

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS (UFAL)
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS (FDA)
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (PPGD)**

ELENITA ARAÚJO E SILVA NETA

**A TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL: A PROBLEMÁTICA DA
UNIVERSALIZAÇÃO E DA RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

Maceió
2024

ELENITA ARAÚJO E SILVA NETA

**A TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL: A PROBLEMÁTICA DA
UNIVERSALIZAÇÃO E DA RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestra em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Adrualdo de Lima Catão.

Maceió
2024

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecária: Girlaine da Silva Santos – CRB-4 – 1127

S586t Silva Neta, Elenita Araújo e.
A teoria da margem de apreciação nacional: a problemática da universalização e da relativização dos direitos humanos / Elenita Araújo e Silva Neta. – 2024.
165 f. : il.

Orientador: Adrualdo de Lima Catão.
Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2024.

Bibliografia: f.144 -165.

1. Direitos humanos. 2. Direitos fundamentais. 3. Direitos humanos - Corte Europeia. 4. Teoria da margem de apreciação. I. Título.

CDU: 342.7

Com perseverança, ao meu Deus. Com carinho, apoio e gratidão, aos meus pais (Adriano e Maria do Socorro) e aos meus irmãos (Hugo e Pietra). Com amor e lembrança, à Paçoca, à Jujuba, à Amora, à Aurora, ao Flok e ao Mozão (*post mortem*). Com propósito, a mim.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Criador (Pai, Filho e Espírito Santo), pela perseverança e fortalecimento neste meu processo de conclusão da dissertação. Pela busca constante de sabedoria, conhecimento e na seletividade das palavras e dos pensamentos que seriam mais adequados a estarem aqui para serem lidos.

À minha família, meu ponto de apoio e rocha. Ao meu incrível pai (e primeiro mestre), Adriano Araújo, por sempre me incentivar na busca pelos meus sonhos, através do conhecimento, dos estudos e de Deus. À minha carinhosa mãe, Maria do Socorro, por me mostrar, por meio do seu amor, que minha sensibilidade não diminui de nenhuma forma a minha força. Ao meu irmão, Hugo Augusto, pelo apoio e pela preocupação com a minha jornada acadêmica e profissional. À minha irmã, Pietra Vitória, por permitir que eu sempre me reinvente e me torne uma pessoa melhor.

Aos meus mestres. Em especial, Adriano Araújo (pai), Adrualdo Catão (orientador), Rosmar Rodrigues Alencar (inspiração), Rodrigo Ferro, Ronaldo Alvim, Ryldson Martins, Francisco de Assis de França Júnior, Marizângela Melo e Paulo Ramos (meu eterno professor).

Aos professores que a Universidade Federal de Alagoas me presenteou com novos horizontes e que contribuíram decisivamente para esta dissertação: Olga Krell, Andreas Krell e George Sarmiento.

Nesta oportunidade, também dedico minhas palavras à admiração que desenvolvi pelo Sr. Everaldo, pela paciência e pelo carinho que trabalha na secretaria desta instituição.

Ao meu melhor amigo e irmão em Cristo, Dennis Scala, pelo apoio e pelos momentos divertidos que sempre passamos desde a graduação do curso. Torço muito pelo seu sucesso.

Ao meu amigo Yasllan, por torcer a todo momento pela minha trajetória acadêmica e por acreditar na realização dos meus sonhos. Obrigada por me acompanhar neste processo, direta e indiretamente. Também, ao amigo que a advocacia me concedeu, Ewerton Rammon, pela paciência e pelas conversas que foram essenciais em momentos pontuais do curso e da vida. Minha gratidão à sua calma e centralidade.

A todas as xícaras de café que eu tomei para produzir estas folhas, em vários ciclos.

Por fim, a todos que contribuíram – positivamente – para o que eu sou (e me tornei) hoje.

Passa adiante o que você aprendeu.

Mestre Yoda

RESUMO

A teoria da margem de apreciação nacional corresponde a um mecanismo jurisprudencial desenvolvido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a partir da década de 1970, onde se reconhecia uma margem de preferência em prol do Estado (juiz nacional) para a regulamentação de determinados assuntos em seu território (como moralidade pública, definição da estrutura do sistema educacional do país, por exemplo) quando este é comparado a um juiz internacional. A justificativa de sua aplicação pelo Tribunal Europeu é de que para tais matérias o ente público estaria mais a par das necessidades e peculiaridades do seu povo, motivo este em que poderia decidir melhor como se daria o tratamento de tais assuntos devido à sua posição. Assim, a primeira menção de tal teoria se deu durante o julgamento “Engel e Outros vs Holanda” (1976), recebendo a nomenclatura inicial de “margem de manobra”. Apenas no ano de 2021 é que a teoria da margem de apreciação nacional foi tipificada na Convenção Europeia de Direitos do Homem de 1950, por meio do Protocolo de nº. 15 ao referido diploma internacional. Porém, de 1976 (data do primeiro julgamento) até o ano de 2021, as decisões resultantes (“Engel e Outros vs Holanda”, “Handyside vs Reino Unido” [1976], “*Sunday Times vs Reino Unido*” [1979], “Cossey vs Reino Unido” [1990], “Goodwin vs Reino Unido” [2002] e “Konrad vs Alemanha” [2006]) da aplicação da teoria da margem pela Corte Europeia de Direitos Humanos acabou promovendo a universalização ou a relativização dos direitos humanos, de acordo como o Tribunal Europeu realizava o exame da proporcionalidade da limitação do direito pelo Estado, bem como as consequências jurídicas resultantes de tal restrição, pois com base no exame desta proporcionalidade a Corte Europeia decidia sobre a aplicação (total ou parcial) ou o afastamento da teoria citada em cada caso em concreto. É importante pontuar, também, que o estudo da teoria da margem de apreciação nacional se mostra bastante atual, pois desde 1984 houve inclusive a sua menção no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, apesar da margem de manobra não possuir qualquer tipificação ainda na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Logo, a teoria da margem não se mostra uma realidade isolada e apenas pertencente ao sistema europeu de direitos humanos. Dessa forma, a presente dissertação tem como problemática central: a utilização da teoria da margem de apreciação nacional acaba promovendo a universalização ou a relativização dos direitos humanos? Nesse sentido, o objetivo do trabalho foi identificar se o uso da teoria referida, nos seis julgados mencionados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, promoveu a universalização ou da relativização de tais direitos de acordo com as consequências jurídicas enumeradas? Assim, para se atingir tal objetivo, utilizou-se de um método dedutivo com a identificação das consequências jurídicas resultantes de cada um destes seis julgamentos realizados pela Corte Europeia, permitindo-se determinar, ao final, se cada decisão judicial promoveu a universalização ou a relativização dos direitos humanos postos.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da margem. Universalização. Relativização. Direitos Humanos. Corte Europeia.

ABSTRACT

The theory of national discretion corresponds to a jurisprudential mechanism developed by the European Court of Human Rights, starting in the 1970s, where a margin of preference was recognized in favor of the State (national judge) for the regulation of certain matters in its territory (such as public morality, definition of the structure of the country's educational system, for example) when compared to an international judge. The justification for its application by the European Court is that for such matters the public entity would be more aware of the needs and peculiarities of its people, which is why it could better decide how to deal with such matters due to its position. Thus, the first mention of this theory occurred during the “Engel and Others v. Netherlands” trial (1976), receiving the initial name of “margin of maneuver”. It was only in 2021 that the theory of national discretion was typified in the European Convention on Human Rights of 1950, through Protocol No. 15 to said international diploma. However, from 1976 (date of the first judgment) until 2021, the resulting decisions (“Engel and Others v Netherlands”, “Handyside v United Kingdom” [1976], “Sunday Times v United Kingdom” [1979], “Cossey v United Kingdom” [1990], “Goodwin v United Kingdom” [2002] and “Konrad v Germany” [2006]) from the application of the margin theory by the European Court of Human Rights ended up promoting the universalization or relativization of human rights, according to how the European Court carried out the examination of the proportionality of the limitation of the right by the State, as well as the legal consequences resulting from such restriction, since based on the examination of this proportionality the European Court decided on the application (in whole or in part) or the departure of the theory cited in each specific case. It is also important to note that the study of the theory of the margin of national appreciation is quite current, since it has even been mentioned in the inter-American system of human rights protection since 1984, despite the fact that the margin of maneuver has not yet been classified in the American Convention on Human Rights (1969). Therefore, the theory of the margin is not an isolated reality that only belongs to the European human rights system. Thus, the central problem of this dissertation is: does the use of the theory of the margin of national appreciation end up promoting the universalization or relativization of human rights? In this sense, the objective of the work was to identify whether the use of the aforementioned theory, in the six aforementioned judgments of the European Court of Human Rights, promoted the universalization or relativization of such rights in accordance with the legal consequences listed? Thus, to achieve this objective, a deductive method was used to identify the legal consequences resulting from each of these six judgments made by the European Court, allowing us to determine, in the end, whether each judicial decision promoted the universalization or relativization of the human rights established.

KEYWORDS: Margin theory. Universalization. Relativization. Human Rights. European Court.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ILGA	Associação Internacional de Gays e Lésbicas
INE	Instituto Nacional de Estatística
LGBTI+	Lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, <i>queers</i> e intersexuais
LGBTIS	Lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, <i>queers</i> e intersexuais
LGBTQIA+	Lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, <i>queers</i> , intersexuais e assexuais
LGBTQIAPN+	Lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, <i>queers</i> , intersexuais, assexuais, pansexuais e não-binários
NI	Número de Inscrição
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ONG	Organização não Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
PISA	Programa Internacional de Avaliação de Estudantes
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TGEU	<i>Transgender Europe</i>
VVDM	<i>Vereniging van Dienstplichtige Militairen</i>

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 A TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL E A SUA PROBLEMÁTICA EM TORNO DA UNIVERSALIZAÇÃO E DA RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	15
2.1 Tentativas de conceituação da margem de manobra à luz da doutrina estrangeira	25
2.2 A conceituação da teoria da margem à luz da doutrina brasileira	27
2.3 A teoria da margem de apreciação nacional e sua importância no sistema interamericano de direitos humanos	29
2.4 A universalização e a relativização dos direitos humanos frente à teoria da margem de apreciação nacional.....	31
2.5 Considerações iniciais sobre os principais julgamentos envolvendo a doutrina da margem pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.....	38
3 ASPECTOS GERAIS SOBRE O SURGIMENTO E A REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA EUROPA	42
3.1 A proteção do direito à liberdade de expressão na Convenção Europeia de Direitos do Homem de 1950.....	50
3.2 A liberdade de expressão na Holanda: entre a manutenção da disciplina militar e o direito à expressão do castrense.....	57
3.2.1 O caso “Engel e Outros vs Holanda” de 1976: a aplicação da doutrina da margem na seara militar e o primeiro precedente possível sobre a teoria	61
3.3 O tratamento jurídico do direito de liberdade de expressão no Reino Unido	68
3.3.1 O caso “Handyside vs Reino Unido” de 1976: entre o direito de liberdade de expressão do particular e a proteção da moralidade pública pelo Estado.....	72
3.3.2 O caso “ <i>Sunday Times</i> vs Reino Unido” de 1979: a limitação do direito de liberdade de expressão visando à proteção da imparcialidade do magistrado no processo.....	78
4 A SITUAÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS DA COMUNIDADE LGBTQIAPN+: UMA ANÁLISE INTERNACIONAL E CONSTITUCIONAL	85
4.1 A Convenção Europeia de 1950 e os direitos humanos da comunidade LGBTQIA+: considerações iniciais	93
4.1.1 O direito ao respeito à vida privada e familiar (art.8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos): entre a proteção da vida privada e familiar do indivíduo <i>versus</i> a interferência da autoridade pública no exercício de tal direito	95
4.1.2 O direito ao casamento (art.12 da Convenção Europeia de Direitos Humanos) e a interpretação biológica (restritiva) dos termos “homem” e “mulher”	99

4.1.3 O direito ao acesso a recursos efetivos internos (Art.13 da Convenção Europeia de Direitos do Homem) para o combate das decisões domésticas.....	102
4.2 A tipificação dos direitos fundamentais das pessoas transexuais no Reino Unido: uma análise das disposições jurídicas internas	105
4.2.1 O caso “Cossey vs Reino Unido” de 1981 e o caso “Goodwin vs Reino Unido” de 2002: o uso da teoria da margem pelo Estado na tentativa de justificar a ausência de regulamentação das pessoas transexuais no tocante aos seus direitos humanos (arts. 8º, 12, 13 e 14 da Convenção Europeia de 1950).....	110
5 O DIREITO AO ACESSO À EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO HUMANO E UM DIREITO FUNDAMENTAL	119
5.1 O direito à educação e os seus possíveis limites previstos na Convenção Europeia de Direitos do Homem de 1950.....	124
5.2 O direito à educação na Alemanha: a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, a Constituição de Baden-Wurttemberg e a Lei Escolar de Baden-Wurttemberg.....	127
5.2.1 O litígio “Konrad vs Alemanha” de 2006: o direito à convicção religiosa e filosófica dos pais <i>versus</i> a proibição da utilização do <i>homeschooling</i> pela máquina estatal	131
6 CONCLUSÃO.....	137
REFERÊNCIAS.....	144

1 INTRODUÇÃO

A teoria da margem de apreciação nacional pode ser compreendida como um mecanismo jurisprudencial que passou a ser desenvolvido no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a partir da década de 1970, e que tem como principal finalidade o reconhecimento, por parte da citada corte internacional, de uma margem de preferência em prol do Estado para decidir sobre determinados assuntos – quanto comparado ao magistrado internacional – de acordo com as peculiaridades e as necessidades do seu próprio povo.

Assim, a premissa inicial que move a utilização da teoria da margem de apreciação é o reconhecimento dessa tal “margem” de preferência em prol do ente público, por meio de uma decisão advinda de uma corte internacional.

Contudo, apesar do referido reconhecimento, quando a teoria da margem acabou surgindo na sistemática europeia de proteção dos direitos humanos, não havia a construção de balizas, nem por parte do próprio Tribunal Europeu, que pré-determinasse como se daria a sua incidência nos casos em concreto.

No mais, apesar do cenário inicial ser tímido, a construção de limites para a aplicação desta teoria pelo Tribunal Europeu foi algo gradativo e através dos julgamentos que seriam realizados pela referida corte internacional, sendo o primeiro destes o intitulado “Engel e Outros vs Holanda” do ano de 1976.

Porém, o que ocorria ao longo da resolução dos litígios - “Handyside vs Reino Unido” (1976), “*Sunday Times vs Reino Unido*” (1979), “Cossey vs Reino Unido” (1990), “Goodwin vs Reino Unido” (2002) e “Konrad vs Alemanha” (2006) - era a presença da insegurança jurídica que a aplicação da citada teoria acabava trazendo para os titulares dos direitos humanos (pessoas) e, até mesmo, para os Estados, já que estes não teriam a certeza se a sua decisão acabaria por violar (ou não) algum direito humano do particular.

Tendo isto em mente, apenas no ano de 2021 e por meio do Protocolo de nº. 15 à Convenção Europeia de 1950, foi que a teoria da margem de apreciação nacional passou a ter previsibilidade expressa no referido diploma nacional (exatamente em seu preâmbulo), quando se reconhece que o papel da Corte Europeia de Direitos Humanos é uma função de supervisão das decisões emitidas pelos Estados, concedendo a estes uma margem de preferência para regulamentar e decidir sobre os direitos humanos dentro do seu território, de acordo com os preceitos defendidos pela Convenção Europeia.

Todavia, de acordo como a teoria da margem é manipulada pelo Tribunal Europeu, ao longo dos anos, esta seria capaz de promover uma universalização ou uma relativização

destes direitos, já que se reconheceria uma margem de preferência em prol do ente estatal para decidir sobre determinados assuntos da sua alçada e tal comportamento acabaria por trazer consequências jurídicas reflexivas na concepção de direitos humanos no contexto.

Isso seria possível de se identificar por meio das consequências jurídicas advindas de tais julgamentos dos litígios pelo Tribunal Europeu, bem como do exame da aplicação da proporcionalidade pela mesma corte internacional, já que esta teria que delimitar o campo de incidência de proteção dos direitos humanos discutidos em face da limitação de sua incidência determinada pelo Estado, por meio de uma decisão nacional.

A título exemplificativo, através do julgamento de “*Handyside vs Reino Unido*”, determinou-se que para preencher o conceito de “moralidade pública”, o Estado teria margem de preferência para tal fim e em detrimento do juízo internacional. Por outro lado, com o julgamento do litígio “*Sunday Times vs Reino Unido*”, consolidou-se como a primeira baliza do uso da teoria da margem a proibição do ente público de invocar tal teoria para justificar a limitação do direito à liberdade de expressão em prol da proteção da imparcialidade dos magistrados nos processos, quando as informações em questão se tratam de informações de interesse público.

Apesar do seu reconhecimento tardio, uma vez que apenas no ano de 2021 que a citada teoria passou a ser legislada no referido documento internacional, a sua utilização não passou a ser restrita apenas no âmbito do sistema europeu de proteção dos direitos humanos.

Por meio disso, justifica-se a necessidade também do seu estudo atual, tendo em vista que tal teoria já se encontrava no cenário do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, pois a partir do ano de 1984 – por meio da Opinião Consultiva de nº. 04 – a Corte Interamericana de Direitos Humanos se utilizou da teoria da margem para reconhecer, em prol da máquina estatal, uma margem de preferência para decidir sobre suas próprias regras de naturalização dos não nacionais, mesmo que estas regras viessem a ser mais rígidas ou até mesmo promovessem a tentativa de construção de uma nacionalidade transnacional latino-americana.

Nesse cenário e diferentemente da Convenção Europeia de 1950, o Pacto de São José da Costa Rica (1969) não traz qualquer previsão da teoria da margem em seu corpo legal, apesar desta não ter aparecido apenas uma única vez no âmbito do sistema interamericano de proteção de tais direitos (a título exemplificativo, a referida teoria também foi aplicada pela Corte Interamericana na Opinião Consultiva de nº. 24 do ano de 2017, a qual se discutiu o reconhecimento dos direitos humanos da população LGBTQIAPN+ na América Latina).

Com isso, torna-se essencial o seu estudo nesta sistemática para compreender as consequências de sua aplicação – universalização ou relativização dos direitos humanos – visando à proteção destes no próprio sistema interamericano também.

Diante disso e para responder tais inquietudes, a presente dissertação acabou sendo estruturada em quatro capítulos. O primeiro capítulo do trabalho trata propriamente da teoria da margem de apreciação nacional, como a sua criação, o seu desenvolvimento, suas tentativas de conceituação (estrangeira e brasileira), a sua importância para o sistema interamericano de direitos humanos, bem como o tratamento que o Tribunal Europeu concede a esta - no momento de sua aplicação ou afastamento - por meio da proporcionalidade, da ponderação dos direitos humanos e da produção de consequências jurídicas resultantes da decisão internacional para, assim, haver a identificação se tal decisão acabou universalizando ou relativizando os direitos humanos.

Adiante, o segundo capítulo tratou sobre o direito de liberdade de expressão, o qual é mencionado ao longo das decisões do Tribunal Europeu: “Engel e Outros vs Holanda”, “Handyside vs Reino Unido” e “*Sunday Times vs Reino Unido*”. Assim, traz-se como se dá o tratamento de tal direito na órbita internacional (Convenção Europeia de 1950), bem como no âmbito nacional (Reino Unido e Holanda), com a intenção de verificar como a Corte Europeia pondera a proteção deste nos referidos litígios, em especial quanto ao uso da teoria da margem ou o seu completo afastamento.

O terceiro capítulo, dessa maneira, versou sobre o tratamento conferido ao direito à intimidade, à privacidade, ao casamento, à isonomia no mercado de trabalho e à previdência social da população LGBTQIAPN+, em especial dos transexuais. No mesmo sentido, foi estudado o seu tratamento na seara internacional (Convenção Europeia de 1950) e no âmbito interno do Estado (Reino Unido). Tais direitos foram tratados pelo referido Tribunal Europeu em dois julgamentos: o “Cossey vs Reino Unido” e o “Goodwin vs Reino Unido”, onde se decidiu pela aplicação (ou não) da teoria da margem de apreciação nacional para promover a equiparação de tais direitos à população LGBTQIAPN+ ou se, na verdade, tal entendimento deveria caber apenas ao ente público.

Além destes, o quarto capítulo da dissertação trata sobre o direito à educação, citado em “Konrad vs Alemanha” pela Corte Europeia, sob o mesmo *prima*: no âmbito internacional (na Convenção) e no âmbito doméstico (legislação interna da Alemanha). Tal análise foi necessária porque o Tribunal Europeu precisou enfrentar a seguinte questão: se deveria haver o uso da teoria da margem de apreciação nacional no referido julgamento para afastar a

possibilidade da utilização do ensino domiciliar pelos genitores em relação aos seus filhos na Alemanha, tendo em vista que o país teria uma “margem” de preferência para determinar se o ensino domiciliar seria proibido ou não em seu território.

