

A Universalidade dos Direitos Humanos na Prática: o Direito ao Casamento Homossexual na Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Universalism in Human Rights in Practice: the Right to Homosexual Marriage According to the Inter-American Court of Human Rights and According to the European Court of Human Rights

VINICIUS HSU CLETO

Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Internacional Uninter, Especialista/Pós-Graduado *Lato Sensu* em Direito pela Universidade Positivo (UP) e pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil), Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Advogado particular em Curitiba/PR e em São José dos Pinhais/PR (OAB/PR nº 75.757), Procurador Municipal de Itaperçu/PR (OAB/PR nº 75.757).

ALEXANDRE COUTINHO PAGLIARINI¹

Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa, Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP, Professor Titular do Mestrado e da Graduação em Direito da Uninter (Curitiba/PR), Editor-Chefe da Revista *Jus Gentium* (ISSN 2237-4965), Diretor de Relações Internacionais do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC), Tradutor francês-português-francês e inglês-português-inglês, Advogado.

RESUMO: A Conferência de Direitos Humanos realizada em Viena (1993) consagrou lugares-comuns sobre esse conjunto de direitos basilares. Uma dessas características amplamente difundidas pela doutrina jusinternacionalista contemporânea é a universalidade. Os direitos humanos são assegurados a todos, independentemente das classificações artificiais que catalogam os membros da espécie. Embora ainda existam movimentos nacionais autonomistas, espera-se que esses direitos sejam garantidos na mesma proporção — e segundo a mesma *ratio* — a todas as pessoas humanas. A asserção seria válida para os direitos ligados à constituição de família. Uma vez bem estabelecidos o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), perquire-se, neste artigo, i) se o casamento homossexual deve ser possibilidade de constituição de família por ser direito humano; ii) se os tribunais europeu e americano reconhecem o trabalho um do outro mediante citação jurisprudencial; iii) se, nos casos em que há citação, o emprego da jurisprudência externa foi determinante na *ratio decidendi*, de modo a privilegiar a universalidade de entendimento. Aplicam-se instrumentos de direito comparado. A análise qualitativa fez-se mediante o estudo de bibliografia selecionada, inclusive *cases* considerados mais atuais, a saber, a OC 24/17, de 2017 (Corte IDH), e o contencioso Orlandi e Outros vs. Itália, de 2017 (TEDH).

1 Autor das Editoras Saraiva, Forense, Fórum, Lumen Juris e GZ.

PALAVRAS-CHAVE: Casamento homossexual; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Tribunal Europeu de Direitos Humanos; direito comparado.

ABSTRACT: The World Conference on Human Rights held in Vienna (1993) consolidated a few commonplaces about this group of fundamental rights. One of the most doctrinally diffused characteristics is universalism. Human Rights must be upheld for everyone regardless artificial classifications that divide the human species. Although there are autonomist movements spread around the world, these rights are expected to be granted – at the same proportion – for every human being. This assertion should be true for rights concerning family constitution. Once the European Court of Human Rights (ECHR) and the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) are well-established judicial organs, this article investigates i) if homosexual marriage must be recognized as a human right; ii) if the American Court and the European Court recognize each other’s jurisprudence through quotation; iii) when citations are made, if the external jurisprudence was determinant to guarantee a universal interpretation. Qualitative analysis is based upon selected bibliography, including the most recent cases, which are OC 24/17 (IACHR, 2017) and *Orlandi and Others v. Italy* (ECHR, 2017).

KEYWORDS: Homosexual marriage; Inter-American Court of Human Rights; European Court of Human Rights; comparative law.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A universalidade dos direitos humanos; 2 As metodologias de direito comparado na aplicação dos direitos humanos; 3 Comparação das posições da Corte IDH e do TEDH sobre o direito ao casamento homossexual; 3.1 A posição da Corte IDH; 3.2 A posição do TEDH; 3.3 Análise comparativa das posições; Conclusões; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1 Universalism in Human Rights; 2 Comparative Law methodologies applied to Human Rights; 3 Comparing the Inter-American Court of Human Rights’ position on homosexual marriage to the European Court of Human Rights’ position; 3.1 The IACHR’s position; 3.2 The ECHR’s position; 3.3 Comparative analysis; Conclusions; References.

