos.” (OUA, 1981).

⁶⁵⁹ “[...] *Alarmed that acts of violence, discrimination and other human rights violations continue to be committed on individuals in many parts of Africa because of their actual or imputed sexual orientation or gender identity.*” (União Africana, 2014).

sexual ou identidade de gênero no continente.⁶⁶⁰ Do mesmo modo, asseverou estar “profundamente consternada” com a falha dos órgãos legais em investigar e punir diligentemente esse tipo de violência.⁶⁶¹

A descrição dos fatos constantes na resolução pende entre a vagueza e a denúncia explícita. De um lado, a Comissão ADHP não hesita ao definir quem são as vítimas das violações às quais se refere, a motivação discriminatória dessas violações e quem são os agentes violadores, incluindo expressamente a atuação de agentes estatais. De outro lado, afirma apenas genericamente a existência de “violência”, “discriminação” e “outras violações de direitos humanos”, sem apontar concretamente quais atos as caracterizam, o que pode incluir desde agressões físicas individuais até a existência de legislações discriminatórias. Com esse estilo de argumentação, afirma-se claramente que atos discriminatórios por orientação sexual constituem violações de direitos humanos, o que estabelece um lugar-comum amplíssimo, que poderá ser revisitado e depurado pela própria Comissão ADHP em outras oportunidades.

Na conclusão da Resolução n. 275, a Comissão ADHP condena formalmente os ataques sistemáticos de agentes estatais e não estatais contra pessoas com base na sua orientação sexual ou identidade de gênero, conclama os Estados a assegurarem condições adequadas para o trabalho dos defensores de direitos humanos que atuam em favor de minorias sexuais, e apela aos Estados para que ponham fim aos atos de violência e abuso, com a promulgação e aplicação eficaz de leis que proíbam e punam todas as formas de violência motivadas pela orientação sexual ou identidade de gênero.⁶⁶²

Mesmo em se tratando de um instrumento de *soft law*, a resolução expressa a ideia de que os Estados possuem uma obrigação de adequação interna para a proteção de direitos de pessoas LGBTQIA+. Como visto nos capítulos antecedentes, instrumentos de *soft law* foram utilizados diversas vezes em decisões Corte EDH e da Corte IDH em matéria de direito homoafetivo. Desse modo, apesar da ausência de efeito vinculante formal da Resolução n. 275, não se pode ignorar a sua força argumentativa tanto para futuras decisões dos órgãos do sistema regional como para decisões posteriores na esfera nacional, pois os órgãos de cada país poderão tomar internamente a teleologia dessa resolução como norte interpretativo dos direitos nos quais ela se fundamenta, especialmente o direito à igualdade.

⁶⁶⁰ “[...] *Further alarmed at the incidence of violence and human rights violations and abuses by State and non-State actors targeting human rights defenders and civil society organizations working on issues of sexual orientation or gender identity in Africa;*” (União Africana, 2014).

⁶⁶¹ “[...] *Deeply disturbed by the failure of law enforcement agencies to diligently investigate and prosecute perpetrators of violence and Other human rights violations targeting persons on the basis of their imputed or real sexual orientation or gender identity;*” (União Africana, 2014).

⁶⁶² UNIÃO AFRICANA, 2014.

Em consonância com a Resolução n. 275, ao haver estabelecido definitivamente que a orientação sexual era uma categoria abrangida pela Carta Africana e suscitado questões de direitos humanos no continente, a Comissão ADHP reviu a sua decisão acerca da habilitação da CAL como observadora internacional, deferindo-lhe o referido *status* em sessão realizada no início de 2015.

O relatório em que constou a decisão de habilitação da CAL como observadora internacional não apresentou uma justificação formal explícita,⁶⁶³ embora haja relatos de participantes registrando que a decisão sobreveio após intensa discussão, em uma sessão pública pouco usual e marcada por uma aparente demonstração de divisão entre os comissários. Além disso, outras organizações também obtiveram a concessão do *status* de observador internacional no mesmo período de sessões, mas somente a decisão relativa à CAL foi encaminhada para uma sessão pública, o que reflete o interesse de alguns comissários em explicitar suas posições individuais sobre o tema.⁶⁶⁴

Em que pese a ausência de uma fundamentação formal, a decisão de admitir a CAL como observadora internacional implica evidentemente a negação da decisão anterior em sentido contrário. Se antes concluiu-se que suas atividades “[...] não promovem e protegem nenhum dos direitos consagrados na Carta Africana [...]”, com a decisão superveniente, é forçoso concluir que o trabalho empreendido por ela afeta direitos presentes na Carta Africana. Desse modo, a luta pela igualdade e promoção dos direitos de mulheres lésbicas no continente, com efeito expansivo para toda a comunidade LGBTQIA+, ganha espaço na agenda do sistema regional.

Entre a primeira negativa contra a CAL e a sua admissão como observadora internacional, passaram-se cerca de cinco anos, período no qual o sistema regional africano, sob o impulso da Comissão ADHP, alterou sensivelmente o *topos* regional relativo às relações entre pessoas do mesmo sexo. Com um conjunto de estratégias argumentativas bastante específico do continente – especialmente com a intersecção entre direitos sociais e a comunidade LGBTQIA+ inserida no contexto de preocupação com a disseminação do vírus HIV, que ocupa um lugar destacado no sistema regional –, abriu-se espaço para a humanização das discussões sobre homoafetividade.

Ao término dessa fase, ainda não é possível compreender completamente qual interpretação acerca das relações homoafetivas e da postura dos Estados em relação a estas se

⁶⁶³ UNIÃO AFRICANA. **Final Communiqué of the 56th Ordinary Session of the African Commission on Human and Peoples’ Rights**. Banjul: Comissão ADHP, 2015.

⁶⁶⁴ AMOAF, 2021, p. 32-33.

consolidará nos órgãos do sistema africano. Todavia, já não é mais possível falar em um não problema africano, havendo ao menos dois lugares-comuns expressamente reconhecidos: a) que a Carta Africana abarca discussões sobre direitos homoafetivos e relativos à comunidade LGBTQIA+ em geral; b) que os Estados têm a obrigação de combater violações de direitos humanos motivadas pela orientação sexual e a identidade de gênero. Houve, assim, uma sensível transformação na compreensão regional predominante, porém os efeitos dessa transformação permanecem em aberto.

5.3 Riscos e possibilidades do sistema regional africano

Após um período inicial de aversão a discussões sobre diversidade sexual no continente, a Comissão ADHP abriu espaço para tratar de temas afetos à comunidade LGBTQIA+ à luz da Carta Africana. Com essa nova disposição para abordar o problema, o sistema africano ingressa em uma etapa de “oportunidade e ambiguidade”.⁶⁶⁵

A oportunidade decorre de que, pela primeira vez, ativistas pelo direito à diversidade sexual possuem precedentes sólidos para movimentos mais contundentes no continente em direção a uma maior proteção das relações homoafetivas, bem como de que há uma sensível abertura da Comissão ADHP para isso. De outra parte, a ambiguidade surge da constatação de que a postura deste órgão pode não refletir a disposição dos Estados membros da União Africana, provocando um *backlash* que ameaça retrocessos no sistema regional.

De fato, a edição da Resolução n. 275 e a admissão da CAL como observadora internacional, ao explicitarem um posicionamento mais progressista da Comissão ADHP, tensionaram a relação com Estados membros que abertamente são contrários a movimentos LGBTQIA+. A expressão máxima dessa tensão ocorreu na 27ª Sessão Ordinária do Conselho Executivo da União Africana, na qual esses Estados aprovaram decisão censurando a concessão do *status* de observadora internacional à CAL e “solicitando” à Comissão ADHP que revogasse essa deliberação.

Na decisão aprovada pelo Conselho Executivo, os Estados membros invocaram “valores fundamentais, identidade e boas tradições africanas” para requerer que a Comissão ADHP retirasse o *status* de observador internacional de Organizações Não Governamentais (ONGs) que pudessem “tentar impor valores contrários aos valores africanos”, como afirmavam ser o

⁶⁶⁵ AMOAF, 2021, p. 38.

caso da CAL.⁶⁶⁶ O argumento que sustenta a decisão do Conselho Executivo apenas reproduz aquele apresentado no caso William Courson e a posição tradicional de que o problema de homossexualidade seria não africano.

Ao reavivar a discussão sobre a africanidade ou não do problema da homossexualidade, o Conselho Executivo reacende questões como o que são os valores africanos e quais são os métodos adequados para defini-los – questionamentos que haviam sido deixados de lado na atuação da Comissão ADHP. De fato, este órgão apostou em uma atuação mais pragmática, partindo dos problemas concretos enfrentados pelos membros da comunidade LGBTQIA+ no continente para, a partir deles, construir parâmetros com o objetivo de assegurar o gozo dos direitos humanos assegurados pela Carta Africana a essa população, como o direito de acesso aos serviços de saúde e à proteção contra a violência. Todavia, essa tentativa de aproximação pragmática esbarrou em um “pântano político”⁶⁶⁷ de disputas ideológicas que tomaram a humanidade de pessoas LGBTQIA+ como objeto de enfiamento.

A reintrodução explícita da tese do não problema, potencializada pelo argumento de autoridade que está implícito em uma decisão do Conselho Executivo da União Africana, torna claro que a modificação do *topos* regional que a Comissão ADHP pretendeu realizar encontra fragilidades. Coloca-se em dúvida, inclusive, se este órgão regional teria capacidade de concretizar uma transformação desta envergadura.

A Comissão ADHP recebeu com inconformismo a decisão do Conselho Executivo e resistiu em atender à “solicitação”. Em seu 43º relatório de atividades, em 2017, o órgão defendeu a decisão de garantir o *status* de observador internacional à CAL com amparo em dois argumentos.

Por uma linha argumentativa, a Comissão ADHP defendeu a independência de sua decisão. Nesse sentido, afirmou ser o órgão que recebeu a missão institucional de interpretar a Carta Africana e que, portanto, a ela competiria “[...] escrutinar a noção de ‘valores Africanos’ no âmbito do seu mandato de interpretação da Carta Africana [...]”.⁶⁶⁸ A defesa institucional tem como apoio implícito o art. 45.3 da Carta, que atribui à Comissão ADHP a função de “interpretar qualquer disposição” desse documento, o que, como consequência, impossibilita a ingerência do Conselho Executivo nas decisões interpretativas dela emanadas.

⁶⁶⁶ GARRIDO, R. Potencialidades e Ameaças do Ativismo Jurídico Transnacional no Ativismo LGBTI no Continente Africano. **Cadernos de Estudos Africanos**, Lisboa, n. 40, p. 115-140, 2020, p. 126.

⁶⁶⁷ GARRIDO, 2020, p. 126.

⁶⁶⁸ “The Commission will continue to scrutinize the notion of ‘African Values’ within the framework of its mandate to interpret the African Charter.” (União Africana, 2017a, p. 19).

Por outra linha argumentativa, a Comissão ADHP defendeu o mérito da concessão do *status* de observador à CAL, alegando que “[...] todos são titulares dos direitos e sujeitos aos deveres enumerados na Carta [Africana]”, e que a Comissão tem o dever de proteger esses direitos “[...] sem qualquer discriminação em razão do *status* ou outras circunstâncias [...]”.⁶⁶⁹ Embora não mencionados, os direitos à igualdade e à não discriminação previstos nos arts. 2º e 3º desse instrumento internacional constituem o apoio normativo do argumento da Comissão ADHP, conduzindo à conclusão de que não poderia ser dispensado à CAL um tratamento diferenciado daquele deferido a outras organizações da sociedade civil exclusivamente em razão de ela atuar em defesa de mulheres lésbicas no continente.

Contudo, o Conselho Executivo da União Africana, em decisão proferida no ano de 2018, reinterpreto a alegada independência da Comissão ADHP.

O Conselho esclareceu sua visão de que a autonomia institucional da Comissão ADHP não a torna independente dos órgãos que a instituíram.⁶⁷⁰ Por essa razão, renovando a necessidade de que a Comissão observe “as virtudes da tradição histórica e os valores da civilização africana”, requisitou a retirada do *status* de observadora internacional conferido à CAL até o dia 31 de dezembro de 2018.⁶⁷¹ Em junho de 2018, a Comissão ADHP forçosamente retirou o *status* de observadora internacional da CAL.⁶⁷²

Desse modo, o impasse em torno da questão estabeleceu-se em dois níveis.

Há um primeiro nível institucional, no qual o Conselho Executivo e a Comissão ADHP disputam a atribuição de interpretar a Carta Africana. Em nenhum outro sistema regional houve uma interferência tão explícita de outros órgãos regionais no trabalho da comissão encarregada de fiscalizar o cumprimento do Tratado regional de direitos humanos. Há, portanto, uma disputa argumentativa institucional no sistema africano que aparece como antessala da discussão substancial sobre a discriminação por orientação sexual sob o prisma dos direitos humanos.

⁶⁶⁹ “The Commission is mandated to give effect to the African Charter under which everyone is entitled to the rights and subject to the duties spelt out in the Charter, and it is the duty of the Commission to protect those rights in line with the mandate entrusted to it under Article 45 of the Charter, without any discrimination because of status or other circumstances.” (União Africana, 2017a, p. 19).

⁶⁷⁰ “[...] the independence enjoyed by Comissão ADHP is of a functional nature and not independence from the same organs that created the body, while expressing caution on the tendency of the Comissão ADHP acting as an appellate body, thereby undermining national legal systems;” (União Africana, 2018b).

⁶⁷¹ UNIÃO AFRICANA, 2018b.

⁶⁷² “Após a decisão adotada pelo Conselho Executivo em junho de 2018, a Comissão foi forçada a revogar a decisão da concessão do estatuto atribuído à CAL [...] este episódio mostrou a vulnerabilidade dos órgãos de direitos humanos face aos órgãos políticos da União Africana, expondo uma fraqueza que afeta não apenas os direitos humanos das minorias sexuais no continente, mas dos direitos humanos no seu todo, caso sejam entendidos como ameaçadores para os poderes instalados.” (Garrido, 2020, p. 128).

Ultrapassada a dimensão institucional, o segundo nível expõe duas argumentações materiais distintas. A vertente mais tradicional, encampada pelo Conselho Executivo, que toma como garantia argumentativa os “valores africanos” – sem explicitar concretamente de que modo esse conceito foi determinado – para declarar a incompatibilidade da homossexualidade com a Carta Africana. De outro lado, com viés mais próximo ao presente nos demais sistemas regionais, há a posição adotada pela Comissão ADHP, que defende a inadmissibilidade de se conferir um tratamento negativamente diferenciado à homossexualidade exclusivamente em razão dela mesma.

É importante notar que a reação do Conselho Executivo no âmbito internacional foi acompanhada de reações nacionais igualmente contrárias à promoção de direitos de pessoas homossexuais, em razão de sua suposta incompatibilidade com os valores africanos. Em Uganda, uma série de reformas legislativas culminou, em 2023, no agravamento do tratamento penal da homossexualidade, que passou a prever punições não apenas para relações entre pessoas do mesmo sexo, mas igualmente para o locador que aluga uma casa “usada para homossexualidade” ou para quem “promove a homossexualidade”. Do mesmo modo, na Nigéria, em 2013, entrou em vigor o Same-Sex Marriage Prohibition Act, que, entre outras restrições, passou a prever pena de até 10 anos de prisão para quem, direta ou indiretamente, fizer exibição pública de um relacionamento amoroso entre pessoas do mesmo sexo. Em Gana, ao final de 2023, havia uma proposta legislativa igualmente restritiva em avançado estágio de tramitação.⁶⁷³

Em que pese as reações dos Estados membros, a Comissão ADHP segue tratando as condições específicas de pessoas da comunidade LGBTQIA+ como matéria de direitos humanos albergada pela Carta Africana, especialmente incitando os países africanos à observância da Resolução n. 275, que permanece válida.

Desde a promulgação desta resolução, a Comissão ADHP passou a fazer uma constante análise específica da situação de pessoas LGBTQIA+ nos relatórios estatais apresentados para sua supervisão. Em ao menos sete deles, foram introduzidas considerações específicas sobre o tema nas observações finais da Comissão, ora elogiando Estados por envidarem esforços na proteção dos direitos humanos das pessoas LGBTQIA+, ora condenando violações desses direitos e recomendando a adoção de medidas de proteção.⁶⁷⁴ Em alguns desses relatórios, a

⁶⁷³ ILGA WORLD DATABASE. **Criminalisation of consensual same-sex sexual acts**. [S. l.]: Ilga world, c2017-2024. Disponível em: <https://database.ilga.org/criminalisation-consensual-same-sex-sexual-acts>. Acesso em: 18 jan. 2024.

⁶⁷⁴ AMOAF, 2021, p. 34.

Comissão ADHP tem paulatinamente ampliado sua posição mais favorável às relações homoafetivas.

Nas observações conclusivas acerca do 5º relatório periódico da Nigéria, de 2015, a Comissão ADHP retomou a discussão sobre os entraves que a discriminação por orientação sexual gera no acesso de pessoas em relacionamentos homoafetivos aos serviços públicos de saúde. A partir dessa premissa, avançou para uma crítica explícita quanto à legislação que criminaliza relações homoafetivas no país, solicitando ao Estado que promovesse a sua revogação, pois essa lei “[...] tem o potencial de gerar violência contra pessoas com base na sua orientação sexual real ou imputada [...]” e “[...] poderá levar à clandestinidade esse grupo de pessoas vulneráveis ao HIV, criando um ambiente no qual é impossível enfrentar eficazmente a epidemia do HIV no Estado [...]”.⁶⁷⁵

De outro lado, no 2º relatório periódico apresentado pela África do Sul, também de 2015, o Estado destinou um tópico inteiro para tratar da orientação sexual e da identidade de gênero, inserindo-o no capítulo relativo ao art. 3º da Carta Africana (direito à dignidade). Entre os avanços destacados, está a afirmação de que a África do Sul foi “o quinto país do mundo e o primeiro na África a reconhecer casamentos entre pessoas mesmo sexo”.⁶⁷⁶ A iniciativa foi celebrada pela Comissão ADHP, que cumprimentou a adoção de medidas legais no combate à discriminação por orientação sexual e alertou o Estado para que continuasse empreendendo esforços em erradicar a discriminação, o preconceito e a homofobia, que ainda resultam em assassinatos e violência contra pessoas homossexuais, apesar das medidas legislativas já adotadas.⁶⁷⁷

A crescente atenção dada pela Comissão ADHP à comunidade LGBTQIA+ no continente também se refletiu em outras atividades do órgão, como na sua relação com outros organismos internacionais que abordam a temática.