Nota-se, a partir desse ponto, que a utilização das legislações (internacional, como a Convenção Europeia de 1950, e as domésticas) foi essencial para o desenvolvimento da análise da aplicação da teoria da margem pelo Tribunal Europeu, contudo houve certa dificuldade de obtenção do acesso integral das legislações domésticas dos países do Reino Unido, da Holanda e da Alemanha. Talvez isso tenha ocorrido porque o Reino Unido possui uma tradição mais voltada a *common law* (precedentes) ou seja porque a Holanda e a Alemanha não possuem um canal mais acessível quanto aos seus diplomas nacionais para os estrangeiros. Assim, boa parte da legislação doméstica acessada para o trabalho foi extraída dos acórdãos do Tribunal Europeu analisados aqui, pois os mesmos traziam parte das legislações em seu próprio corpo decisório.

Por fim, espera-se que o trabalho atual contribua para o entendimento desta interdisciplinaridade entre o Direito Internacional Público, os Direitos Humanos, o Direito Constitucional e a própria Filosofia Jurídica dentro do Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas (UFAL), em especial na Linha 1 do Programa (“Direitos humanos fundamentais: análise crítica do[s] constitucionalismo[s], de suas manifestações sociais e de sua interpretação/aplicação na pós-modernidade”), tendo em vista que a defesa dos direitos humanos não deve ser algo apenas local, mas sistemático e tanto sua problematização, quanto o seu próprio objetivo e objeto (teoria da margem) de estudo, evidenciam a necessidade de exploração e análise desta temática.

2 A TEORIA DA MARGEM DE APRECIACÃO NACIONAL E A SUA PROBLEMÁTICA EM TORNO DA UNIVERSALIZAÇÃO E DA RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos e fundamentais correspondem a um verdadeiro núcleo essencial do indivíduo, em face principalmente do Estado, em que são assegurados direitos e garantias mínimas para a sua vivência. Além disso, sua evolução foi (e continua sendo) gradual, mas não linear.

E é exatamente desta mesma forma que o desenvolvimento da teoria da margem de apreciação nacional acabou se dando, a partir da década de 1970, no sistema europeu de proteção dos direitos humanos, mais especificadamente na jurisdição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). Contudo, a teoria da margem de apreciação nacional não possui apenas esta nomenclatura.

Inicialmente, é importante apontar que a citada teoria também pode ser denominada de “teoria da margem”, “doutrina da margem” ou simplesmente, “margem de manobra” (TEDH, 1960a, p.27).

No geral, a sua aplicação pela Corte Europeia de Direitos Humanos visa ao reconhecimento de uma determinada “margem” de preferência para que o Estado possa decidir sobre determinados assuntos, em detrimento do magistrado internacional, sob a justificativa de que em algumas matérias (normalmente de cunho social, como moralidade pública) o Estado se encontraria em uma posição privilegiada para decidir, já que estaria mais a par das necessidades, das peculiaridades e da própria realidade do seu povo (TEDH, 1960b, p.18).

Logo, o tribunal internacional não poderia julgar essas matérias porque não teria o referido contato direto com elas, como a máquina estatal possuiria (TEDH, 1960a, p.27). Porém, a teoria da margem de apreciação nacional é considerada, essencialmente, uma construção ou um mecanismo jurisprudencial formulado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, tendo como base o preâmbulo da Convenção Europeia de Direitos do Homem (TEDH, 1950, p.06).

Isto significa que cabem aos tribunais internacionais – como a Corte Europeia de Direito Humanos – a responsabilidade subsidiária em assegurar os direitos e as liberdades previstas na referida Convenção e em seus protocolos, tendo em vista que a responsabilidade primária de proteção dos direitos e liberdades seria colocada nas mãos dos Estados. E é exatamente esse preceito que expressa o princípio da subsidiariedade ligada à supervisão do Tribunal Europeu quanto às decisões proferidas pelos entes públicos.

Todavia, o entendimento da teoria da margem não se esgota ainda aqui. Da sua hermenêutica, nota-se que a Convenção Europeia de 1950 adota um sistema dualista de proteção, isto é, a existência concomitante de dois ordenamentos jurídicos – um doméstico e o outro, internacional – onde este primeiro teria preferência para promover a garantia dos direitos e liberdades da Convenção, enquanto que o segundo apenas seria acionado caso houvesse necessidade para verificar ou supervisionar tal obrigação estatal de proteção, por força do princípio da subsidiariedade estampado no dispositivo internacional mencionado anteriormente (TEDH, 1950, p.06).

Frisa-se que o dualismo e o monismo correspondem às percepções de como o direito internacional pode ser interpretado, compreendido e aplicado: enquanto que o dualismo prima pela existência de dois ordenamentos jurídicos distintos, mas com a mesma finalidade, ou seja, de salvaguardar os direitos e as liberdades da Convenção; o monismo acredita que o direito internacional e o direito interno do Estado formam um único sistema jurídico e, conseqüentemente, alguma decisão proferida pelo tribunal internacional – obrigatoriamente – deveria ser cumprida no âmbito doméstico da máquina pública.

Silva (2022, p.08) relembra que “a teoria monista tem Kelsen como um de seus autores principais, defende que o direito é unitário, sendo as normas internas e internacionais partes integrantes de um mesmo ordenamento jurídico”, ou seja, ambas as concepções (doméstica e internacional) formariam um único sistema forense.

Porém, “[...] o dualismo considera que existem dois ordenamentos jurídicos diversos, um interno e outro internacional. Sendo assim, [...] a norma internacional não poderá ser revogada por conta de sua origem, isto é, por emanar de um ordenamento jurídico externo” (Cerqueira; Oliveira; Carlim; Moura, 2023, p.11), sendo sistemas, dessa maneira, independentes entre si, mas que se complementam.

Todavia, ressalta-se que – pelo comando do preâmbulo da Convenção Europeia – a dinâmica adotada pelo sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos (quanto à teoria da margem) é o dualista, tendo como base o princípio da supervisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Inclusive, a previsão da margem de apreciação na Convenção Europeia de 1950, dessa maneira exposta, foi graças ao Protocolo de nº. 15 ao referido dispositivo internacional, o qual foi adotado em 2021 pelos países europeus (Hermes, 2021, p.01). Com isso, a teoria da margem acabou ganhando previsão expressa no documento internacional e conseguiu evoluir da jurisprudência da Corte Europeia para as linhas escritas da Convenção.

Assim, o art.1º do Protocolo de nº. 15 à Convenção introduziu a seguinte disposição neste documento internacional, sobre a teoria da margem:

Afirmando que, em conformidade com o princípio da subsidiariedade, incumbe em primeiro lugar às Altas Partes Contratantes assegurar os direitos e liberdades definidos nesta Convenção e nos respectivos Protocolos, e que ao fazê-lo elas gozam de uma margem de apreciação, sob a supervisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos criado por esta Convenção (TEDH, 2021, p.02).

Destarte, além da tentativa legislativa da Corte Europeia de Direitos Humanos para pré-definir o conceito e o uso da doutrina da margem, o Tribunal Europeu também se debruçou sobre esta questão (jurisprudencialmente) e - ao longo dos anos - a partir da década de 1970, começou a tentar definir o campo de utilização da referida teoria, o seu conceito e hipóteses que a mesma não poderia ser aplicada.

Segundo o próprio Tribunal Europeu (1960b, p.22): “[...] não é função do Tribunal comparar diferentes decisões tomadas, mesmo em circunstâncias aparentemente semelhantes, pelas autoridades judiciais [...] deve respeitar a independências dos tribunais”, ou seja, a Corte Europeia atua com função de supervisionar a atuação (o decidir) dos Estados.

Um dos primeiros litígios que a Corte Europeia se debruçou sobre a doutrina da margem foi o Pedido de nº. 5439/72, também intitulado de “Handyside vs Reino Unido”. Neste julgamento, o Tribunal Europeu consolidou um dos elementos iniciais em que deveria ser reconhecida uma margem de apreciação nacional em prol do Estado: o conceito de moralidade pública (TEDH, 1950, p.30).

O referido caso versou sobre a divulgação e comercialização do livro intitulado “O livro vermelho da juventude” pelo Sr. Richard Handyside no Reino Unido (Inglaterra) (TEDH, 1960b). Após a ampla divulgação de sua comercialização, principalmente em escolas, de que o exemplar trazia conteúdos envolvendo sexo, aborto, contraceptivos, pornografia, homossexualidade, entre outros assuntos delicados para a época; e que tinha como público alvo crianças e jovens em idade escolar, o Estado acabou realizando uma busca e apreensão da referida obra, bem como proibiu a divulgação e a comercialização deste, além de condenar Handyside ao pagamento de uma multa (TEDH, 1960b, p.05-06).

Após o caso chegar ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o Sr. Richard alegou a violação – por parte do ente público – ao seu direito de liberdade de expressão (TEDH, 1960b, p.16). Todavia, o Estado justificou as medidas adotadas com base em sua margem de apreciação, já que o exemplar acabaria afetando a “moralidade pública”, seja pelo conteúdo sensível, seja pelo público que procuraria atingir com a divulgação e comercialização (TEDH, 1960b, p.23).

Com isso, a Corte Europeia aplicou a doutrina da margem para reconhecer que o ente estatal se encontraria em uma melhor posição para decidir o que afeta (ou não) a moralidade pública do seu povo, em detrimento da própria Corte Europeia. Com isso, o Tribunal Europeu não reconheceu qualquer violação ao direito de liberdade de expressão de Handyside, após a aplicação da teoria da margem em prol do Reino Unido no caso.

Para a Corte Europeia, apenas o ente estatal seria capaz de definir o que é moralidade pública e o que pode vir a afetar tal moralidade ou não. Aqui, a Corte referida reconheceu que para certos conceitos que envolvessem elementos ou particularidades culturais, as quais tivessem relação direta com as necessidades do seu próprio povo, a máquina estatal se encontraria em uma melhor posição para defini-los, em comparação ao magistrado internacional (como o próprio Tribunal Europeu de Direitos Humanos) (TEDH, 1960b, p.21).

Diante disso, “a condenação de Handyside, [...] causou controvérsias, o requerente argumentou que os especialistas em psiquiatria e pedagogia tanto de defesa quanto de acusação expressaram opiniões diversas acerca da possível corrupção moral das crianças [...]” (Pacheco, 2021, p.19). Logo, um dos primeiros assuntos em que se reconheceu a possibilidade do uso da margem de manobra foi a moralidade pública.

Outro julgamento basilar para a constituição do entendimento da teoria ora aqui estudada foi o Pedido de nº. 5370/72, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o qual também foi nomeado de “Engel e Outros vs Holanda”.

O referido litígio envolveu discussões relativas às penalidades que foram aplicadas contra militares das Forças Armadas da Holanda, bem como a falta de garantias nos julgamentos internos (e perante os tribunais castrenses) e a limitação do direito de se expressar (dos militares) contra as penalidades e prisões que eram impostas por seus superiores hierárquicos (TEDH, 1960a, p.18-19).

A atenção deve ser voltada a parte em que envolve os Srs. Schul e Dona, os quais haviam publicado um artigo intitulado “A lei do mais forte” no jornal militar “O Alarme”, em que eram feitas denúncias dos abusos que os superiores hierárquicos cometiam ao impor nos subordinados prisões e penas desproporcionais aos fatos (TEDH, 1960a, p.36-37).

Assim, os Srs. Schul e Dona foram presos e tiveram o seu direito de se expressar violado. Quando o litígio chegou até a Corte Europeia, o Estado (Holanda) invocou a teoria da margem, justificando que a restrição da liberdade de expressão dos militares havia ocorrido por que poderia colocar em risco, os seus atos, a ordem, a disciplina e a hierarquia castrense (TEDH, 1960a, p.38).

Dessa maneira, o ente público seria o competente para organizar sua própria estrutura militar, tendo em vista a sua soberania para isso. Por outro lado, Schul e Dona, bem como os outros militares envolvidos, acabaram alegando que o castrense possui o mesmo direito de se expressar que uma pessoa comum, ou seja, um civil (TEDH, 1960a, p.37).

Limitar tal direito não poderia ter como justificativa abalar a ordem militar interna, uma vez que os artigos apenas tinham a intenção de comunicar os excessos que eram praticados pelos superiores em relação aos seus subordinados militares.

Diante desses fatos, a Corte Europeia aplicou a teoria da margem para reconhecer que não houve violação ao direito de se expressar destes e o Estado possuiria uma preferência para decidir como estruturaria o seu sistema militar interno, não podendo o Tribunal Europeu interferir nisso. Logo, a doutrina da margem prevaleceu (TEDH, 1960a, p.38).

Logo, suscitou-se no referido julgamento a possibilidade de reconhecimento do uso da teoria da margem no campo castrense. A Corte Europeia de Direitos Humanos, diante disso, decidiu pela possibilidade no sentido de que a doutrina da margem possuiria relação direta com a soberania do Estado, uma vez que o ente público seria o responsável por montar e estruturar toda a sua ordem militar interna, por meio da hierarquia e disciplina militar (TEDH, 1960a, p.22).

Sobre isso, Costa (2004, p.67) ensina que “[...] a ideia de polícia que temos hoje é produto de fatores estruturais e organizacionais que moldaram seu processo de transformação histórico”, apesar do “[...] foco de uma busca pela modernidade através de um modelo repressivo de Estado” (Bretas; Rosemberg, 2013, p.170). Dessa maneira, a máquina estatal se encontraria amparada pela teoria da margem neste contexto. Com isso, consolidou-se a possibilidade do manejo da doutrina ora em tela no campo militar.

Consoante o próprio Tribunal Europeu (1960a, p.27): “a este respeito, a Convenção Europeia permite às autoridades nacionais competentes uma margem de apreciação considerável”. Ainda nesse sentido, “[...] o legislador não parece, nestas circunstâncias, ter abusado da margem de manobra que lhe foi deixada pela Convenção” (TEDH, 1960a, p.27).

Porém, o primeiro limite encontrado e imposto à aplicação da margem de manobra, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, foi durante o julgamento do Pedido de nº. 6538/74, denominado de “*Sunday Times vs Reino Unido*”.

O caso versou sobre o uso da droga talidomida pela empresa farmacêutica *Distillers*, a qual acabou retirando o produto de venda no mercado, após vários casos em que mulheres

grávidas estavam dando à luz à crianças com deformidades físicas e mentais (TEDH, 1979, p.04).

A droga era utilizada nos hospitais do Reino Unido para evitar maiores dores nas mulheres no momento do parto. Assim, após a retirada do produto do mercado, várias famílias que foram vítimas da droga indicada acabaram entrando com processos para conseguir uma indenização pelo mal que havia sido provocado pela talidomida (TEDH, 1979, p.04).

Contudo, os advogados da empresa farmacêutica estavam tentando realizar acordos com as famílias (inclusive com a criação de um fundo monetário para suprir as deficiências geradas nas crianças) na tentativa de evitar que mais processos surgissem (TEDH, 1979, p.06).

Após tomar conhecimento disso, o *Sunday Times* (jornal) começou a produzir artigos no sentido de denunciar os acordos que estavam sendo feitos e evidenciar a culpa da *Distillers* na comercialização da droga (TEDH, 1979, p.05-06).

Porém, o Reino Unido proibiu que o jornal realizasse tais produções, uma vez que o conteúdo das matérias poderia afetar a imparcialidade dos magistrados responsáveis por julgar os processos (TEDH, 1979, p.10). O litígio chegou até o Tribunal Europeu, onde o jornal alegou a violação ao seu direito de liberdade de expressão, enquanto que o Estado se utilizou da margem de apreciação nacional indicando que a proibição imposta ao *Sunday Times* tinha a intenção de proteger a imparcialidade dos juízes no contexto (TEDH, 1979, p.22).

No mais, a Corte Europeia afastou a doutrina da margem, afirmando que em se tratando de informações de interesse público (já que o caso da droga talidomida foi um motivo de comoção social no país) o ente público não poderia se utilizar da margem de manobra para limitar o direito de liberdade de expressão do particular, ainda que baseada na garantia de proteção à imparcialidade dos magistrados. Assim, o uso da teoria da margem foi afastado pela Corte, havendo – dessa forma – o reconhecimento da violação ao direito de se expressar do jornal (TEDH, 1979, p.35).

Apesar dos outros dois julgamentos anteriores versarem também sobre a colisão do direito de liberdade de expressão com outros direitos, o julgamento do Pedido de nº. 6538/74 – pelo Tribunal Europeu – consolidou o primeiro limite à aplicação da teoria da margem: a existência de informações de interesse público, ou seja, seriam aquelas informações que ganhariam certa notoriedade social, principalmente, em relação a sua resolução (TEDH, 1979, p.34).

Assim, no caso “*Sunday Times vs Reino Unido*”, o Estado não poderia promover algum tipo de limitação ao direito de liberdade de expressão do particular, usando a doutrina da margem, sob a justificativa de que haveria a necessidade de proteção da imparcialidade do magistrado diante das informações de interesse público que seriam repassadas pelos meios de comunicação social (imprensa), mesmo que amparado pelo art.10º, item 2, da Convenção Europeia de Direitos do Homem.

Dessa forma, “o direito da imprensa à liberdade de expressão é, sem dúvida, uma das características fundamentais de uma sociedade democrática e indispensável para manter a liberdade e a democracia num país” (TEDH, 1979, p.52). Logo, “aqui uma supervisão europeia mais ampla corresponde a um poder de apreciação menos discricionário” (TEDH, 1979, p.30).

Além disso, “o próprio Tribunal Europeu prelecionou que os artigos propostos pelo jornal *Sunday Times* tratavam sobre o tema de forma moderada e que atendia, para a época, a discussão de um tema que estava bastante em voga na sociedade” (Silva Neta; Catão; Rosa, 2023, p. 18). Todavia, não apenas as “informações de interesse público” representam um obstáculo para a aplicação da doutrina da margem pelo Tribunal Europeu.

Nos litígios intitulados “*Cossey vs Reino Unido*” (Pedido de nº. 10843/84) e “*Goodwin vs Reino Unido*” (Pedido de nº. 28957/95), ambos julgados também pela Corte Europeia de Direitos Humanos, houve a consolidação de mais um limite para o uso da doutrina da margem pelo Tribunal Europeu: a referida teoria não poderia ser invocada pelo Estado para justificar a omissão deste no tratamento legal de grupos vulneráveis, como os transexuais (TEDH, 2002, p.31).

Sobre o primeiro litígio, a Srt^a. Cossey acabou realizando todos os procedimentos, principalmente estéticos, para que pudesse adequar o seu fenótipo a sua identidade psicológica, ou seja, de mulher, apesar de ter nascido biologicamente como homem (TEDH, 1990, p.03-04).

Após todas as mudanças realizadas, inclusive em relação a sua documentação no Reino Unido, o Estado acabou negando o direito de Cossey de se casar, bem como de alterar o seu sexo em sua certidão de nascimento, isto é, de “masculino” para “feminino”. Após esgotar os meios internos, o litígio foi levado para a apreciação do Tribunal Europeu (TEDH, 1990, p.03-04).

Chegando ao referido Tribunal, o Reino Unido justificou a não concessão de tais direitos a Cossey tendo como base a sua legislação interna, uma vez que apenas se reconhecia

o casamento entre “homem” e “mulher” na concepção biológica e restrita do termo (TEDH, 1990, p.06-07). Logo, como Cossey havia nascido biologicamente como homem, esta só poderia contrair um matrimônio reconhecido pelo Estado com uma mulher, apesar de Cossey se identificar como uma mulher transexual.

No mesmo sentido, o Reino Unido explicou que não poderia alterar o sexo na certidão de nascimento de Cossey, uma vez que o citado documento representaria um registro dos fatos históricos no momento de nascimento desta (TEDH, 1990, p.11-12). O Estado afirmou que havia todo um respaldo doméstico para realizar tal negativa e que a situação dos transexuais ainda não teria uma regulamentação própria na sistemática do Reino Unido.

Por outro lado, a Srt^a. Cossey alegou que o seu direito à vida privada, familiar e à intimidade haviam sido violados pelo ente público diante de tais negativas, havendo uma discriminação em relação a sua pessoa. Dessa maneira, Cossey pleiteou o reconhecimento de tais direitos (TEDH, 1990, p.09-10).

Todavia, o Tribunal Europeu acabou se utilizando da doutrina da margem para acolher os argumentos levantados pelo Reino Unido, uma vez que as negativas haviam sido respaldadas em seu ordenamento jurídico interno, bem como ainda não havia uma legislação própria que tratasse sobre isso para os transexuais, estando na margem de preferência da máquina pública tratar sobre isso. Portanto, a Corte Europeia aplicou a margem de manobra e não reconheceu os direitos elencados por Cossey em sua defesa (TEDH, 1990, p.15).

Nesta seara, “[...] a luta gradativa por reconhecimento e espaço de fala nos ordenamentos jurídicos – ao redor do mundo – é uma pauta constante do movimento *Queer*, o qual surgiu a partir da terceira onda feminista [...]” (Silva Neta; Catão, 2023a, p.260). Desde o julgamento de “Cossey vs Reino Unido” em 1990, o Reino Unido não promoveu qualquer alteração doméstica para tipificar a condição dos transexuais em seu território.

Tendo isso como base, a Srt^a. Goodwin também recorreu à jurisdição da Corte Europeia para ver os seus direitos de se casar, de alterar o sexo em sua certidão de nascimento, de poder receber seguros e recolher à previdência como uma mulher transexual, bem como também ser tratada como uma mulher trans em seu trabalho; reconhecidos pela citada corte internacional, tendo em vista que desde 1990 o Reino Unido não apresentou qualquer mudança legislativa para promover a proteção dos transexuais em seu território (TEDH, 2002, p.02).