SUMARIO: Introducción; 1 La universalidad de los Derechos Humanos; 2 Metodologías de derecho comparado aplicados a los Derechos Humanos; 3 Comparación de posiciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre matrimonio homosexual; 3.1 La posición de la Corte IDH; 3.2 La posición del TEDH; 3.3 Análisis comparativo; Conclusiones; Referencias.

INTRODUÇÃO

O trabalho de jurisdição comparada seria impossível para confrontar normas universais. Com efeito, “[...] *des règles qui, par hypothèse, ont un caractère universel, ne prétent pas à comparaison*” (Guterridge, 1953, p. 89), ou seja, é descabida a comparação de normas cuja aplicação pretende-se geral. A asserção do comparatista Harold Cooke Guterridge, Professor da Faculty of Law de Londres, foi redigida sob capítulo denominado “Direito Comparado e Direito das Gentes”. Nele, expôs-se axioma aparentemente simples: é inviável – ou, ao menos, inútil – a comparação de dois elementos idênticos.

Por consequência, ao direito comparado não interessaria, aprioristicamente, o estudo da aplicação jurisdicional dos direitos humanos. O conteúdo indivisível e universal desse conjunto de direitos não abriria margem para maiores indagações, independentemente dos instrumentais metodológicos que a disciplina pudesse oferecer. Entretanto, constatado o fenômeno da difusão dos tribunais internacionais (Cançado Trindade, 2015), questiona-se a unidade de tratamento conferido ao direito internacional público e, especificamente, aos direitos humanos. Considerados patamares mínimos a serem observados, a concretização dos mandamentos universais pode, entretanto, apresentar disparidades que não coadunam com a Declaração e Programa de Ação redigido na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (Viena, junho de 1993):

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve considerar os direitos humanos globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais (grifos nossos)

O escopo deste trabalho volta-se à comparação da jurisprudência assentada no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) sobre direito ao casamento homossexual em relação àquela prolatada na Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Para evitar digressões terminológicas desnecessárias, adota-se o paradigma funcionalista de análise, melhor explanado no corpo do texto. Sob o rótulo de direito ao casamento homossexual, entende-se a possibilidade de que os Estados aceitem a constituição de família mediante o matrimônio realizado por pessoas do mesmo sexo, seja masculino, seja feminino.

Ainda, para esclarecer a noção de família, aponta-se, primeiramente, o conceito dos cientistas sociais Anthony Giddens e Philip Sutton: “Grupo de indivíduos ligados por laços consanguíneos, casamento ou adoção, que formam uma unidade socioeconômica, sendo os membros adultos os responsáveis pela criação dos filhos” (Giddens; Sutton, 2017, p. 194). Essa conceituação genérica vem sendo modificada paulatinamente, pois “[...] os formatos de famílias se diversificaram significativamente, passando a incluir famílias com pai ou mãe solteiro, uma pessoa, diversas pessoas, casal apenas, casal com mais um adulto e outros tipos de núcleos” (Giddens; Sutton, 2017, p. 197). Para efeitos deste artigo, não se cuida da modalidade unipessoal, pois enfatiza-se o estudo da formação de laços afetivo-familiares entre pessoas, especificamente casais,

independentemente de orientação sexual. Por conseguinte, adota-se a noção genérica acima mencionada.

Por fim, no escopo da presente introdução, há de se levar em conta que, por causa da opção sexual, pessoas humanas vêm sofrendo as mais atrozess agressões, como se animais desprovidos de almas fossem, sendo que, nos ordenamentos jurídicos nacional e internacional, mesmo os animais são defendidos por direitos devidamente positivados (cf. Correia, 2015). Logo, depara-se com a importância deste estudo, que se refere à atuação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos referentemente ao direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

1 A UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

A dia de hoje, a maior parte da doutrina jusinternacionalista entende que os direitos humanos são facultades de todas as pessoas naturais. Elas foram acompanhadas pelo compartilhamento de estruturas constitucionais pelos Estados, como a separação de poderes e o controle de constitucionalidade (Venter, 2008). Essa compreensão, no entanto, teve de superar resistências autonomistas. Em certa medida, algumas barreiras persistem. Para além disso, o conteúdo concretizado desse conjunto de direitos é objeto de disputa. Num monismo jurídico radical, pode-se defender que os direitos humanos positivados internacionalmente pela forma pactícia ou mesmo pelo costume internacional são universais e caracterizam-se como verdadeiros *ius cogens* (Pagliarini, 2012, p. 47).