Em 2016, na celebração do Dia Internacional contra a Homofobia, Transfobia e Bifobia, juntamente com outras organizações internacionais – entre elas, a Comissão IDH e o representantes do Conselho da Europa –, a Comissão ADHP assinou uma declaração conjunta em que se condena a patologização fundamentada na orientação sexual e na identidade de

⁶⁷⁵ UNIÃO AFRICANA. **HIV, the Law and Human Rights in the African Human Rights System: Key Challenges and Opportunities for Rights-Based Responses**. Banjul: Comissão ADHP, 2018a, p. 57.

⁶⁷⁶ ÁFRICA DO SUL. **Republic of South Africa combined second periodic report under the african charter on human and people’s rights and initial report under the Protocol to the African Charter on The Rights of Women in Africa**. Banjul: Comissão ADHP, 2015, p. 162.

⁶⁷⁷ UNIÃO AFRICANA. **Concluding Observations and Recommendations - South Africa: 2nd Periodic Report, 2003-2014**. Banjul: Comissão ADHP, 2016a.

gênero, afirmando-se que “ser lésbica, gay, bissexual e transsexual faz parte da rica diversidade da natureza humana”.⁶⁷⁸

Em 2018, membros da Comissão ADHP, juntamente com a Comissão IDH e especialistas em direitos humanos da ONU, participaram de um “diálogo trilateral” cuja temática central foi “direitos humanos pelas lentes da orientação sexual, identidade de gênero e características sexuais”. O encontro teve como objetivos partilhar as melhores práticas e desafios no combate à discriminação e identificar campos de colaboração sobre o tema entre as instituições.⁶⁷⁹

Em 2021, após um episódio de detenção de ativistas de direitos humanos que atuavam na proteção de minorias sexuais em Gana, o comissário Rémy Ngoy Lumbu (Congo), vice-presidente da Comissão ADHP e relator especial para os defensores dos direitos humanos, divulgou declaração condenando a conduta do Estado. No documento, destacou-se a importância da atuação dos defensores de direitos humanos na proteção e promoção dos direitos de pessoas e comunidades vulnerabilizados e marginalizadas, incluídas as minorias sexuais no continente, e demandou-se que o Estado atue com observância ao disposto na Resolução n. 275.⁶⁸⁰

A atuação da Comissão ADHP em direção a uma maior proteção das relações entre pessoas do mesmo sexo também foi acompanhada por movimentos internos em alguns Estados membros. Moçambique e Angola revisaram seus respectivos Códigos Penais em 2015 e 2021 para eliminar a criminalização de relações sexuais consensuais entre pessoas adultas do mesmo sexo. Pela via judicial, os tribunais superiores de Botswana e das Ilhas Maurícias declararam a inconstitucionalidade da criminalização de relações homoafetivas em 2019 e 2023, respectivamente.⁶⁸¹

Na decisão da Corte Superior de Botswana sobre a criminalização de relações entre pessoas do mesmo sexo, o Tribunal afirmou que a Constituição nacional deveria ser interpretada

⁶⁷⁸ OEA. **Pathologization: Being Lesbian, Gay, Bisexual and/or Trans is Not an Illness.** Genebra: Washington, DC: OEA, 2016d. Disponível em: https://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2016/064.asp. Acesso em: 21 jan. 2024.

⁶⁷⁹ OEA. **Public Statement from the Second Trilateral Dialogue between Inter-American, African and UN Human Rights Experts.** Washington, DC: IACHR, 2 abr. 2018a. Disponível em: https://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2018/073.asp. Acesso em: 26 abr. 2024.

⁶⁸⁰ UNIÃO AFRICANA. **Communiqué de presse sur l’arrestation et la détention arbitraires de 21 défenseurs des droits des personnes LGBT+ au Ghana.** Banjul: Comissão ADHP, 2021b. Disponível em: <https://Comissão ADHP.au.int/index.php/fr/news/press-releases/2021-06-15/communique-de-presse-sur-larrestation-et-la-detention-arbitraires-de>. Acesso em: 21 jan. 2024.

⁶⁸¹ HUMAN DIGNITY TRUST. **A History of LGBT Criminalisation.** Londres: Human Dignity Trust, c2023. Disponível em: <https://www.humandignitytrust.org/lgbt-the-law/a-history-of-criminalisation/>. Acesso em: 21 jan. 2024.

como uma “carta viva e dinâmica de direitos humanos progressivos”⁶⁸² e que a interpretação das leis nacionais deveria ser feita “de modo a não conflitar com as obrigações internacionais de Botswana”.⁶⁸³ Após revisar diversos tratados internacionais e casos nacionais e internacionais, a Corte nacional ressaltou a necessidade do respeito à diversidade e à pluralidade, pois “a orientação sexual é inata ao ser humano [...] é um atributo importante da personalidade e da identidade”.⁶⁸⁴ Desse modo, as restrições impostas pelo Código Penal contra pessoas homossexuais e sem nenhuma justificativa concreta pelo Estado foram declaradas contrárias aos direitos à liberdade, à privacidade, à dignidade e à não discriminação.

Em outra vertente, a Suprema Corte do Quênia confirmou, em 2023, o direito de associação a pessoas integrantes da comunidade LGBTQIA+ no âmbito nacional. Embora o Tribunal tenha enfatizado que o julgamento não trataria do problema da criminalização das condutas homoafetivas, que seguem sendo tipificadas no Código Penal queniano, foi decidido que os órgãos governamentais estão constitucionalmente impedidos de recusar o registro a uma associação civil exclusivamente com base na orientação sexual de seus membros. Em sua argumentação, os juízes quenianos interpretaram em conjunto os dispositivos da Constituição do Quênia, da CADHP e do PIDCP que tratam do direito à não discriminação, em conformidade com a jurisprudência internacional, fazendo referência, entre outras decisões internacionais, aos julgamentos da Corte EDH nos casos *Salgueiro da Silva e Mouta v. Portugal* e *Zhdanov and Others v. Russia*. Ao final, conclui-se que a orientação sexual é uma categoria protegida contra discriminação e que o Estado queniano deve agir em conformidade com os princípios da dignidade humana, da inclusão e da proteção dos direitos humanos em relação a grupos marginalizados.⁶⁸⁵

A leitura do cenário atual da discussão sobre direitos homoafetivos no sistema regional africano gera mais dúvidas do que certezas. As relações entre pessoas do mesmo sexo e os direitos da comunidade LGBTQIA+ se tornaram definitivamente um tema africano, com ramificações em diversas áreas e ordenamentos jurídicos no continente. Todavia, o desenvolvimento dessas questões não é linear e está longe de constituir uma agenda comum entre os Estados africanos.

⁶⁸² BOTSWANA. Suprema Corte. **MAHGB-000591-16**. Recorrente: Letsweletse Motshidiemang. Recorrido: Advogado Geral de Botswana. Gaborone: Botswana High Court, 11 jun. 2019, p. 42, tradução livre.

⁶⁸³ BOTSWANA, 2019, p. 44.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, p. 79-80.

⁶⁸⁵ QUÊNIA. Suprema Corte. **Petition no. 16 OF 2019**. Requerente: Eric Gitari. Requeridos: Kenya NGO Coordination Board e outros. Nairobi: Suprema Corte, 24 fev. 2023. Disponível em: <https://judiciary.go.ke/download/supreme-court-petition-no-16-of-2019-ngos-co-ordination-board-vs-eric-gitari-5-others-judgement/>. Acesso em: 26 abr. 2024.

A Comissão ADHP continua a desempenhar um papel ativo na desconstrução do *topos* do “não problema”, incitando os Estados à promoção da não discriminação através de seus mecanismos convencionais de supervisão e construindo instrumentos de *soft law* que gradualmente tentam alargar a proteção às relações entre pessoas do mesmo sexo. Em sentido oposto, a reação de determinados Estados membros insiste em negar a africanidade e a humanidade nas questões que envolvem orientação sexual.

O embate argumentativo permanece acalorado no continente. Os argumentos favoráveis à aceitação das relações entre pessoas do mesmo sexo já se tornaram bastante diversos, partindo desde direitos sociais, como o acesso à saúde e à segurança pública, até pronunciamentos mais diretos sobre os direitos à igualdade e à não discriminação, que estão igualmente presentes nas jurisdições nacionais africanas. A resistência a esses argumentos é feita a partir da afirmação de “valores africanos” tradicionais, cujo problema de definição permanece não respondido, além da patologização de quaisquer condutas diversas da heterossexualidade, que são interpretadas como um mal biológico e social a ser evitado.

Deve-se ressaltar, ainda, as discussões laterais que perpassam o debate acerca da homoafetividade no continente africano. Nesse sentido, há uma disputa acerca do caráter neocolonial que a “imposição” da homossexualidade representaria, por se tratar de uma conduta “importada” do ocidente. Há, do mesmo modo, debates sobre a competência dos órgãos internacionais, notadamente da Comissão ADHP, para interpretar as disposições da Carta Africana e incluir a proteção de pessoas da comunidade LGBTQIA+ na esfera dos direitos humanos. Essas discussões concorrentes podem terminar desfocando o debate sobre as uniões homoafetivas, deixando a análise das necessidades reais de pessoas homossexuais no continente em segundo plano.

Há, portanto, um sinuoso caminho africano de argumentação sendo construído. Os resultados desse empreendimento são ainda incertos, mas já é possível constatar que não haverá plena identidade com as experiências europeia e americana. As especificidades da realidade regional apresentadas ao longo deste capítulo evidenciam que, ainda que o sistema regional africano alcance conclusão semelhante àquelas existentes nos demais sistemas regionais, certamente, ao final, ela será acompanhada de uma argumentação com identidade própria, sem a qual não há como enfrentar os grandes desafios que a temática provoca na África.

5.4 A construção de uma resposta africana para um problema africano

As consequências jurídicas das relações entre pessoas do mesmo sexo nunca foram objeto direto de decisão específica na Comissão ADHP ou da Corte ADHP, porém a análise empírica aqui empreendida não deixa dúvidas de que a atividade argumentativa acerca de questões a elas relacionadas já está em curso no sistema regional africano. A interação entre entidades civis internacionais, Estados e a Comissão ADHP foi apresentada em três momentos tópico-argumentativos através dos quais houve a apropriação do problema no âmbito regional e o início da construção de uma tentativa de resposta africana para ele.

Como visto, a etapa inicial foi marcada pelo fechamento do sistema regional africano ao direito homoafetivo. Nela, o *topos* prevalente era de que questões referentes às relações entre pessoas do mesmo sexo seriam um “não problema”. A tese do não problema ora negava a africanidade da discussão, caracterizando a homossexualidade como um fenômeno estranho ao continente e potencialmente pernicioso aos “valores africanos”, ora negava a humanidade do tema, afastando sua discussão da seara do direito internacional dos direitos humanos.

O argumento central da tese do “não problema” empregava como garantia a necessidade de defesa de “valores africanos”. A definição de quais seriam esses valores é problemática, devido à imprecisão metodológica na sua afirmação, mas a conclusão apresentada era a de que a compreensão africana de sexualidade seria necessariamente heterossexual e cisgênero. Contra esses argumentos, foram levantados, além das críticas metodológicas, outros dois contra-argumentos: a) o argumento antropológico-colonialista, que se opunha à ideia de que o continente africano tivesse uma visão tão estreita da sexualidade, que teria sido introduzida como mecanismo de dominação colonial; b) o argumento pragmático, derivado da observação de que há inegável presença de pessoas LGBTQIA+ no continente, o que, por si só, seria suficiente para tornar a homossexualidade um problema africano.

No embate entre esses argumentos, a atuação de associação civis internacionais perante a Comissão ADHP ocupou um papel central. De fato, a atuação dessas associações nos trabalhos da Comissão, em especial nas sessões ordinárias de análise dos relatórios submetidos pelo Estados, chamou a atenção dos comissários para a situação da comunidade LGBTQIA+ no continente. Assim, o sistema foi forçado a olhar para uma agenda antes compreendida como inexistente.

A Comissão ADHP foi gradualmente abandonando a apatia em relação às relações entre pessoas do mesmo sexo e inserindo esse tema em suas atividades. Apesar de não haver um caso

contencioso que o envolvesse, no sistema regional, o órgão internacional passou a tratar do assunto em seu amplo espectro de atribuições. Nessa segunda fase regional, a proteção de pessoas LGBTQIA+ é assumida como um problema a ser interpretado à luz da Carta Africana e, portanto, um problema africano inserido na competência da Comissão ADHP.

A mudança de abordagem teve como característica argumentativa o enfoque pragamático. Deixando de lado a discussão acerca da definição dos “valores africanos” em sua acepção histórico-antropológica, a Comissão ADHP se debruçou sobre os problemas concretos de pessoas em relações homoafetivas no continente e sobre a interpretação da Carta Africana quanto à discriminação por orientação sexual. Desse modo, foram abordados os obstáculos concretos impostos pela discriminação, como a negativa de acesso a programas de saúde pública e a submissão à violência física e psicológica. É bastante representativo dessa abordagem o fato de que a atenção específica a pessoas homossexuais tenha sido inicialmente incluída como uma das competências específicas do Comitê HIV no continente.

Ao final dessa segunda etapa, há dois grandes marcos na atuação da Comissão ADHP em direção à proteção de pessoas LGBTQIA+ no continente: a adoção da Resolução n. 275 sobre a violência com motivação homotransfóbica; e a admissão da CAL como observadora internacional junto à Comissão.

A Resolução n. 275, embora sem efeito vinculante, consolidou a nova posição da Comissão ADHP acerca da proteção da diversidade de orientação sexual pela Carta Africana e posicionou esse tema sob a lente do direito à igualdade e à não discriminação. A nova posição foi confirmada pela posterior admissão da CAL como observadora internacional perante a Comissão ADHP – um reconhecimento de que a defesa dos interesses de mulheres lésbicas do continente é uma atividade alinhada com os objetivos do sistema regional africano. Tanto a Resolução n. 275 quanto a decisão de admissão da CAL – ambas sem efeitos diretos e vinculantes sobre os Estados – reiteram o impacto argumentativo que documentos de *soft law* produzidos pelos órgãos internacionais têm no desenvolvimento interpretativo dos Tratados internacionais de direitos humanos.

Com a mudança de posicionamento da Comissão ADHP sobre o tema, o sistema regional ingressou em uma fase ambígua.

De um lado, é possível que futuramente haja um aprofundamento da argumentação da Comissão ADHP para o enfretamento de problemas como a criminalização das relações entre pessoas do mesmo sexo e as limitações impostas pelos países africanos às liberdades de expressão e associação de minorias sexuais. De outro lado, há forte resistência dos Estados

membros que defendem a posição tradicional da tese do “não problema” e afirmam que a “imposição da homossexualidade” seria uma forma de dominação cultural ocidental, o que gera entraves na atuação do órgão.

Acerca do aprofundamento argumentativo na Comissão ADHP, esta já se manifestou no sentido de que a criminalização das relações entre pessoas do mesmo sexo torna impossível um adequado enfrentamento da epidemia de HIV. Esse pronunciamento parece abrir caminho para uma condenação geral da criminalização no continente, caso surja um eventual caso contencioso sobre a questão.

Do mesmo modo, a Comissão ADHP tem reiterado em suas manifestações o dever de os Estados não suprimirem a liberdade de expressão e de associação de grupos minoritários, com especial ênfase no seu dever de proteção em relação aos defensores de direitos humanos que atuam na organização e proteção desses grupos. Esse posicionamento abre um outro flanco de atuação da Comissão ADHP, que poderá ser explorado em eventual petição individual sobre violações de direitos de associações e defensores de direitos humanos que atuam na defesa da comunidade LGBTQIA+.

Quanto à resistência dos Estados, além do ressurgimento da tese do “não problema” nos órgãos diretivos da União Africana e dos problemas que ela suscita, há um forte componente institucional na discussão.

Alguns Estados membros questionaram explicitamente a competência da Comissão ADHP para interpretar a Carta Africana e defenderam a subordinação desse órgão ao Conselho Executivo da União Africana. A resolução desse impasse institucional está na antessala da discussão substancial sobre os direitos homoafetivos do continente. Sem a resolução dessa questão preliminar, há o risco de que uma decisão mais incisiva da Comissão ADHP em favor de pessoas LGBTQIA+ cause um desmantelamento do sistema, tornando-se ineficaz, pela não adesão dos Estados membros, ou prejudicial, pelas reações nacionais que provocaria contra o grupo vulnerável que pretende proteger.

Diante desse cenário, a estratégia defendida por alguns atores do sistema regional é no sentido de que, por ora, a litigância pelos direitos da comunidade LGBTQIA+ deve ser promovida a partir de jurisdições nacionais.⁶⁸⁶ Isso tornaria mais fácil para a Comissão ADHP continuar construindo uma jurisprudência indireta de não discriminação e, no futuro, avançar para a discussão de temas como a descriminalização das relações homoafetivas. De fato, o

⁶⁸⁶ “It is partly because of this attitude of the Commission that LGBT rights activism should be built from domestic jurisdictions, which will make it easy for the Commission to slowly build a jurisprudence of non-discrimination and eventually build up to decriminalization.” (Ibrahim, 2015, p. 278).

sucesso de uma litigância estratégica nos órgãos legislativos e jurisdições nacionais – já constatado em alguns países nos últimos anos – pode ser usado como fundamento para se manejar um argumento de coerência sistêmica na compreensão regional do problema e, assim, impulsionar uma nova mudança tópica na interpretação internacional empreendida pelos órgãos regionais africanos.

Em todo o caso, observa-se que já houve uma atividade argumentativa relevante no sistema regional africano sobre direitos homoafetivos, o que nos permite traçar paralelos argumentativos com seus congêneres americano e europeu.

Assim como no sistema americano, em alguns momentos, a Comissão ADHP atua com maior independência e posição de vanguarda em relação à compreensão dos Estados sobre o tema. Nesse sentido, destaca-se que, apesar de a criminalização das relações homossexuais ainda ser bastante difundida no continente africano, a Comissão ADHP já se manifestou expressamente contrária a ela.