Ao chegar o litígio na esfera da Corte Europeia, o Reino Unido invocou os mesmos argumentos utilizados em “Cossey vs Reino Unido”. Porém, o Tribunal Europeu decidiu

afastar a aplicação da teoria da margem de apreciação nacional e reconhecer a necessidade de proteção de tais direitos para os transexuais, enquanto um grupo vulnerável juridicamente e socialmente, pois o que acontecia era que estes permaneciam em um “limbo jurídico” promovido pelo próprio Estado, em que ficavam sem proteção e quando a requeriam, tinham-na negada pelo próprio ente público (TEDH, 2002, p. 29-30).

Com o afastamento da teoria da margem, o Tribunal Europeu reconheceu a necessidade de proteção de tais direitos em prol de Goodwin (TEDH, 2002, p.34).

De acordo com a Corte Europeia, o ente público não poderia se favorecer da própria torpeza de não promover a tipificação de direitos que gravitam em torno de grupos vulneráveis, através da teoria da margem de apreciação nacional. Se isso acontecesse, seria como se o Tribunal Europeu desse um aval para que tais grupos permanecessem em um limbo jurídico e, conseqüentemente, só recebessem a real atenção para a sua condição de vulnerável quando a máquina estatal entendesse desse modo (TEDH, 2002, p.30).

Assim, “a importância de colocar em pauta a temática de direitos humanos e suas reverberações na comunidade LGBTQIA+ decorre do aspecto das violências direcionadas para este grupo” (Faria; Paiva; Voigt; Cornelli; Bernardo; Rocha; Modena, 2023, p.17).

Percebe-se que ao fixar o citado limite para o uso da doutrina da margem, a Corte Europeia procurou não tolerar o uso da margem de manobra para justificar omissões estatais discricionárias e que promovessem a falta de proteção de grupos considerados sensíveis aos olhos legais, como os transexuais nos dois litígios citados anteriormente (TEDH, 1990, p.33).

Outro ponto importante de se destacar – ainda nesse contexto do julgamento de “Cossey vs Reino Unido” e “Goodwin vs Reino Unido” – é que a teoria da margem de apreciação nacional também sofre um certo controle por parte do Tribunal Europeu quanto à sua aplicação. Ou seja, a própria corte internacional poderia definir qual seria o campo de incidência da doutrina da margem, em uma espécie de controle do âmbito de sua aplicação.

Nesse sentido, “a margem de apreciação não pode estender-se tanto. Embora caiba ao Estado Contratante determinar, entre outras coisas, as condições sob as quais uma pessoa que reivindica o reconhecimento legal como transexual [...]” (TEDH, 2002, p.30).

Assim, nota-se que ao final do julgamento de “Goodwin vs Reino Unido”, apesar da Corte Europeia ter defendido que deve haver o reconhecimento dos direitos dos transexuais pelos Estados, esta subordina tal reconhecimento de acordo com o ordenamento jurídico interno de cada ente público, isto é, a margem de manobra apenas teria incidência quanto à

definição de como tal regulamentação seria feita no campo doméstico, não havendo a sua aplicação quanto ao reconhecimento dos citados direitos aos transexuais.

Talvez isso seja uma forma de amadurecimento do Tribunal Europeu quanto ao uso da doutrina da margem em seus julgamentos, uma vez que nos três anteriores (“*Handyside vs Reino Unido*”, “*Engel e Outros vs Holanda*” e “*Sunday Times vs Reino Unido*”) não haveria a preocupação em controlar o momento de aplicação da referida doutrina, apenas havendo o seu uso total (ou não) por parte do Tribunal Europeu.

Inclusive, em 2006 – tendo como base o julgamento de “*Konrad vs Alemanha*” (Pedido de nº. 35504/03) – a Corte Europeia reconheceu a possibilidade de aplicação da margem de manobra em casos envolvendo os direitos de segunda geração, como o direito ao acesso à educação (TEDH, 2006). Pois, a teoria da margem só havia sido aplicada, até então, para os direitos de primeira dimensão e para direitos individuais homogêneos¹ (transexuais).

O caso citado tratou sobre a possibilidade da Corte Europeia obrigar ao Estado o reconhecimento do direito ao acesso à educação por meio do *homeschooling* (TEDH, 2006). Assim, “*Konrad vs Alemanha*” versou sobre um requerimento de uma família que tinha dois filhos menores, onde os genitores queriam que is infantes não frequentassem obrigatoriamente a escola ofertada pelo Estado (Alemanha), mas que pudessem dá a educação apropriada (segundo o critério dos genitores) para eles, através do *homeschooling* (TEDH, 2006, p.01).

Segundo os pais, as escolas públicas e privadas apenas ensinavam conteúdos científicos, sem abordar assuntos religiosos, voltando-se mais ao misticismo (como comemoração do *Halloween*) (TEDH, 2006, p.02-03).

No mesmo sentido, também afirmaram que havia muita violência entre os alunos nas escolas, com o *bullying*. Dessa forma, requereram no sistema jurídico interno da Alemanha a possibilidade de educar os menores em casa. Todavia, o referido ente público negou tal concessão, uma vez que a frequência escolar seria obrigatória para os jovens e as crianças. Além disso, caberia ao Estado o poder de supervisionar o referido ensino (TEDH, 2006, p.03-04).

Insatisfeitos por esgotarem os meios domésticos e não obterem uma decisão favorável, a família acabou recorrendo para a jurisdição do Tribunal Europeu (TEDH, 2006, p.05). Em sede internacional, a família alegou que a negativa do ensino domiciliar, por parte da Alemanha, acabaria violando o direito à liberdade religiosa, de consciência e filosófica dos pais (art.9º da Convenção Europeia de 1950), tendo em vista que pelos argumentos

¹ São aqueles direitos que surgem de um mesmo fato gerador, atingindo uma pessoa em sua individualidade, mas sem deixar a possibilidade de outras pessoas passarem pela mesma situação.

levantados, os pais teriam o direito de decidir sobre a educação dos filhos (TEDH, 2006, p.04-05).

Porém, a Alemanha invocou o seu ordenamento jurídico interno, mantendo a negativa de concessão do ensino domiciliar (TEDH, 2006, p.04-05). Ao final, o Tribunal Europeu aplicou a teoria da margem e fez prevalecer os argumentos trazidos pelo Estado, já que a negativa do *homeschooling* estaria abarcada pela legislação doméstica, a qual foi produzida no âmbito da margem de preferência estatal para decidir como o direito ao acesso à educação se daria em seu território (TEDH, 2006, p.09).

No mesmo sentido, a Corte Europeia frisou que o papel desempenhado pelas escolas não é apenas o ensino, mas também a formação dos jovens e das crianças para o convívio social e o respeito das diferenças. Dessa forma, aplicou-se a margem de manobra e se afastou as alegações trazidas pela família (TEDH, 2006, p.07).

De acordo com o próprio Tribunal Europeu (2006, p.07): “o direito à educação, [...] pela sua própria natureza, exige regulamentação por parte do Estado, regulamentação que pode variar no tempo e no local de acordo com as necessidades e recursos [...]”. Com isso, “[...] o artigo 2º do Protocolo nº. 1 implica a possibilidade de o Estado estabelecer a escolaridade obrigatória, seja em escolas públicas ou através de ensino privado de nível satisfatório [...]” (TEDH, 2006, p.07).

Apesar da sua previsão na Convenção Europeia de Direitos Humanos e o recorte da tentativa de desenvolvimento de seu conceito e balizas no âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a doutrina (no geral) também apresenta certas tentativas de conceituação e aplicação da margem de manobra nos casos em concreto, pois mesmo com a sua previsão apenas em 2021 na Convenção, não existem balizas legislativas concretas sobre como se deve dá a sua aplicação na prática, ficando tal encargo, assim, para a doutrina.

2.1 Tentativas de conceituação da margem de manobra à luz da doutrina estrangeira

Deslocando a discussão do desenvolvimento e da aplicação da teoria da margem para a órbita estrangeira (tendo como ponto de referência o Brasil), a doutrina não possui um conceito único sobre o referido instituto da teoria da margem.

Por exemplo, Casañas (2023, p.02) associa a aplicação da margem de manobra com o controle de convencionalidade, uma vez que para ele tal teoria “[...] adquire força em parte da doutrina como reação imediata à possibilidade de um sistema local ser condicionado pelas interpretações de um tribunal regional”, ou seja, a própria aplicação do controle de

convencionalidade seria uma forma de reação do Estado sobre a adoção das disposições internacionais no seu ordenamento jurídico pátrio.

Na mesma seara, León (2022, p.02) considera que a margem de manobra “[...] permite um espaço de inibição da proteção internacional em deferência à avaliação nacional do conteúdo de certos elementos normativos indeterminados da proteção internacional [...]”, isto é, a doutrina da margem dá preferência àquela decisão proferida pelo Estado em detrimento do juízo internacional quando envolver um cenário em que se tenham conceitos indeterminados da proteção dos direitos humanos no âmbito internacional.

Assim, como existiria uma lacuna de tais conceitos indeterminados, o Estado seria autorizado a preencher o seu significado por meio de sua jurisdição. Porém, o que seriam esses elementos normativos indeterminados?

Rodríguez-Vázquez, Ávila-Hernández e Santos (2022, p.01) indicam que um desses elementos que os entes estatais teriam margem de preferência para conceituar seria a nacionalidade e “[...] embora os Estados tenham competência ou margem de apreciação nacional para estabelecer os requisitos e conceder a nacionalidade, devem fazê-lo de acordo com os princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos”. Percebe-se que os referidos autores apesar de reconhecerem a margem de preferência do Estado em determinar suas regras de nacionalização, estas precisam está em consonância com o direito internacional.

Trazendo a nacionalidade como um possível elemento em que se autoriza a margem de apreciação, reconhecer que tais normas domésticas de nacionalização devem está em consonância com o ordenamento jurídico internacional é reconhecer, ainda que implicitamente, certa hierarquia entre esses sistemas jurídicos. Lembrando que a Convenção Europeia de Direitos do Homem de 1950, em seu próprio preâmbulo, não adota a sistemática do monismo para a utilização da teoria da margem de apreciação nacional.

Quem também coaduna com a utilização da teoria da margem dentro da concepção do dualismo jurídico é Pantoja (2021, p.06), o qual ensina que “[...] é preciso utilizar a margem de apreciação como figura que dá aos Estados um espaço de ação judicial até que haja, em determinada conjuntura, um mínimo comum de convergência dos países europeus [...]”, ou seja, que a margem de apreciação poderia ser utilizada como método de preenchimento de lacunas dentro do âmbito internacional enquanto não houvesse um consenso comum entre os Estados sobre o determinado assunto.

Clérico (2019, p.01) alerta que para algumas temáticas, como a da proteção de vulneráveis, como dos homossexuais, a falta de consenso entre os países europeus e a adoção de uma ampla margem de apreciação nacional é capaz de ferir o princípio da igualdade na órbita do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, uma vez que cada Estado decidirá de maneira diferente por força da referida margem estatal.

Com isso, Palmstorfer (2014, p.01) também expõe que a teoria da margem não pode ser ilimitada, reconhecendo que tal instituto poderia ser usado na seara do legislativo do país pela corte internacional, em prol do interesse público.

Apesar desses entendimentos divergentes sobre a utilização da margem da manobra, a doutrina estrangeira considera o citado instituto como um mecanismo válido para dirimir controvérsias internacionais, em especial sobre alguns assuntos, como a nacionalidade e o interesse público. Porém, não se há um consenso sobre a sua maneira de aplicação e suas balizas.

2.2 A conceituação da teoria da margem à luz da doutrina brasileira

Inicialmente, frisa-se que também não há uma homogeneidade sobre a conceituação da teoria da margem de apreciação nacional no Brasil, bem como em relação aos seus limites de aplicação. O que existe são tentativas doutrinárias brasileiras de superação de tal cenário, com o objetivo de conferir maior segurança jurídica de sua aplicação pelos tribunais internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o próprio Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Logo, Sanchez (2018, p.05) expõe que “a teoria da margem de apreciação nacional [...] é importante mecanismo de resolução de determinados conflitos de interpretação da normativa internacional ao julgar determinado Estado soberano [...]”. Além disso, Sanchez (2018, p.05) também define que “é uma teoria que, por si só, define que o Estado nacional possui um ‘intervalo’ ou ‘espaço’ de interpretação quando há algumas decisões impostas a estes pelas cortes internacionais”, o que significa que a doutrina da margem tenta criar espaços privilegiados de decisões por parte dos Estados, quando comparados aos órgãos internacionais, como o Tribunal Europeu.

Por outro lado, Lopes e Santos Júnior (2018, p.39) entendem que a doutrina da margem “[...] busca conciliar a tensão entre a concepção universalista dos direitos humanos e as particularidades culturais de cada Estado, permitindo que, em lugar dos tribunais internacionais, sejam os tribunais internos os que decidam [...]”. Estes autores também

definem que a teoria da margem é utilizada quando se põe em discussão “[...] questões relativas à identidade cultural dos Estados” (Lopes; Santos Júnior, 2018, p.39), ou seja, para ambos, a teoria da margem só teria a possibilidade de aplicação no contexto de questões relativas à identidade cultural do ente público (povo).

Porém, Moraes e Lima (2020, p.41) reconhecem a aplicação do conceito da doutrina da margem, também, na seara do legislador, não limitando a sua utilização apenas na seara dos tribunais. Segundo elas, “as teorias da margem de apreciação nacional e do legislador consubstanciam-se no reconhecimento, por parte dos Tribunais, de um espaço de deferência legislativa, isto é, de um espaço de atuação do Poder Legislativo [...]” (Moraes; Lima, 2020, p.41), isto é, para tais autoras também seria possível aplicar a teoria da margem de apreciação nacional na órbita do legislativo e não apenas na das cortes judiciais.

No mesmo sentido, o reconhecimento da teoria da margem de apreciação do legislador estaria fundamentado nos princípios da separação dos poderes e da soberania do Estado (Moraes; Lima, 2020, p.41).

No mais, Bastos Netto (2018, p.67) expõe que “a jurisdição internacional tem a subsidiariedade como uma das suas principais características. O princípio da margem de apreciação nacional está diretamente ligado a tal característica”. Ainda segundo o autor, a margem de manobra “[...] impõe que o Estado possuirá certa margem para definir o alcance de certos direitos humanos no seu ordenamento interno, desde que os *standards* internacionais de proteção sejam respeitados” (Bastos Netto, 2018, p.67), ou seja, uma possível limitação quanto ao seu uso pela corte internacional seria o respeito aos postulados internacionais, principalmente, de proteção dos direitos humanos.

Nesta seara, Saraiva (2021, p.16) diz que a doutrina da margem “[...] pode ser melhor conceituada como a latitude que um Estado goza para avaliar as situações factuais e aplicar as disposições previstas nos tratados de Direitos Humanos”. Sobre esse pensamento, “[...] nesse caso, expressa a utilização da margem em graus, que pode ser mais ou menos ampla, a depender da questão abordada e dos fatos levados em consideração” (Saraiva, 2021, p.16), criando-se um conceito de aplicação da teoria ora em tela de acordo com sua necessidade no caso em concreto.

Por meio dessas tentativas de conceituações e de determinação do âmbito de aplicação da teoria da margem, pode-se notar que não há um consenso certo sobre suas tratativas, principalmente, o seu campo de aplicação.

Enquanto se entende que a doutrina da margem corresponde a um mecanismo de reconhecimento de certa preferência para o Estado decidir sobre determinados assuntos, pontua-se que seriam aqueles que estariam ou ligados à órbita cultural do Estado ou que estivessem ligados à realidade do seu próprio povo.

Além disso, amplia-se o conceito da teoria da margem para abranger não apenas o Poder Judiciário dos Estados, mas também o legislador.

Porém, as incertezas principalmente quanto a sua aplicação pela Corte Europeia de Direitos Humanos não pararam por aqui, tendo em vista que a discussão sobre a possibilidade de aplicação da margem de manobra também chegou ao sistema interamericano de direitos humanos, levantando a hipótese de que a teoria da margem – apesar de ter germinado, inicialmente, no sistema europeu de proteção dos direitos humanos – também poderia ter aplicação no âmbito da sistemática da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Silva Neta, 2023, p.14).

2.3 A teoria da margem de apreciação nacional e sua importância no sistema interamericano de direitos humanos

Diferentemente do que foi previsto na Convenção Europeia de 1950, o sistema interamericano de direito humanos – regido pelo Pacto de São José da Costa Rica de 1969 – não comporta previsão legal expressa do uso da teoria da margem de apreciação nacional, nem no caso da Comissão e nem da Corte Interamericana mencionada. Dessa forma, parte da doutrina se divide quanto à possibilidade de sua aplicação no sistema interamericano.

Enquanto que Schafer, Previdelli e Gomes (2018, p.334) defendem que, apesar de não haver a previsão expressa da doutrina na Convenção Americana de Direitos Humanos, é totalmente possível a sua aplicação no âmbito do referido sistema de proteção dos direitos humanos, tendo em vista que quando o tribunal opta pela sua aplicação no caso em concreto, tem como finalidade principal garantir a máxima proteção destes direitos. Logo, a não tipificação expressa no Pacto de São José da Costa Rica não representaria qualquer óbice para a sua utilização pela Comissão ou pela Corte referida.

Por outro lado, Trindade (2003, p.306-307) entende que a falta de previsibilidade normativa da doutrina da margem constituiria um óbice para o seu uso no sistema interamericano, independentemente da finalidade da sua utilização pelos órgãos que compõem este sistema.

Além da doutrina referenciada, a Corte Interamericana já se manifestou no sentido de possibilidade de aplicação da margem de manobra em seus julgamentos, contudo, o que se percebeu é que a Corte indicada procura utilizar a teoria da margem, mas controlando o campo de sua aplicação nos casos em concreto, isto é, se esta teoria seria aplicada em sua totalidade ou não, bem como o âmbito e os direitos que permitem o seu uso (CIDH, 2017, p. 81-82).

A título exemplificativo pode-se citar a Opinião Consultiva de nº. 04/1984 e a de nº. 24/2017, ambas emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), como julgamentos importantes para a aplicação da teoria da margem nesta sistemática.

No primeiro caso, a Corte analisou a possibilidade da utilização da doutrina da margem para reconhecer que o Estado teria o poder de determinar suas regras de naturalização para os não nacionais e compreendeu que o ente público estaria autorizado neste sentido (CIDH, 1984, p.17).

Em outro prisma, na emissão da Opinião Consultiva de nº. 24/2017, a Corte controlou o âmbito de aplicação da margem de manobra, determinando que deve haver o reconhecimento dos direitos humanos em prol da comunidade LGBTQIA+, porém, apesar da proteção ampla dos seus direitos, quem determinaria a forma de tratamento destes preceitos no âmbito doméstico seria o próprio Estado (ou seja, o órgão internacional aplicou a doutrina da margem e determinou que sua incidência só ocorria para cuidar do tratamento destes direitos pelo ente público em sua órbita interna) (CIDH, 2017, p.12)

Diante disso, “[...] cabe destacar que os assuntos a respeito dos quais a Corte exerce suas competências, também podem incluir aspectos que integram a jurisdição interna, [...] também conhecida como margem de apreciação dos Estados” (CIDH, 2017, p. 85).

Por meio do que foi exposto, nota-se que a aplicação da teoria da margem no sistema interamericano ainda aparece de maneira tímida, quando comparada com o seu uso pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, pois enquanto que desde 1979 a doutrina da margem era aplicada por esta corte judicial, as primeiras menções sobre sua existência no sistema interamericano se deu apenas no ano de 1984.

Assim, torna-se importante compreender que apesar de não haver ainda sua previsão legal expressa na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), a margem de manobra também corresponde a uma realidade interamericana, em especial quanto à proteção dos direitos humanos. Logo, a teoria da margem (por meio do conteúdo das referidas Opiniões

Consultivas) corresponde a um mecanismo de proteção dos direitos humanos, independentemente, do sistema de proteção analisado.

2.4 A universalização e a relativização dos direitos humanos frente à teoria da margem de apreciação nacional

A dicotomia entre o universalismo e o relativismo dos direitos humanos gravita em torno da concepção que é adotada para definir como tais direitos devem ser interpretados, protegidos e aplicados pelos Estados. Sobre isso, Cardoso (2004, p.12) aponta que:

As normas e os princípios de Direito estabelecido por precedente legal ou por decisão judicial nunca foram tratados como vertentes conclusivas, mas como hipóteses de trabalho continuamente submetidas a novos testes [...].

Logo, enquanto que o universalismo possui tendências mais voltadas ao liberalismo clássico, a relativização dos direitos humanos cobra do intérprete a observância de alguns elementos definidores do âmbito de proteção destes direitos, percebendo outros critérios norteadores de sua aplicação, como a cultura de um povo ou suas peculiaridades.