Na constituição do *Bill of Human Rights*, composta pela Declaração de 1948 e pelos Pactos de 1966, houve pouca resistência. Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada na Assembleia Geral da ONU, não obteve apoio de Ucrânia, Polônia, Iugoslávia, URSS, Arábia Saudita, Bielo-Rússia, União Sul-Africana e Tchecoslováquia (Mello, 2004). Esses países abstiveram-se da votação, sinal de discordância em relação à redação do texto, embora não seja tão radical como o rechaço consubstanciado em voto contrário. Já os Pactos de Direitos Humanos de 1966 obtiveram relativo consenso ao longo dos anos, conquanto se sinta a ausência dos Estados Unidos no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ambas as convenções contam com mais de 160 Países-membros².

Os direitos humanos foram aceitos até mesmo pelo terceiro-mundismo, que, nos idos da Guerra Fria, propunha via alternativa à disputa travada entre estadunidenses e soviéticos. Na Carta de Bandung, os DIREITOS HUMANOS foram elevados à condição de plataforma básica do movimento (Magnoli, 2004).

2 Consulte-se o *Status of Ratification Interactive Dashboard* da ONU. Cf. <<http://indicators.ohchr.org/>>.

Dessa feita, pode-se afirmar que os direitos humanos são considerados legítimos e aceitos pela comunidade internacional; no entanto, a pretensa universalidade é constantemente ameaçada por movimentos autonomistas que oferecem interpretações variadas sobre o conteúdo desses direitos mínimos.

Na década de 1990, considerada profícua para os universalismos, houve resistência estatal que alegava haver certos “direitos humanos asiáticos” ou “valores asiáticos” (Yasuaki, 2017, p. 277), contrapostos aos direitos humanos considerados “[...] produto da Europa moderna” (Yasuaki, 2017, p. 239):

Assim, na Conferência de Viena (1993), governos ditatoriais, como Indonésia, Irã etc., apresentaram argumentos relativistas para abrandarem os direitos humanos. Rhoda Howard escreve com razão que “*Human Rights may sometimes require cultural rupture*”. O Presidente da China Jiang Zemin, em 1997, defendeu que “as concepções da democracia, dos direitos humanos e das liberdades são, portanto, relativas e específicas; e elas podem ser determinadas pela situação nacional específica dos diferentes países”. Tem-se sustentado ainda que os valores asiáticos não têm interesse pela liberdade individual. Como assinala Cohen-Jonathan, o universalismo não quer dizer completa uniformidade, e o DIP defende um direito à diferença. (Mello, 2004, p. 816)

No continente africano, ainda na primeira década do século XXI, vozes levantaram-se contra a atuação do Tribunal Penal Internacional, que reprime as violações mais graves aos direitos humanos:

Na reunião de cúpula da UA realizada em julho de 2010, Jean Ping voltou a fazer questionamentos (“*We are not against the ICC [...]. But we need to examine their manner of operating [...]. There seems to be some bullying against Africa*”), ao passo que o Presidente do Malawi, Bingu wa Mutharika, que estava à frente da UA, mostrou-se preocupado com “ameaças à soberania estatal”, assinalando que a ordem de prisão contra um Chefe de Estado estava “*undermining African solidarity and African peace and security*”. Segundo Max du Plessis, as referidas declarações dos líderes africanos e as decisões tomadas, menos de um mês após a Conferência de Campala, constituíam indicação clara de que a despeito de ter sido sede do evento e de ter renovado o compromisso com o TPI, muitos países africanos continuavam a expressar “preocupação profunda” com relação ao Tribunal. (Cardoso, 2012, p. 118)

Se o direito internacional público defende direito à diferença, essas peculiaridades não dizem respeito aos direitos humanos. O patamar mínimo dos seres humanos torna-se inútil se os direitos são tão abstratos a ponto de possibilitar interpretações unilaterais divergentes.