No entanto, o conflito institucional entre a Comissão ADHP e os órgãos diretivos da União Africana impõe uma atuação cautelosa. Desse modo, é possível que, assim como no sistema europeu, a Comissão ADHP espere a consolidação de um consenso regional sobre o tema antes de se pronunciar sobre ele em um caso contencioso.

Em outro vértice, no sistema regional africano há uma intersecção de vulnerabilidades entre as demandas LGBTQIA+ e os direitos das mulheres, o que já foi observado na dinâmica americana. Essa interseccionalidade é evidenciada tanto pela atuação da CAL, que trouxe protagonismo para as mulheres lésbicas na defesa de diversidade sexual do continente, como pela estratégia argumentativa de defesa da liberdade de orientação sexual tendo como apoio o Protocolo de Maputo. A abordagem interseccional favorece a compreensão de que há um grande catálogo geral de *topoi* decorrentes do direito antidiscriminatório, do qual podem ser extraídas diretivas gerais aplicáveis ao enfrentamento das discriminações impostas contra grupos vulneráveis específicos.

Uma grande diferença em relação aos sistemas regionais europeu e americano refere-se à possibilidade de que a discussão do problema seja suscitada na Corte ADHP. Diferentemente do sistema europeu, a aceitação de petições individuais diretamente pela Corte ADHP é uma faculdade dos Estados, e poucos aceitaram receber demandas desse tipo. Além disso, diferentemente do sistema americano, a Comissão ADHP tem sido muito cautelosa em sua atuação contenciosa, e dificilmente submeterá um caso tratando diretamente de demandas LGBTQIA+ à Corte ADHP no curto prazo. Sem a possibilidade de petições individuais e sem

a disposição da Comissão ADHP em provocar a atuação da Corte ADHP, é esperado que o ritmo de desenvolvimento da discussão do problema no sistema regional africano seja mais lento.

Contudo, há uma nítida aproximação institucional entre o sistema regional africano e os demais sistemas regionais e universal de direitos humanos. A participação de membros dos órgãos regionais africanos em encontros multilaterais e em diálogos temáticos com outras instituições internacionais de proteção de direitos humanos sinaliza que, assim como no sistema regional europeu e americano, a análise de precedentes internacionais sobre o tema desempenhará uma função relevante na formulação da resposta africana. Essa expectativa não nega a necessidade de que, para o problema das relações homoafetivas, essa resposta seja original e contextualizada com a realidade específica do continente, mas constata a necessidade de inserção dialógica da experiência africana na universalidade dos direitos humanos, um dos pilares fundamentais de toda a prática do direito internacional nesse tema.

Por fim, a distinção mais interessante do sistema regional africano está na ênfase comunitária dada ao problema da diversidade sexual.

A própria Carta Africana explicitamente se propõe a ser não apenas um documento de direitos dos indivíduos, mas igualmente um texto que protege os “direitos dos povos”. Essa ênfase coletiva fundante do sistema regional africano está refletida no desenvolvimento tópico-argumentativo dos direitos da comunidade LGBTQIA+, que foi protagonizado por associações coletivas e centrada em problemas coletivos. Na experiência africana, ainda não há casos individuais sobre o tema, mas há uma sensibilidade aos problemas coletivos, como acesso à saúde e à segurança pública, que vulnerabilizam todas as pessoas estigmatizadas pela discriminação homotransfóbica no continente.

Nos termos da Carta Africana, a África não possui um único povo, mas vários povos, que integram a rica diversidade cultural de sua história e querem conviver com paz e tolerância. Uma leitura profunda e possível do documento permite dar sentido amplo à ideia de povos, para compreender que a comunidade LGBTQIA+ na África é um dos povos que participam de sua dinâmica social e, como tal, merece ter respeito e dignidade assegurados. A Carta Africana aposta no respeito à identidade dos povos e à pluralidade cultural, razão pela qual a litigância coletiva do povo LGBTQIA+ no continente é uma estratégia de construção tópico-argumentativa instigante.

6 CONCLUSÕES: O CARÁTER ARGUMENTATIVO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Ao introduzir esta tese, evocou-se uma cena histórica para ilustrar a articulação entre jurisdição internacional, o direito internacional dos direitos humanos e a argumentação jurídica no segundo pós-guerra: a imagem de Robert H. Jackson na tribuna, perante os juízes de Nuremberg, exaltando a submissão do poder à razão. Ao longo das demandas abordadas neste trabalho, passaram pelas tribunas de órgãos internacionais de direitos humanos diversos outros atores, em diferentes continentes, com realidades socioeconômicas distintas.

De Jeffrey Dudgeon, passando por Atala Riffo, até a Coalition for African Lesbians, entre tantos outros mencionados ao longo do texto, a estrutura institucional presente na atual ordem internacional tornou-se um local para a defesa da dignidade de pessoas LGBTQIA+ como limite contra o tratamento discriminatório. Do estudo empírico aqui empreendido comprova-se que, seja na tribuna de Nuremberg, seja nas tribunas dos atuais sistemas regionais de proteção, a argumentação jurídica desempenha um papel fundamental na dinâmica do direito internacional dos direitos humanos.

Como demonstrado ao longo do capítulo 2, a longa experiência europeia no tratamento internacional de temas relacionados às uniões homoafetivas foi permeada por uma série de lugares-comuns e estruturas argumentativas mobilizados de acordo com os novos problemas que surgiam. A Corte EDH, sob essa ótica, funcionou como instância catalisadora de um diálogo argumentativo constante acerca do significado das cláusulas gerais da CEDH, declaradamente compreendida como um texto em evolução.

Esse pensamento evolutivo, mediado pela argumentação, foi construído sob o impulso dos problemas concretos que se apresentaram no sistema regional europeu. A previsão geral de respeito à vida privada prevista na CEDH foi paulatinamente desafiada por situações discriminatórias vivenciadas pelas pessoas homossexuais no continente. A tensão decorrente dessa discussão resultou no alargamento do significado de vida privada para incluir em seu conteúdo o lugar-comum de que a vivência privada da sexualidade – incluída a orientação sexual – não pode ser objeto de constrangimento imotivado pelo Estado. Esse lugar-comum orientou a solução de diversos problemas concretos, como a aceitação de pessoas homossexuais nas forças armadas e a descriminalização.

As primeiras decisões orientadas a proteger a orientação sexual foram seguidas da apresentação de novos problemas. A compreensão já alargada de vida privada exigiu que outras

proteções gerais previstas na CEDH fossem rediscutidas e compatibilizadas com esse novo contexto. Assim, a aceitação da orientação sexual como parte integrante do ser humano e digna de proteção implicou que fossem igualmente alargadas as compreensões de vida digna, igualdade, proteção à integridade física etc.

O desenvolvimento dessas cláusulas gerais somente se tornou possível porque a apresentação dos problemas foi respondida com uma intensa atividade argumentativa. Quanto a esse aspecto, destacou-se especialmente o cuidado da Corte EDH na argumentação a partir de seus precedentes e com fundamento na teleologia da CEDH.

As estratégias argumentativas predominantes estão em consonância com a visão que os juízes regionais europeus têm da sua própria atividade. Ao se perceberem como intérpretes de um texto em evolução, é compreensível que a argumentação dos juízes internacionais, de um lado, revele a visão do atual estado da arte (argumentação por precedentes) e, de outro, evidencie o que se pretende alcançar com a proteção dos direitos humanos (argumentação teleológica). Entre essas duas balizas, com as limitações presentes em cada momento histórico, constrói-se a decisão internacional.

A experiência europeia demonstrou nitidamente o desenvolvimento do sistema regional de proteção e do direito internacional dos direitos humanos sob o binômio problema-argumentação. A atuação da Corte EDH foi orientada à resolução dos problemas que lhe eram apresentados, com a mobilização de lugares-comuns de diversos gêneros para a concretização de uma maior proteção do ser humano contra a arbitrariedade, manifestada sob a forma de discriminação. A articulação entre os diversos lugares-comuns presentes na experiência europeia foi mediada pela argumentação, o que inclui não só a da própria Corte EDH, mas, igualmente, a das vítimas e dos Estados cujas manifestações foram objeto de consideração pelo Tribunal. Para cada problema, uma nova argumentação redesenhava a compreensão do sistema regional.

No sistema regional americano, abordado no capítulo 3, o binômio problema-argumentação igualmente esteve presente, porém com uma dinâmica diferente.

Na dinâmica europeia, o ritmo da submissão de novos problemas, notadamente após a aceitação das petições individuais diretas, permitiu que a interpretação da CEDH fosse sendo alargada pontual e lentamente. Do outro lado do atlântico, o número de casos apresentados à Corte IDH acerca da orientação sexual foi bem inferior, de modo que o tribunal regional americano construiu seus *topoi* sobre o tema a partir de menos decisões, porém com um conteúdo mais abrangente e incisivo.

Há quatro aspectos fundamentais que permitiram um desenvolvimento argumentativo mais rápido e direto da jurisprudência americana sobre o tema: em primeiro lugar, a disposição da Corte IDH em examinar exaustivamente os problemas submetidos à sua apreciação, manifestando-se acerca de todos os possíveis aspectos de um caso, ainda que já houvesse argumentação suficiente para declarar a existência de uma violação internacional; em segundo lugar, a importância que o sistema regional confere à ideia de igualdade e às normas de *jus cogens* – uma ênfase construída historicamente em outros temas enfrentados pela Corte IDH e transplantado para essa discussão; em terceiro lugar, a maior independência da Corte IDH em relação às interpretações nacionais da CADH, o que implicou uma menor dependência da decisão internacional aos argumentos do “consenso regional e da “margem de apreciação”; por fim, deve ser destacada a existência de um instrumento argumentativo amplo como a opinião consultiva, o que permitiu que, com uma única decisão, a experiência americana ultrapassasse anos de discussão da Corte EDH sobre as uniões homoafetivas.

A experiência americana também revelou como a realidade socioeconômica do continente impacta diretamente na argumentação apresentada pelo sistema regional. A análise dos problemas relativos às uniões homoafetivas foi desenvolvida paralelamente ao enfrentamento de outros problemas da realidade regional, como a violência policial e a discriminação da mulher no ambiente de trabalho. Percebe-se, assim, que, no contexto americano, a argumentação foi mais fortemente impactada pela interseccionalidade da discriminação e pelo diálogo das vulnerabilidades.

De fato, o contraste entre as experiências americana e europeia revela tanto similitudes quanto divergências. Entre as similitudes, é possível destacar a importância que os instrumentos de *soft law* receberam em ambos os sistemas regionais, ante a falta de uma fonte internacional expressa e vinculante sobre o tema, bem como a estratégia argumentativa de escrutínio das razões da discriminação, que permitiu impor contra o Estado o ônus de justificar uma medida discriminatória. Entre as divergências, sobressai-se o peso atribuído ao argumento da igualdade em cada sistema, o que acarretou um resultado sensivelmente mais protetivo às uniões homoafetivas no sistema americano, no qual a diferenciação de tratamento jurídico entre essas uniões e as uniões entre pessoas heterossexuais tornou-se praticamente impossível à luz dos padrões regionais fixados na Opinião Consultiva n. 24.

Do contexto regional às similitudes e divergências entre cada decisão, esses elementos dão forma à identidade argumentativa do órgão internacional de proteção. Compreendida como o conjunto articulado de *topoi* e argumentações presentes na decisão, a identidade

argumentativa dos órgãos regionais torna suas deliberações únicas e infungíveis entre si. A constatação empírica de uma identidade argumentativa regional evidencia um ponto de intercâmbio na tensão entre o universalismo e o particularismo no direito internacional dos direitos humanos – um espaço retórico cuja compreensão será retomada em tópico específico desta conclusão.

Ao final, o exame da experiência americana revela o possível desencontro entre argumentação e realidade. Enquanto a Corte IDH impulsionou sua argumentação em direção a uma maior proteção dos casais homoafetivos, observa-se que, entre os países do sistema regional, ainda permanecem problemas básicos como a criminalização das relações entre pessoas do mesmo sexo. De outra parte, embora com uma argumentação mais autocontida, a Corte EDH superou a discussão da criminalização entre seus integrantes. É preciso considerar, portanto, a capacidade dos órgãos regionais em transformar seus discursos em efetiva proteção aos grupos vulneráveis.

Essa capacidade do sistema regional em efetivamente transformar contextos estruturais de discriminação foi uma questão latente no capítulo 4 da tese, dedicado à análise das uniões homoafetivas no sistema regional africano. O momento atual neste vivenciado, no qual se disputa se é possível ou não avançar sobre questões referentes à orientação sexual na região, deixa transparecer como as estratégias argumentativas moldam e são moldadas pelas circunstâncias próprias nas quais a discriminação se apoia naquele contexto.

A própria introdução do problema no sistema regional – o primeiro passo para que fosse possível a sua discussão argumentativa – encontrou entraves na experiência africana. A negativa de que as uniões homoafetivas constituíssem um problema africano ou um problema de direitos humanos interditava a via da argumentação. Esse entrave foi paulatina e indiretamente superado pelos esforços de associações civis internacionais, cuja atuação foi fundamental para que a Comissão ADHP aceitasse discutir a situação das pessoas LGBTQIA+ na África.

Porém, apesar de a Comissão ADHP atualmente estar mais aberta à discussão da discriminação por orientação sexual no continente, o debate argumentativo desse tema de fundo está comprometido por discussões paralelas. Nesse sentido, há a tentativa de reavivar o *topos* do não problema no sistema regional, o que afastaria a Comissão ADHP da análise concreta de situações de discriminação por orientação sexual. De outra parte, há o conflito institucional entre a Comissão ADHP, os órgãos diretivos da União Africana e os Estados membros, o que

igualmente pode comprometer a atuação da Comissão ADHP no exame de casos de discriminação por orientação sexual.

A análise empreendida no capítulo 4 igualmente demonstrou que o caminho tópico-argumentativo em construção no sistema regional africano diferenciou-se pela ênfase na abordagem coletiva das questões de direitos humanos presentes no continente. Essa abordagem coletiva está em sintonia com a proposta da Carta Africana, que se autointitula um documento destinado a garantir o direito “dos povos” e que trata os direitos sociais com atenção diferenciada. Do mesmo modo, há um viés pragmático nessa perspectiva, pois ela permitiu a discussão da negativa concreta de direitos à comunidade LGBTQIA+ pela Comissão ADHP mesmo em meio às hostilidades regionais.

Ao final do capítulo 4, foi possível constatar que, após admitir a discriminação por orientação sexual como um problema de sua alçada, a Comissão ADHP agora trabalha para definir qual novo lugar-comum o sistema regional irá afirmar no tema. A tarefa que está em curso caminha entre a necessidade de se oferecer proteção adequada a grupos vulneráveis em decorrência de sua orientação sexual e a presença de riscos institucionais que poderiam conduzir, no limite, ao desmantelamento do sistema regional.

Diante de toda a análise empírica acima sintetizada, é possível passar à discussão de algumas conclusões gerais que dela podem ser extraídas, em especial quanto à dinâmica de desenvolvimento tópico-argumentativo dos direitos humanos nos sistemas regionais de proteção, aos critérios de avaliação das decisões tomadas pelos órgãos dos sistemas regionais e ao papel desempenhado pela argumentação nessa prática.

Quanto à dinâmica dos sistemas regionais de proteção, constata-se que há um ciclo de desenvolvimento do conteúdo dos direitos humanos que é desencadeado pela introdução de um problema e conduz à movimentação do catálogo de lugares-comuns presentes na prática regional. Como se verá adiante, nesse ciclo se inserem os lugares-comuns pré-existentes tanto no âmbito nacional quanto no âmbito internacional, a construção da identidade argumentativa regional e o controle inter-regional/universal das conclusões alcançadas pelos órgãos regionais.

Em relação aos critérios de avaliação das decisões dos órgãos regionais, a análise empírica tornou claro que alguns dos parâmetros de avaliação comumente sugeridos pelas teorias da argumentação jurídica foram incorporados na construção de argumentos nos sistemas regionais de proteção. Entre os critérios que mais transparecem no conjunto de decisões analisadas, destacam-se a pretensão de universabilidade, a preocupação com a coerência e a atenção às consequências da decisão. Esses critérios de avaliação aparecem na prática regional

impregnados pela incidência do princípio *pro persona* – um *topos* fundamental no direito internacional dos direitos humanos.

Uma última conclusão que merece destaque refere-se à instrumentalidade da argumentação na atual dinâmica dos sistemas regionais de proteção. Seja pela estrutura institucional que lhes foi conferida pelos Estados, seja pela opção política de se estabelecer direitos humanos em diplomas normativos internacionais com alto grau de abstração, a argumentação desponta como uma atividade central na definição do conteúdo dos direitos humanos nos órgãos internacionais. Nesse contexto, há uma crescente necessidade de afirmação argumentativa dos direitos humanos.

6.1 Ciclo tóxico-argumentativo de desenvolvimento de direitos humanos nos sistemas internacionais de proteção

Por variadas razões sociopolíticas, os Estados nacionais optaram por construir, em paralelo ao sistema universal de proteção de direitos humanos vinculado à ONU, sistemas regionais com atribuições semelhantes. A análise empírica aqui elaborada demonstra que a escolha pela regionalização no enfrentamento de problemas de direitos humanos teve consequências tóxico-argumentativas que precisam ser compreendidas e interpretadas à luz da ideia fundamental de universalidade desses direitos.

Com efeito, o ponto de partida de todos os sistemas regionais é semelhante. Há um texto normativo que declara a existência de direitos oponíveis pelos indivíduos contra os Estados que os ratificam e a criação de órgãos compostos por titulares que, apesar de eleitos pelos próprios países integrantes do sistema regional, passam a gozar de autonomia em relação a eles. Ocorre, assim, uma cisão funcional entre os órgãos puramente políticos que instituíram o sistema regional e os órgãos que irão conduzir a interpretação da norma internacional, cuja forma de escolha de seus integrantes e a independência que lhes é conferida revelam a pretensão de uma atuação técnica.