Porém, nem sempre foi assim. A origem da discussão da dicotomia entre “universalismo” e “relativismo” se deu com a sedimentação dos ideais jusnaturalistas (e, posteriormente, juspositivas):

O jusnaturalismo moderno, presente na criação dos cursos jurídicos em nosso país, é uma revitalização, um desenvolvimento doutrinário e uma difusão pedagógico-cultural da multissecular crença na existência de um Direito Natural. Foi elaborado durante os séculos XVII e XVIII e buscou responder ao deslocamento do objeto de pensamento, da natureza para o homem, que caracteriza a modernidade (Lafer, 1988, p.37).

Enquanto que o primeiro acreditava na existência de uma ordem natural (direitos naturais), os juspositivas – como Hans Kelsen (1998) – defendiam que algo só poderia ser considerado um “direito” se fosse assim reconhecido pelo Estado em suas legislações, ou seja, o direito era apenas o que estaria escrito (Bonavides, 2019).

Logo, Kelsen (1998, p.12) defendia esse ideal juspositivista, uma vez que tal pensamento era originado da Escola de Exegese² e primava por acreditar que o Direito se traduzia apenas na utilização da legislação, não podendo a ciência jurídica “se misturar” com outras áreas do conhecimento (uma tentativa de manter a noção da ciência forense como algo

² Com início no século XIX, inaugurou-se com a confecção do Código Civil Napoleônico de 1804, também tendo servido para germinar as sementes do pensamento positivista no âmbito jurídico, posteriormente.

puro, também com influência direta do positivismo jurídico³). Nesse sentido, o magistrado apenas seria quem proferiria a lei (ou seja, a boca da legislação).

Segundo o próprio Kelsen (1998, p.83): “a Teoria Pura do Direito, como específica ciência do Direito, concentra – como já se mostrou – a sua visualização sobre as normas jurídicas e não sobre os fatos da ordem do ser [...]”. No mesmo sentido, Schmitt (2006, p.13) defendia que “a norma necessita de um meio homogêneo. Essa normalidade fática não é somente um ‘mero pressuposto’ que o jurista pode ignorar. [...] Não existe norma que seja aplicável ao caos. A ordem deve ser estabelecida [...]”.

Com isso, a necessidade de defender uma ciência jurídica pura acabou exigindo, inclusive, a promoção da ideia de que se a solução para determinado litígio, levado à apreciação do Poder Judiciário, não tivesse previsão na legislação, o juiz não poderia decidir-lo. Dessa forma, a figura do magistrado não poderia decidir um caso em que a própria lei foi omissa para a sua solução.

Por conseguinte, tal mentalidade essencialmente juspositivista foi apenas superada após o evento da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), pois a comunidade internacional se viu diante de atrocidades cometidas contra grupos minoritários, como judeus, utilizando-se (nesse caso, a Alemanha de Adolf Hitler) a legislação para justificar tais atos.

Assim, com a intenção de reavaliação de tal cenário advindo da Segunda Guerra Mundial, o movimento universalista dos direitos humanos vinculou-se à ideia de que o Estado deve proteger um núcleo mínimo de direitos e garantias fundamentais, na órbita nacional e internacional, enquanto comunidade de países (e independentemente da nacionalidade do indivíduo).

O liberalismo clássico, como o defendido por Mill (2018, p.16), por exemplo, acredita que a universalização dos direitos humanos corresponde a um meio de definir tal núcleo inatingível da liberdade humana e em face do ente público.

Assim, a universalização seria assegurar a referida esfera de direitos e garantias mínimas em prol das pessoas e independentemente de qualquer condição, estendendo-se tal proteção – inclusive – para os apátridas. Consoante a isso, Salgado (2023, p.239) aponta que:

³ Surgido através da Escola da Exegese, o positivismo jurídico tinha a principal finalidade de “purificar” o direito, em uma perspectiva de taxá-lo e restringi-lo apenas à lei, no sentido de conceder segurança jurídica ao aplicador do direito. Não se permitia que a ciência forense se comunicasse com outras áreas do saber, tendo em vista este objetivo de “purifica-lo”. Um dos principais expoentes desta linha de pensamento é Hans Kelsen e Carl Schmitt. A ideologia positivista foi a responsável por contribuir com a formação dos regimes nazista e fascista durante a Segunda Guerra Mundial. No final do pós-guerra, discutiu-se a necessidade de abrir o núcleo jurídico da legislação para outras formas de aplicação e ponderação da legislação, como o uso de princípios e valores, defendido pelo neoconstitucionalismo.

A defesa dos direitos naturais passa pela reivindicação do *status* de ser humano para todos, exaltando a universalidade da humanidade e reconhecendo a necessidade de se conferir um tratamento compatível com esta natureza.

No mais, a universalização dos direitos humanos propõe a construção do ideal de “direitos humanos” de acordo com a manutenção de um núcleo mínimo de direitos e garantias em prol dos indivíduos (e em face da máquina estatal) (Catão, 2017, p.54).

Essa ideia é vinculada ao pensamento eurocêntrico, o qual propõe não realizar distinção dos destinatários de tais direitos, ou seja, independentemente do local em que o indivíduo se encontre, bem como a nacionalidade que ele detém, todo o ser humano seria possuidor deste núcleo mínimo de direitos e garantias.

Contudo, Comparato (1978, p.521) afirma que não se pode negar a relação direta entre a forma jurídica e a realidade social, motivo este que – em algumas situações – o próprio jurista tem certa resistência em se “mover” dentro dessas mudanças, ou seja, de acompanhar e adequar o direito às novas reivindicações sociais.

E é exatamente esta ideia de “universalização” que a proposta do liberalismo clássico se encontra: a proteção em face do ente público da própria esfera de liberdade humana, isto é, a proteção dos direitos e garantias essenciais seria uniforme para todos. Sobre esse contexto, Ferrajoli (2002, p.730) ensina que os direitos fundamentais universais “[...] não o são não só, [...] porque nunca realizados perfeitamente por todos e uma vez por todas e por isso permanentemente normativos mas, também, porque dizem respeito igualmente a todos”.

Importante mencionar, mais uma vez, que a concepção universalista dos direitos humanos foi fortemente propagada pela própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual procurou resgatar a ideia de cooperação internacional entre os países - pacificando e universalizando os direitos – com a finalidade de evitar as atrocidades que foram cometidas pelos regimes nazista e fascista durante a Segunda Guerra Mundial.

No mais, “[...] foi através desse cenário de holocausto que se viu a necessidade de fortalecer os laços entre os países que compõem o globo, bem como desenvolver um mecanismo internacional de controle e consolidação dos denominados ‘direitos humanos’ [...]” (Silva Neta; Catão, 2023b, p.85). Assim, a Declaração mencionada profere que haja “[...] o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis [...]” (ONU, 1948, p.01).

Na mesma seara, “[...] que os povos das Nações Unidas reafirmam, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do ser humano, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher [...]” (ONU, 1948, p.01). Tal entendimento,

inclusive, simetricamente é reproduzido pela Convenção Europeia de 1950, onde esta anuncia que se destina “[...] a assegurar o reconhecimento e aplicação universais e efetivos dos direitos nela enunciados [...]” (TEDH, 1950, p.05).

Por meio desse encontro entre o direito interno dos Estados e o direito internacional é que se consolida a denominada “teoria da máxima proteção (ou efetividade) dos direitos humanos”, pensamento este que defende que tais direitos devem ser protegidos da maneira mais ampla possível com o intuito de atingir o maior número de indivíduos para resguardar a proteção de tais preceitos (Silva; Ormelesi, 2015, p.05).

Sobre isso, Dória e Cardoso (2020, p.05) apontam que essa técnica de proteção integral dos direitos humanos também confere “[...] tangibilidade ao princípio da primazia da norma mais favorável com relação à proteção dos direitos humanos”, independentemente de onde esteja localizada tal norma (nacional ou internacional).

Além disso, a máxima proteção dos direitos humanos possui relação direta com o ideal universalista de proteção dos referidos direitos, tendo em vista que não há distinção de alcance em relação aos seus destinatários, devendo a pessoa que esteja, por exemplo, ou na Europa ou na América Latina, como depositária dos mesmos direitos e garantias fundamentais (Mendonça Filho; Jaborandy, 2018, p.02).

Outro ponto que a referida teoria da máxima proteção dos direitos humanos defende é que tal salvaguarda de direitos deve ser feita por meio do documento (seja nacional ou internacional) que mais os proteja. Por meio disso é interessante perceber que não haverá, aqui, uma prevalência da legislação de um determinado Estado se houver a previsão de ampla proteção dos direitos humanos em algum diploma internacional (Piovesan, s.d.).

E isso acabou acontecendo, por exemplo, no Brasil, quando o Supremo Tribunal Federal realizou o controle de convencionalidade em relação à prisão civil do depositário infiel, por meio da Súmula Vinculante nº. 25⁴. Assim, enquanto que na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LXVII⁵ há proibição expressa de prisão civil (salvo no caso do devedor de alimentos e do depositário infiel), o art. 7º, item 7⁶, da Convenção Americana de Direitos Humanos declara que ninguém poderá sofrer prisão civil, apenas nos casos de dever obrigação alimentar (Pereira, 2024, p.120).

⁴ É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.

⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

⁶ 7. Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Por meio disso, nota-se que o disposto ao longo da Convenção Americana de Direitos Humanos é o dispositivo que abrange uma maior proteção do indivíduo em relação à prisão civil, devido a isso, o Supremo Tribunal Federal fez prevalecer o entendimento da citada Convenção (em detrimento da Constituição Federal de 1988), o que significou que apesar de tal modalidade de prisão civil do depositário infiel ainda constar no art.5º, inciso LXVII, o diploma que deve prevalecer – no tocante a isso – é o que está tipificado no art.7º, item 7, da citada Convenção. Esse fenômeno, inclusive, também abarca a questão de realização da mutação do texto constitucional, onde se manteve a escrita do inciso LXVII (do art.5º), mas o seu significado foi alterado (Pereira, 2024, p.120).

E isso é um evidente caso de utilização da teoria da máxima proteção dos direitos humanos, uma vez que havendo a prevalência da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Supremo Tribunal Federal procurou aplicar aquele dispositivo legal que mais protegeria o indivíduo de prisões civis e, nesse ambiente, seria o da Convenção.

Todavia, há críticas quanto à adoção de tal teoria na proteção dos direitos humanos, principalmente no tocante há existência de um pluralismo jurídico na ordem nacional e internacional (ou seja, que o Direito não pode ser compreendido apenas como um único sistema, englobando a seara nacional e a seara internacional):

Nesse sentido, não se trata de definir um conceito ou uma categoria abstrata de direito antes de se realizar a análise científica que visa verificar a sua ocorrência numa realidade concreta. Isso porque, ao longo do tempo e em diferentes espaços e dinâmicas sociais, os indivíduos têm definido e articulado o direito em termos culturais significativamente heterogêneos (Araújo, 2024, p.23).

Logo, o relativismo dos direitos humanos (ou o relativismo cultural) emprega o sentido de defesa destes direitos de acordo com outra noção: a de se vislumbrar o modo como a proteção daquele direito ou garantia será dada de acordo com a realidade de cada país (Catão, 2017, p.54). O elemento que mais prepondera aqui é a cultura (por isso que também se chama tal situação como de “relativismo cultural”) e que representa a noção de pertencimento de algo pelo ser humano (Eagleton, 2011, p.68).

Neste cenário, os indivíduos teriam a proteção da sua esfera de direitos e garantias, mas de acordo com sua própria cultura, sua própria realidade, a qual este se encontra inserido. Aqui, há a proteção dos direitos inerentes à existência da pessoa, mas o núcleo mínimo de sua proteção pode ser redefinido de acordo com a realidade em que o indivíduo se insere. Isso demonstra que a proteção pode não vim a ser uniforme dentro do conceito de “relativismo cultural”.

Nesta seara, “[...] a ideia de relativismo cultural está implicitamente associada à de evolução multilinear. A unidade da espécie humana, [...] não pode ser explicada senão em termos de sua diversidade cultural” (Laraia, 2001, p.38). Inicialmente, o próprio termo “cultura” pode sofrer alguma espécie de alteração de significado a depender do tipo de referencial que é adotado para o seu enquadramento. Além disso, questiona-se até que ponto um direito ou uma garantia humana pode sofrer uma relativização da sua proteção pelo Estado e, ao mesmo tempo, o ente público promover o seu resguardo contra a sua própria intervenção na esfera de liberdade humana.

Destarte, Catão (2017, p.49) ainda aponta a existência, dentro do relativismo dos direitos humanos, de duas variantes: o multiculturalismo e as denominadas “teorias do reconhecimento”. Assim, o critério de distinção adotado entre os dois é o emprego ou não de violência pela defesa do relativismo cultural (construção de identidade).

Essas duas vertentes representam uma reação contra o ideal de universalização dos direitos humanos, em que se emprega a defesa pelo reconhecimento de realidades distintas no tocante à própria construção de “direitos humanos” a nível internacional e no âmbito doméstico, tendo em vista a possível influência direta do pensamento eurocêntrico que dominou os ordenamentos jurídicos a partir do século XVIII.

Um dos momentos de reação sobre isso, inclusive, pode ser visto na tentativa de construir um constitucionalismo próprio dos países pertencentes à América Latina: o surgimento do chamado “novo constitucionalismo latino-americano”. Logo, “o Novo Constitucionalismo Latino-Americano (NCL) é um movimento histórico que proporcionou transformações nas estruturas jurídico-normativas do subcontinente latinoamericano [...]” (Gorczewski; Araújo, 2023, p.82).

Assim, “o movimento trouxe como ideia primordial a reforma das constituições latino-americanas com base nos elementos nacionais da realidade do continente [...]” (Silva Neta, 2023, p.12). Esta espécie de constitucionalismo, a título exemplificativo, defende a necessidade de construção das constituições e dos ordenamentos jurídicos (como um todo) dos países que antes eram colônias da Europa e que precisam tipificar direitos e garantias de acordo com sua própria realidade política, econômica e social. Inclusive, um dos traços que esta espécie de constitucionalismo defende é a valorização dos elementos nacionais, como o

reconhecimento da Mãe-terra (ou *Pacha Mama*) como um sujeito de direitos na Constituição do Equador de 2008⁷.

Superada essa tentativa de exemplificação do relativismo cultural como um mecanismo de resistência contra o ideal de universalização dos direitos humanos, o qual possui uma carga eurocêntrica, torna-se essencial a compreensão – agora – de como se dá a percepção do multiculturalismo e das teorias do reconhecimento dentro do contexto do relativismo dos direitos humanos.

Dessa forma, o multiculturalismo propõe a ideia de existência de várias culturas, as quais se reconhecem entre si como realidades diferentes. Logo, havendo realidades distintas, a aplicação da proteção dos direitos humanos também acabaria sendo distinta. No mais, “[...] para a teoria relativista os direitos humanos sofrem influências culturais, devendo ceder espaço para as manifestações culturais de um povo” (Soares; Ligerio; Centurião, 2022, p.222).

Não haveria aqui o entendimento de que o resguardo de tais direitos deveria acontecer de maneira uniforme, uma vez que se estaria tratando de realidades diferentes, as quais exigem a aplicação da ciência jurídica de acordo com este contexto. Consoante a isso, Eagleton (2011, p.71) expõe que “[...] a sociedade é constituída por culturas distintas e, em certo sentido, não é nada além disso; entretanto, ela é também uma entidade transcendente chamada ‘sociedade’ [...]”. Em outro prisma, as “teorias do reconhecimento” propõem o emprego da luta (violência) pelo reconhecimento das culturas que não são reconhecidas como culturas por outros povos.

O próprio direito humano destas culturas é serem identificadas como culturas. Logo, não haveria essa linearidade de percepção entre as culturas, como o próprio universalismo defende. Portanto, “quando esse reconhecimento é negado, quando há uma ruptura na relação de reconhecimento, surgem as lutas sociais” (Cavicchia, 2021, p.08).

Além disso, “o horizonte da (teoria de) luta por reconhecimento é a formação da identidade. Por meio de um processo conflituoso, o indivíduo busca o reconhecimento do outro para construir sua identidade social” (Cavicchia, 2021, p.08). Além disso, Honneth (2009, p.191) também ensina que “a imposição de cada nova classe de direitos fundamentais foi sempre forçada historicamente com argumentos referidos de maneira implícita à exigência de ser membro com igual valor da coletividade política”.

Um exemplo concreto dessa realidade relativista é a realidade dos povos do Oriente Médio, com o Irã. Segundo Rezende (2009, p.25), há uma ideia de que tais povos seriam

⁷ Art. 72.- A natureza tem direito à restauração. Essa restauração será independente da obrigação do Estado e das pessoas físicas ou jurídicas de indenizar indivíduos e grupos que dependem dos sistemas naturais afetados.

contrários ao ideal de universalismo dos direitos humanos, sempre havendo uma rotulação de “dogmáticos”, “autoritários” ou “conservadores”, quando – na verdade – a sua realidade é pautada em outros elementos (e não necessariamente os da Europa):

Relembrando, o relativismo nos diz que tudo o que acreditamos está certo para nós mesmos, independente do que a outra pessoa acredita, e consequentemente esse ato marginaliza todos os outros pontos de vistas (exceto o nosso). Mas também colocamos um ponto que, desde que protejamos contra aqueles argumentos que nos guie em direção oposta àquilo que realmente acreditamos, o relativismo põe-se num lugar de neutralidade, onde nos deixa livres para conhecer outras formas de pensamentos (Rezende, 2009, p.26).

Nesse contexto, os exemplos são muitos (e referentes a estas concepções culturais distintas): como a proibição do uso de bebidas alcoólicas pelos muçulmanos, a possibilidade de pena de morte (a qual é justificada por meio das leis islâmicas), a proibição da inovação dentro de sua própria religião, o uso de burcas pelas mulheres (ou até mesmo o véu) (Rezende, 2009, p.42).

Todavia, Ri e Antônio (2017, p.281) ensinam que:

[...] de um ponto, o relativismo é inclusivo por compreender as peculiaridades de cada cultura, seu trajeto histórico e social, porém de outro lado, pode vir a ser excludente em relação aos indivíduos e coletividades vítimas de violações de direitos à pessoa humana, sem que a comunidade internacional possa tomar quaisquer providências.

E é por meio deste contexto que se insere a doutrina da margem de apreciação nacional, pois a depender do modo como esta é aplicada, a decisão emitida pelo tribunal internacional pode se aproximar mais de uma universalização do que de uma relativização dos direitos humanos, a depender das consequências jurídicas que são produzidas pela decisão tomada pelo tribunal internacional, bem como os elementos que justificam a aplicação da margem de manobra no caso em concreto.

2.5 Considerações iniciais sobre os principais julgamentos envolvendo a doutrina da margem pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Ao longo do seu desenvolvimento no sistema europeu de proteção dos direitos humanos, a teoria da margem de apreciação nacional foi mencionada – de maneira expressa – em cerca de seis julgamentos, como já visto anteriormente, sendo eles: “Engel e outros vs Holanda” (Pedido de nº. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72), “Handyside vs Reino Unido” (Pedido de nº. 5493/72), “*Sunday Times vs Reino Unido*” (Pedido de nº. 6538/74), “Cossey vs Reino Unido” (Pedido de nº. 10843/84), “Goodwin vs Reino Unido” (Pedido de nº. 28957/95) e “Konrad vs Alemanha” (Pedido de nº. 35504/03).

Na análise dos litígios, a doutrina da margem era invocada, normalmente, pelo Estado como maneira de justificar o seu comportamento comissivo ou omissivo diante de um determinado direito que era alegado (pelo particular) como violado pelo ente público, através do referido comportamento positivo ou negativo.

Além de invocar a margem de manobra, a máquina estatal atrelava a necessidade do seu reconhecimento e de sua utilização pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos com algum artigo que continha em sua legislação doméstica, onde este era combinado com uma disposição normativa da própria Convenção Europeia de Direitos do Homem, na tentativa de reafirmar que o uso da referida teoria – por parte do Estado, como forma de indicar o seu comportamento – tem total amparo legislativo interno e internacional.

Outro ponto que é essencial de indicar nessa análise preliminar é que o ente estatal, quando se defende pleiteando a utilização da teoria da margem de apreciação pelo Tribunal Europeu, requer a incidência integral da teoria da margem, não havendo pedidos no sentido de “controlar” o âmbito de aplicação da margem de manobra. Assim, o Estado (nesses seis julgamentos indicados) defende o uso total da doutrina da margem pela corte internacional e, claro, em favor da máquina pública.

Por outro lado, o particular que alega a violação do seu direito pelo Estado, no âmbito internacional, procura o não reconhecimento da margem de manobra. Na verdade, o indivíduo pleiteia o afastamento do uso da teoria da margem pela Corte Europeia, em uma tentativa de fazer prevalecer o seu direito que – segundo o particular – estaria sendo violado pelo Estado. No mais, o reconhecimento da teoria da margem no contexto de busca pela defesa dos direitos dos particulares (pessoas) seria algo que deveria ser afastado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Diante desse cenário, havendo a utilização da doutrina da margem por parte da corte internacional, a conduta do Estado (comissiva ou omissiva) não seria considerada como violadora do direito humano posto em questão. Todavia, caso haja o afastamento desta teoria pela Corte Europeia, existe o reconhecimento da violação do direito humano do particular pelo Estado.