O escopo deste trabalho não é, entretanto, expor a resistência autonomista espalhada ao redor do mundo. Em lugar disso, compara-se a jurisprudência de dois tribunais de direitos humanos intimamente ligados, a saber, o TEDH e a Corte IDH. Ambos os órgãos judiciais internacionais compartilham a tradição

ocidental de direitos humanos. A Corte IDH inspirou-se no TEDH, inclusive quanto à capacidade postulatória na Corte de Estrasburgo, que, antes do Protocolo nº 11, não permitia acesso direto e individual ao tribunal. Nota-se esforço por parte das Cortes para que a jurisprudência de ambos convirja, fenômeno concretizado mediante as denominadas “*cross-references*” (Cançado Trindade, 2013, p. 92). Os dois tribunais reconheceram oficialmente a similitude dos direitos e garantias:

La importancia de esta cooperación debe ser reconocida, dada la similitud de los derechos y libertades protegidos por los respectivos tratados fundacionales de ambas cortes, así como la existencia en ambos sistemas de criterios de admisibilidad y principios de interpretación muy parecidos. Además, la creciente convergencia en las temáticas planteadas ante ambas jurisdicciones confiere una nueva y mayor relevancia a sus respectivas jurisprudencias. (Consejo de Europa; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p. 3)

Portanto, trata-se de estudo comparativo ainda mais apropriado. Não suficiente a propalada universalidade dos direitos humanos, compara-se a jurisprudência de dois tribunais com tradição cultural semelhante.

2 AS METODOLOGIAS DO DIREITO COMPARADO NA APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Preliminarmente, o direito comparado não se prestaria ao estudo dos direitos humanos, pois foi justamente o descrédito do direito como valor universal que possibilitou a emergência dessa disciplina relativamente nova (David, 2002), cujos primórdios datam do século XIX (David, 2002). Curiosamente, a doutrina contemporânea ressalta que uma das funções desse ramo jurídico é unificar o Direito (Sacco, 2001). Entretanto, conforme já mencionado, a margem de interpretação de direitos abstratos possibilitou a aplicação do instrumental metodológico do direito comparado. O direito internacional, na prática, mostra-se bastante “fragmentado” (Schwöbel, 2010, p. 534).

Muito se discutiu sobre a autonomia disciplinar da matéria; afirmou-se que seria simples método ou conjunto de métodos. Respeitadas divagações doutrinárias, e, para não se escapar do objetivo do trabalho, apenas registra-se que métodos são procedimentos utilizados para construir proposições. Existe miríade de meios empregados para redigir narrativas. Esses instrumentos não se confundem com a ciência, que é o conjunto de proposições que explicam fenômenos ou predizem comportamentos. Logo, o direito comparado é ciência jurídica³, pois cria proposições que explicam o contraste entre normas dotadas de juridicidade. Qualitativamente, a narrativa é considerada sofisticada se apresenta “consciência metodológica” (Jaspers, 2007, p. 84) e, especialmente, se

3 Para análise que coaduna com a noção de direito comparado como ciência, cf. Dantas, 1997.

procura oferecer conclusões que não seriam facilmente apreensíveis (Valcke, 2012). Necessariamente, os comparatistas não devem utilizar os instrumentos teóricos “[...] sem se interessarem, ato contínuo, por articularem qualquer reflexão sobre o que estão a fazer” (Lois; Marques, 2015, p. 59).

Pela semelhança existente entre o conteúdo dos direitos humanos e os direitos fundamentais constantes de várias Constituições ocidentais, estudam-se os métodos empregados no direito constitucional comparado, ramo que cresceu intensamente nos anos 2010 (Tushnet, 2014). Nota-se que inexistente consenso entre doutrinadores quanto a número fixo de meios empregáveis. Igualmente, a maioria das considerações pode ser aplicada ao direito comparado em geral. A título de ilustração, Ran Hirschl identificou quatro tipos diferentes de comparação, partindo do mais simples – que confunde catalogação de direito estrangeiro com direito comparado – a tipo mais complexo, que trabalha inferências causais (Hirschl, 2007), mas o próprio autor reconhece nomenclaturas distintas e tentativas de criação de métodos alternativos. Com efeito, *“tal vez uno de los aspectos más complejos y menos consolidados en la ciencia del derecho comparado es el aspecto metodológico. No han sido pocas las propuestas metodológicas y los debates que las circundan”* (Moreno Cruz, 2017, p. 507).

Sem fazer distinções entre sub-ramos do direito comparado, Luís Sgarbossa, inspirado em Marc Ancel, arrolou os métodos i) comparativo-descritivo, ii) técnico-comparativo, iii) estrutural-comparativo e iv) funcional-comparativo (Sgarbossa, 2008). O autor reconhece, ainda, certas sobreposições metodológicas.