Essa cisão funcional, porém, não é absoluta, pois os órgãos políticos do sistema regional intervêm constantemente na atuação dos órgãos técnicos. Os Estados membros renovam periodicamente o corpo de integrantes dos órgãos protetivos, bem como podem introduzir novos textos normativos, com eficácia vinculante ou não, o que gera impactos nas decisões desses órgãos. Essa dinâmica orgânica já seria suficiente, por si só, para tornar os sistemas regionais de proteção abertos à introdução de novas premissas e à alteração de seus lugares-

comuns ao longo do tempo – uma ampla via para o desenvolvimento do conteúdo dos direitos humanos.

No entanto, além da via orgânica, pela interação entre órgãos políticos e órgãos técnicos, todos os sistemas regionais de proteção contam com mecanismos para tensionar o sentido dos textos internacionais diante de situações concretas. Essa tarefa de verificação do significado dos direitos humanos diante de casos concretos é atribuída especificamente aos órgãos de proteção, que são continuamente forçados a densificar o conteúdo das normas internacionais, retirando-as do alto grau de abstração em que foram elaboradas até o ponto de torná-las aplicáveis a situações particulares.

Com essa configuração, a atuação dos órgãos do sistema regional de proteção é tópica, pois vinculada aos problemas que lhe são apresentados e limitada pelo contexto que circunda esses problemas; bem como argumentativa, pois precisa partir de premissas mais gerais para apresentar conclusões específicas. No enfrentamento dos problemas postos, os órgãos protetivos precisam mobilizar *topoi* de diversas fontes e com força normativa distintas. Assim, o *corpus iuris* do sistema regional é constantemente desafiado em sucessivos embates problemáticos, aumentando e alterando o catálogo de lugares-comuns e, por consequência, tornando-o mais complexo.

Essa via interpretativa, ou de concretização dos direitos humanos, foi exaustivamente observada ao longo da análise empírica desta tese. Através dela, declarações gerais de direitos à privacidade, à igualdade e à saúde converteram-se em comandos muito mais específicos, como: é necessário conferir proteção jurídica adequada às uniões homoafetivas (sistema europeu); é preciso que as uniões homoafetivas recebam o mesmo tratamento jurídico conferido às uniões heteroafetivas (sistema regional); e é preciso remover os obstáculos que impedem pessoas homossexuais de terem acesso à prevenção e ao tratamento de infecções pelo vírus HIV (sistema africano).

A análise argumentativa dos direitos das uniões homoafetivas nos sistemas regionais de proteção revelou que a tarefa de desenvolvimento dos direitos humanos pelos órgãos regionais não é instantânea nem autocentrada. Trata-se, em verdade, de uma atividade progressiva e que incluiu a participação de diversos atores, cujas etapas podem ser sintetizadas em um ciclo tópico-argumentativo.

O ciclo tópico-argumentativo de desenvolvimento de direitos humanos nos sistemas internacionais de proteção se inicia com a introdução de um novo problema (1), que é gerado em âmbito nacional e impõe um primeiro desafio aos lugares-comuns nacionais e internacionais

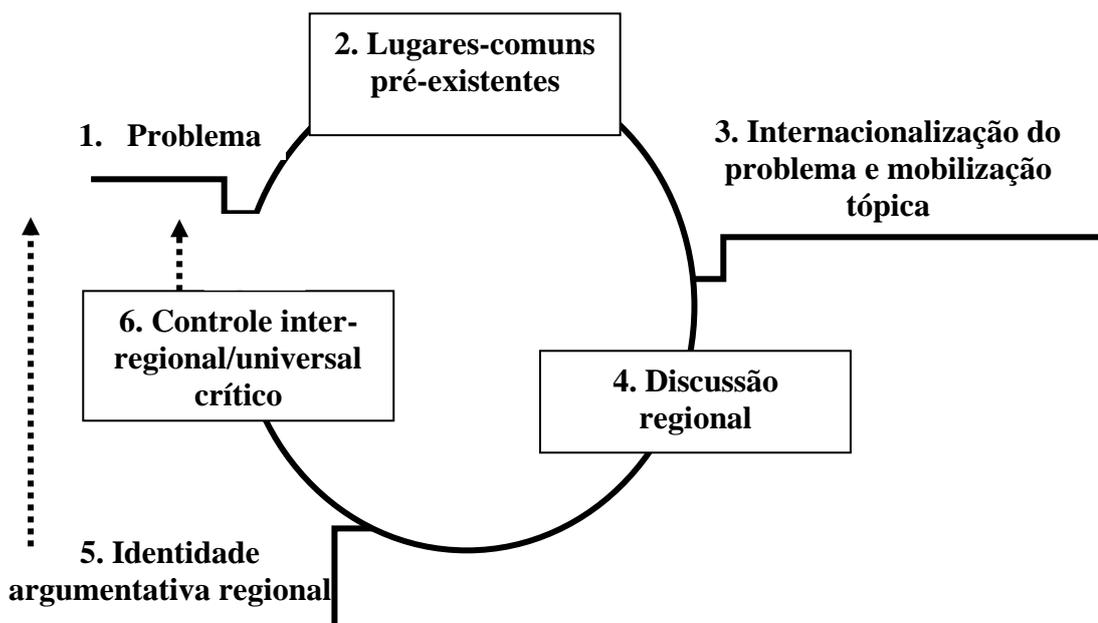
pré-existentes sobre o tema (2). A insuficiência da solução nacional conduz à internacionalização do problema, o que desencadeia a tarefa de mobilização regional para a formulação de uma solução (3).

Com a instauração da instância regional, o problema é discutido na perspectiva mais ampla dos atores internacionais que atuam nesse nível institucional (4), o que conduz a uma conclusão impregnada pela identidade argumentativa do órgão regional (5). A solução encontrada no sistema regional resolve momentaneamente o problema, mas essa resolução permanece aberta a questionamentos por novos problemas.

Um novo questionamento pode derivar tanto de uma nova situação regional que tensiona os limites da solução anterior como pelo confronto entre a solução dada por um sistema regional específico e aquela desenvolvida por outros sistemas regionais ou pelos órgãos do sistema universal (6).

Assim, as etapas gerais do ciclo tópico-argumentativo de desenvolvimento de direitos humanos nos sistemas regionais podem ser ilustradas como no diagrama a seguir.

Diagrama 8 – Ciclo tópico-argumentativo de desenvolvimento de direitos humanos nos sistemas regionais de proteção



Fonte: elaborado pelo autor.

O ingresso do problema e o início do ciclo tópico-argumentativo não decorrem do simples surgimento natural de uma questão jurídica. A análise aqui empreendida deixou claro que os problemas não “surgem” espontaneamente nos órgãos internacionais de proteção, mas são apresentados pelos atores internacionais a partir de escolhas estratégicas acerca de quando, como, com que fundamentos e onde litigar.

Por certo, há circunstâncias fáticas que limitam os contornos do problema, mas isso não significa que os atores internacionais não possuem uma margem de adequação na formatação de como ele será apresentado. O problema resulta, assim, da combinação de dados naturais e argumentativos organizados inicialmente pelos peticionantes, sejam eles vítimas, sejam associações internacionais, órgãos internacionais ou os próprios Estados. Estes últimos em demandas interestatais ou pedidos de consultas, como ocorreu na petição que deu origem à da Opinião Consultiva n. 24.

Ao longo do período de análise, é possível perceber uma crescente preocupação dos litigantes nos sistemas regionais em torno de qual seria a formulação mais adequada dos problemas, a fim de alcançarem sucesso em suas pretensões. Para essa análise estratégica, é imprescindível conhecer o atual estado tópico do sistema regional em torno do tema, identificando-se quais lugares-comuns poderiam ser mais facilmente mobilizados de acordo com a inclinação regional em aceitar certos argumentos. A compreensão do estado tópico regional é igualmente essencial para se determinar a própria possibilidade de litigar com alguma perspectiva de sucesso, o que pode conduzir, inclusive, à decisão de não litigar, como ocorreu no sistema regional africano.

A crescente preocupação dos litigantes internacionais em apresentar os problemas dentro de um contexto adequado é plenamente justificada pela observação empírica. É perceptível, nos casos analisados, que as circunstâncias concretas iniciais que circundavam o problema e a definição dos apoios sob os quais se pedia a declaração de uma violação foram fundamentais na indicação dos caminhos argumentativos que o órgão internacional poderia ou não explorar. Do mesmo modo, questões referentes à interseccionalidade, à abrangência e à intensidade do pronunciamento internacional mostraram-se bastante responsivas à forma como os problemas foram apresentados.

Em relação à passagem pelos lugares-comuns nacionais e regionais pré-existentes, essa tarefa é inicialmente desenvolvida pelos órgãos nacionais e eventualmente reelaborada no processo de internacionalização do problema. Nesse aspecto, a pesquisa revela uma dificuldade

interna nos Estados membros em desenvolverem as premissas adotadas nas decisões internacionais e aplicá-las em contextos mais amplos.

Com efeito, não obstante a Corte EDH tenha decidido que a orientação sexual não constitui isoladamente motivo para se impedir o acesso a direitos, desde o caso *Smith and Grady v. the United Kingdom*, em 1999, houve uma sucessão de casos ao longo dos anos 2000 nos quais se discutia justamente a negativa de direitos a pessoas homossexuais em diferentes contextos. Do mesmo modo, embora a Corte IDH já tenha se pronunciado acerca da dignidade das uniões homoafetivas na Opinião Consultiva n. 24, há países na região que permanecem criminalizando essas uniões. No sistema africano, em que pese a Comissão ADHP já ter incitado os Estados a removerem todas as estruturas institucionais que incitem a violência contra a população LGBTQIA+, há países na região que seguem introduzindo leis que impedem a atuação de movimentos em defesa da diversidade sexual.

Como consequência, boa parte da litigância internacional decorre da recusa nacional em aplicar premissas já afirmadas no sistema regional. Essa recusa pode advir de vários fatores, como o simples desconhecimento da argumentação dos órgãos internacionais, a rejeição teórica à ideia de que uma interpretação internacional tenha efeitos no âmbito interno, ou a tentativa de provocar alguma distinção ou superação da orientação internacional. Em todo o caso, esse primeiro confronto com os lugares-comuns pré-existentes no âmbito nacional projetou parte relevante dos problemas que foram internalizados, pois a argumentação nacional sempre foi objeto de análise atenta nos casos examinados pelos órgãos regionais de proteção.

Superada a discussão nacional, os atores com capacidade para provocar a abertura da instância internacional reconfiguram o problema para colocá-lo em uma perspectiva regional. Os lugares-comuns regionais que eventualmente tiveram pouca ou nenhuma relevância no âmbito interno passam a integrar o argumento central da proposta de resolução do problema. Nessa tarefa, há a mobilização tópica tanto por quem deflagra o processo internacional quanto por aqueles que nele intervirão.

Com o problema internacionalizado,⁶⁸⁷ instaura-se uma discussão regional para definir qual será a posição prevalente sobre o tema no sistema. Essa disputa argumentativa implica petionantes e Estados, mas também a intervenção de outros interessados como *amicus curiae*. Na discussão específica dos direitos aplicáveis às uniões homoafetivas, a intervenção de associações civis mostrou-se fundamental em todos os sistemas regionais para ampliar e

⁶⁸⁷ Por razões metodológicas, questões procedimentais referentes à admissibilidade de petições nos diversos sistemas regionais não foram objeto de exame específico nesta tese.

coletivizar o debate, inclusive desafiando a legitimidade da argumentação oficial dos Estados sobre elementos de suas realidades internas.

Nesse sentido, é interessante destacar o dissenso que ocorreu entre o Estado italiano e a Associazione Radicale Certi Diritti (ARCD) no caso *Oliari and Others v. Italy*. Enquanto o Estado defendia um conceito restritivo de unidade familiar pretensamente predominante na sociedade italiana, a associação interveniente apresentou dados de que haveria amplo apoio da população do país ao reconhecimento jurídico de casais do mesmo sexo. Essa intervenção foi objeto de consideração pela Corte EDH e demonstrou como grupos nacionais discriminados podem ter voz na construção da resposta regional.

O confronto entre os lugares-comuns preexistentes e as argumentações apresentadas pelas partes e por terceiros intervenientes é sintetizada na decisão do órgão regional, que imprime sua identidade argumentativa na solução apresentada. Essa identidade argumentativa se expressa através de uma articulação singular de argumentos e lugares-comuns que contemplam as peculiaridades regionais históricas, políticas, sociais etc., na resolução do problema.

A resposta particularizada do órgão regional, ao tornar aplicável a normativa internacional a um problema concreto, acresce algo aos limites semânticos do texto interpretado, independentemente do teor da decisão. Seja ampliando-os, seja restringindo-os, a decisão internacional determina um novo contorno acerca dos direitos humanos, cuja incerteza provocara o início do ciclo tópico-argumentativo.

A decisão do órgão regional passa a integrar o catálogo tópico do sistema, o qual, munido desse novo elemento, é capaz de atender à contingência do problema. Todavia, como todos os demais *topos* que integram o conjunto normativo do sistema, a resposta regional integra-se a uma estrutura dinâmica e aberta a novas problematizações. Assim, de um lado, é possível que novos problemas questionem a pertinência e a continuidade da conclusão alcançada entre os lugares-comuns regionais; e, de outro, que a conclusão alcançada seja mobilizada como um lugar-comum na estrutura de argumentações destinadas a solucionar problemas posteriores.

O ciclo tópico-argumentativo se renova constantemente a partir da introdução de novos problemas que emergem na experiência regional. Entretanto, além desses problemas emergentes, a solução regional pode ser desafiada pelo confronto com o desenvolvimento argumentativo de outros sistemas regionais ou universal.

A tese fundante de que os direitos humanos são universais e protegem indistintamente todos os seres humanos, que está na base do direito internacional dos direitos humanos, não significa necessariamente que os problemas relacionados a direitos humanos devam ser indistintamente solucionados da mesma forma em todas as partes. A universalidade desses direitos não exige a homogeneidade de soluções práticas para concretizá-los, porém cria-se um elevado ônus argumentativo para a justificação de soluções concretas que impliquem graus diferenciados de proteção entre os sistemas.

Em decorrência do princípio *pro persona*, a existência de uma situação de proteção de direitos humanos mais favorável exigiria, ao menos aprioristicamente, que todos os demais sistemas de proteção de direitos humanos direcionassem seus esforços para igualmente alcançarem essa solução.⁶⁸⁸ Contudo, a análise da maior favorabilidade de uma situação concreta não é uma operação simples, envolvendo aspectos que vão desde a existência de condições fáticas para seu alcance até a análise do impacto da concentração de esforços na efetivação de um direito sobre as possibilidades de efetivação de outros, tendo sempre em vista a indivisibilidade dos direitos humanos, que somente se concretizam plenamente quando em conjunto.⁶⁸⁹

Na atual dinâmica do direito internacional dos direitos humanos, não há hierarquia entre os sistemas internacionais de proteção, nem um órgão uniformizador encarregado de solucionar eventuais conflitos entre os sistemas. Isso impõe aos próprios órgãos regionais a tarefa de submeterem constantemente seus próprios lugares-comuns a um controle crítico à luz das soluções alcançadas em outros sistemas de proteção.

O cerne do controle crítico a ser realizado pelos próprios órgãos regionais sobre suas decisões em perspectiva comparada não é a padronização das respostas, mas a verificação dos ônus argumentativos que a existência de soluções diferenciadas exige. A simples localização geográfica não é bastante para a satisfação desse ônus. Igualmente, não é suficiente a alegação genérica de valores regionais específicos, sem nenhuma demonstração analítica de como esses valores se formaram e da sua compatibilidade com uma ordem jurídica fundada na dignidade

⁶⁸⁸ “Toda a exegese do Direito Internacional dos Direitos Humanos, consagrada pela jurisprudência internacional, tem como epicentro o princípio da interpretação *pro homine*, que impõe a necessidade de que a interpretação normativa seja feita sempre em prol da proteção dada aos indivíduos.” (Ramos, 2016, p. 142).

⁶⁸⁹ “A interpretação *pro persona*, contudo, sofre desgaste profundo pelo reconhecimento da existência da interdependência e colisão aparente entre os direitos, o que faz ser impossível a adoção desse critério no ambiente do século XXI no qual há vários direitos (de titulares distintos) em colisão. Como adotar a interpretação *pro persona* em causas envolvendo direitos em colisão? Qual indivíduo deve ser privilegiado e qual indivíduo deve ter seu direito comprimido?” (Ramos, 2020, p. 64).

humana, como se observou na invocação genérica de “valores africanos” na discussão sobre a discriminação de pessoas LGBTQIA+ no sistema regional daquele continente.

A análise empírica demonstrou que os atores nos sistemas regionais de proteção têm dedicado considerável atenção ao confronto entre as decisões internacionais. Tanto nas petições submetidas aos órgãos regionais quanto na argumentação dos julgadores, a argumentação por precedentes extraídos de outros sistemas protetivos é onipresente.

O grau de qualidade da argumentação a partir desses precedentes é variável, havendo casos em que houve simples menção superficial e casos nos quais houve efetivo confronto entre as razões de decidir. Porém, independentemente da profundidade da argumentação, é certo que a existência de decisões internacionais em uma temática gera um constrangimento argumentativo que não passa despercebido na prática, exigindo dos órgãos regionais o permanente controle comparativo crítico de suas decisões.

O ciclo tópico-argumentativo de desenvolvimento de direitos humanos nos sistemas regionais de proteção acima elaborado é uma sistematização com o objetivo de tornar mais clara a dinâmica atual do processo decisório nos órgãos internacionais. Como toda tentativa de sistematização, a representação do ciclo implica uma simplificação de estruturas complexas e a adoção de uma perspectiva ideal.

Por certo, não se espera que o ciclo apresentado possa ser observado integralmente em todas as discussões nos sistemas regionais de proteção. Há temas que sequer atravessarão as primeiras etapas do ciclo, bem como circunstâncias que poderão conduzir à supressão, mesclagem ou ao prolongamento de algumas dessas etapas. O que se pode afirmar, à luz da análise empírica sob a qual a tese se estrutura, é que essa sistematização esclarece a dinâmica de construção de lugares-comuns regionais em assuntos complexos, como foi o caso dos direitos decorrentes das uniões homoafetivas.