Em tese, a aplicação (ou não) da teoria da margem de apreciação nacional pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos deve buscar uma única finalidade: a de garantir a máxima proteção dos direitos humanos que são regulamentados na seara internacional e através da Convenção Europeia de Direitos do Homem (em consonância, também, com a primazia da proteção integral dos direitos humanos).

Com isso, os principais direitos colocados para a análise do Tribunal Europeu de Direitos Humanos nos referidos casos, em linhas gerais, são: o direito de liberdade de expressão (artigo 10º da Convenção Europeia de 1950), o direito à proteção da vida privada e familiar, bem como de casamento entre pessoas homoafetivas (artigos 8º, 12 e 14, todos da mesma Convenção citada) e o direito ao acesso à educação (em especial da possibilidade do ensino domiciliar), previsto no art. 2º do Protocolo de nº. 2 da Convenção Europeia.

A partir da análise das controvérsias, a Corte Europeia de Direitos Humanos procura se utilizar do critério da proporcionalidade e da ponderação para decidir sobre a utilização da teoria em tela no caso em concreto, ou seja, o seu âmbito de aplicação (margem). Inclusive, tal critério chega a ser mencionado de forma expressa pelo órgão internacional, como no caso “*Sunday Times vs Reino Unido*” (TEDH, 1979, p.35).

A proporcionalidade, assim, seria utilizada pelo Tribunal Europeu para decidir os limites de incidência da margem de manobra em detrimento da proteção do direito humano em questão (liberdade de expressão, proteção à vida privada e familiar, equidade no casamento de pessoas homoafetivas e heteroafetivas, bem como de acesso à educação por meio do ensino domiciliar), determinando o controle de sua aplicação e, conseqüentemente, a manutenção (ou não) da decisão proferida pelo Estado anteriormente, pois:

A principal questão sobre a qual se pretende reflectir nas linhas que se seguem é, dentro deste contexto, a da relação entre a proporcionalidade e a margem de apreciação na jurisprudência do TEDH, tentando averiguar se essas duas esferas constituirão uma equação do direito público europeu (XIII Encontro de Professores de Direito Público, 2021, p.104).

Dessa maneira, a corte internacional percebe a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da restrição ou não do direito por parte do ente público e, aplicando a doutrina da margem, afasta a decisão tomada pelo Estado (não prevalecendo a margem de manobra) ou a repele, de forma total ou parcial (prevalecendo o conteúdo da teoria).

Destarte, de forma geral, o princípio da proporcionalidade pode ser compreendido como aquele em que:

[...] a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza (Alexy, 2008, p. 116-117).

Isso significa que há uma relação direta entre a proteção dos direitos humanos por uma corte internacional e a aplicação do princípio da proporcionalidade nesses três níveis (ou “degraus”): a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito.

Em relação ao primeiro nível (necessidade), o juízo percebe – na aplicação da proporcionalidade – se a adoção de determinada medida é necessária ou não com contexto, o que significa que examinam se certo direito deve ser restrito em relação ao outro, por exemplo. Após tal análise, a adequação exige do magistrado a adoção do melhor meio para a concretização da necessidade identificada anteriormente. Depois de tais etapas, a proporcionalidade (em sentido estrito) é quem determinará qual dos direitos, postos em xeque, que irá prevalecer em relação ao outro e em que medida, por meio da ponderação.

Nas palavras de Moraes (2022, p.08), “a proporcionalidade, no Estado Democrático de Direito, surge como pilar do direito constitucional moderno, funcionando como a medida da legitimidade dos atos do poder público, evitando medidas arbitrárias e desarrazoadas”, isto é, exige-se do próprio Estado tal postura equilibrada dos melhores meios e fins na gestão dos seus próprios atos (inclusive pelo próprio Poder Judiciário em suas decisões).

Ainda nesse sentido, há autores que defendem o exame, além da necessidade, da adequação e da proporcionalidade (em sentido estrito), também, a verificação da finalidade legítima da ação por parte do ente estatal (ou seja, a tomada de decisão dentro dos parâmetros legais) (Sampaio, 2021, p. 395).

Enquanto utilizado (a proporcionalidade) como critério para controlar o campo de incidência da doutrina da margem, as decisões que foram proferidas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos nestes casos mencionados, também, acabaram trazendo consequências jurídicas para a realidade. Um exemplo disso foi a mutação constitucional⁸ do artigo 12 da Convenção Europeia de Direitos do Homem, após o julgamento do litígio “Goodwin vs Reino Unido” em 2002, em que os termos “homem” e “mulher” contidos no comando normativo passaram a ser interpretados de forma ampla, não apenas em uma concepção biológica (como anteriormente ocorria no Reino Unido) (TEDH, 2002).

Outra consequência possível de se apontar, de forma preliminar, foi o reconhecimento por parte da Corte Europeia de Direitos Humanos de que apesar do artigo 10º prever que o direito de liberdade de expressão poder ser limitado por lei do país (TEDH, 1950, p.12), o Tribunal Europeu decidiu que em países que tenham uma cultura jurídica voltada aos costumes, estes podem balizar a incidência de direitos, apesar de não serem leis (TEDH, 1979). Foi exatamente o que se decidiu em “*Sunday Times vs Reino Unido*”.

Assim, quanto mais consequências jurídicas que promovam a proteção de tais direitos, sem qualquer distinção, mais se aproximaria do universalismo do que do relativismo,

⁸ Técnica de interpretação consolidada pelo pensamento neoconstitucionalista onde se consiste em não alterar o texto da legislação, apenas atribuindo outro sentido hermenêutico a este.

enquanto que sobre o relativismo, a decisão proferida pelo Tribunal Europeu protegeria os direitos humanos de acordo com alguma peculiaridade ou característica local do país envolvido no litígio.

Com isso, passa-se para a análise pormenorizada dos seis casos colacionados anteriormente, com a intenção de identificar se a teoria da margem de apreciação nacional, uma vez aplicada pela Corte Europeia, promove a universalização ou a relativização dos direitos humanos.

3 ASPECTOS GERAIS SOBRE O SURGIMENTO E A REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA EUROPA

É – intrinsecamente – da natureza humana a busca pela comunicação com os seus semelhantes. Porém, o ato de comunicação não se limita apenas à troca de informações entre os indivíduos, já que o processo de assimilação para tal ato começa de forma interna (literalmente, dentro da própria pessoa) para haver uma evolução externa de difusão.

Isso significa que o ato de se comunicar é algo constante no ambiente humano. Todavia, tal fenômeno não é algo recente, já que sempre acompanhou a evolução do corpo social e, graças aos movimentos posteriores ao ano de 1215, o ato de se comunicar começou a ganhar especial destaque para o próprio ente estatal (principalmente, na necessidade de protegê-lo) e passou a ser intitulado, dessa maneira, como o direito de liberdade de expressão.

Frisa-se que o ano de 1215, historicamente e juridicamente, correspondeu a um importante marco na construção dos conceitos normativos que possuímos em pleno século XXI, como “constituição” e “direito”. Em linhas gerais, o referido ano foi o momento em que a classe burguesa acabou impondo ao Rei João sem Terra (da Inglaterra) a necessidade de assinatura de um documento formal (constituição) que acabasse prevendo limites para o agir da monarquia absolutista da época, já que a burguesia – bem como as demais castas que não pertenciam nem a aristocracia e nem a monarquia – acabavam sendo submetidas à arbitrariedades ou discricionariedade do poder estatal (representado pela figura do monarca referido).

Dessa forma e após a sua assinatura, os movimentos posteriores, como o Iluminismo (século XVIII), a Revolução Francesa (1789), a confecção da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a Constituição de Weimar (1919), entre outros; acabaram primando pela existência de diplomas normativos que servissem para controlar e tipificar a

conduta do Estado em face do indivíduo (bem como a proteção deste em relação aos seus semelhantes).

Porém, o que significa este direito de se expressar? Quais as suas dimensões de concepção? Inicialmente, para que haja a efetiva compreensão de como se deu o seu surgimento em solo europeu, torna-se necessária a compreensão da amplitude do que vem a ser considerado, juridicamente, o direito de liberdade de expressão.

Conforme o que ensina Bonavides (2019, p.577), “os direitos de primeira geração são os direitos de liberdade [...], a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem [...] àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente”, ou seja, o direito de liberdade de expressão acabaria por corresponder a um direito de primeira dimensão, pois pertenceria ao gênero “liberdade” (e a associação do seu sentido como um direito individual).

Assim, os direitos de primeira dimensão (ou geração) são aqueles considerados como um “não fazer” ou, em uma linguagem mais simples, como um “não faça isso ou aquilo, Estado”. Logo, correspondem a deveres de abstenção do ente público como forma de proteger a esfera de liberdade da pessoa. São considerados também como direitos individuais, em que se é valorizada a figura do indivíduo enquanto particular (uma vez que a concepção de direitos sociais e coletivos acabou sendo consolidada posteriormente, com a segunda dimensão de tais direitos, como segurança, saúde, previdência, entre outros).

Ainda nesse sentido, Longo e Molek (2021, p.03) expõem que:

Nos países europeus, a situação atual da liberdade de expressão é influenciada tanto pela longa tradição de pensar a liberdade de expressão (como esse direito humano costumava ser chamado na época do Iluminismo por filósofos como Defoe e Voltaire) quanto pela experiência mais atual de regimes totalitários ou autoritários causando múltiplas violações dessa liberdade por trás de uma cortina de sua proteção legal formal.

Por outro lado, Barroso (2019, p.494) também tenta conceituar o que viria a ser o direito à liberdade de expressão, atrelando a sua concepção a um direito fundamental. Segundo Barroso (2019, p.494), o referido direito de se expressar corresponde a um preceito normativo que visa à proteção do indivíduo em face do ente público (sendo um direito subjetivo) além de marcar a ascensão política e econômica da burguesia.

Ainda em uma tentativa de conceituação, Coelho (2006, p.227) alerta para a necessidade de interpretar tais direitos (os de primeira dimensão, como o da liberdade de expressão) de acordo com a experiência, os conflitos sociais e as suas respectivas tentativas de solução para tais litígios, isto é, a concepção e o âmbito do direito à liberdade de expressão

devem ser interpretados de acordo com a autopeiose do sistema normativo em que tal comando normativo pertença.

Interessante perceber que enquanto Bonavides (2019) e Barroso (2019) acabam construindo o entendimento do direito à liberdade de expressão através de uma ótica jurídica, Coelho (2006, p.182) conceitua o direito em questão associado à experiência prática (inclusive, dos conflitos sociais) e a busca por tentativas de soluções para tal fim (isto é, a proteção desse preceito jurídico).

Todavia, Lopes (2010, p.82) critica a concepção individualista e utilitarista da cultura jurídica que todos estão englobados, ensinando que “[...] o direito do indivíduo está acima do direito da comunidade, mesmo porque a comunidade propriamente dita deixou de existir, sendo substituída pelo mercado [...]”, assim “[...] o individualismo e a propriedade são o pilar de sustentação da cultura jurídica” (Lopes, 2010, p.82).

As considerações trazidas por Lopes (2010) evidencia que o entendimento do direito de liberdade de expressão – graças a sua natureza individualista e utilitarista – acaba dando prevalência à concepção do direito enquanto algo individual e não comunitário. Talvez tal hermenêutica sustentada por ele busque evidenciar que a superavaliação da pessoa enquanto um ser individual possa acabar anulando a compreensão deste direito – possivelmente – em um ponto de vista social, por exemplo.

Neste cenário, afirma-se que: “quando falamos em liberdade de expressão, referimo-nos à faculdade individual de emissão do pensamento sem censura ou proibição do Estado” (Sarmiento, G., s.d., p.04). Dessa forma, a garantia do citado direito – em face da máquina estatal – também proibiria maneiras de censura que partissem do próprio Estado com a finalidade de minar a liberdade de expressão pertencente à pessoa.

É evidente que apesar de corresponder ao mesmo direito, a interpretação do que vem a ser a liberdade de expressão acaba por variar de acordo com a concepção que é posta como referencial. Todavia, tais tentativas de conceituação não se limitam apenas ao plano teórico e doutrinário jurídico, tendo tais inquietações também chegado às cortes jurídicas, como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Apesar da citada Corte Interamericana não pertencer à estrutura do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, torna-se imprescindível citar a sua contribuição para a regulamentação do direito de liberdade de expressão em um plano internacional (global).

No solo do sistema europeu de proteção dos direitos humanos – o qual, atualmente, é regido pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950 – mais especificadamente

no Tribunal Europeu, o direito de se expressar acaba ganhando duas conotações: a primeira, associada ao seu exercício e a segunda, relacionada diretamente com a concepção de que o referido direito corresponde a um pilar na defesa de uma sociedade democrática e voltada ao progresso humano (TEDH, 1976b, p.18).

Sobre isso, Harrison (2020, p. 04) expõe:

Antecipando a necessidade de uma abordagem unida para proteger os direitos humanos europeus, as liberdades são garantidas ‘independentemente das fronteiras’. Este reconhecimento da natureza sem fronteiras de certas formas de expressão é fascinante; sua inclusão parece adequada para esta era digital em que a comunicação sem fronteiras faz parte do nosso cotidiano.

Além disso, o próprio Tribunal já decidiu que a observância da efetividade da proteção à liberdade de expressão deve ser a “[...] mais adequada para realizar o objetivo do tratado” (TEDH, 1979, p.24). Isso significa que a partir da previsibilidade do direito ora exposto, deve o mesmo ser interpretado de acordo com o seu conteúdo teleológico em cada caso em concreto.

Ainda sobre sua tentativa de conceituação, a Corte Europeia também defende a possibilidade de punição pelo exercício deste direito atrelado a algum viés abusivo por quem o exerce (TEDH, 1979, p.38), uma vez que a restrição ao seu exercício pleno não pode significar, perpetuamente, a privação deste direito pertencente ao indivíduo (TEDH, 1979, p.38). Interessante perceber que o Tribunal Europeu tenta associar a possibilidade de restrição do citado direito, porém tenta trazer a concepção de que seu balizamento não pode corresponder a uma privação – perpétua, de alguma maneira – do seu exercício pelo ser humano.

Adiante, além da tentativa europeia de conceituação do direito ora aqui estudado, foi também através do julgamento da Opinião Consultiva de nº. 05/1985 que a Corte Interamericana definiu o direito à liberdade de se expressar como um preceito dotado de duas esferas: uma individual e a outra, coletiva.

De maneira geral, a citada Opinião Consultiva se tratou da análise – requerida pelo estado da Costa Rica – sobre a possibilidade de exigência do diploma para o exercício do jornalismo e sua associação a alguma instituição de classe para tal fim (CIDH, 1985).

Ao final da emissão pela Corte Interamericana, o órgão mencionado acabou reconhecendo a desnecessidade do diploma, bem como da não obrigação de vínculo do jornalista com qualquer entidade de classe como pré-requisito para o exercício de sua profissão (CIDH, 1985).

Logo, a presente discussão na Opinião Consultiva versava sobre a necessidade de exigir ou não o diploma superior de jornalismo para o exercício de tal profissão. Ao emitir sua Opinião Consultiva, o citado órgão interamericano definiu que a liberdade de expressão deveria ser interpretada em relação ao próprio indivíduo considerado em si mesmo (concepção individual) e deste como pertencente a uma sociedade (esfera coletiva, social).

Sobre o primeiro ponto (concepção individual), a Corte Interamericana considera que o direito à liberdade de expressão corresponde à possibilidade da pessoa organizar e defender seus ideais, inclusive com o manejo no uso de meios de comunicação para difundir-los (CIDH, 1985, p.10). Conforme o que decidiu a Corte: “[...] a expressão e disseminação do pensamento e da informação são indivisíveis, de modo que uma restrição das possibilidades de divulgação representa diretamente, e na mesma medida, um limite ao direito [...]” (CIDH, 1985, p.10).

Nesse sentido, o órgão jurisdicional determina que a concepção individual do direito de liberdade de expressão pode ser compreendida também como a capacidade que o ser humano possui para expressar e disseminar o seu pensamento, sendo tais ações indivisíveis (ou seja, não podem ser compreendidas de forma isolada). Por outro lado, a concepção coletiva deste mesmo direito acaba se referindo ao acontecimento de troca de ideias e informações, por meio da comunicação em massa entre as pessoas (CIDH, 1985, p.10).

Sobre isso, a Corte Interamericana determina que “para o cidadão comum, o conhecimento da opinião de outros ou das informações disponíveis para outros, como direito de divulgar os seus próprios” (CIDH, 1985, p.10). Inclusive, a interpretação do direito em tela, em sua perspectiva social/coletiva, representa essa possibilidade de cada pessoa comunicar-se com seus semelhantes, de tal maneira que haja a troca de opiniões e notícias entre os mesmos.

Mais uma vez, ressalta-se a importância de trazer a definição do direito ora estudado nas palavras do Tribunal Interamericano, pois o julgamento da Opinião Consultiva mencionada anteriormente correspondeu a um marco na concepção do direito de liberdade de expressão no âmbito internacional de proteção aos direitos humanos.

Superada as tentativas doutrinárias e jurisprudenciais do direito à possibilidade de se expressar da pessoa, agora o foco recairá sobre a evolução legalista de proteção de tal preceito nos ordenamentos jurídicos, primeiramente internacional (sistema europeu de proteção dos direitos humanos) e, após, internos (domésticos); com foco no Reino Unido e na Holanda.

Como já dito anteriormente, o direito posto em estudo pertence à categoria jurídica relacionada aos direitos de primeira dimensão, ou seja, aqueles que compõem um núcleo de exigência para a não interferência do ente público na esfera de liberdade individual do ser humano (Bonavides, 2019, p.575). Assim, o histórico de tal núcleo acaba dando a possibilidade de classificá-los como direitos de abstenção ou de “não fazer” por parte da máquina estatal. Todavia, a consolidação desse pensamento precisou ser construída a partir da eclosão de alguns principais eventos históricos na Europa, em especial na Inglaterra e na França; que permitiram defender a ideia na necessidade de reunião de todos os indivíduos que acabariam por compor o corpo social, espelhando a própria noção de Estado.

Rousseau (2009, p.34-35) retrata essa realidade da seguinte maneira: “essa pessoa comum assim formada pela união de todas as outras tinha o nome de Cidade e tem agora o nome de República ou de corpo político, o qual é chamado por seus membros de Estado [...]”.

Em solo inglês (e também na França), a difusão dos pensamentos do Iluminismo - ao longo do século XVIII - representou território fértil para germinar a defesa na existência do ente público, enquanto reunião de todas as pessoas em prol de manter a paz social. Alguns iluministas, como Thomas Hobbes (s.d.), Jean-Jacques Rousseau (2009) e Barão de Montesquieu (1996) sedimentaram a percepção de que o Estado deveria surgir enquanto garantidor da própria vida do indivíduo (Hobbes, s.d., p.122).

Além disso, também expõem a necessidade de manutenção da paz social como uma finalidade primordial para a criação e manutenção do citado ente (Rousseau, 2009, p.34-35), bem como que o seu poder fosse tripartido (apesar de continuar sendo uno), como maneira de evitar que o próprio Estado cometesse arbitrariedades contra os direitos dos particulares (Montesquieu, 1996, p.601).

Com isso, o Iluminismo foi primordial para a consolidação do pensamento jurídico, social e filosófico da necessidade de existência de um ente estatal como o principal meio para regular as relações humanas.

A principal crítica que recaía as formas de Estado na época - como Inglaterra e França - era que o governo estava nas mãos, unicamente, de uma monarquia absolutista (inglesa e, a outra, francesa) em que as decisões dos monarcas, normalmente, não eram respaldadas através de algum comando legal ou baliza para o seu exercício. Com o “efeito dominó” trazido pela confecção da Magna Carta de 1215, o Iluminismo também foi o responsável por desencadear - com o pensamento referido - uma mudança perceptível sobre “quem” e “como” deveriam ser feitos os governos, uma vez que o contexto da época (século

XVIII) justificava a manutenção do poder nas mãos do rei como algo divino (sendo, portanto, incontestável).

É diante desse cenário que o direito à liberdade de expressão é consagrado como um direito de primeira dimensão, tendo em vista que encontra relação direta com a esfera mínima dos direitos ligados à liberdade da pessoa (servindo de limite para o exercício do poderio estatal contra a pessoa) e representando uma conquista dos Estados Liberais (Brugger, 2007, p.117). Através desse cenário, “dizemos que alguém tem um direito jurídico ou uma obrigação jurídica e tomamos essa afirmação como uma base sólida para fazer reivindicações e exigências, bem como para criticar os atos de autoridades públicas” (Dworkin, 2002, p.23).

Além do Iluminismo, eventos ingleses como a edição do *Bill of Rights* de 1689, a Revolução Gloriosa (ocorrida entre os anos de 1688) e a implantação e consolidação do parlamentarismo como sistema de governo no território referido acabaram, também, correspondendo a fenômenos essenciais para a defesa do direito à liberdade de expressão em um ponto de vista doméstico e, posteriormente, internacional; uma vez que representam a ideia de defesa dos direitos de primeira dimensão (como o posto em estudo).

No mesmo sentido, a França contribuiu para tal cenário através da realização da Revolução Francesa (1789) e da emissão da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (também no mesmo ano), já que contribuíram para a instalação do parlamentarismo no território e para a defesa dos direitos de primeira geração, dentre eles o da liberdade de se expressar.