Portanto, existentes caminhos diversos para que se construam proposições narrativas, adota-se aquele considerado o mais apropriado para oferecer análises que não sejam mero catálogo de fatos ou de aplicações estrangeiras. A qualidade da narrativa não será avaliada apenas pelo método selecionado, mas principalmente pelo teste intersubjetivo, que averigua a procedência das asserções (Popper, 2013). Os demais intérpretes investigarão a procedência da interpretação; em outras palavras, se as asserções refletem o estado de coisas em determinado ordenamento jurídico.

Para efeitos deste trabalho, adotou-se o método funcional ou funcional-comparativo. Caracteriza-se por estudar a solução empregada para “situação fática concreta” (Sgarbossa, 2008, p. 196). No entanto, outro ponto de partida possível seria comparar o texto das Convenções de Direitos Humanos no que tange à família⁴ para então pesquisar sobre temas atinentes. Conquanto seja

4 Clève (1987) faz comparação das Convenções Europeia e Americana. Contrastado o conteúdo de ambos os textos, notou dessemelhanças em alguns tópicos (cf. p. 46-47); no entanto, em linhas gerais, há grande proximidade, tal como esperado. A família é cuidada no art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

caminho viável, preferiu-se trabalhar diretamente os casos em que os tribunais internacionais tiveram de decidir pela obrigatoriedade ou pela mera possibilidade de constituição de famílias mediante matrimônio homossexual.

Estabelecida a matéria, estipulou-se como marco temporal a jurisprudência mais recente de ambas as Cortes, para que se refletisse o entendimento contemporâneo desses órgãos.

Na seleção de casos, não se fez distinção entre competência consultiva e competência contenciosa das Cortes. Preocupou-se unicamente com a *ratio* empregada. Isso porque o entendimento do tribunal, ainda que verificado em simples parecer, importa alerta a todos os sujeitos de direito internacional submetidos ao crivo judicial internacional. A posterior desobediência à interpretação pode culminar em contencioso que ateste fato ilícito capaz de acarretar responsabilidade internacional.

3 COMPARAÇÃO DAS POSIÇÕES DA CORTE IDH E DO TEDH SOBRE O DIREITO AO CASAMENTO HOMOSSEXUAL

Perquirem-se as situações nas quais os tribunais internacionais reconheceram a entidade familiar criada a partir de vínculo oficial-estatal entre pessoas do mesmo sexo.

O matrimônio, meio comum de estabelecimento da família é expressamente mencionado por ambas as convenções de direitos humanos. Nelas, o casamento é celebrado por homem e mulher em idade núbil⁵. No entanto, o estudo comparado da literalidade das convenções, algo próximo do método descritivo, apenas verificaria similitude das redações.

Portanto, a pesquisa pauta-se nos casos em que houve conflito ou dúvida suscitada em relação à possibilidade extrânea à literalidade dos textos convencionais, a saber, a constituição de famílias mediante matrimônio de pessoas do mesmo sexo.

3.1 A POSIÇÃO DA CORTE IDH

A Corte IDH foi chamada a posicionar-se sobre a existência de dever internacional que exija dos Estados-partes da Convenção o reconheci-

O casamento, por sua vez, consta do art. 12 do mesmo diploma. Já a Convenção Interamericana de Direitos Humanos mesclou família e casamento no art. 17.

5 Trata-se do art. 12 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (“Art. 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”) e do art. 17.2 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (“Art. 17. Proteção da família [...] 2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não discriminação estabelecido nesta Convenção”).

to de casamento homossexual. A *ratio* foi apresentada na Opinião Consultiva OC-24/17, de 24 de novembro de 2017, sobre obrigações estatais em relação à mudança de nome, a identidade de gênero e os direitos derivados de vínculos entre casais do mesmo sexo. A Corte IDH fez expressa menção ao TEDH. Asseverou que a jurisprudência europeia reconhece a proteção das orientações sexuais e da identidade de gênero:

De acuerdo con lo anterior, la Corte ha determinado, teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención, cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual o en la identidad de género de las personas. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 35)

Seguindo a mesma racionalidade apresentada nos casos *Duque vs. Colômbia*⁶ (sentença em 26 de fevereiro de 2016) e *Flor Freire vs. Equador*⁷ (sentença em 31 de agosto de 2016), é proscrita qualquer medida discriminatória que tolha a opção sexual. Segundo a Corte IDH, o TEDH tem jurisprudência que estende direitos tipicamente destinados a cônjuges ou a companheiros a pessoas do mesmo sexo que desejam constituir família. São empregados como *cross-references* os casos *P.B. e J.S. vs. Áustria* (sentença em 22 de julho de 2010)⁸, *Karner vs. Áustria*⁹ (sentença em 24 de julho de 2003), *Vallianatos e Outros vs. Grécia*¹⁰ (sentença em 7 de novembro de 2013), *Oliari e Outros vs. Itália*¹¹ (sentença em 21 de julho de 2015).