Do mesmo modo, apesar da utilização da forma de um ciclo, não se deve extrair dele uma linearidade necessária. No sistema europeu, houve uma tentativa fracassada de se alcançar posição regional favorável à adoção por casais homoafetivos no caso *Fretté v. France*, o que implicou no retorno à etapa de formatação do problema para que uma nova internacionalização da questão ocorresse no caso *E. B. v. France*. No sistema africano, as diversas idas e vindas em torno da aceitação da CAL como observadora internacional demonstram bem os diversos avanços e retrocessos que podem ocorrer dentro do ciclo.

Também é preciso destacar que as etapas didaticamente separadas na representação do ciclo podem ocorrer concomitantemente, na prática. De fato, a fase de introdução do problema

é constantemente revisitada, pois a sua formatação se transforma ao longo da discussão argumentativa, especialmente no momento da internacionalização do caso. Outro exemplo é a etapa de controle inter-regional, que pode ocorrer já nos momentos iniciais do ciclo, quando o problema ainda se encontra no âmbito nacional, como ocorreu em decisões judiciais internas de países que não integram o sistema europeu e adotaram o caso *Dudgeon v. the United Kingdom* em suas razões de decidir.

Em que pese as limitações inerentes a toda tentativa de organização sistemática, o ciclo tópico-argumentativo expõe como os sistemas regionais de proteção são abertos, dinâmicos, desenvolvendo-se sob a contingência de problemas concretos e com intensa atividade argumentativa. Essa construção teórica, amparada em extensa análise empírica, respalda as teorias de direitos humanos contemporâneas, que, diante da tensão entre universalismo e particularismo existente nesse campo jurídico, propõem uma abordagem construtivista e dialógica.

A esse respeito, Herrera Flores destaca que tanto os defensores de concepções extremamente universalistas de direitos humanos quanto os que se filiam a uma interpretação excessivamente particularista desses direitos comungam da mesma dificuldade: a de lidar com os problemas em contextos concretos. Os universalistas desprezam os contextos concretos, ao passo que, para os particularistas, só o contexto concreto importa. Assim, tanto universalistas quanto particularistas incorreriam, ao final, em posturas essencialistas – seja o essencialismo dos direitos abstratamente considerados, seja o essencialismo de interpretações particulares tomadas como absolutas.⁶⁹⁰

A superação dos limites que prejudicam as concepções universalistas e particularistas dos direitos humanos exigiria romper o essencialismo de suas visões. Esse rompimento viria através de um processo conflitivo, discursivo, de diálogo e confrontação, no qual fosse possível romper os preconceitos e fazer convergir distintas visões de direitos humanos que se construíram em planos paralelos.⁶⁹¹ Como resultado, os problemas contextualizados seriam solucionados por um universalismo de chegada ou de convergência, formado através de entrecruzamentos, contrastes e interrelações, os quais são a consequência – e não o pressuposto – da prática em direitos humanos.⁶⁹²

⁶⁹⁰ HERRERA FLORES, J. Derechos humanos, interculturalidad y racionalidad de resistencia. **Dikaioyne:** Revista de filosofía práctica da la Universidad de Los Andes, Mérida, v. 12, n. 12, p. 39-58, 2004, p. 45.

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 50.

⁶⁹² *Ibid.*, p. 51.

Com proposta similar, Boaventura de Sousa Santos destaca os riscos de que a defesa dos direitos humanos no âmbito internacional se converta em uma espécie de localismo globalizado, com a imposição de interpretações de determinados setores internacionais mais poderosos sobre as periferias da globalização. No entanto, o autor destaca que é possível pensar em uma prática internacional em direitos humanos que seja cosmopolita, contra-hegemônica e multicultural.⁶⁹³

Para que seja possível transformar a conceitualização e a prática dos direitos humanos de um localismo globalizado para um projeto cosmopolita,⁶⁹⁴ o autor propõe a adoção de uma hermenêutica diatópica. Através desta, seria possível confrontar as incompletudes inerentes a todas as visões culturais em direitos humanos através de diálogos interculturais sujeitos a pausas e reversões.⁶⁹⁵ Nesses diálogos, cujos parceiros e temas devem resultar de acordos mútuos, o princípio da igualdade seria colocado em par com o princípio do reconhecimento da diferença, orientando-se pela máxima de que “[...] temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza [...]”.⁶⁹⁶

A atual estruturação dos sistemas regionais de proteção vistos sob a ótica do ciclo tópico-argumentativo aqui apresentado vai ao encontro da perspectiva extraída das teorias multiculturalistas sobre direitos humanos como as acima referidas. Embora não se possa afirmar que haja uma completa aderência das práticas regionais às reflexões teóricas dos autores supracitados, há elementos de convergência que devem ser destacados.

Em primeiro lugar, há ênfase na centralidade do enfrentamento de problemas concretos de direitos humanos. É diante do problema contextualizado que as incompletudes das ideias mais abstratas de direitos humanos se revelam e surge a perplexidade capaz de abrir espaço para a discussão. Uma abordagem acerca dos direitos humanos que seja efetivamente dialógica e multicultural é também tópico-problemática.

Além disso, o ciclo tópico-argumentativo apresentado tem como uma de suas características principais o confronto. Há o confronto dos problemas concretos com as soluções nacionais, bem como o confronto da solução regional com as soluções encontradas em outros sistemas regionais de proteção. Do mesmo modo, há o confronto entre os atores internacionais, quais sejam vítimas, Estados e terceiros intervenientes. Há, ainda, o confronto entre os juízes

⁶⁹³ SANTOS, B. de S. Direitos humanos: o desafio da interculturalidade. **Revista Direitos Humanos**, Brasília, DF, v. 2, n. 2, 2009, p. 13.

⁶⁹⁴ Para o autor, “cosmopolitismo é a solidariedade transnacional entre grupos explorados, oprimidos ou excluídos pela globalização hegemônica. O cosmopolitismo que defendo é o cosmopolitismo do subalterno em luta contra a sua subalternização.” (Santos, 2009, p. 13).

⁶⁹⁵ SANTOS, *op. cit.*, p. 17-18.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 18.

de diversas nacionalidades que integram os órgãos regionais na formulação da decisão internacional.

De fato, na maior parte do ciclo tópico-argumentativo há mais confronto do que síntese. Assim, o confronto integra a própria estrutura de desenvolvimento dos direitos humanos, devendo ser compreendido não como um momento de crise, mas como etapa regular e indispensável na formulação de respostas adequadas.

Outro aspecto relevante da prática dos sistemas regionais dentro do ciclo tópico-argumentativo é a possibilidade de se igualar discursos entre sujeitos internacionais com capacidades políticas distintas. Defere-se à argumentação da vítima o mesmo espaço deferido à argumentação do Estado. Uma associação internacional defensora de grupos discriminados pode intervir tanto quanto organizações internacionais vinculadas a grandes grupos econômicos. A equidade na distribuição do espaço argumentativo e na pluralidade de atores que possuem capacidade para intervir colabora para a possibilidade de uma interpretação não hegemônica dos direitos humanos.

Também contribui para esse objetivo a inexistência de um órgão internacional uniformizador das decisões internacionais. Dentro do ciclo tópico-argumentativo, a responsabilidade de controle da coerência entre as soluções adotadas pelos diferentes sistemas regionais de proteção é dos próprios órgãos regionais. Eventual divergência gera um ônus argumentativo, e não uma obrigação de acatamento. A diferença, portanto, é um convite à autorreflexão, sem pretensão de homogeneidade.

Por fim, as soluções alcançadas dentro do ciclo tópico-argumentativo são sempre provisórias e questionáveis. A permanente tensão entre o universalismo dos direitos humanos e as realidades regionais particulares é incompatível com uma formulação rígida e intransigente de *topoi* regionais. A abordagem construtivista e dialógica dos direitos humanos não se alinha às certezas de um universalismo abstrato, porém também não pode ceder à completa variabilidade de particularismos arbitrários.

Em verdade, o ciclo tópico-argumentativo nos sistemas regionais de proteção é uma técnica de manejo concomitante de duas tensões fundamentais: a) a tensão entre universalismo e particularismo, que impulsiona o direito internacional dos direitos humanos; e b) a tensão entre a previsibilidade normativa e o caráter argumentativo da prática jurídica, que é inerente às teorias da argumentação jurídica.⁶⁹⁷ O fato de essas duas tensões caminharem juntas nas

⁶⁹⁷ Acerca da tensão entre a previsibilidade que se espera do Estado de Direito e o caráter argumentativo do direito, ver: MacCormick (2005).

discussões dos órgãos regionais de proteção é mais uma evidência de como argumentação jurídica e direitos humanos são indissociáveis na prática do direito internacional contemporâneo, assim como não o podem ser na teoria.

6.2 Critérios argumentativos na prática internacional dos direitos humanos

As teorias da argumentação jurídica são pródigas em apontar critérios de avaliação para decisões judiciais, os quais servem de parâmetro tanto para orientar a atividade de quem argumenta quanto para o exame posterior dessas argumentações. Esses critérios comumente possuem pretensões bastante abrangentes, apresentando-se como padrões de qualidade aplicáveis a todos os discursos jurídicos ou a certa categoria destes, como as decisões judiciais ou as motivações legislativas.⁶⁹⁸

Ao longo da análise empírica aqui empreendida, foi possível constatar que alguns elementos comumente citados entre os critérios de avaliação de decisões judiciais são perceptíveis nas decisões proferidas pelos órgãos que integram os sistemas regionais de proteção. Desse modo, sem ambição de oferecer um catálogo exaustivo, é possível discutir quais critérios avaliativos foram mais evidentes na atuação dos sistemas regionais e a relação desses critérios preponderantes com a teoria dos direitos humanos.

Inicialmente, é notória a preocupação dos órgãos dos sistemas regionais de proteção com a universalidade de suas decisões, o que se observa pelo esforço empregado na afirmação de padrões de proteção aplicáveis a toda a região e na preocupação com a inserção desses padrões nas realidades nacionais e no quadro mais amplo de decisões internacionais acerca da mesma temática.

A universalidade é o critério de avaliação da qualidade de uma decisão que tem como fundamento o princípio da igualdade e a ideia de que, dentro de um sistema judicial não arbitrário, os órgãos decisores não podem admitir variações frívolas nos seus padrões decisórios, nem construir argumentações puramente *ad hoc*. A aspiração de universalidade está presente desde em formulações mais rudimentares da ideia de justiça até nas teorias de argumentação jurídica mais sistematizadas da atualidade.⁶⁹⁹

Em razão da estreita ligação entre a universalidade da argumentação e a não arbitrariedade de quem decide, é inevitável que esse parâmetro de avaliação assumira grande

⁶⁹⁸ Como exemplos, ver: Nascimento (2019); Vale (2019).

⁶⁹⁹ ATIENZA, 2013, p. 554.

relevância para os juízes internacionais em matéria de direitos humanos. Uma vez que a contenção da arbitrariedade no exercício do poder é um pilar central na teoria dos direitos humanos, a prática argumentativa nesse campo presta elevada atenção ao critério da universalidade, seja para identificar tratamentos arbitrários dos Estados nacionais, seja para impedir que as próprias decisões dos órgãos regionais de proteção se tornem arbitrárias em decorrência de um excessivo casuísmo.

É impossível não traçar um paralelo entre a universalidade dos direitos humanos e a universalidade da argumentação em matéria de direitos humanos. Ambas se orientam pela aspiração de que todos os seres humanos são aprioristicamente dignos do mesmo tratamento e, caso algum tratamento diferenciado ocorra, de que haja uma justificativa adequada como fundamento dessa diferenciação. Portanto, seja pela universalidade nos direitos humanos seja pela universalidade na argumentação, não se espera que as decisões sejam genéricas ao ponto de não admitirem nenhum tipo de diferenciação, mas que as diferenciações estejam justificadas e sejam também universalizáveis.⁷⁰⁰

Na prática dos sistemas regionais analisada nos capítulos anteriores, uma grande demonstração da atenção dos órgãos internacionais à universalidade de suas decisões é o esforço em se fixar explicitamente estândares de proteção para orientar o tratamento de uniões homoafetivas em todos os países da região. Tanto na análise de casos específicos em jurisdição contenciosa quanto na resposta de perguntas formuladas na jurisdição consultiva, os órgãos regionais de proteção empenham-se em afirmar um padrão de conduta a ser adotado pelos Estados membros.

De fato, foi indiferente, na forma de argumentação dos órgãos regionais, para quais países a decisão por eles proferida seria vinculante ou não. Independentemente do possível efeito vinculante de sua manifestação, os órgãos regionais apresentaram suas conclusões em termos universalizáveis. Os destinatários da argumentação desenvolvida, mesmo na análise de petições individuais, eram todos os países integrantes do sistema, inferindo-se da argumentação um impacto coletivo em todo caso internacional exatamente em decorrência de sua pretendida universalidade.

Nesse sentido, ao julgar o caso *Dudgeon v. the United Kingdom*, a Corte EDH argumentou pela impossibilidade de criminalização de relações homoefativas em todos os

⁷⁰⁰ Nesse sentido, Atienza destaca a diferença entre universalidade e generalidade, ressaltando que “*la universalidad no tiene que ver con el grado de generalidad de la norma. Una norma muy específica (aplicable a muy pocos casos) puede (debe) ser aplicada de manera universal e, por ello, decidir según criterios de equidad significa ir en contra de la generalidad de una norma (introducir una excepción para evitar una mala consecuencia), pero no de su universalidad.*” (Atienza, 2013, p. 555).

países da região, não apenas no Estado apontado como violador e que estaria sujeito ao efeito vinculante da sentença internacional. A Corte IDH, na Opinião Consultiva n. 24, claramente formulou seus argumentos em termos universalizáveis a todos os Estados membros, ainda que sua interpretação não fosse formalmente vinculante.

A universalidade empregada na argumentação dos órgãos regionais faz transparecer que eles compreendem e admitem a sua função como organismos que sedimentam *topoi* em seus respectivos sistemas. Ainda que por intermédio de decisões em casos individuais, a tarefa que os órgãos regionais pretendem cumprir é a de fixar estândares universalizáveis que se integrarão ao *corpus iuris* regional.

Como um dos mecanismos argumentativos para defender a universalidade de seus estândares, observou-se nas decisões regionais um esforço em expor posicionamentos nacionais e internacionais concordantes sobre o tema das uniões homoafetivas. A apresentação de um quadro geral de decisões, em diversas jurisdições, corroborando os estândares que o órgão internacional estava adotando, reforçava a universalidade da argumentação com fundamento na própria universalidade dos direitos humanos.

A invocação dessas outras decisões de corroboração também se associou à tentativa de se demonstrar a existência de um consenso sobre o tema. O valor do argumento do consenso entre os países variou nos sistemas regionais e, mesmo dentro do mesmo sistema, variou entre as temáticas em análise. Todavia, é certo que a alegação de consenso na matéria é uma dimensão da universalidade da decisão, pois o consenso prévio indica que o estândar que se estabelece possivelmente será mais facilmente aceito pelos Estados e, portanto, mais facilmente aplicado de maneira universalizada.

Além da universalidade da decisão, os órgãos regionais mostraram-se bastante atentos à coerência de suas decisões em aspectos fáticos e interpretativos.

A coerência pode ser definida como o critério de correção da argumentação que examina a conformidade entre um discurso argumentativo e um quadro mais amplo de valores, princípios e teorias.⁷⁰¹ Esse parâmetro avaliativo se aplica tanto aos aspectos fáticos quanto aos aspectos interpretativos de uma decisão. Assim, espera-se que uma argumentação sobre fatos seja coerente com as leis científicas, relações da causalidade, máximas de experiência e outras normas gerais sobre o funcionamento do mundo empírico. Do mesmo modo, é esperado que a argumentação sobre a forma de se interpretar determinada norma seja compatível com os

⁷⁰¹ ATIENZA, 2013, p. 555-556.

princípios, valores e outras normas que integram o mesmo sistema normativo em que ela está inserida.⁷⁰²

Nas discussões sobre a discriminação por orientação sexual, a preocupação com a coerência fática da decisão foi fundamental para o enfrentamento das alegações de que haveria uma nocividade natural inerente à homossexualidade. Em busca de oferecer uma decisão coerente com as premissas científicas à sua disposição, a Corte EDH afastou o argumento de que a criminalização entre pessoas do mesmo sexo era necessária para se evitar o “recrutamento” de jovens para a homossexualidade ou de que a presença de pessoas homossexuais pudesse prejudicar o desempenho das forças armadas, alegações desprovidas de qualquer respaldo empírico. Do mesmo modo, a Corte IDH afastou a premissa de que a convivência de uma criança com um casal homoafetivo pudesse trazer prejuízos ao desenvolvimento daquela, mencionando uma série de estudos empíricos que apontaram a insubsistência dessa alegação.

Em especial no continente africano, o critério da coerência fática tem sido fundamental para que a Comissão ADHP enfrente adequadamente a crise epidemiológica relativa ao vírus HIV na região. Afastando-se de narrativas preconceituosas que imputam à comunidade LGBTQIA+ a culpa pela disseminação do vírus, os movimentos da Comissão ADHP direcionam-se ao enfrentamento das causas reais desse problema. Uma postura comprometida com a verdade fática permitiu que a Comissão ADHP visualizasse a relação de causalidade entre posturas discriminatórias adotadas pelos Estados – entre elas a criminalização das relações entre pessoas do mesmo sexo – e a falta de acesso a serviços de saúde, que verdadeiramente dificulta o controle do vírus HIV.

Em outro vértice, a busca pela coerência fática também pode ser extraída da disposição dos órgãos internacionais em afastar argumentações estatais inconsistentes que tentaram camuflar decisões discriminatórias. Como a discriminação por orientação sexual também pode ocorrer por meios velados e indiretos, a admissão ingênua das narrativas fáticas apresentadas pelos Estados poderia comprometer toda a análise jurídica, ludibriando a atuação dos órgãos internacionais. Assim, as decisões dos sistemas regionais desenvolveram argumentos para aferir a coerência das alegações estatais com as provas empíricas produzidas e as máximas de experiência aplicáveis.