Sieyès (s.d., p.03) retrata a ascensão do parlamentarismo como o ponto culminante de participação do Terceiro Estado nos rumos do seu país, superando aquele cenário de entrave e opressão que o povo francês se encontrava na governança da monarquia absolutista anteriormente.

É interessante perceber que tanto em uma, quanto na outra realidade indicada, os direitos de primeira dimensão contribuíram para a consolidação – a nível doméstico – do parlamentarismo enquanto sistema de governo, ou seja, como o meio responsável por decidir sobre os rumos políticos, sociais e jurídicos do seu país. O parlamentarismo é a expressão máxima do direito à liberdade de expressão, pois cria todo um mecanismo em que o poder de fala – seja de uma pessoa, por exemplo, pertencente à Câmara dos Lordes ou da Câmara dos Comuns na Inglaterra – é o que dá o sustentáculo para a defesa de ideias e os seus debates entre os pares.

Bom, a nível internacional, a promulgação da Declaração de Direitos do Homem (DUDH) em 1948 – após os acontecimentos que gravitaram em torno da eclosão da Primeira (1914-1918) e da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) – pela Organização das Nações Unidas (ONU) representou o importante marco na implantação dos direitos da referida dimensão, agora, a nível não somente interno dos Estados.

Conforme expõe Piovesan (2012, p.04), a partir da referida Declaração “[...] começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais”. Nesse sentido, Ramos (2005, p.54) também ensina que “ao Estado incumbe, então, respeitar e garantir os direitos elencados nas normas internacionais”.

Diante disso, o corpo legal da DUDH acaba prevendo uma série de direitos e garantias fundamentais – essencialmente, de primeira geração – havendo a previsão do direito à liberdade de expressão do indivíduo logo em seu art.19⁹, o qual determina que todos os seres humanos possuem o direito de externar suas opiniões, bem como de recebê-las de outros (através de meios de comunicação).

Por meio disso, Ramos (2020, p.113) expõe que “o desdobramento do reconhecimento nacional e internacional da eficácia dos direitos humanos nas relações entre particulares é a sua invocação na vida privada transnacional”. Assim, a citada Declaração é o documento normativo internacional responsável por regular o sistema global (ou também denominado de “onusiano”) dos direitos humanos.

Em consagração à simetria de proteção a estes – e além dos sistemas internos de proteção e o onusiano – há também a sua previsibilidade de resguardo nos chamados “sistemas regionais de proteção dos direitos humanos”, dentre os quais se encontram três como já consolidados: o europeu (e considerado o mais antigo dos três), o interamericano e o africano.

Moreira (2016, p.24), ao tratar sobre a importância da proteção dos direitos humanos, afirma que estes devem representar ações norteadoras para a proteção, por parte do Estado, do que a sociedade considera como princípios fundantes dos ordenamentos jurídicos e, além disso, “servem [...] como parâmetros de aplicação e interpretação das leis, como referência para a criação de políticas públicas e como direção para a legislação” (Moreira, 2016, p.24).

⁹ Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Dessa forma, os sistemas regionais de proteção visam à manutenção dos direitos humanos (inclusive, os de primeira geração, como a liberdade) em caso de violação destes, principalmente, por parte do ente público (Souza; Castilhos, 2022, p.309). Sendo este, agora, o foco do presente estudo: como o direito à liberdade de expressão é regulamentado e protegido em sede do sistema europeu de direitos humanos?

3.1 A proteção do direito à liberdade de expressão na Convenção Europeia de Direitos do Homem de 1950

Como bem explicitado anteriormente, o direito de liberdade de expressão corresponde a um preceito que se enquadra na categoria denominada de “direitos de primeira dimensão”, tendo em vista o seu aspecto de exigência de abstenção do ente estatal para interferir na esfera de liberdade do indivíduo.

Em outras palavras, a liberdade de expressão é, ao mesmo tempo, um direito humano, pois recebe tutela direta de documentos normativos a nível internacional, como a Convenção Europeia de Direitos do Homem (1950); e também na seara interna dos Estados, através da Lei de Desacato, por exemplo, da Inglaterra; onde tenta promover a proteção do citado direito em face de opiniões públicas que possam interferir no julgamento de casos pertencentes ao Poder Judiciário (e como será aprofundado, também, posteriormente neste estudo).

O referido diploma internacional (Convenção Europeia) correspondeu a um importante marco na proteção dos direitos humanos em escala internacional, pois – além de ser considerada uma reprodução (pelo princípio da simetria) da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU – a Convenção Europeia inaugurou o primeiro sistema regional de proteção de direitos humanos: o europeu. Logo, considerado o mais antigo dos sistemas regionais, a Convenção traz em seu bojo normativo (e protocolos adicionais) a previsibilidade de direitos – essencialmente – de primeira dimensão e, em especial, o da liberdade de expressão, onde o citado diploma normativo reserva o art.10º unicamente para tutela-lo.

Sobre a Lei de Desacato, apesar de a Inglaterra possuir um histórico jurídico mais voltado para a *common law* (tradição dos tribunais), tal diploma interno do Reino Unido é um dos aparatos legislativos que visam à proteção de um julgamento imparcial pelo magistrado e a manutenção da liberdade de expressão das opiniões públicas para casos que acabam ganhando uma notoriedade no país, isto é, a referida Lei tenta equilibrar ambos os direitos (o da garantia de imparcialidade dos magistrados e o de manifestação da expressão dos particulares).

Logo, “não mais há pretensão de primazia de um ou outro, como na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas. No presente domínio de proteção, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela [...] internacional ou de direito interno” (Trindade, s.d., p.18).

Levando em consideração tais ponderações preliminares, a Convenção Europeia de Direitos do Homem representou – assim como a DUDH de 1948 – um importante marco na concepção de proteção dos direitos de primeira geração e, conseqüentemente, o direito à liberdade de se expressar do indivíduo; pois “[...] os direitos humanos possuem características emancipadoras e visam a criação de uma sociedade solidária e inclusiva, o que obviamente não era um objetivo existente em época distantes” (Ramos, 2020, p.108).

Nesta seara, a referida Convenção foi promulgada no ano de 1950 - com a instituição do sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos - sendo o principal documento internacional que regulamenta o anteparo da liberdade de se expressar, em escala regional, no continente europeu; pois “[...] os direitos civis e políticos receberam importante atenção, principalmente na Convenção para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais” (Morais, 2020, p. 201).

Logo, os responsáveis pela manutenção da sua hegemonia no referido sistema é a Comissão Europeia de Direitos Humanos e o Tribunal (ou Corte) Europeu de Direitos Humanos, sendo este último com uma função contenciosa e responsável por julgar os litígios envolvendo, principalmente, os indivíduos de possíveis violações aos seus direitos humanos por parte das máquinas estatais que aceitam a jurisdição da Corte, como o Reino Unido (Inglaterra), a Holanda e a Alemanha; a título exemplificativo.

Com isso, caso haja a violação de algum direito previsto na Convenção de 1950, a Comissão (e em especial, o Tribunal Europeu) são invocados para responder ao litígio visando à máxima proteção da efetividade do direito humano em face de sua possível violação por parte do ente público. Assim, “a função primordial das medidas de reparação é a restituição da situação jurídica infringida, cujo fundamento [...] se traduz na obrigação do Estado de reparar integralmente o prejuízo causado pelo ato internacionalmente ilícito [...]” (Machado, T., 2020, p.24).

Transportando a presente discussão para o conteúdo da Convenção Europeia, torna-se possível perceber que o citado documento internacional reserva o art.10º para tratar especialmente sobre o direito de liberdade de expressão, apesar do termo “liberdade” aparecer na Convenção por cerca de cinquenta e nove vezes e não apenas tutelando o direito à

liberdade de se expressar do indivíduo (como, por exemplo, a liberdade de reunião e de associação em seu art.11 e a proibição de discriminação, ao longo do art.14).

Para Mill (2018, p.11), “por liberdade entendia-se a proteção contra a tirania dos dirigentes políticos”, fazendo com que existisse “[...] um limite à legítima interferência da opinião coletiva na independência individual; e, para a boa condição dos assuntos humanos, tão indispensável quanto a proteção [...] é situar esse limite e defendê-los de tais invasões” (Mill, 2018, p.16).

Já inicialmente em seu preâmbulo, a Convenção traz o tratamento do direito à liberdade em três eixos principais: o primeiro, “liberdades fundamentais”, em que o referido diploma legal dispõe que tais liberdades são aquelas que correspondem às bases da justiça, da paz no mundo, do respeito aos direitos humanos e, em especial, na manutenção de um regime democrático; agora, no segundo eixo (“respeito à liberdade”) a Convenção se refere a uma tradição política, como se tal comportamento de respeito ao direito mencionado devesse ser algo incorporado à cultura (tradição) política dos Estados que compõem o sistema regional europeu de proteção; e, sobre o terceiro eixo – intitulado de “responsabilidade primária de assegurar os direitos e as liberdades definidas na Convenção” – o diploma legislativo internacional busca impor aos entes estatais que fazem parte do sistema de proteção ora estudados, responsabilidades quanto à proteção em seu território e a nível internacional, invocando, nesse ínterim, o princípio da subsidiariedade.

Destarte, ao reconhecer o princípio da subsidiariedade como norteador, logo no preâmbulo da Convenção, da aplicação do referido diploma normativo internacional, torna-se possível perceber que o legislador internacional procurou adotar o sistema pluralista de proteção dos direitos humanos (e não o monista, o qual adota a concepção de que os sistemas internacional, regional e doméstico correspondem a um único sistema jurídico, onde o internacional possuiria força cogente e impositiva em relação aos outros dois), uma vez que invoca a subsidiariedade da Corte Europeia de Direitos Humanos em comparação à jurisdição do Estado-nação (isto é, existiriam dois sistemas internacionais de proteção, mas independentes).

Nota-se, diante disso, que “a concepção contemporânea da proteção dos direitos humanos inaugurou uma nova esfera da responsabilidade quanto à sua implementação: estes deixam de ser tema exclusivo da soberania estatal-constitucional” (Fachin, 2020, p.54).

Superada as tratativas preliminares do tratamento conferido pela Convenção ao direito à liberdade (gênero), necessária se faz agora a compreensão de como o citado

documento internacional tutela o direito à liberdade de expressão em seu bojo, principalmente no tocante à sua definição e suas balizas legais.

Como já explanado anteriormente, o direito ora estudado se encontra ao longo do art.10 da Convenção Europeia, sendo o artigo subdividido em duas seções (TEDH, 1950, p.13). Na primeira seção, o legislador internacional procurou tutelar o direito à liberdade de expressão no tocante as suas duas faces, a individual e a social (ou coletiva); enquanto que na segunda seção, a Convenção traz possíveis limitações – que podem ser impostas pelo Estado – para o exercício do direito ora em tela pelos particulares.

Kulk e Borgesius (2017, p.06) definem que “o artigo 10º não protege apenas o ‘orador’, mas também o ‘ouvinte’, que tem o direito de receber informações. Como diz o Tribunal Europeu [...], ‘o público tem o direito de receber informações’ [...]”, ou seja, o referido artigo protege tanto aquele que transmite (quanto aquele que recebe) informações.

Sobre o item 1¹⁰ do art.10º, o direito de se expressar é retratado como um direito universal, em que todos os indivíduos são portadores de tal preceito (TEDH, 1950, p.12). Interessante notar que a Convenção – ao dispor do direito à liberdade de expressão como algo universal – não subordinada à acepção de uma nacionalidade, por parte da pessoa, para que a mesma seja depositária do exercício deste direito. No mais, “a liberdade de expressão se apresenta aqui não só como um veículo que leva à construção de um mercado de troca de ideias, mas também como um instrumento de formação do indivíduo e da cidadania” (Comodaro; Moraes, 2021, p.777).

Além disso – mas ainda no item 1 do artigo ora estudado – a Convenção dispõe o direito à liberdade de expressão em duas searas: a individual (entendendo como a liberdade de opinião do indivíduo) e a social (como aquela liberdade de receber e transmitir informações ou ideias, sem que haja a interferência em tal processo de comunicação) (TEDH, 1950, p.12).

Sobre este segundo ponto, o item 1 traz também que o exercício de tal direito não impede que o Estados exijam uma autorização prévia para os conteúdos que seriam transmitidos nas empresas de radiodifusão, de televisão e cinematográfica (TEDH, 1950, p.12), não se enquadrando tal previsão como uma forma de censura prévia, mas de garantia ao seu exercício. Portanto, “quando pensamos no valor democrático da liberdade de expressão, estamos pensando qual o valor das diversas práticas que compõem a democracia e qual a importância do livre discurso para preservá-las” (Camilloto; Urashima, 2020, p.12).

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.

Agora, no item 2¹¹ do art.10º, a Convenção traz a definição de possíveis formalidades, restrições, condições ou sanções que o exercício do direito à liberdade de expressão pode vir a ser subordinado (TEDH, 1950, p.12), pois como afirma Faisal (2021, p.07):

[...] o direito individual à privacidade e a liberdade de expressão são exclusivos, portanto, ambos podem ser restringidos se forem encontradas razões apropriadas conciliadas dentro da lei, servem ao propósito de proporcionar direitos e, por último, mas não menos importante, é consistente com os méritos democráticos de um determinado sistema jurídico ou sociedade.

Porém, o referido documento internacional prever que a imposição de tais balizas – pelo Estado – para o exercício do direito do ser humano a ser expressar deve atender a dois requisitos: o primeiro, que tais imposições sejam prescritas por lei, e o segundo, refere-se que as limitações devem constituir providências necessárias para se atingir a uma dada finalidade (TEDH, 1950, p.12).

Sobre o primeiro requisito que a Convenção impõe – prescrição legal – esta procura determinar que o balizamento do exercício do direito à liberdade de expressão deve ocorrer através de lei. Todavia, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos já determinou que o termo “lei” não deve ser interpretado apenas no sentido de uma legislação escrita, mas também costumeira, já que para as sociedades em que o sistema jurídico é baseado na *common law*, a cultura forense se define pelo entendimento dos tribunais (e não pela lei escrita, como em países em que se adota a sistemática da *civil law*) (TEDH, 1979, p.24).

Dessa forma, “é preciso evitar a todo custo que este direito fundamental tão importante para a vitalidade da democracia e para a autorrealização individual torne-se refém das [...] concepções sobre o ‘politicamente correto’, vigentes em cada momento histórico” (Sarmiento, D., s.d., p.03).

Nas palavras do próprio Tribunal Europeu: “o Tribunal observa que a palavra ‘lei’ na expressão ‘prescrita por lei’ abrange não apenas a lei, mas também a lei não escrita” (TEDH, 1979, p.24) e ainda acrescenta que “seria claramente contrário à intervenção dos redatores da Convenção sustentar que uma restrição imposta em virtude do direito consuetudinário não é ‘prescrita por lei’ pelo simples fato de não estar [...] na legislação” (TEDH, 1979, p.24). Dessa forma, compreende-se que a conceituação do “prescrita em lei” – e enunciado no item

¹¹ 2. O exercício destas 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 protecção da saúde ou da moral, a protecção 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.

2 do art.10º - deve hermeneuticamente também abranger as imposições feitas no sistema da *common law*, ou seja, através do direito consuetudinário (e não apenas a lei escrita).

No mais, sobre a segunda restrição que a Convenção Europeia impõe ao exercício do direito de liberdade de expressão, o diploma internacional traz uma série taxativa do que a “providência necessária” – adotada pelo ente público, ao limitar o direito citado - deve atender. Assim, a interpretação de “providência necessária” deve observar os limites da discricionariedade do Estado em impor tal baliza ao direito posto em estudo, uma vez que se refere a um conceito passível de preenchimento em seu conteúdo. Todavia, sua hermenêutica – além de observar o elemento da discricionariedade estatal para atuação – também deve atender à finalidade que se pretende atingir através dessa “providência necessária”.

Nesse sentido, a Convenção traz em seu bojo as seguintes finalidades que o Estado-nação deve adotar para restringir o exercício do direito à liberdade de expressão pelo particular, sendo elas: garantir uma sociedade democrática, a segurança nacional, a integridade territorial, a segurança pública, a defesa da ordem, 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 imparcialidade e a autoridade do Poder Judiciário do país (TEDH, 1950, p.12).

E é exatamente nesta parte que o princípio da proporcionalidade incide, tendo em vista que caberá ao órgão internacional utilizar-se de tal princípio para delimitar o campo de incidência do direito e a baliza ao seu exercício pelo Estado ou o indivíduo (XIII Encontro de Professores de Direito Público, 2021, p.106).

Sobre a primeira finalidade – sociedade democrática – o Tribunal Europeu interpreta tal elemento, à luz do direito à liberdade de se expressar, como a garantia, para todos; do acesso às informações de interesse público (TEDH, 1979, p.34). Ou seja, não poderia o ente público limitar o exercício de tal direito pelo indivíduo caso o mesmo envolva a difusão e comunicação de informações de interesse público.

Assim, a ideia aqui é considerar que “a liberdade de expressão não existe só para proteger as opiniões que estão de acordo com os valores nutridos pela maioria, mas também aquelas que chocam e agriem” (Sarmiento, D., s.d., p.04).

A Corte Europeia, inclusive, já decidiu que: [...] o artigo 10º garante não só a liberdade da imprensa de informar o público, mas também o direito do público a ser devidamente informado [...]” (TEDH, 1979, p.34). Ainda nesse contexto, também é possível concluir, que as informações que não se enquadrem na categoria de “informações de interesse

público” podem sofrer limitações ao direito à liberdade de se expressar, como a própria Convenção Europeia explicita quando determina que o Estado pode impor restrições à liberdade de expressão para impedir a divulgação de informações confidenciais (TEDH, 1950, p.12).

Porém, a Corte Europeia não compreende que a garantia da imparcialidade e da autoridade do Poder Judiciário do ente público poderiam ser utilizadas como fundamento para limitar o direito à liberdade de expressão da pessoa, já que tal imparcialidade e autoridade não seriam essenciais para a garantia de manutenção de uma sociedade democrática (TEDH, 1979, p.35). Consoante o Tribunal Europeu, restringir a liberdade de expressão para proteger a imparcialidade e a autoridade dos magistrados não seria proporcional e nem uma necessidade social suficiente e capaz de justificar tal balizamento (TEDH, 1979, p.35).

Ainda nesse contexto, o referido órgão internacional também já decidiu que a limitação do direito à liberdade de expressão com a finalidade de proteger a honra ou os direitos de outrem também não poderia ser feita sem antes observar o tipo de informação que está sendo posta em xeque: se se tratar de informações de interesse público, mesmo que fira a honra de outrem ou provoque pré-julgamento sobre fatos relativos ao acontecimento, não pode haver a restrição do exercício do indivíduo de se expressar (TEDH, 1979, p.28).

No tocante à moral e a saúde, a Corte Europeia já definiu – principalmente – que sobre a questão da moralidade, o Estado possuiria preferência em determinar o seu conceito (de acordo com os valores e os costumes do seu próprio povo), isto é, caso a máquina estatal decida que certa ação ou omissão feriria a moralidade pública, poderia o mesmo limitar o direito à liberdade de expressão, com base na teoria da margem de apreciação nacional.

Nesta seara, “[...] cada Estado possui o seu próprio entendimento do que vem a ser o direito à liberdade de expressão. Porém, tal pluralidade não se limita ao direito interno, pois acaba [...] sendo alvo de preocupação dos diplomas internacionais de direitos humanos [...]” (Silva Neta; Catão; Rosa, 2023, p.12). Conforme a própria Corte: “cada Estado Contratante definiu a sua abordagem à luz da situação existente nos seus respectivos territórios; tiveram em conta, entre outras coisas, as diferentes opiniões aí prevalentes sobre as exigências da proteção da moral [...]” (TEDH, 1976b, p.23).

De forma conjugada, as finalidades de proteção da “segurança nacional”, da “integridade territorial”, da “segurança pública”, da “defesa da ordem” e da “prevenção do crime” já foram interpretadas pela Corte Europeia através da análise da possibilidade de restringir o direito à liberdade de expressão na seara militar (TEDH, 1976a, p.02). A Corte

Europeia, diante disso, compreendeu que o exercício do direito à liberdade de expressão pode ser restringido para evitar abusos por parte dos particulares e, em especial, dos castrenses (TEDH, 1976a, p.38), como a tentativa de minar a disciplina militar e colocar em risco elementos como a “segurança nacional” e a “defesa da ordem” (TEDH, 1976a, p.40).

Diante de tal exposição, nota-se que o atendimento das finalidades (com as “providências necessárias”) para limitar o direito de liberdade de expressão, pelo Estado, deve observar certas tratativas, como a existência (ou não) de informações de interesse público ou, até mesmo, se os conceitos envolvidos na interpretação deste direito – como “moralidade” – terão preferência de “preenchimento” por parte do ente público ou não.

Além da disposição do direito à liberdade de expressão em seu corpo textual, a Convenção Europeia – com o objetivo de resguardá-lo de possíveis violações por parte do ente público – acaba também constituindo mecanismos de proteção para este (preventivos e repressivos), como a possibilidade de recebimento de petição individuais, sem necessidade da presença de um advogado (art.34 da Convenção), a intervenção de terceiros (art.36 do mesmo diploma legal), a realização de audiências públicas (art.40 da Convenção), a fixação de reparação razoável (art.41 do referido documento normativo) e pareceres, com previsão no art.47 da Convenção referida.