A Corte IDH concluiu que os Estados-partes devem permitir que sejam constituídas entidades familiares derivadas de vínculos matrimoniais homossexuais:

De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar

6 Angel Alberto Duque não teve acesso imediato a benefícios previdenciários decorrentes da morte de seu companheiro, unicamente pelo fato de ser pessoa do mesmo sexo.

7 Homero Flor Freire sofreu penalização militar disciplinar mais gravosa por conta de atos homossexuais supostamente praticados. Fossem atos heterossexuais, as consequências sancionadoras seriam menos severas.

8 O seguro de saúde pode ser estendido a pessoa do mesmo sexo que constitua casal.

9 Concedeu-se a supérstite do mesmo sexo a possibilidade de continuar a viver em imóvel do companheiro falecido.

10 A legislação grega apenas permitia o registro de união civil para casais heterossexuais, o que seria ilícito.

11 O Estado italiano não previa união civil para homossexuais, o que seria discriminatório e, portanto, ilícito.

la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 88)

Assim, estipulado o dever de não discriminação, seguida jurisprudência do próprio tribunal americano, entendeu-se que todo Estado-parte deve assegurar a casais do mesmo sexo a possibilidade de constituir família tal como casais de orientação heterossexual. Os direitos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes são, portanto, iguais. A impossibilidade afigurada no direito interno de cada país constitui fato ilícito internacional que pode gerar contencioso perante a Corte IDH. Note-se, portanto, que não apenas a figura do casamento é assegurada, mas também outras modalidades de união civil.

3.2 A POSIÇÃO DO TEDH

A contemporânea postura do TEDH padece de falta de uniformidade narrativa. A Corte de Estrasburgo assentou que os Estados-partes têm autonomia para regular o casamento. Podem, portanto, definir quem são os beneficiários desse instituto, o que significa facultar aos países a possibilidade de restringir o acesso ao matrimônio oficial:

The Court reiterates that States are still free, under Article 12 of the Convention as well as under Article 14 taken in conjunction with Article 8, to restrict access to marriage to different-sex couples (see Schalk and Kopf, cited above, § 108 and Chapin and Charpentier, cited above, § 39). The same holds for Article 14 taken in conjunction with Article 12 (see Oliari and Others, cited above, § 193). (European Court of Human Rights, 2017, p. 40)

Ao mesmo tempo, ressalta que vinte e sete (27) dos quarenta e sete (47) membros do Conselho da Europa já possuem legislação que ofereça, ao menos, alguma modalidade de união civil para casais do mesmo sexo (European Court of Human Rights, 2017). Assevera que as Américas e a Australásia seguem o mesmo movimento, embora não faça menção expressa à jurisprudência da Corte IDH. Nisso, denota que os Estados caminham em direção à plena discriminação.

A solução de compromisso oferecida pelo TEDH foi exigir dos Estados-partes, ao menos, regramento específico dirigido a casais homossexuais. Se o país não estende o casamento a pessoas do mesmo sexo, deve ao menos prever alguma modalidade de união civil para elas, de modo a evitar vácuo legal. Essa posição consta de Oliari e Outros v. Itália (2015) e também de Orlandi e Outros v. Itália (2017), que referencia aquele caso:

However, the decisions refusing to register their marriage under any form, thus leaving the applicants in a legal vacuum (prior to the new laws), failed to take account of the social reality of the situation [...] The Court considers that, in the present case, the Italian State could not reasonably disregard the situation of the applicants which corresponded to a family life within the meaning of Article 8 of the Convention, without offering the applicants a means to safeguard their relationship [...] It follows that the State failed to strike a fair balance between any competing interests in so far as they failed to ensure that the applicants had available a specific legal framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions [...] In the light of the foregoing, the Court considers that there has been a violation of Article 8 of the Convention in that respect. (European Court of Human Rights, 2017, p. 44-45)

In conclusion, in the absence of a prevailing community interest being put forward by the Italian Government, against which to balance the applicants' momentous interests as identified above, and in the light of domestic courts' conclusions on the matter which remained unheeded, the Court finds that the Italian Government have overstepped their margin of appreciation and failed to fulfil their positive obligation to ensure that the applicants have available a specific legal framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions. (European Court of Human Rights, 2015, p. 56)

Por consequência, possível a responsabilização internacional de Estado-parte caso não haja previsão legal que ofereça união civil para pessoas do mesmo sexo.