Como exemplo do efetivo escrutínio das narrativas fáticas dos Estados, a Corte EDH, no caso *Bączkowski and Others v. Poland*, refutou o argumento da Polônia de que os direitos

⁷⁰² ATIENZA, 2013, p. 555-556.

de reunião e manifestação pacíficas teriam sido negados ao peticionante com base em critérios técnicos, e reconheceu, pela análise das provas e do contexto da violação, a motivação discriminatória da negativa. Por sua vez, no caso *Álvarez Giraldo v. Colombia*, a Comissão IDH afastou o argumento da Colômbia de que a negativa de visitas íntimas à peticionante decorresse de uma necessidade real de prevenir riscos à segurança carcerária e afirmou o caráter discriminatório da conduta estatal.

No campo da argumentação para a interpretação dos textos normativos, a preocupação com a coerência da decisão é visível no esforço dos órgãos regionais em ressaltar seus próprios precedentes e na tentativa de harmonizar os sentidos de diversos instrumentos internacionais, inclusive elementos de *soft law*.

Embora com desvios pontuais, observou-se majoritariamente que os órgãos regionais de proteção tenderam a dar grande valor às premissas afirmadas em seus precedentes anteriores e a não desviar da direção apontada em suas decisões pretéritas. Portanto, a análise empírica confirma o discurso presente em diversas decisões examinadas acerca de uma “interpretação evolutiva” dos Tratados internacionais em matéria de direitos humanos. Houve bastante discussão acerca de quão longe essa interpretação evolutiva poderia chegar na proteção de pessoas em uniões homoafetivas, porém é muito claro que a interpretação se direcionou predominantemente no sentido de uma maior proteção dessas uniões. Desse modo, embora com variações na intensidade, a direção interpretativa no tema revelou-se coerente.

Outro aspecto de coerência interpretativa que se destaca é o esforço dos órgãos internacionais em conciliar diversas fontes normativas em suas decisões. Há uma grande preocupação em se inserir o texto fundante do sistema regional dentro da principiologia que se extrai da teoria geral dos direitos humanos. Igualmente, procurou-se harmonizar as normas gerais do sistema regional com outros sistemas normativos específicos de grupos vulneráveis, como ocorreu com introdução de tratados sobre a discriminação contra mulheres na argumentação em favor da comunidade LGBTQIA+.

A ideia de coerência ajuda também a explicar a importância conferida na argumentação dos órgãos regionais a documentos de *soft law*. Embora sem força vinculante, as resoluções, recomendações, declarações de princípios e outros textos similares foram valorados como elementos provenientes de fontes que integram o mesmo sistema internacional de proteção e, portanto, a interpretação a ser adotada pelos órgãos regionais seria incoerente caso contrariasse esses subsídios.

Ainda relacionadas à coerência, deve-se destacar as tentativas presentes em algumas decisões analisadas de se efetuar um diálogo com outras decisões internacionais. A manutenção da coerência entre os diversos sistemas internacionais de proteção demonstrou-se importante ao ponto de ser incluída como etapa do ciclo tópico-argumentativo de desenvolvimento dos direitos humanos. De fato, a universalidade dos direitos humanos impulsiona a busca pela coerência na interpretação desses direitos, a fim de que as similitudes ou diferenças nas decisões dos órgãos internacionais possuam uma justificativa adequada. Isso implica uma íntima conexão entre universalidade e coerência como critérios de correção no uso de precedentes internacionais exógenos.

Assim como a universalidade e a coerência, igualmente deve ser pontuada a preocupação dos órgãos internacionais com as consequências de suas decisões.

Enquanto critério valorativo, a adequação das consequências avalia a qualidade de uma argumentação em função de sua capacidade para alcançar um objetivo social compreendido como valioso.⁷⁰³ Especialmente na interpretação de textos normativos, considerar as consequências torna-se importante porque as normas normalmente são positivadas com o objetivo de se alcançar determinado estado de coisas. Assim, entre diversas interpretações possíveis de uma norma, é razoável preferir aquela com maior aptidão para alcançar os resultados que dela se esperavam.⁷⁰⁴

A avaliação das consequências foi amplamente utilizada pelos órgãos do sistema regional de proteção para justificar sua própria competência e o raciocínio evolutivo encampado em suas decisões. A partir de afirmação de que os textos fundantes dos sistemas regionais objetivaram que a interpretação dos direitos humanos acompanhasse as modificações sociais, tratando-se de “instrumentos vivos”, os órgãos regionais fundamentaram seu papel de intérpretes das consequências que as declarações mais abstratas de direitos realizadas no passado teriam sobre os problemas atuais.

O raciocínio por consequências também foi empregado para se avaliar as razões apresentadas pelos Estados para justificar tratamentos discriminatórios. Nesse aspecto, as decisões analisadas majoritariamente diferenciaram-se entre a legitimidade das razões estatais abstratamente consideradas e a aptidão do tratamento discriminatório em alcançar essas finalidades. Com efeito, as finalidades invocadas pelos Estados foram diversas vezes legítimas, como a saúde pública, a segurança e a proteção da infância, porém não se demonstrou

⁷⁰³ ATIENZA, 2013, p. 558.

⁷⁰⁴ MACCORMICK, N. **Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 132.

concretamente como o tratamento discriminatório contra casais homossexuais poderia colaborar para alcançá-las.

O emprego do argumento da margem de apreciação em algumas decisões da Corte EDH igualmente se vincula a uma avaliação de consequências. Na compreensão europeia, estabeleceu-se uma relação dialética entre o consenso regional e a amplitude da margem de apreciação estatal, de modo que quanto menor fosse o primeiro, maior seria segunda. Esse pensamento expressa indiretamente uma preocupação acerca de quais seriam as consequências de se proferir uma decisão internacional contrária a uma compreensão amplamente difundida entre os Estados. Ao deferir uma margem de apreciação maior em temas sem consenso regional estabelecido, a Corte EDH se esquivara de adotar decisões que pudessem ter como consequência uma grande oposição entre os países membros.

Uma decorrência particular do raciocínio por avaliação de consequências também se constata nas movimentações da Comissão ADHP. As manifestações mais recentes deste órgão revelam sua inclinação à adoção de entendimentos mais protetivos à comunidade LGBTQIA+, em sintonia com as premissas já estabelecidas nos sistemas europeu e americano. Contudo, um pronunciamento mais direto nessa temática poderia ter consequências negativas sobre a higidez do sistema africano, inclusive com retaliações contra esse grupo vulnerável entre os países membros. Nesse contexto, a Comissão ADHP tem procurado tratar o assunto de maneira indireta e difusa, evitando um confronto direto que pudesse causar mais danos do que avanços.

Por fim, a avaliação de consequências nas decisões analisadas relaciona-se também com o princípio *pro persona*. Embora o referido princípio já possua arrojadas definições teóricas, a análise empírica permite-nos compreendê-lo como sendo a norma segundo a qual, na resolução de um problema de direitos humanos, deve-se buscar a solução que tenha como consequência a situação mais favorável possível à proteção da dignidade da pessoa em uma realidade concreta. Com essa compreensão, é defensável que tanto as atuações mais progressivas quanto as aquelas mais contidas no tema das relações entre pessoas do mesmo sexo tenham sido igualmente corretas, pois tanto umas quanto outras podem ter se orientado pela busca das melhores consequências possíveis para os casais homoafetivos dentro da realidade concreta em que foram proferidas.

Em uma visão mais ampla, a busca pela melhor situação protetiva possível para a dignidade da pessoa orienta não só a avaliação das consequências, mas igualmente a análise da universalidade e da coerência das decisões. Isso porque a adoção de decisões capazes de serem

universalizadas e coerentes fortalece a higidez institucional dos sistemas regionais, o que é melhor para a proteção de direitos humanos em geral.

Portanto, o princípio *pro persona* funciona como um metacritério avaliativo. Todos os demais critérios de avaliação das decisões, destacados aqui ou não, relacionam-se com a finalidade de permitir a existência e a efetividade de um sistema protetivo de direitos humanos cujo funcionamento coloque as pessoas por ele abarcadas em uma situação mais favorável à proteção de sua dignidade. Assim, o princípio *pro persona* não se limita à fundamentação de decisões em matéria de direitos humanos, mas fundamenta também a própria subsistência dos sistemas regionais de proteção.

Os critérios avaliativos constatados na prática internacional e aqui destacados não são exaustivos. O que esta exposição demonstra é que, mesmo sem adotar explicitamente quaisquer das teorias da argumentação contemporâneas, os critérios que argumentativistas apontam como relevantes para a formulação de bons argumentos têm sido objeto de consideração nas decisões proferidas nos sistemas regionais de direitos humanos. Isso comprova, de um lado, a preocupação argumentativa presente na prática internacional e, de outro, que as teorias da argumentação são capazes de oferecer instrumentos de reflexão relevantes para ela.

Como foi perceptível, uma aplicação adequada dos critérios avaliativos demanda que a eles sejam incorporados aspectos próprios do direito internacional dos direitos humanos, como as preocupações com a universalidade desses direitos para além das fronteiras nacionais e a incidência do princípio *pro persona*. Porém, essa necessidade de adaptação não retira a utilidade do material presente nas teorias da argumentação para o direito internacional dos direitos humanos. Quando bem ajustados e atentos à realidade prática, os critérios de avaliação de argumentos se convertem em uma importante ferramenta para auxiliar a atuação dos atores jurídicos nos sistemas regionais de proteção, como confirmam as constatações expostas nesta tese.

6.3 A argumentação jurídica a serviço dos direitos humanos

Esta tese originou-se de um questionamento acerca de como os órgãos regionais de proteção dos direitos humanos desenvolviam argumentativamente sua competência para proteger esses direitos. A sistematização do círculo tópico-argumentativo e a exposição de como critérios de avaliação de argumentos foram incorporados na prática internacional contemplam uma resposta para este problema. Com base nas constatações já expostas e à luz

do que a análise empírica das discussões internacionais acerca das uniões homoafetivas revelou, estas linhas finais enfatizarão o papel instrumental da argumentação na proteção dos direitos humanos.

A situação vivenciada pelas pessoas em uniões homoafetivas no início do período de referência da pesquisa empírica era marcada, entre outros aspectos, por um problema retórico. Havia um discurso preconceituoso predominante que subalternizava e considerava patológicas as relações afetivas não heterossexuais. Essa posição ideológica impregnou-se nas instituições jurídicas e tornou bastante difícil o acesso a qualquer tipo de proteção às uniões homoafetivas. Diante desse cenário, onde seria possível transformar retoricamente esse discurso e com quais instrumentos?

As tentativas de superação do discurso discriminatório ocorreram em diversas frentes ao longo da segunda metade do século passado e seguem até a atualidade. Uma dessas frentes certamente foi o questionamento das estruturas jurídicas e, nesse aspecto, os sistemas regionais de proteção serviram como espaço retórico para a reivindicação de direitos pela comunidade LGBTQIA+ por intermédio da argumentação.

No sistema regional europeu, uma longa lista de impedimentos e restrições jurídicas anteriormente impostas a pessoas homossexuais foi sendo declarada incompatível com direitos humanos assegurados na CEDH. Os argumentos empregados em cada uma dessas decisões municiavam pessoas e grupos defensores de direitos humanos em todos os países da região. Após o pronunciamento da Corte EDH, o continente europeu tornou-se o primeiro e único a abolir completamente a criminalização de relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo. Da provocação da jurisdição regional, passando pela decisão internacional, até a sua efetivação pelos países membros, a argumentação foi o instrumento primordial na batalha jurídica em defesa da dignidade das relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo.

No continente americano, a construção argumentativa de aplicação plena do princípio da igualdade entre as relações homoafetivas e heteroafetivas criou um pilar de sustentação para combater todo tipo de discriminação motivada pela orientação sexual. Os argumentos expostos na Opinião Consultiva n. 24 configuram uma verdadeira declaração de direitos aplicada a pessoas não heterossexuais. A partir das premissas e do raciocínio empregados naquela decisão, é possível articular argumentos em defesa de múltiplos aspectos do direito antidiscriminatório, o que foi realizado pela própria Corte IDH em casos posteriores e pode ser igualmente desdobrado nos âmbitos nacionais para a defesa dos direitos humanos da comunidade LGBTQIA+.

Na experiência africana, mesmo diante das hostilidades que a discussão de problemas relacionados à orientação sexual enfrenta, o pouco espaço que defensores de direitos humanos encontraram para problematizar o tema foi explorado argumentativamente. Em verdade, a circunstância de haver uma posição regional inicial pouco favorável às demandas da comunidade LGBTQIA+ tornou a argumentação um instrumento ainda mais valioso para a expansão das pequenas aberturas que surgiam. Como consequência, a total apatia inicial do sistema regional africano à temática foi sendo transformada em posicionamentos mais favoráveis, com o emprego de argumentos de premissas bastante sólidas, embora com conclusões ainda tímidas. Esse movimento argumentativo incorporado pela Comissão ADHP, embora questionado em parte dos Estados membros, encontrou acolhida em outros países, com potencial de melhorias concretas nas condições de vida de pessoas LGBTQIA+ no continente.

Com efeito, a análise empírica aponta que os sistemas regionais de direitos humanos se tornaram espaços onde grupos discriminados puderam ter voz e fazer da argumentação um instrumento efetivo para transformar sua realidade. Embora seja certo que essas realidades não foram transformadas exclusivamente em razão das decisões proferidas nos sistemas regionais de proteção, é igualmente certo que aquelas decisões tiveram impacto ao legitimar e potencializar a luta dos discriminados.

Uma das críticas que normalmente se formula contra o direito internacional dos direitos humanos consiste na alegada ineficiência das instituições internacionais em garantir a observância desses direitos. Porém, para além de uma eficiência direta, que poderia decorrer da aplicação de sanções e da imposição coercitiva de decisões, a análise empreendida nesta tese abre margem para a reformulação deste problema em termos retóricos. Há impacto retórico quando um órgão de proteção de direitos humanos se manifesta em favor de um grupo discriminado? Essa manifestação gera constrangimentos efetivos contra os Estados que o discriminam?

Uma resposta exata para essas questões exigiria métricas que extrapolam os limites desta tese. Todavia, é inegável que houve mudanças nas atitudes dos Estados no sentido apontado pelos órgãos internacionais de proteção, inclusive com o entrecruzamento entre precedentes nacionais e internacionais, bem como com alterações legislativas declaradamente inspiradas nas decisões internacionais. Isso sugere que a atuação dos órgãos regionais de proteção teve importância retórica na defesa de pessoas LGBTQIA+ e, portanto, que a argumentação empreendida para provocar e fundamentar essa atuação foi instrumento para a efetivação dos direitos humanos deste grupo.

De fato, o desenvolvimento dos direitos humanos ocorre em diversos planos simultaneamente, contemplando movimentos políticos, sociais, econômicos etc. Trata-se de um fenômeno que não pode ser reduzido ao seu aspecto jurídico, inclusive porque, como foi possível observar pela análise empírica, as discussões jurídicas estão intrinsicamente atreladas a movimentos de outras naturezas. Porém, embora não seja o único aspecto a ser considerado, a discussão jurídica dos direitos humanos nos sistemas regionais de proteção é uma dimensão importante em sua construção.

Se uma completa afirmação dos direitos humanos exige movimentos em diversos campos, no campo jurídico, essa afirmação realiza-se precipuamente pela argumentação. Há uma afirmação argumentativa dos direitos humanos quando os atores internacionais desenvolvem argumentos para reivindicar sua aplicação e, em resposta, os órgãos internacionais de proteção oferecem razões decisórias com vistas a concretizá-los. A resolução dos problemas nos sistemas regionais de proteção tem, assim, a finalidade estrutural de afirmar a vigência dos direitos humanos por intermédio de argumentos.

Em conclusão, a análise empírica do desenvolvimento do tratamento internacional dispensado às relações homoafetivas evidenciou concretamente que a argumentação jurídica e o direito internacional dos direitos humanos têm, além de uma ligação histórica e teleológica, um vínculo instrumental. A argumentação é um dos instrumentos pelos quais os direitos humanos são construídos e afirmados juridicamente na atual dinâmica das relações entre os países e os sistemas regionais de proteção.

Desse modo, o campo de estudo da argumentação em direitos humanos explorado neste trabalho precisa ser colocado em posição destacada por aqueles que, ao atuarem nos sistemas internacionais de proteção desses direitos, pretendam efetivá-los. Em que pese outros fatores precisarem ser igualmente considerados, não há dúvida de que o sucesso ou insucesso do projeto de ordem internacional no qual os direitos humanos sejam efetivos dependerá da habilidade argumentativa dos envolvidos nessa empreitada.

REFERÊNCIAS

ABEBE, D. Does International Human Rights Law Make a Difference? **Virginia Journal of International Law**, [s. l.], v. 56, n. 3, p. 527-584, 2016.

AFONSO, H. W.; MARQUES, C.; MAGALHÃES, J. L. Q. “O fardo do homem branco”: o conceito do standard civilizatório no direito internacional no século XIX. **Duc In Altum: Cadernos de Direito**, [Recife], v. 10, n. 20, p. 207-236, 2018.

ÁFRICA DO SUL. **Republic of South Africa combined second periodic report under the african charter on human and people’s rights and initial report under the Protocol to the African Charter on The Rights of Women in Africa**. Banjul: Comissão ADHP, 2015.

AGUILÓ REGLA, J. Positivismo y postpositivismo: Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, v. 30, n. 2007, p. 665-675, 2007.

AGUILÓ REGLA, J. Sobre la constitución del Estado constitucional. **DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho**, Alicante, n. 24, p. 429-458, 2001.

AGUILÓ REGLA, J.; GRÁNDEZ CASTRO, P. P. (ed.). **Sobre el razonamiento judicial: una discusión con Manuel Atienza**. Lima: Palestra Editores, 2017.

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentacion jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMOAFO, R. A. **The contribution of the African Commission on Human and Peoples’ Rights to the promotion and protection of the human rights of lesbian, gay, bisexual and transgender persons in Africa**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos e Democratização na África) – Centro de Direitos Humanos, Universidade de Petrória, Pretória, 2021.

ANDRADE, J. H. F. de. O sistema africano de proteção ds direitos humanos e dos povos. **África: Revista do Centro de Estudos Africanos**, São Paulo, v. 16-17, p. 23-57, 1994.

ATIENZA, M. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

ATIENZA, M. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, DF, v. 7, n. 2, p. 1-24, 2014a.

ATIENZA, M. **O direito como argumentação**. Lisboa: Escola editora, 2014b.

ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J. **Las piezas del Derecho: teoría de los enunciados jurídicos**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2004.