Destarte, tornou-se possível depreender que o direito de liberdade de expressão, dentro da Convenção Europeia de Direitos do Homem, possui uma proteção em suas duas faces (individual e social), bem como é possível de ser limitado pela máquina estatal, caso preencha os requisitos e finalidades expostas taxativamente no art.10º, item 2, da Convenção.

Consoante a isso, Erdem (2022, p.01) indica que:

A liberdade de expressão é composta por certos elementos conectivos que são inseparáveis uns dos outros. Se algum dos elementos fundamentais que por si só não tem valor e significado estiver ausente ou se for materialmente limitado, pode impactar negativamente toda a liberdade de expressão. Além disso, a liberdade de expressão é o fundamento de outras liberdades.

Porém, será que o seu tratamento (nos sistemas jurídicos domésticos de entes estatais, como Reino Unido e Países Baixos [Holanda]) é análogo ao da citada Convenção?

3.2 A liberdade de expressão na Holanda: entre a manutenção da disciplina militar e o direito à expressão do castrense

Superada a tentativa de conceituação e compreensão do direito do particular em expressar suas opiniões ou ideias, tanto em uma concepção individual, quanto social; agora,

torna-se crucial o estudo de como a disciplina desse mesmo direito é feita em dois sistemas jurídicos internos: o da Holanda e do Reino Unido.

Nesse sentido (e mais uma vez), a escolha pelo estudo de ambas as legislações domésticas se dá na necessidade de cognição de como ambos os países lidam com a regulamentação do direito à liberdade de expressão, uma vez que são os principais países que comportam o polo passivo das demandas judiciais apresentadas perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (“Engel e Outros vs Holanda”, “Handyside vs Reino Unido” e “*Sunday Times vs Reino Unido*”) que versam sobre a utilização da teoria da margem de apreciação nacional por esta corte internacional (Moraes; Lima, 2020, p.42).

Logo, perceber como a legislação interna trata tal direito é primordial para discernir os motivos que fizeram com que ambos os Estados (Reino Unido e Países Baixos) acabassem limitando o direito à liberdade de se expressar do indivíduo de acordo com sua própria legislação interna (sendo só posteriormente, já em sede de Corte Europeia, a análise se tal limitação pelo ente público se amoldava na previsão do item 2 do art.10º da Convenção Europeia de 1950).

Bom, inicialmente se torna necessário pontuar que o estudo do direito de liberdade de expressão – em solo holandês – terá como foco a seara militar, uma vez que (conforme o estudo de casos que será feito na última seção desta dissertação) o aparecimento da teoria da margem de apreciação nacional foi analisada pela Corte Europeia de Direitos Humanos na ótica do direito militar (administrativo e penal) (TEDH, 1976a, p.03-04).

Superadas essas justificações iniciais, começa-se a tratar sobre o referido assunto. Assim, a sistemática jurídica castrense - nos Países Baixos - é composta pelo seguinte aparato jurídico: a Lei de Disciplina de 1903 (ou também intitulada de “Lei de 1903”), o Regulamento de Disciplina Militar de 1922, o Código de Procedimento do Exército e da Força Aérea de 1964 e, por fim, o Código Penal Militar (também do ano de 1903, ou seja, da Lei de Disciplina) (TEDH, 1976a, p.04).

Com isso, esse conjunto legislativo é responsável por tutelar a ordem e a disciplina castrense – seja no âmbito administrativo militar, seja na seara penal militar - dentro do Exército do citado país. Assim, “as instituições militares possuem princípios e regramentos específicos que diferem os militares em relação a atos da vida civil. A liberdade de expressão possui previsão constitucional [...], mas encontra certas restrições dentro das formas militares” (Bueno, 2023, p.35).

Consoante a Lei de Disciplina de 1903, considera-se como infrações contra a disciplina militar: primeiro, aquelas que representem qualquer ato contrário à ordem, ao regulamento oficial (o de 1922) ou inconstante contra a disciplina e a ordem castrense, e segundo; atos criminosos que sejam de competência da própria justiça militar e que, de alguma maneira, sejam incompatíveis com a ordem e a disciplina dentro do âmbito castrense.

Por meio disso, “[...] busca-se garantir a disciplina e a hierarquia militares, [...] bem como a prevenção de crimes militares que possam macular a efetividade operacional das Forças Armadas” (Dourado, 2023, p.135).

Percebe-se da tipificação de tais atos (considerados atentatórios às Forças Armadas da Holanda) que a legislação dos Países Baixos procura minar ações e omissões – dos próprios recrutas e oficiais da sistemática – que venham de alguma maneira a colocar em xeque tanto a ordem, quanto a disciplina militar; inclusive, atos que se enquadrem no campo do direito à liberdade de expressão (uma vez que o castrense, diferentemente do civil comum, possui um tratamento singular no exercício de tal direito).

Isso acontece, pois “a estrutura militar tem por base fundamental a hierarquia e a disciplina, nas quais se constata a exigência de regras específicas, manifestamente rigorosas, sob pena de as organizações militares virem a se aniquilar” (Vasconcelos, 2012, p.23).

Ainda no campo de abrangência da Lei de Disciplina de 1903, quem é o responsável pela aplicação da sanção disciplinar é o oficial responsável para tal feito, não havendo anulação da responsabilidade do castrense também na parte do processo penal (a depender do ato em questão, claro). A pena mais grave que o militar pode ser submetido – caso pratique algum dos referidos atos atentatórios à disciplina e a ordem militar – é a de internação em unidade disciplinar, onde o infrator é levado para um estabelecimento específico para cumprir a sanção. Porém, tal pena não é “apagada” do histórico do castrense, podendo ser utilizada para fins de promoção futura na hierarquia (TEDH, 1976a, p.05-06).

Além da Lei de Disciplina de 1903, o Código Penal Militar da Holanda também busca o mesmo preceito da legislação anteriormente indicada, principalmente no tocante ao exercício da liberdade de expressão do militar dentro das Forças Armadas, agora, na seara criminal (como em seu art.147).

Assim e “paralelamente ao direito disciplinar, existe nos Países Baixos um sistema militar, lei criminal. Os processos no âmbito deste último são conduzidos [...] perante um tribunal marcial [...] e posteriormente, perante o Supremo Tribunal Militar [...]” (TEDH, 1976a, p.04).

Certo, mas diante disso tudo, o que os atos atentatórios à ordem e à disciplina castrense têm relação com o direito à liberdade de expressão do militar? Bom, apesar da Convenção Europeia de 1950 prever o direito à liberdade de se expressar – em seu art.10º, primeira parte, como já estudado – sem qualquer tipo de distinção entre o militar e o civil, o mesmo artigo traz logo em sua segunda seção os seguintes limites ao exercício do direito ora em questão: a segurança nacional, a integridade territorial, a segurança pública e a defesa da ordem, e é exatamente tais elementos que o aparato legislativo da Holanda procura proteger dentro da sistemática de suas Forças Armadas (TEDH, 1950, p.12).

Tal proteção é feita pela definição de atos que atentem a ordem e a disciplina militar e que possam ser originados, inclusive, do direito à liberdade de expressão do castrense. O próprio Tribunal Europeu de Direitos Humanos – ao interpretar o art.10º, item II, da citada Convenção Europeia – define que o militar possui um tratamento diferenciado do civil comum, tendo em vista que as circunstâncias da própria vida dentro das Forças Armadas justifica esse tipo de tratamento diferenciado (TEDH, 1976a, p.51).

Segundo o órgão judicial referido: “existe uma distinção clara, [...] entre a obrigação dos cidadãos em geral de obedecer à lei e a posição especial do pessoal militar de obedecer ao código disciplinar, que é constituinte vital [...] da força da qual são membros” (TEDH, 1976a, p.51).

Em especial, no tocante à primeira tipificação de atos considerados atentatórios à disciplina e ordem dentro da seara castrense (aqueles que representem qualquer ato contrário à ordem, ao Regulamento Oficial [o de 1922] ou inconstante contra a disciplina e a ordem militar), a Corte Europeia já considerou ser totalmente proporcional o balizamento do direito à liberdade de expressão do militar que tente – de alguma maneira – pôr em questão as ordens emanadas de seus superiores hierárquicos, bem como as penalidades que são aplicadas em cada caso em concreto, com a intenção de causar confusão ou rebelião dentro da própria hierarquia militar (sendo esta responsável por minar a ordem e a disciplina na estrutura) (Maia, 2007, p.123).

Frisa-se que não há a proibição quanto ao questionamento da aplicação da penalidade contra a pessoa do militar, através de um processo administrativo ou criminal contra este; mas sim que tais questionamentos sejam feitos de uma maneira que venha a pôr em xeque o próprio crédito que a sociedade deposita na estrutura militar do seu país. E isso, claro, tem relação direta com a própria concepção de garantia de uma “sociedade democrática” (também

prevista como limite ao exercício do direito à liberdade de expressão na segunda seção do art.10º da Convenção) (TEDH, 1950, p.12).

No mais, “a especial importância da disciplina numa força armada e o reconhecimento desta pelos seus membros, levam-nos a considerar que se trata aqui [...] de uma obrigação específica e concreta prescrita por lei e imposta aos membros” (TEDH, 1976a, p.51).

Outro ponto que a Corte Europeia também já se manifestou - sobre a intersecção entre o direito à liberdade de expressão e a manutenção da ordem e disciplina militar - foi a participação do castrense em movimentos (principalmente partidários) dentro da estrutura castrense e que, de alguma maneira, interfira na integração da hierarquia do sistema, como a Associação dos Militares Conscritos da Holanda (*Vereniging van Dienstplichtige Militariën - VVDM*); e que deve ser analisado de acordo com cada caso em concreto (TEDH, 1976a, p.39-40).

Logo, “a restrição da liberdade deixa de ser, portanto, sob uma ótica mais ampla, uma simples violação de garantia individual para se tornar um mecanismo necessário de eficiência da força militar” (Vasconcelos, 2023, p.25), podendo haver a restrição de tal direito em prol de manutenção da ordem pública ou até mesmo da hierarquia dentro da estrutura militar.

Contudo, Noorloos (2013, p.01) aponta que:

A assimetria também é aparente na forma como a liberdade de expressão funciona no debate público, onde muitos usam retoricamente o argumento da liberdade de expressão como direito de ‘dizer o que pensam’, mas não concedem necessariamente o mesmo direito aos seus adversários.

Assim sendo, torna-se possível perceber que o exercício do direito de liberdade de expressão pelo castrense encontra limites – visando à proteção da ordem e da disciplina na seara militar – e que podem ser definidos tanto na Lei de Disciplina de 1903, no Código Penal Militar (1903) e na própria aplicação da Convenção Europeia de 1950, através de sua interpretação dada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

3.2.1 O caso “Engel e Outros vs Holanda” de 1976: a aplicação da doutrina da margem na seara militar e o primeiro precedente possível sobre a teoria

Foi por meio deste litígio que se inaugurou a existência jurídica da possibilidade de aplicação da margem de manobra pelo Tribunal Europeu.

A questão trazida pelo caso “Engel e Outros vs Holanda” foi composta por uma série de pedidos (julgamento em conjunto: Pedido de nº. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e

5370/72) direcionados à Corte Europeia, por alguns componentes das Forças Armadas (Exército) da Holanda, que procuraram apontar – em sede de julgamento internacional – a possibilidade dos superiores hierárquicos estarem violando os arts. 5^o¹², 6^o¹³, 10, 11¹⁴, 14, 17¹⁵ e 18¹⁶, todos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, dentro da estrutura da hierarquia militar do país (TEDH, 1976a, p. 02).

Assim, os castrenses Engel, Van der Wiel e Wit suscitavam a existência de violações, por parte do Estado, na aplicação de punições disciplinares administrativas de forma excessiva contra eles (“punição em cima de punição”).

O Sr. Engel, inclusive, indicou que as punições que eram aplicadas contra a sua pessoa tinham um cunho de “perseguição” política, uma vez que este pertencia à Associação dos Militares Conscritos (VVDM) (TEDH, 1976a, p. 11-12).

Dessa maneira, o Sr. Engel, ocupando a patente de sargento, acabou sendo sancionado com uma repreensão, uma prisão leve e, por fim, uma prisão estrita, de forma acumulada, pois este acabou faltando em serviço de forma injustificável (não tinha

¹² 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 infracção, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infracção 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 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 [...].

¹³ 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça [...].

¹⁴ 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 objecto 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 protecção da saúde ou da moral, ou a protecção 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.

¹⁵ Nenhuma das disposições da presente Convenção se pode interpretar no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar a actividade ou praticar actos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos na presente Convenção ou a maiores limitações de tais direitos e liberdades do que as previstas na Convenção.

¹⁶ As restrições feitas nos termos da presente Convenção aos referidos direitos e liberdades só podem ser aplicadas para os fins que foram previstas.

comunicado aos seus superiores que pediria uma licença para concorrer ao cargo de vice-presidente da Associação dos Militares Conscritos) e ao seu doutorado, bem como que uma vez notificado a cumprir a sanção disciplinar, Engel não teria comparecido para tal fim, tendo recebido mais punições devido ao seu comportamento de desobediência dentro da estrutura posta (TEDH, 1976a, p. 11-12).

Nesse sentido, “o sistema previsto na Lei de 1903¹⁷ e nos regulamentos aplicáveis exigia, de fato, que todos os militares se submetessem e cooperassem na manutenção da disciplina militar” (TEDH, 1976a, p. 12).

Por outro lado, o Sr. Van der Wiel (cabo do Exército) recebeu uma sanção disciplinar de prisão leve (por quatro dias) por ter chegado cerca de quatro horas atrasado para o seu serviço que, segundo o próprio Van der Wiel, o atraso ocorreu devido a seu carro acabar quebrando no meio do trajeto. O superior hierárquico dele entendeu que Van der Wiel havia pedido uma licença para se ausentar do serviço, mas não o havia o comunicado (TEDH, 1976a, p. 13-14).

Já o Sr. Wit, soldado raso do Exército, foi condenado a cumprir uma pena de internamento na unidade militar por um período de três meses, já que o mesmo acabou capotando com um jipe do serviço e não conseguiu cumprir a missão que lhe foi dada no momento pelo seu superior hierárquico (TEDH, 1976a, p. 14).

Contudo, o Supremo Tribunal Militar do país reformou a punição e mudou o período de três meses de internação para doze dias. Apesar da redução do *quantum* da penalidade, as testemunhas de Wit não foram ouvidas em juízo, bem como o acompanhamento do advogado, patrocinado pela Associação dos Militares Conscritos, limitou-se apenas as questões de ordem jurídica (TEDH, 1976a, p. 14).

A assistência forense conferida ao Sr. Wiel também se restringiu apenas para serem respondidas as questões de ordem jurídica para a aplicação da sanção disciplinar, enquanto que o Sr. Engel não foi acompanhado de qualquer advogado.

Agora, a problemática que envolveu os Srs. Dona e Schul possui outro contorno. O primeiro deles era soldado raso do Exército da Holanda e editor responsável por uma revista intitulada “O Alarme”. Schul também era editor da revista indicada. Assim, esse periódico acabou tendo a oitava edição publicada, onde um dos artigos que haviam sido confeccionados se intitulava “A lei do mais forte”, e tinha a intenção de denunciar as arbitrariedades,

¹⁷ Lei de Disciplina Militar de 1903.

principalmente em relação à aplicação de sanções disciplinares, por parte dos superiores hierárquicos em relação aos seus subordinados (TEDH, 1976a, p. 14-15).

Porém, a oitava edição publicada contou com a colaboração da VVDM, o que contribuiu também para que o comandante do quartel, onde foi divulgado o periódico, proibisse a sua circulação, justificando o comando proibitivo na incompatibilidade da edição com a disciplina militar e a ordem dentro da corporação (TEDH, 1976a, p. 16).

Ambos acabaram – Dona e Schul – sendo condenados a cumprirem uma pena de três meses em uma unidade disciplinar e, o segundo, a uma pena de quatro meses de internamento, também, na mesma unidade. Importante ressaltar que o conflito entre “O Alarme” e os superiores hierárquicos da instituição castrense era um evento constante, pois o Sr. Dona já havia sido proibido de publicar – depois da sexta edição do periódico – novas edições do mesmo (TEDH, 1976a, p. 17-18).

O caso, inclusive, de Dona e Schul também acabou chegando ao Supremo Tribunal Militar, sob a alegação que o direito de liberdade de expressão de ambos estava sendo violado pelo Estado, uma vez que para os civis era garantido o mesmo direito de se expressar (TEDH, 1976a, p. 17).

Assim, “[...] o Tribunal [...] em sua opinião, as restrições contestadas eram necessárias numa sociedade democrática para prevenção da desordem no domínio regido pelo artigo 147 do Código Penal Militar” (TEDH, 1976a, p. 17). Consoante a isso, Zafeiropoulos (2023, p.02) aponta que “as nações tomam essas medidas, a fim de que juízes, promotores e investigadores permaneçam atualizados sobre os desenvolvimentos militares atuais [...]”.

Dessa forma, as sanções disciplinares imputadas contra os Srs. Engel, Van der Wiel, Wit, Dona e Schul, segundo a Holanda, tiveram como suporte jurídico: a Lei de Disciplina Militar de 1903, o Regulamento de Disciplina Militar de 1922, o Código Penal Militar também de 1903 e o Código de Procedimento do Exército e da Força Aérea de 1964 (TEDH, 1976a, p. 04).

Assim, o que se procurou salvaguardar, por parte do ente público, foi a manutenção da hierarquia e da ordem militar, uma vez que a intenção dos editores do “O Alarme” era pré-questionar de forma indevida as punições que eram aplicadas aos subordinados (TEDH, 1976a, p. 22).

No mais, “[...] a grande maioria dos Estados Contratantes possuía forças de defesa e, conseqüentemente, um sistema de disciplina militar que pela sua própria natureza implicava a

possibilidade de impor a alguns dos direitos e liberdades dos membros dessas forças [...]” (TEDH, 1976a, p. 21).

É importante perceber neste ponto que as alegações trazidas por todos se conectam, já que o referido periódico, conduzido por Dona e Schul, tinha a função primordial de denunciar exatamente as sanções que eram aplicadas nas patentes mais baixas (Engel, Van der Wiel e Wit) da hierarquia militar.

Ao receberem a demanda na órbita internacional, a Comissão Europeia declarou como admissível¹⁸ os pedidos formulados¹⁹ pelos Srs. Engel, Van der Wiel, Wit, Dona e Schul e a remeteu para o julgamento perante o Tribunal Europeu (TEDH, 1976a, p. 18-19).

Enquanto que Engel, Van der Wiel e Wit indicaram que as sanções que lhe foram impostas tinham uma essência de penas privativas de liberdade, bem como teriam um caráter discriminatório por parte da entidade pública (por exemplo, tendo em vista que Engel participava de uma organização política como a VVDM), também discutiram que o trâmite doméstico da causa não foi decidido em um tempo razoável, além das limitações jurídicas neste sentido, como a atuação do advogado restrita às questões apenas forenses (TEDH, 1976a, p. 33).

Contudo, o foco do julgamento realizado pela Corte Europeia gravitou, principalmente, na questão se houve violação ao direito de liberdade de expressão dos castrenses (Dona e Schul) que foram os responsáveis por “denunciar” a imposição das punições dos superiores hierárquicos de forma demasiada em relação aos seus subordinados.

Eles apontaram que o art. 10 da Convenção Europeia de 1950, aplicava-se tanto ao militar quanto ao próprio civil, não podendo o Estado limitar – como balizou – a liberdade de expressão destes, já que o artigo que foi confeccionado tinha a pretensão de trazer a discussão, dentro da corporação, do comportamento discricionário e excessivo, segundo eles, na aplicação das punições disciplinares (TEDH, 1976a, p. 36-37).

Diante disso, em nenhum momento seria para perturbar ou desestruturar a hierarquia e a ordem dentro da instituição. Segundo o próprio Tribunal Europeu (1976a, p.37): “[...] o conceito de ‘ordem’ [...] abrange também a ordem que deve prevalecer dentro dos limites de um grupo social específico”. Adiante, “isto acontece, por exemplo, quando, como no caso das forças armadas, a desordem nesse grupo pode ter repercussões na ordem da sociedade como um todo” (TEDH, 1976a, p. 37).

¹⁸ A alegação da violação dos artigos da Convenção Europeia de 1950 que foram referenciados anteriormente.

¹⁹ Exceto o de Engel em relação ao Art. 11 da Convenção, pois para a Comissão a alegação de violação era infundada.

Por outro prisma, a Holanda manteve seu posicionamento quanto à exigência de um prévio aparato jurídico²⁰ que permitia a contensão da liberdade de expressão dos militares, principalmente por causa do conteúdo dos artigos que – periodicamente – “O Alarme” produzia dentro da instituição, podendo promover uma série de discussões capazes de desestruturar a própria ordem dentro da corporação (TEDH, 1976a, p. 38).