A cadeia de raciocínio do TEDH pretende que não se pode ignorar a existência de casais homossexuais, constituintes de entidades familiares, mas faculta aos Estados que lhes vede o casamento, desde que ofertado substituto legal. Entretanto, o TEDH segue *ratio* incoerente. Se o substituto legal é idêntico ao matrimônio civil em efeitos, então não haveria motivo para possibilitar aos Estados a vedação de acesso ao instituto para pessoas do mesmo sexo. Se, por outro lado, a modalidade de união civil é diferenciada, cria-se discriminação incabível, impossível de ser fundamentada, pois o TEDH já consagrou a proteção da opção sexual.

3.3 ANÁLISE COMPARATIVA DAS POSIÇÕES

A Corte IDH manteve coerência narrativa e respeitou a jurisprudência que havia consolidado. Destaca-se que selecionou julgados do TEDH que reforçaram a *ratio* exposta no parecer à OC 24/17, de 2017; no entanto, não enfrentou as decisões que possibilitaram aos Estados-partes da Convenção Europeia de Direitos Humanos a vedação de acesso ao casamento para pessoas do mesmo sexo. Isso porque a posição do TEDH não demonstra a mesma unicidade lógica que permeia o parecer consultivo da Corte IDH.

Assim, registra-se fratura na universalidade dos direitos humanos. A proteção da família, ordinariamente constituída mediante o casamento, apresenta diferenças hermenêuticas entre os dois principais tribunais de direitos humanos do mundo. Enquanto a Corte IDH impõe aos Estados-partes da Convenção Interamericana de Direitos Humanos o dever de estender todas as modalidades de união civil – inclusive o casamento – a pessoas do mesmo sexo, o TEDH apenas exige que haja alguma modalidade de união civil posta à disposição dos homossexuais. Em outros termos, possibilita ao Estado-parte da Convenção Europeia de Direitos Humanos que vete o casamento de pessoas do mesmo sexo. Nisso, descontinua-se o encadeamento lógico do tribunal, uma vez que possibilita aos Estados do Conselho da Europa que discriminem esses casais, conquanto o TEDH afirme proteger opções sexuais¹².

Nota-se, nesse estudo de direito comparado, que faltou às Cortes de Direitos Humanos diálogo transjudicial sobre o tema. As *cross-references* da Corte IDH no parecer consultivo selecionado não dedicaram comentários à postura do TEDH sobre a autonomia interna dos Estados para delimitar quem pode contrair casamento. A Corte de Estrasburgo, por seu turno, não mencionou decisões da Corte IDH nos *cases* selecionados, bem como ignorou a *ratio* presente noutros julgados do próprio tribunal.

Como a aplicação dos direitos humanos pretende-se una, dado que é conjunto mínimo de direitos de toda a espécie, cogita-se a necessidade de haver uniformização da jurisprudência especializada nesse corpo de direitos.

CONCLUSÕES

A universalidade dos direitos humanos não assegura a uniformidade hermenêutica dos tribunais internacionais que se dedicam a esse ramo do Direito. A consequência prática, no âmbito da proteção da família, é a diferença entre as interpretações mais recentes da Corte IDH e do TEDH no que tange ao casamento homossexual. Os *cases* selecionados preocuparam-se em refletir a postura mais atual das Cortes, independentemente da natureza contenciosa ou consultiva da situação fática. A *ratio* empregada tende a ser utilizada para futuros casos individuais que, eventualmente, determinem responsabilidade internacional do Estado-parte.

Enquanto o órgão americano estipulou a obrigatoriedade da não discriminação, com subsequente acesso a todas as figuras de união civil que possam conformar família, o TEDH apenas exige que haja alguma modalidade disponível para pessoas do mesmo sexo.

12 Conforme divulgado pelos órgãos de comunicação social do TEDH por meio do *Factsheet – Sexual Orientation Issues*, de janeiro de 2018. Cf. European Court of Human Rights, 2018.