BARBADOS. Suprema Corte. **No. CV 0044 of 2020**. Requerentes: René Holder-McClean-Ramirez e outros. Requerido: Advogado Geral de Barbados. Bridgetown: High Court, 13 dez. 2023.

BARRETO, I. C. Os Sistemas Interamericano e Europeu de Proteção dos Direitos Humanos. **III Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, Belo Horizonte, v. 1, p. 110-132, 2008.

BEIZARAS, Pijus. [**Fotografia**]. [*S. l.*], 7 dez. 2014. Facebook: pijus.beizaras. Disponível em:
<https://www.facebook.com/photo.php?fbid=825439160832543&set=pb.100000994007045.-2207520000.1499927348.&type=3&theater>. Acesso em: 10 out. 2022.

BELIZE. Suprema Corte. **Claim no. 668 of 2010**. Requerente: Caleb Orozco. Requerido: Advogado Geral de Belize. Belmopã: High Court, 10 ago. 2016.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORLOZ-MADRIGAL, V. **Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género (A/78/227)**. Nova York: ONU, 2023.

BOTSWANA. Suprema Corte. **MAHGB-000591-16**. Requerente: Letsweletse Motshidiemang. Requerido: Advogado Geral de Botswana. Gaborone: Botswana High Court, 11 jun. 2019.

BOUKONGOU, J. D. The appeal of the African system for protecting human rights. **African Human Rights Law Journal**, Pretória, v. 6, n. 2, p. 268-298, 2006.

BRASIL. **Decreto n. 8.766, de 11 de maio de 2016**. Promulga a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, firmada pela República Federativa do Brasil, em Belém, em 10 de junho de 1994. Brasília, DF: Presidência da República, 2016.

BRASIL. **Decreto n. 7.030, de 14 de 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. Brasília, DF: Presidência da República, 2009.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 4 maio 2011. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm. Acesso em:

BREMS, E.; TIMMER, A. **Stereotypes and Human Rights Law**. Cambridge: Intersentia, 2016.

BRETON, P.; GAUTHIER, G. **História das Teorias da Argumentação**. Lisboa: Bizâncio, 2001.

BUSTAMANTE, T. da R. de. Tópica e argumentação jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 163, p. 153-166, 2004.

BUTLER, J. O parentesco é sempre tido como heterossexual? **Cadernos Pagu**, [*s. l.*], n. 21, p. 219-260, 2003.

CANÇADO TRINDADE, A. A. Jus cogen - The determination and the gradual expansion of its material content. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, v. 9, p. 29-44, 2009.

CARLOS, N. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

CENTRE FOR HUMAN RIGHTS. **African Human Rights Law Reports 2000**. Cidade do Cabo: Juta & Company, 2004.

CHENWI, L. **Successes of African Human Rights Court undermined by resistance from states**. [São Paulo]: The Conversation, 31 ago. 2021. Disponível em: <https://theconversation.com/successes-of-african-human-rights-court-undermined-by-resistance-from-states-166454>. Acesso em: 20 jun. 2022.

CLÉRICO, L. Sobre el argumento de derecho comparado y la argumentación jurídica. In: AGUILÓ REGLA, J.; GRÁNDEZ CASTRO, P. P. (ed.). **Sobre el razonamiento judicial: una discusión con Manuel Atienza**. Lima: Palestra Editores, 2017, p. 127–152.

CLÉRICO, L. Discriminación por orientación sexual y derechos de la seguridad social en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). ¿Una historia de divergencias? **Revista de la Facultad de Derecho**, Montevideo, n. 47, p. 1-34, 2019.

CONSELHO DA EUROPA. **Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights**. Haia: Martinus Nijhoff, 1975. (v. I).

CONSELHO DA EUROPA. **Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights**. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1985. (v. VI).

CONSELHO DA EUROPA. **1436e réunion (juin 2022) (DH) - Bilan d’action mis à jour (28/04/2022) - Communication de la Suisse concernant l’affaire B et C c. Suisse (requête n° 889/19) [French only]**. Estrasburgo: Comitê de Ministros., 28 abr. 2022a. Disponível em: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a6559e. Acesso em:

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Roma: Conselho da Europa, 1950.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision as to the Admissibility of Application no. 11313/02**. Requerente: M.W. Requerido: Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. Estrasburgo: Corte EDH, 23 jun. 2009.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision as to the Admissibility of Application no. 31417/96 and Application no. 32377/96**. Requerentes: Duncan Lustig-Prean e John Becket. Requerido: Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. Estrasburgo: Corte EDH, 23 fev. 1999a.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 35214/09**. Requerente: Aldeguer Tomás. Requerido: Reino da Espanha. Estrasburgo: Corte EDH, 14 set. 2016a.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Applications nos. 14988/09 and 50 others.** Requerentes: Alekseyev e outros. Requerido: Federação Russa. Estrasburgo: Corte EDH, 27 nov. 2018.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Applications no. 65548/10.** Requerentes: Alekseyev e outros. Requerido: Federação Russa. Estrasburgo: Corte EDH, 4 nov. 2010a.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 19237/16.** Requerentes: Association ACCEPT e outros. Requerido: Romênia. Estrasburgo: Corte EDH, 1 set. 2021a.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Applications nos. 889/19 and 43987/16.** Requerente: B and C. Requerido: Confederação Suíça. Estrasburgo: Corte EDH, 17 fev. 2021b.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 1543/06.** Requerentes: Bączkowski e outros. Requerido: República da Polónia. Estrasburgo: Corte EDH, 24 set. 2007.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Applications nos. 67667/09 and 2 others.** Requerentes: Bayev e outros. Requerido: Federação Russa. Estrasburgo: Corte EDH, 2017.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 41288/15.** Requerentes: Beizaras e Levickas. Requerido: República da Lituânia. Estrasburgo: Corte EDH, 2020a.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 28957/95.** Requerente: Christine Goodwin. Requerido: Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. Estrasburgo: Corte EDH, 11 jul. 2002a.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 7525/76.** Requerente: Jeffrey Dudgeon. Requerido: Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. Estrasburgo: Corte EDH, 22 out. 1981.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 43546/02.** Requerente: E. B. Requerido: República Francesa. Estrasburgo: Corte EDH, 22 jan. 2008.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Applications nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10.** Requerentes: Eweida e outros. Requerido: Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. Estrasburgo: Corte EDH, 27 maio 2013a.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 36515/97.** Requerente: Philippe Fretté. Requerido: República Francesa. Estrasburgo: Corte EDH, 26 maio 2002b.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 25951/07.** Requerentes: Gas e Dubois. Requerido: República Francesa. Estrasburgo: Corte EDH, 2012a.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 23914/15.** Requerentes: Genderdoc-M e M. D. Requerido: República da Moldávia. Estrasburgo: Corte EDH, 14 mar. 2022b.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 44898/10**. Requerente: Jeronovics. Requerido: República da Letônia. Estrasburgo: Corte EDH, 2016b.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 40016/98**. Requerente: Siegmund Karner. Requerido: República da Áustria. Estrasburgo: Corte EDH, 24 out. 2003a.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 13102/02**. Requerente: Kozak. Requerido: República da Polônia. Estrasburgo: Corte EDH, 2010b.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Applications nos. 39392/98 and 39829/98**. Requerentes: L. e V. Requerido: República da Áustria. Estrasburgo: Corte EDH, 9 abr. 2003b.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 12060/12**. Requerentes: M. C. e A. C. Requerido: Romênia. Estrasburgo: Corte EDH, 12 jul. 2016c.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 15070/89**. Requerente: Modinos. Requerido: República do Chipre. Estrasburgo: Corte EDH, 22 abr. 1993.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 10581/83**. Requerente: David Norris. Requerido: República da Irlanda. Estrasburgo: Corte EDH, 26 out. 1988.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 9912/15**. Requerente: O. M. Requerido: República da Hungria. Estrasburgo: Corte EDH, 5 out. 2016d.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Applications nos. 18766/11 and 36030/11**. Requerentes: Oliari e outros. Requerido: República Italiana. Estrasburgo: Corte EDH, 21 out. 2015a.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 50231/13**. Requerente: Pavla Sabalić. Requerido: República da Croácia. Estrasburgo: Corte EDH, 14 abr. 2021c.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 33290/96**. Requerente: João Manuel Salgueiro da Silva Mouta. Requerido: República Portuguesa. Estrasburgo: Corte EDH, 21 mar. 2000a.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 30141/04**. Requerentes: Schalk e Kopf. Requerido: República da Áustria. Estrasburgo: Corte EDH, 22 nov. 2010c.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Applications nos. 33985/96 and 33986/96**. Requerentes: Smith e Grady. Requerido: Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. Estrasburgo: Corte EDH, 27 dez. 1999b.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Applications nos. 33985/96 and 33986/96 (Just satisfaction)**. Requerentes: Smith e Grady. Requerido: Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. Estrasburgo: Corte EDH, 25 out. 2000b.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 7224/11**. Requerentes: Aghdgomelashvili e Japaridze. Requerido: República Democrática da Geórgia. Estrasburgo: Corte EDH, 2021d.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Applications nos. 73204/13 and 74959/13.** Requerentes: Women's Initiatives Supporting Group e outros. Requerido: República da Geórgia. Estrasburgo: Corte EDH, 16 mar. 2022c.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Application no. 19010/07.** Requerentes: X. e outros. Requerido: República da Áustria. Estrasburgo: Corte EDH, 19 fev. 2013b.

CONSELHO DA EUROPA. **Decision on merits Applications nos. 12200/08 and 2 others.** Requerentes: Zhdanov e outros. Requerido: Federação Russa. Estrasburgo: Corte EDH, 16 out. 2019.

CONSELHO DA EUROPA. Department for the Execution of Judgments of the European Court. **Thematic Factsheet: LGBTI Person's rights.** Estrasburgo: Conselho da Europa, 2021e.

CONSELHO DA EUROPA. **Fourth Section on Application no. 74959/13.** Requerentes: Identoba e outros. Requerido: República Democrática da Geórgia. Estrasburgo: Corte EDH, 15 abr. 2015b.

CONSELHO DA EUROPA. **Judgment on Applications nos. 29381/09 and 32684/09.** Requerentes: Vallianatos e outros. Requerido: República Helênica. Estrasburgo: Corte EDH, 7 nov. 2013c.

CONSELHO DA EUROPA. **Manenc v. France.** Estrasburgo: Corte EDH, 2010d.

CONSELHO DA EUROPA. **Protocol no. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Restructuring the Control Machinery Established Thereby.** Estrasburgo: Conselho da Europa, 1994.

CONSELHO DA EUROPA. **Protocol no. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.** Estrasburgo: Conselho da Europa, 1 jun. 2010c.

CONSELHO DA EUROPA. **Protocol no. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.** Estrasburgo: Conselho da Europa, 2013c.

CONSELHO DA EUROPA. **Protocol no. 2 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Conferring upon the European Court of Human Rights Competence to Give Advisory Opinions.** Estrasburgo: Conselho da Europa, 1963.

CONSELHO DA EUROPA. **Resolution of the European Court of Human Rights on the consequences of the cessation of membership of the Russian Federation to the Council of Europe in light of Article 58 of the European Convention on Human Rights.** Estrasburgo: CORTE EDH, 2022d.

CONSELHO DA EUROPA. **Resolution ResDH(2002)35 concerning the judgments of the European Court of Human Rights of 27 September 1999 (final on 27 December 1999) and of 25 July 2000 (final on 25 October 2000) (Article 41) in the case of Smith and Grady against the United Kingdom.** Estrasburgo: Conselho da Europa, 2000c.

CONSELHO DA EUROPA. **S. L. v Austria**. Estrasburgo: Corte EDH, 2003c.

CONSELHO DA EUROPA. **X v. Poland**. Estrasburgo: Corte EDH, 2021f.

CONSELHO DA EUROPA. **X v. Turkey**. Estrasburgo: Corte EDH, 2012b.

CONSELHO DA EUROPA. **X. v. The United Kingdom**. Application nº 7215/75. Estrasburgo: Comissão EDH, 1980. Disponível em: <https://CorteEDH.echr.coe.int/eng?i=001-104190>. Acesso em: 24 jun. 2022.

DIAS, M. B. **Homoafetividade e Direitos LGBTI**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DÍAZ ARCE, S. D. **La estructura tópica de los derechos del niño en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2022.

DOMINICA. High Court of Justice (Civil). **Claim No. DOMHCV2019/0149**. Recorrente: B.G. Recorrido: Advogado Geral de Dominica. 22 abr. 2024.

EUA. Suprema Corte. **Dobbs v. Jackson Women's Health Organization**. **United States Reports**: Washington, DC, v. 597, p. 215, 24 jun. 2022.

EUA. Suprema Corte. **Lawrence v. Texas**. **United States Reports**: Washington, DC, v. 539, p. 558, 26 jun. 2003.

FEFERBAUM, M. **Proteção internacional dos direitos humanos: análise do sistema africano**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Argumentação Jurídica**. 2. ed. Barueri: Manole, 2016.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Direito, Retórica e Comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2aed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERRER MAC-GREGOR, E. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay. **Estudios constitucionales**, Santiago, Chile, v. 11, n. 2, p. 641-694, 2013.

FINKELHOR, D. Current information on the scope and nature of child sexual abuse. **The future of children**, Princeton, v. 4, n. 2, p. 31-53, 1994.

FLORES, J. H. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 23, n. 44, p. 9-30, 2002.

GALZ. **Courson Complaint**. [S. l.]: Galz, 1995. Disponível em: <https://galz.org/courson-complaint/>. Acesso em: 21 jul. 2023.

GARCÍA AMADO, J. A. Del método jurídico a las teorías de la argumentación. **Anuario de filosofía del derecho**, Oviedo, n. 3, p. 151-182, 1986.

GARCÍA AMADO, J. A. **Teorías de la tópic jurídica**. Lima: Palestra Editores, 2018.

GARRIDO, R. Potencialidades e Ameaças do Ativismo Jurídico Transnacional no Ativismo LGBTI no Continente Africano. **Cadernos de Estudos Africanos**, Lisboa, n. 40, p. 115-140, 2020.

HERRERA FLORES, J. Derechos humanos, interculturalidad y racionalidad de resistencia. **Dikaiosyne: Revista de filosofía práctica da la Universidad de Los Andes, Mérida**, v. 12, n. 12, p. 39-58, 2004.

HEYNS, C. The African Regional Human Rights System: The African Charter. **Penn State Law Review**, State College, EUA, v. 108, n. 3, p. 679-702, 2004.

HUMAN DIGNITY TRUST. **A History of LGBT Criminalisation**. Londres: Human Dignity Trust, c2023. Disponível em: <https://www.humandignitytrust.org/lgbt-the-law/a-history-of-criminalisation/>. Acesso em: 21 jan. 2024.

IBRAHIM, A. M. LGBT rights in Africa and the discursive role of international human rights law. **African Human Rights Law Journal**, Pretória, v. 15, n. 2, p. 263-281, 2015.

ILGA WORLD DATABASE. **Criminalisation of consensual same-sex sexual acts**. [S. l.]: Ilga world, c2017-2024. Disponível em: <https://database.ilga.org/criminalisation-consensual-same-sex-sexual-acts>. Acesso em: 18 jan. 2024.

JACKSON, R. H. **Opening Statement before the International Military Tribunal**. Jamestown, NY: Robert H. Jackson Center.. Discurso proferido originalmente em Nuremberg, em 21 nov. 1947. Disponível em: <https://www.roberthjackson.org/speech-and-writing/opening-statement-before-the-international-military-tribunal/>. Acesso em: 27 out. 2023.

JONES, J. We won in Trinidad. Now it's time to end all homophobic laws in the Commonwealth. **The Guardian**, Londres, 2018.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1973.

LAGIER, D. G. Hechos y argumentos. (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal - II). **Jueces para la democracia**, Madrid, v. 47, p. 35-50, 2003.

LAGIER, D. G. **Quaestio facti**: Ensayos sobre prueba, causalidad y acción. México: Fontamara, 2013.

LEAL, A. A. F.; MASSAÚ, G. Justiciabilidade direta dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, DF, v. 18, n. 1, 2021.

LEGALE, S. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

LEGALE, S. A Corte Interamericana de Direitos Humanos nos anos 80: Uma “Corte” Pedro Nikken? **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, Cidade do México, v. 1, n. 20, p. 315, 2020.

LETSAS, G. Two Concepts of the Margin of Appreciation. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 26, n. 4, p. 705-732, 2006.

LUIS, V. R. **Artes de la razón: una historia de la demostración en la Edad Media**. Madrid: UNED, 1999.

MAAS, R. H.; DAROIT, A. P. A proteção interamericana do direito humano e social à saúde. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 13-31, 2019.

MACCORMICK, N. **Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005

MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M. **Metodologia Científica**. 8. ed. Barueri: Atlas, 2022.

MAZZUOLI, V. de O. **Curso de Direito Internacional Público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MAZZUOLI, V. de O. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

MENDOS, L. R.; BOTHA, K.; CARRANO LELIS, R.; DE LA PEÑA, E. L.; SAVELEV, I.; TAN, D. **State-Sponsored Homophobia 2020: Global Legislation Update**. Génova: ILGA World, 2020.

MONTAL, F.; PAUSELLI, G.; VALVERDE, M. J. U. When the Inter-American Commission on Human Rights makes the news: a database of coverage by latin american newspapers. **Impactos Comissão IDH: Compendio de artículos académicos**, Washington, DC, v. 1, n. 1, 2023.

MORETA, M. A. L. La fuerza vinculante de la OC-24/17: “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo” para el Estado ecuatoriano. **FORO: Revista de Derecho**, Quito, Ecuador, v. 32, p. 43-60, jul./dez. 2019.

MURRAY, R. A comparison between the African and European Courts of Human Rights. **African Human Rights Law Journal**, [s. l.], v. 2, n. 11, p. 195-222, 2002.

MURUNGI, L. N.; GALLINETTI, J. The role of sub-regional courts in the african human rights system. **SUR: International Journal on Human Rights**, São Paulo, v. 7, n. 13, p. 119-143, 2010.

NASCIMENTO, R. S. **Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada**. Curitiba: Alteridade, 2019.

NDASHE, S. Seeking the protection of LGBTI rights at the African Commission on Human and Peoples' Rights. **Feminist Africa**, Accra, v. 1, n. 15, p. 17-38, 2011.

NETO, A. F.; NOVAES, P. L. P. A possibilidade do delegado de polícia realizar a audiência de custódia. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, v. 4, n. 2, p. 170-190, 2019.

OAU. **African Charter on Human and Peoples' Rights**. Nairobi: OAU, 1981.

OEA. **Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Requerentes: Atala Riffo e crianças. Requerido: Estado de Chile. São José, Costa Rica: Corte IDH, 24 fev. 2012.

OEA. **Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402. Requerentes: Azul Rojas Marín e outros. Requerido: República do Peru. São José, Costa Rica: Corte IDH, 12 mar. 2020a.

OEA. **Caso Duque vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310. Requerente: Ángel Alberto Duque. Requerido: República da Colômbia. São José, Costa Rica: Corte IDH, 26 fev. 2016a.

OEA. **Caso Escher y otros Vs. Brasil**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200. São José, Costa Rica: Corte IDH, 6 jul. 2009a.

OEA. **Caso Flor Freire Vs. Ecuador**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315. São José, Costa Rica: Corte IDH, 2016b.

OEA. **Caso Moya Solís Vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de junio de 2021. Serie C No. 425. São José, Costa Rica: Corte IDH, 3 jun. 2021a.

OEA. **Caso Olivera Fuentes Vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2023. Serie C No. 484. São José, Costa Rica: Corte IDH, 4 fev. 2023.

OEA. **Caso Pavez Pavez Vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2022. Serie C No. 449. São José, Costa Rica: Corte IDH, 4 fev. 2022a.

OEA. **Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318. São José, Costa Rica: Corte IDH, 20 out. 2016c.

OEA. **Casos em la Corte**. Washington, DC: Comissão IDH, c2022a. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pc/demandas.asp?Year=2022>. Acesso em: 24 jun. 2022.

OEA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. São José, Costa Rica: OEA, 1969.

OEA. **Comissão IDH advierte sobre iniciativas de ley que limitan derechos humanos de las personas trans, no binarias y de género diverso en la región.** Washington, DC: Comissão IDH, 29 dez. 2021b. Disponível em: <https://www.oas.org/es/ComissãoIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/353.asp>. Acesso em: 24 jun. 2022.

OEA. **Informes sobre Peticiones y Casos.** Washington, DC: Comissão IDH, c2022b. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/ComissãoIDH/r/DLGBTI/cidh.asp>. Acesso em: 20 mai. 2023.

OEA. **La Relatoría Especial alerta sobre riesgos de criminalización a ejercicios legítimos de la libertad de expresión en El Salvador a partir de reformas legislativas.** Washington, DC: Comissão IDH, 13 abr. 2022b. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1232&IID=2>. Acesso em: 24 jun. 2022.

OEA. **Opinión Consultiva OC-20/09.** São José, Costa Rica: Corte IDH, 2009b. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_20_esp1.pdf. Acesso em: 17 maio 2023.

OEA. **Opinión Consultiva OC-24/17.** São José, Costa Rica: Corte IDH, 24 nov. 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 17 maio 2023.

OEA. **Opinión Consultiva OC-29/22.** São José, Costa Rica: Corte IDH, 2022c. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf. Acesso em: 2 maio 2024.

OEA. **Pathologization: Being Lesbian, Gay, Bisexual and/or Trans is Not an Illness.** Genebra: Washington, DC: OEA, 2016d. Disponível em: https://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2016/064.asp. Acesso em: 21 jan. 2024.

OEA. **Public Statement from the Second Trilateral Dialogue between Inter-American, African and UN Human Rights Experts.** Washington, DC: IACHR, 2 abr. 2018a. Disponível em: https://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2018/073.asp. Acesso em: 26 abr. 2024.

OEA. Relatório de Admissibilidade nº 232/18. Caso 1225-12. Requerente: Octavio Romero y Gabriel Gersbach. Requerido: República Argentina. **Informe de Admisibilidad:** Argentina, 2018b.

OEA. Relatório de Admissibilidade nº 71/99. Caso 1.656. Requerente: Gareth Henry e Simone Carline Edwards. Requerido: Jamaica. **Informe de Admisibilidad:** Comissão IDH, Washington, DC, 4 maio 1999.

OEA. Relatório de Mérito nº 122/18, Caso 11.656. Requerente: Marta Lucía Álvarez Giraldo. Requerido: República da Colômbia. **Informe de Fondo.** Washington: Comissão IDH, 2018c.

OEA. Relatório de Mérito nº 400/20. Caso 13.637. Requerentes: Gareth Henry e Simone Carline Edwards. Requerido: Jamaica. **Informe de Fondo.** Washington: Comissão IDH, 2020b.

OEA. Relatório de Mérito nº 401/20. Caso 13.095. Requerentes: T. B. e S. H. Requerido: Jamaica. **Informe de Fondo**. Washington: Comissão IDH, 2020c.

ONU. **Agreement for prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis**. Signed at London, on 8 August 1945. Londres: ONU, 8 ago. 1945a.
Disponível em: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf. Acesso em:

ONU. **Carta das Nações Unidas**. São Francisco, EUA: ONU, 1945b.

ONU. Comitê de Direitos Humanos. Communication no. 320/1988: Victor Francis vs. Jamaica. **Report of the Human Rights Committee**: U.N. GAOR, 48th Sess., Nova York, Supp. n. 40, U.N. Doc. A/48/40, parte II, anexo XII, seção K, at 62. 7 out. 1993.

ONU. Comitê de Direitos Humanos. **Decision on merits CCPR/C/50/D/488/1992**. Requerente: Nicholas Toonen. Requerido: Comunidade da Austrália. Nova York: HRC, 2 nov. 1992.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948.

ONU. **Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers**. Nova York: ACNUDH: Associação Internacional de Advogados, 2003.

ONU. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Nova York: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1966.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS DO CARIBE ORIENTAL. Suprema Corte. **Claim No. SKBHCV2021/0013**. Requerentes: Jamal Jeffers e outros. Requerido: The Attorney General of St. Christopher and Nevis. Castries, Santa Lúcia: High Court of Justice, 29 ago. 2022a.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS DO CARIBE ORIENTAL. Suprema Corte. **Claim No. ANUHCV2021/0042**. Requerentes: Orden David e outros. Requerido: Advogado Geral de Antigua e Barbuda. 5 jul. 2022b.

OUA. **Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos**. Nairobi: Assembleia da OUA, 1981.

OUA. **Protocolo relativo à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos sobre a criação de um tribunal africano dos direitos do homem e dos povos**. Banjul: OUA, 1998.

PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. **La nouvelle rhétorique**: Traité de l'argumentation. Buxelas: Université Libre de Bruxelles, 1958.

PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e Justiça Transnacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

POSSI, A. “It is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer”: The African Court on Human and Peoples’ Rights and fair trial in Tanzania. *In*: CORTE AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DAS PESSOAS; COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS; COMITÊ AFRICANO DE PERITOS SOBRE OS DIREITOS E BEM-ESTAR DA CRIANÇA. **African Human Rights Yearbook**. Pretória: Pretoria University Law Press, 2017. p. 311-336.

QUÊNIA. Suprema Corte. **Petition no. 16 OF 2019**. Requerente: Eric Gitari. Requeridos: Kenya NGO Coordination Board e outros. Nairobi: Suprema Corte, 24 fev. 2023. Disponível em: <https://judiciary.go.ke/download/supreme-court-petition-no-16-of-2019-ngos-co-ordination-board-vs-eric-gitari-5-others-judgement/>. Acesso em:

RACHOVITSA, A. The African Court on Human and Peoples’ Rights: A Uniquely Equipped Testbed for (the Limits of) Human Rights Integration? *In*: BRIBOSIA, E.; RORIVE, I.; CORREA, A. M. (ed.). **Human Rights Tectonics: Global Dynamics of Integration and Fragmentation**. Cambridge: Intersentia, 2018.

RACHOVITSA, A. The African Court on Human and Peoples’ Rights: A Uniquely Equipped Testbed for (the Limits of) Human Rights Integration? *In*: BRIBOSIA, E.; RORIVE, I.; CORREA, A. M. (ed.). **Human Rights Tectonics: Global Dynamics of Integration and Fragmentation**. Cambridge: Intersentia, 2018.

RAMOS, A. de C. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RAMOS, A. de C. **Processo internacional de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RAMOS, A. de C. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REINO UNIDO. **Sexual Offences Act 1956**. Norwich: Legislation, [20--]. Publicado originalmente em 2 ago. 1956. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/4-5/69/enacted>. Acesso em: 24 jun. 2022.

RIBEIRO DO NASCIMENTO, M. A. O acesso do indivíduo às instâncias de proteção do Sistema Africano de Proteção dos Direitos do Homem e dos Povos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, DF, v. 9, n. 1, p. 103-124, 2012.

RODRÍGUEZ-PINZÓN, D. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *In*: CORAO, C. A.; MARTÍN, C.; RODRÍGUEZ-PINZÓN, D. (org.). **Manual sobre derecho internacional de los derechos humanos**. Venezuela: Ed. Universidad Católica Andrés Bello, 2011. p. 173-208.

ROESLER, C. A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais? *In*: ROESLER, C.; HARTMANN, F.; REIS, I. (org.). **Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise**. Curitiba: Alteridade, 2018.

ROESLER, C. O papel de Theodor Viehweg na fundação das teorias da argumentação jurídica. **Revista Eletrônica Direito e Política - UNIVALI**, Itajaí, v. 4, n. 3, p. 36-54, 2009.

ROESLER, C. O uso de elementos de direito estrangeiro nas decisões judiciais: um esboço de modelos de análise. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 17, n. 3, p. 1-18, 2022.

ROESLER, C. R. Theodor Viehweg: ¿un constitucionalista adelantado a su tiempo? **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, v. 29, n. 29, p. 295, 2006.

RONALD, D. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RUDMAN, A. The protection against discrimination based on sexual orientation under the African human rights system. **African Human Rights Law Journal**, [s. l.], v. 15, n. 1, p. 1-27, 2015.

SAMUEL, G. **An introduction to comparative law theory and method**. Oxford: Hart Publishing, 2014.

SANTOS, B. de S. Direitos humanos: o desafio da interculturalidade. **Revista Direitos Humanos**, Brasília, DF, v. 2, n. 2, 2009.

SANTOS, B. de S. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 39, p. 105-124, 1997. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64451997000100007>. Acesso em: 26 abr. 2024.

SANTOS, P. A. **Argumentos e fatos no STF**: um exame de acórdão penais condenatórios proferidos pela Suprema Corte brasileira no julgamento de ações penais originárias. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2019.

SANTOS, P. A.; ROESLER, C. Argumentação jurídica e os impactos da atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a situação de presos cautelares hipossuficientes no Brasil durante a pandemia da Covid-19. **Impactos Comissão IDH: Compendio de artículos académicos**, Washington, DC, v. 1, n. 1, 2023.

SHECAIRA, F.; STRUCHINER, N. Direito e linguagem: aspectos filosóficos. *In*: SILVEIRA, S. B.; ABRITTA, C. S.; VIEIRA, A. T. (org.). **Linguística aplicada em contextos legais**. São Paulo: Paco Editorial, 2015. p. 22-46.

THAMAN, S. C. Should Criminal Juries Give Reasons for Their Verdicts: The Spanish Experience and the Implications of the European Court of Human Rights Decision in *Taxquet v. Belgium*. **Chicago-Kent Law Review**, Chicago, v. 86, n. 2, p. 613-668, 2011.

TOULMIN, S. E. **The uses of argument**. Nova York: Cambridge University Press, 2003.

TRINDADE, A. A. C. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, DF, v. 40, n. 1, p. 167-177, 1997.

TRINDADE, A. A. C. El Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: la emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional. *In*: CORTE IDH. **El Futuro de la Corte Interamericana de**

Derechos Humanos. 3. ed. São José, Costa Rica: Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, 2005. p. 23-117.

TRINIDAD E TOBAGO. Suprema Corte. **Claim No. CV2017-00720.** Requerente: Jason Jones. Requerido: Procurador Geral de Trinidad e Tobago. Porto da Espanha: High Court, 12 abr. 2018.

UNIÃO AFRICANA. **28th Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights (Comissão ADHP).** Banjul: Comissão ADHP, 2010a.

UNIÃO AFRICANA. **43rd Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights.** Banjul: Comissão ADHP, 2017a.

UNIÃO AFRICANA. **Advisory opinion.** Arusha, Tanzânia: Corte ADHP, [20--]a. Disponível em: <https://www.african-court.org/cpmt/advisory-finalised>. Acesso em: 22 jun. 2022.

UNIÃO AFRICANA. **Advisory Opinion on Request no. 001/2020 by The Pan African Parliament (PAP).** Opinião consultiva acerca do princípio de rotação regional nas eleições do PAP. Arusha, Tanzânia: Corte ADHP, 16 jul. 2021a.

UNIÃO AFRICANA. **Advisory Opinion on Request no. 001/2013 by the Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP).** Arusha, Tanzânia: Corte ADHP, 26 maio 2017b.

UNIÃO AFRICANA. **Advisory Opinion on Request no. 002/2015 by the Centre for Human Rights of the University of Pretoria and the Coalition of African Lesbians.** Arusha, Tanzânia: Corte ADHP, 28 set. 2017c.

UNIÃO AFRICANA. **Advisory Opinion on Request no. 001/2018 by the Pan African Lawyers Union.** Arusha, Tanzânia: Corte ADHP, 4 dez. 2020a.

UNIÃO AFRICANA. **Communiqué de presse sur l'arrestation et la détention arbitraires de 21 défenseurs des droits des personnes LGBT+ au Ghana.** Banjul: Comissão ADHP, 2021b. Disponível em: <https://Comissão ADHP.au.int/index.php/fr/news/press-releases/2021-06-15/communique-de-presse-sur-larrestation-et-la-detention-arbitraires-de>. Acesso em: 21 jan. 2024.

UNIÃO AFRICANA. **Concluding Observations and Recommendations - Mauritius: 2nd to 5th Periodic Reports, 1995-2008.** Banjul: Comissão ADHP, 2009.

UNIÃO AFRICANA. **Concluding Observations and Recommendations - South Africa: 2nd Periodic Report, 2003-2014.** Banjul: Comissão ADHP, 2016a.

UNIÃO AFRICANA. **Final Communiqué of the 56th Ordinary Session of the African Commission on Human and Peoples' Rights.** Banjul: Comissão ADHP, 2015.

UNIÃO AFRICANA. **General Comments on article 14(1) (d) and (e) of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa.** Banjul: Comissão ADHP, 2012.

UNIÃO AFRICANA. **Guidelines and Principles on Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights**. Banjul: Comissão ADHP, 2010b.

UNIÃO AFRICANA. **HIV, the Law and Human Rights in the African Human Rights System: Key Challenges and Opportunities for Rights-Based Responses**. Banjul: Comissão ADHP, 2018a.

UNIÃO AFRICANA. **Merits on Application 007/2013**. Requerente: Mohamed Abubakari. Requerido: República Unida da Tanzânia. Arusha, Tanzânia: Corte ADHP, 2016b.

UNIÃO AFRICANA. **Merits on Application 003/2017**. Requerente: Actions pour la Protection des Droits de l'Homme (APDH). Requerido: República de Côte d'Ivoire. Arusha, Tanzânia: Corte ADHP, 18 nov. 2016c.

UNIÃO AFRICANA. **Protocolo à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, relativo aos Direitos da Mulher em África**. Maputo: UA, 2003.

UNIÃO AFRICANA. **Resolução sobre os critérios para concessão e manutenção do status de observador para organizações não-governamentais que trabalham com os direitos humanos e dos povos na África**: - CADHP/Res.361(LIX)2016. Banjul: Comissão ADHP, 2016d.

UNIÃO AFRICANA. **Resolution on Protection against Violence and other Human Rights Violations against Persons on the basis of their real or imputed Sexual Orientation or Gender Identity**: - Comissão ADHP/Res.275(LV)2014. Banjul: Comissão ADHP, 2014. Disponível em: <https://Comissão ADHP.au.int/en/adopted-resolutions/275-resolution-protection-against-violence-and-other-human-rights-violations>. Acesso em: 26 abr. 2024.

UNIÃO AFRICANA. **Resolution on the Establishment of a Committee on the Protection of the Rights of People Living With HIV (PLHIV) and Those at Risk, Vulnerable to and Affected by HIV**: - Comissão ADHP/Res.163(XLVII)10. Banjul: Comissão ADHP, 2010c.

UNIÃO AFRICANA. **Statistic**. Arusha, Tanzânia: Corte ADHP. Disponível em: <https://www.african-court.org/cpmt/statistic>. Acesso em 22 jun. 2022.

UNIÃO AFRICANA. Conselho Executivo. **Decision on the Report on the Joint Retreat of the Permanent Representatives' Committee (PRC) and the African Commission on Human and Peoples' Rights (Comissão ADHP)**. [S. l.]: UA, 29 jun. 2018b. Disponível em: <https://steno.openbylaws.org.za/akn/aa-au/statement/statement/au-ec/2018/1015/eng@2018-06-29>. Acesso em:

VALE, A. R. do. **Argumentação constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. São Paulo: Almedina, 2019.

VÁZQUEZ GARCÍA, F. El discurso médico y la invención del homosexual (España 1840-1915). *Asclepio*, Cádiz, v. 53, n. 2, p. 143-161, 2001.

VECCHIATTI, P. R. I. **Manual da Homoafetividade**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2012.

VIEHWEG, T. **Tópica e filosofía del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa editorial, 1997.

VIEHWEG, T. **Topik und jurisprudenz**. Munique: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1953.

VIO GROSSI, E. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿del control de convencionalidad a la supranacionalidad? **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Bogotá, año 21, p. 93-112, 2015.

VIO GROSSI, E. La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte interamericana de derechos humanos. **Revista Jurídica Digital UANDES**, Santiago, Chile, v. 2, n. 2, p. 200-214, 2018.

VITKAUSKAS, D.; DIKOV, G. **Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights**. 2. ed. Estrasburgo: Council of Europe Documents and Publications Production Department, 2017.

VON SCHLIEFFEN, K. **Illuminismo retórico**: contribuições para uma Teoria Retórica do Direito. Curitiba: Editora Alteridade, 2022.