Essa conclusão, baseada no método funcional-comparativo, que se preocupa com a solução oferecida para casos concretos, merece ser complementada pela técnica comparativa mais simples, que é a descrição. Esta demonstra que os textos dos diplomas são basicamente idênticos no que diz respeito ao casamento, o que poderia reduzir ainda mais as discrepâncias interpretativas.

Faltam às Cortes verdadeiro mecanismo de diálogo transjudicial. As *cross-references* – quando presentes – eram reforço argumentativo, mais do que análise profunda da lógica empregada por outro órgão judicial que tem por igual missão estabelecer o patamar mínimo de direitos internacionais. Foi justamente a discrepância dos tribunais que permitiu estudo de direito comparado, aprioristicamente impossibilitado pelo fato de os direitos serem, em teoria, os mesmos. O futuro deveria reservar mecanismo institucionalizado de diálogo entre Cortes de Direitos Humanos não só para os tribunais americano e europeu, mas também para o africano. Dessa forma, a universalidade dos direitos humanos poderia configurar-se na prática.

REFERÊNCIAS

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília: Funag, 2013.

_____. *Os tribunais internacionais e a realização da justiça*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

CARDOSO, Elio. *Tribunal Penal Internacional: conceitos, realidades e implicações para o Brasil*. Brasília: Funag, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Proteção Internacional dos Direitos do Homem nos Sistemas Regionais Americano e Europeu: uma introdução ao estudo comparado dos direitos protegidos. *Revista de Informação Legislativa*, v. 24, n. 95, p. 23-72, jul./set. 1987.

CONSEJO DE EUROPA; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Diálogo Transatlántico: selección de jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2015.

CORREIA, Atalá. É possível falar em direito dos animais? *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-04/direito-civil-atual-possivel-falar-direitos-animais-parte>>. Último acesso em: 21 fev. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017 – solicitada por la República de Costa Rica*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Último acesso em: 21 jan. 2018.

DANTAS, Ivo. Direito comparado como ciência. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 134, p. 231-249, abr./jun. 1997.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Factsheet – Sexual Orientation Issues*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Sexual_orientation_ENG.pdf>. Último acesso em: 21 jan. 2018.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Oliari and Others v. Italy*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156265>>. Último acesso em: 21 jan. 2018.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Orlandi and Others v. Italy*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-179547>>. Último acesso em: 21 jan. 2018.
- GIDDENS, Anthony; SUTTON, Philip W. *Conceitos essenciais da sociologia*. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2017.
- GUTTERIDGE, H. C. *Le droit compare: introduction à la methode comparative dans la Recherche Juridique et l'Étude du Droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1953.
- HIRSCHL, R. On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, S. (Ed.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- JASPERS, Karl. *Introdução ao pensamento filosófico*. São Paulo: Cultrix, 2007.
- LOIS, Cecilia Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. O Supremo Tribunal Federal e o argumento de direito constitucional comparado: uma leitura empírica a partir dos casos de liberdade de expressão no Brasil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 47, p. 32-63, jul./dez. 2015.
- MAGNOLI, Demétrio. *Relações internacionais: teoria e história*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, 2004.
- MORENO CRUZ, Pablo. Comparando las comparaciones jurídicas: observaciones al margen de la “Introducción al derecho comparado” de Alessandro Somma. *Revista de Derecho Privado*, n. 32, p. 491-512, enero/junio 2017.
- PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. *Direito constitucional e internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013.
- SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SCHWÖBEL, Christine E. J. Organic global constitutionalism. *Leiden Journal of International Law*, n. 23, p. 529-553, 2010.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. *Elementos de direito comparado: ciência, política legislativa, integração e prática judiciária*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- TUSHNET, Mark. *Advanced introduction to comparative constitutional law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2014.

VALCKE, Catherine. Reflections on comparative law methodology – Getting inside contract law. In: ADAMS, M.; BOMHOFF, J. (Ed.). *Practice and theory in comparative law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

VENTER, François. Globalization of constitutional law through comparative constitution-making. *Verfassung und Recht in Übersee/Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, Hamburgo, v. 41, n. 1, p. 16-31, 2008.

YASUAKI, Onuma. *Direito internacional em perspectiva transcivilizacional: questionamento da estrutura cognitiva predominante no emergente mundo multipolar e multicivilizacional do século XXI*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

Submissão: 23 de fevereiro de 2018

Aceite: 7 de julho de 2018