Assim, “o Tribunal tem [...] competência para supervisionar, nos termos da Convenção, a forma como o direito interno dos Países Baixos foi aplicado no presente caso [...]”(TEDH, 1976a, p. 38). Logo, o Tribunal Europeu “[...] não deve, a este respeito, ignorar nem as características específicas da vida militar [...], os ‘deveres’ e ‘responsabilidades’ específicos que incumbem aos membros das formas armadas, ou a margem de apreciação [...]”(TEDH, 1976a, p. 38).

E foi exatamente dentro desse contexto que a Corte Europeia mencionou a teoria da margem de apreciação nacional com o seu primeiro nome: margem de manobra (TEDH, 1976a, p. 27).

Para o Tribunal Europeu, deveria haver o reconhecimento de uma margem de preferência em prol do Estado para que este pudesse determinar a sua própria estrutura castrense, uma vez que o magistrado internacional não se encontraria em uma posição privilegiada – como o juiz nacional – para decidir de acordo com as peculiaridades e necessidades do seu povo (TEDH, 1976a, p. 27).

Dessa forma, a corte internacional não poderia reestruturar a hierarquia e a ordem militar holandesa, uma vez que o ente público possuiria margem de preferência para tal finalidade, inclusive determinando o que vem a violar – ou não – tal ordem e tal hierarquia castrense em seu território e foi exatamente com tal mentalidade que a Holanda limitou o direito de se expressar dos Srs. Dona e Schul (TEDH, 1976a, p. 27).

Apesar dos seus argumentos serem no sentido de que o art. 10º da Convenção Europeia de 1950 incide tanto para o militar, quanto para o civil da mesma maneira, o referido órgão internacional decidiu que haveria uma distinção de tratamento, já que o militar é inserido em outro contexto, quando comparado a uma pessoa comum (civil) (TEDH, 1976a, p. 38-39).

Inclusive, o próprio artigo 10º (em seu segundo item) concede o poder à máquina estatal de limitar o direito ora em tela – para manter uma sociedade democrática – através de

²⁰ A Lei de Disciplina Militar de 1903, o Regulamento de Disciplina Militar de 1922, o Código Penal Militar também de 1903 e o Código de Procedimento do Exército e da Força Aérea de 1964.

prescrição legal, caso haja risco à segurança nacional, à integridade territorial, à segurança pública ou a defesa da ordem (TEDH, 1976a, p. 38).

Neste sentido, “não se tratava, portanto, de privá-los da sua liberdade de expressão, mas apenas de punir o exercício abusivo dessa liberdade por parte deles. Consequentemente, não parece que a sua decisão tenha violado o artigo 10º [...]”(TEDH, 1976a, p. 38).

Como as publicações feitas por Dona e Schul podiam trazer risco à segurança pública, à defesa da ordem e a própria segurança nacional, a Holanda acabou balizando o direito de liberdade de expressão destes para manter o *status* democrático dentro da sociedade, sendo tal limitação sustentada pelo direito doméstico do país (a Lei de Disciplina Militar de 1903, o Regulamento de Disciplina Militar de 1922, o Código Penal Militar também de 1903 e o Código de Procedimento do Exército e da Força Aérea de 1964) (Contich, 2023, p. 16).

Diante desse contexto, o Tribunal Europeu acabou recepcionando a ideia trazida pela Holanda em sua defesa, ou seja, que haveria a existência de uma margem de apreciação em prol do Estado para tratar sobre determinados assuntos – como a manutenção da hierarquia, da disciplina e da ordem militar – já que o juiz nacional se encontraria em uma posição melhor para decidir sobre, levando em consideração o seu contato com as necessidades e peculiaridades do seu povo (TEDH, 1976a, p. 38).

Logo, para a Corte Europeia não houve violação do art. 10º da Convenção Europeia de 1950, já que o Estado acabou atuando com amparo na teoria da margem de apreciação nacional, sendo tal restrição proporcional ao objetivo que se pretende atingir: a manutenção da ordem e da hierarquia militar pelo Estado. Na mesma seara, a limitação da liberdade de expressão aqui não deveria ser interpretada apenas como um produto jurídico, mas também cultural do âmbito militar (Colín, 2017, p.04).

Com isso, nota-se como consequências jurídicas advindas do presente julgamento: primeiro, existe uma margem de preferência, em favor do ente público, para decidir sobre determinados assuntos, tendo em vista o contato do Estado com o seu próprio povo; e segundo, o tratamento conferido ao castrense não é o mesmo que conferido ao civil, apesar da tipificação – para ambos – dos direitos, como o da liberdade de expressão, pela Convenção Europeia de 1950.

3.3 O tratamento jurídico do direito de liberdade de expressão no Reino Unido

Inicialmente, é bom ressaltar que o Reino Unido é composto pela Inglaterra, Escócia, País de Gales e Irlanda do Norte, havendo uma tradição jurídica mais voltada ao *common law*, onde a legislação utilizada no referido território pode acabar atribuindo tratamento diverso de como o direito será exercido em cada um desses locais, apesar de todos pertencerem ao Reino Unido. Diante disso, Habermas (2002, p.124) indica que “o domínio estatal constitui-se nas formas do direito positivo, e o povo de um Estado é portador da ordem jurídica limitada à região de validade do território desse mesmo Estado”.

E é exatamente o que ocorre em dois documentos normativos que tendem a regulamentar o direito à liberdade de se expressar no citado território: preliminarmente, as denominadas “Leis de Publicações Obscenas de 1959/1964” ou “Leis 1959/1964”, onde a liberdade de expressão e a proteção da moralidade pública se encontram (e se colidem, também) (TEDH, 1976b, p.04).

De forma preliminar, as questões sobre a necessidade de construção e de proteção de uma moralidade pública (muitas vezes associada à proteção dos jovens em relação ao sexo e ao prazer que este proporcionava) ganharam bastante destaque a partir do período vitoriano no Reino Unido, pois “[...] é interessante notarmos a forma que aqueles que caçavam publicações obscenas prescreviam certa moralidade para com as gerações que cresciam [...]” (Weissheimer, 2014, p.273).

Todavia, ainda segundo Weissheimer (2014, p.273): “[...] os custos das restrições à liberdade de discussão e expressão, sobretudo entre homens adultos, era um preço muito alto a se pagar [...]”, pois “[...] os homens da alta burguesia eram ávidos consumidores de arte e literatura obscena, seja como entretenimento ou fonte informal de instrução sexual” (Weissheimer, 2014, p.273).

Dessa maneira, o precedente que originou as Leis 1959/1964 pode ser mencionado como a “Lei de Publicações Obscenas de 1857”, a qual pregou uma autocensura restritiva para publicações de aspiração literária e científica que possuíssem cunho erótico e sexual, inclusive com multas e prisões (Weissheimer, 2014, p.01). Através disso, torna-se possível perceber que o pensamento vitoriano de proteção à moralidade pública gravita ainda no Reino Unido.

Porém, tal tipo de mentalidade acabou se perpetuando no tempo de tal maneira que as Leis 1959/1964 (que também alteraram a legislação quanto à publicação de obra literária e científica de cunho erótico ou sexual) foram utilizadas no ano de 1976 – pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos – para realizar a censura do denominado “O livro vermelho da

juventude” do Sr. Richard Handyside, sob a justificativa de que o conteúdo que o exemplar acabava trazendo, como uso de drogas, homossexualidade, aborto; feria gravemente a moralidade pública da Inglaterra, de acordo com o próprio Reino Unido (TEDH, 1976, p.16).

Logo em sua primeira seção, a Lei de Publicações Obscenas de 1964 tenta definir o que pode ser considerado como um artigo obsceno. Conforme a Lei, um exemplar ou trabalho literário que busque “[...] depravar e corromper pessoas que, tendo em conta todas as circunstâncias relevantes, lerão, verão ou ouvirão o assunto nele contido ou incorporado (TEDH, 1976b, p.07) deve ser considerado como uma possível publicação com caráter obsceno e, conseqüentemente, tem o poder de violar a moralidade pública.

Nas palavras de Ronald Dworkin (2014, p.42-43): “segundo a noção comum, as questões gerais sobre os fundamentos da moral – sobre aquilo que faz com que determinado juízo moral seja verdadeiro – são em si mesmas questões morais”.

No mesmo sentido, a legislação do Reino Unido não faz qualquer distinção de repressão se a publicação com caráter obsceno seria (ou não) com fins lucrativos, sendo as mesmas penalidades (multa ou prisão) possíveis de serem aplicadas em uma ou na outra situação descrita (TEDH, 1976b, p.07). Além das penalidades passíveis de serem aplicadas, também é considerável – a depender do caso analisado – a determinação de busca e apreensão dos exemplares que estejam em propriedade, posse ou controle do particular, podendo a polícia se utilizar da força para cumprir o mandado indicado (TEDH, 1976a, p.07).

Porém, a presunção de que o material apreendido seja de cunho obsceno, a ponto de depravar ou corromper os leitores, não é absoluta. Através desse cenário, a Lei de Publicações Obscenas de 1964 admite a possibilidade de intervenção de especialistas, em processos que sejam abertos para a busca e apreensão (ou até mesmo judiciais em que as obras estejam sendo questionadas), com o objetivo de que estes indiquem se o conteúdo do material em questão seria capaz de depravar ou corromper quem realizasse a sua leitura (ou seja, se o mesmo seria obsceno ou não) (TEDH, 1976b, p.07).

Apesar do rigorismo quanto ao controle do conteúdo classificado como “obsceno”, a referida Lei traz uma exclusão – sem a necessidade de intervenção de terceiros especialistas, como no caso anterior mencionado – quanto aos exemplares que demonstrem que o seu conteúdo é de “[...] interesse da ciência, da literatura, da arte de aprendizagem ou outros objetos de interesse geral” (TEDH, 1976b, p. 09). Assim, é como se a própria legislação conferisse margem para que o autor do exemplar demonstre que o conteúdo da obra contribui

de alguma forma, para a ciência, a literatura, a aprendizagem ou algum objetivo – literário ou científico – para atingir esta finalidade (de promoção).

Todavia, em sua própria disposição legal – exatamente em sua quinta seção – o comando normativo da referida lei retrata que as proibições quanto às publicações de obras, as quais são definidas pela Lei de Publicações Obscenas de 1964, não teriam incidência nem na Escócia e nem na Irlanda do Norte (TEDH, 1976b, p.09).

Com isso, caso um exemplar de alguma obra – que tenha caráter obsceno – seja publicado tanto na Irlanda do Norte, quanto na Escócia, não haverá a aplicação das Leis 1959/1964 no sentido de proibir e confiscá-las sob a justificativa de violação da moralidade pública. Pode-se discutir, inclusive, que a definição de não incidência da norma estudada em ambos os locais decorreu de escolha direta do legislador ordinário e, conseqüentemente, uma manifestação da teoria da margem de apreciação nacional (preferência pela discricionariedade do Estado-nação em determinar o seu campo geográfico de incidência). Assim, “o fundamento dos direitos às liberdades deve ser encontrado no campo da moralidade política” (Lima, 2015, p.12).

Nota-se que as Leis 1959/1964 (ou simplesmente Lei de Publicações Obscenas de 1964) tratam do direito de liberdade de expressão do particular no sentido de limitá-la sob a justificativa de proteção de uma moralidade pública, a qual é dosada pelo Estado através do conceito do que é “obsceno”, ou seja, aquilo que é capaz de depravar ou corromper as pessoas. Destarte, “uma moral não diz apenas como os membros da comunidade devem se comportar; ela simultaneamente coloca motivos para dirimir consensualmente os respectivos conflitos de ação” (Habermas, 2002, p.12).

Bom, outro documento legal – ainda no Reino Unido – que trata sobre os limites da liberdade de se expressar do particular, no citado território, é a denominada “Lei de Desacato”. Instituída visando à proteção da administração da justiça e da autoridade dos tribunais nacionais, a referida Lei busca combater atos que poderiam “[...] impedir a administração devida e imparcial da justiça, afetando e prejudicando a mente do próprio tribunal, afetando as testemunhas [...] ou prejudicando o livre arbítrio” (TEDH, 1979, p.12).

Através disso, a legislação promove a proteção das instituições públicas, em especial os tribunais, de quaisquer influências ou ações que visem a prejudicar um julgamento imparcial e adequado aos casos que são (ou que serão) levados à apreciação do Poder Judiciário. Dessa maneira, o “desacato” – apesar de não possuir uma definição exata neste contexto – ganha especial tratamento de tentativas de definições a partir do intitulado

“Relatório Phillimore”, o mesmo que tratou sobre a instituição da Liga das Nações (1919) (TEDH, 1979, p.10).

Neste ponto, a “Lei de Desacato” – conjugada com o referido Relatório – promove a fixação de limites à liberdade de expressão do indivíduo frente à manutenção da autoridade e da imparcialidade dos magistrados (administração da justiça). Tais limites possuem como principal finalidade blindar a reputação das instituições públicas e a confiança da sociedade depositada em seu exercício (principalmente no tocante à resolução de problemas que chegam até o Poder Judiciário). Portanto, para o referido documento normativo nacional, é justificável a limitação do direito à liberdade de se expressar da pessoa em prol da manutenção da supremacia fundamental da lei (apesar de ser consuetudinária) e da administração da justiça (TEDH, 1979, p.10).

Portanto, “[...] o conceito de leis deve ser interpretado consoante o sistema jurídico existente, isto é, levando-se em conta o órgão ou Poder com sua competência para elaborar a lei, na forma da Constituição ou de outros instrumentos normativos [...]” (Taquary; Taquary, 2018, p.120).

Assim, tal legislação – apesar da tradição do Reino Unido pela *common law* – é aplicada principalmente em casos em que os meios de comunicação, através da difusão de suas notícias, são capazes de influenciar, direta ou indiretamente, o julgamento imparcial das instituições públicas – em especial, o Poder Judiciário – dos litígios que ganham repercussão nacional e envolve informações de interesse público. Nesta seara, a figura do desrespeito às referidas instituições – e sua boa administração e reputação – é o que se considera como desacato (TEDH, 1979, p.10).

Logo, “[...] o direito à liberdade de expressão que é atribuído ao jornalista, durante o exercício da sua função, é algo inerente a sua profissão, de tal maneira que proibir [...] que o próprio jornal venha a se manifestar [...] poderia vim a ferir o critério da razoabilidade [...]” (Silva Neta; Catão; Rosa, 2023, p.17).

Além disso, o Relatório Phillimore subdivide o desacato em duas categorias principais: o desacato judicial e o desacato extrajudicial (TEDH, 1979, p.10). Em relação ao primeiro, este é cometido quando o desprezo ou o insulto é direcionado ao magistrado, insultando-o no próprio tribunal. Agora, sobre o desacato extrajudicial, o Relatório traz a menção de condutas que são praticadas de forma indireta, de tal maneira que são capazes de minar a imparcialidade dos juízes, incitar a desobediência às ordens judiciais e promover

condutas (intencionais ou não) que possuem o poder de interferir no curso da justiça e em processos que sejam específicos (TEDH, 1979, p.10).

Tal realidade nas próprias palavras da Corte Europeia: “[...] a lei do desacato ao tribunal serve o propósito de salvaguardar não só a imparcialidade e a autoridade do poder judicial, mas também os direitos e interesses dos litigantes” (TEDH, 1979, p.27). No mesmo sentido, o Tribunal Europeu ainda determinou que a referida Lei serviria para garantir que “[...] o público em geral tenha respeito e confiança na capacidade dos tribunais para cumprir essa função” (TEDH, 1979, p.27).

Conjugando tais diretrizes com a liberdade de expressão, a Corte Europeia frisa que nos casos envolvendo a figura do desacato “a liberdade de expressão não deveria ser limitada mais do que o necessário, mas não poderia ser permitida onde houvesse prejuízo real para a administração da justiça” (TEDH, 1979, p.15).

Assim sendo, percebe-se que a Lei de Desacato e o intitulado “Relatório Phillimore” conjugam a ideia de limitar a liberdade de expressão do particular quando este venha (direta ou indiretamente) a violar a própria honra ou crédito dos tribunais (e seus julgamentos), com a intenção de promover a proteção da administração da justiça e a supremacia legal no território (no sentido, também, consuetudinário). Porém, como foi o tratamento dado a este direito pelo Tribunal Europeu no julgamento pela aplicação da teoria da margem de apreciação nacional invocada pelo Estado?

3.3.1 O caso “Handyside vs Reino Unido” de 1976: entre o direito de liberdade de expressão do particular e a proteção da moralidade pública pelo Estado

Inicialmente, o presente litígio foi levado a julgamento perante o Tribunal Europeu em 7 de dezembro de 1976 pela Comissão Europeia de Direitos Humanos, a qual recebeu uma ação movida pelo Sr. Richard Handyside em face do Reino Unido (integrante da Grã-Bretanha), sob a alegação de que os arts. 1^o²¹, 7^o²², 9^o, 10^o, 13, 14 e o 1^o²³ do Protocolo de nº. 1, todos da Convenção Europeia de Direitos do Homem haviam sido violados pelo Estado.

²¹As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção.

²² 1. Ninguém pode ser condenado por uma acção ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía infracção, segundo o direito nacional ou internacional. Igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infracção foi cometida. 2. O presente artigo não invalidará a sentença ou a pena de uma pessoa culpada de uma acção ou de uma omissão que, no momento em que foi cometida, constituía crime segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas.

²³Qualquer pessoa singular ou colectiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional. As condições precedentes entendem - se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de

Segundo a própria Comissão, o caso deveria ser apreciado pela Corte Europeia, tendo em vista que levantava sérias questões sobre como a Convenção Europeia deveria ser interpretada (TEDH, 1976b, p.02).

Assim, em seu parecer final – e antes de remeter à apreciação do Tribunal – a Comissão Europeia indicou que não haveria violação por parte do Reino Unido dos arts. 1º, 7º, 9º, 13 e 14 da Convenção Europeia, bem como que – por oito votos a cinco de seus membros – não existiu violação ao direito de liberdade de expressão de Handyside (art.10º) e nem qualquer irregularidade na decretação e realização da busca e apreensão por parte do ente estatal, de acordo com os moldes do art.1º do Protocolo de nº. 1 da Convenção (TEDH, 1976b, p.14).

Ao receber o caso para seu julgamento, o Tribunal Europeu se debruçou sobre os fatos que gravitavam o litígio, ou seja, a publicação – pelo Sr. Richard – de um livro intitulado “O livro vermelho da juventude” (*Schoolbook*), o qual tinha como público leitor crianças e jovens em idade escolar. Dessa maneira, o exemplar trazia conteúdos voltados à sexualidade²⁴, à pornografia²⁵, à homossexualidade, ao aborto, entre outras temáticas (TEDH, 1976b, p.11-12).

Cunha (s.d., p.18) aponta que “a propósito do caso Handyside vs Reino Unido, 1976, no Tribunal Europeu [...], recorda-se que o mecanismo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem é subsidiário dos sistemas nacionais”.

Desde o início de sua confecção, após comprar os direitos autorais da obra, Handyside começou a divulgar a comercialização e distribuição dos exemplares, com a intenção de atrair os jovens e crianças para adquiri-lo. Porém, segundo Richard, a intenção de divulgação e venda da obra era apenas de caráter informativo e de orientação.

Todavia, “no que diz respeito ao próprio livro escolar, o tribunal sublinhou primeiro que era destinado a crianças que atravessam uma fase altamente crítica do seu desenvolvimento [...]” (TEDH, 1976b, p.10). No mesmo sentido, “[...] isto foi algo que

pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas.

²⁴ Passagem do exemplar intitulada “Seja você mesmo”, em folha 77: “talvez você fume maconha ou vá para a cama com seu namorado ou namorada – e não conte aos seus pais ou professores, seja por que não tem coragem ou apenas porque quer manter isso em segredo. Não se sinta envergonhado ou culpado por fazer coisas que você realmente deseja e acha que são certas só porque seus pais ou professores podem desaprovar. Muitas dessas coisas serão mais importantes para você mais tarde na vida do que as coisas que são ‘aprovadas’”.

²⁵ Passagem do livro intitulada “Pornografia”, em folhas 103 a 105, que diz: “a pornografia é um prazer inofensivo se não for levada a sério e considerada como sendo a vida real. Qualquer pessoa que a confunda com a realidade ficará muito desapontada”.

prejudicou a oportunidade das crianças formarem uma visão equilibrada sobre alguns dos conselhos muito fortes ali [...]” (TEDH, 1976b, p.10).

Porém, assim que o Estado tomou conhecimento dos fatos, o Procurador requereu a decretação da busca e apreensão dos livros que já haviam sido comercializados e distribuídos, inclusive os que estavam sendo elaborados para tal fim. Estima-se que o havia cerca de 1.7000 exemplares em circulação no território naquele momento (TEDH, 1976b, p.05).

Adiante, com a apreensão dos livros, Richard Handyside acabou sendo condenado a pagar uma indenização e o material que havia sido apreendido, bem como os exemplares publicados restantes, deveriam ser destruídos (TEDH, 1976b, p.05).

Apesar desse cenário, Handyside alegou – em sede de ação internacional – de que o seu direito de liberdade de expressão (art.10º da Convenção Europeia) havia sido violado pelo ente público, uma vez que o mesmo exemplar não sofria restrição na Escócia e nem na Irlanda do Norte, mas apenas no Reino Unido (apesar de todos integrarem o governo da Grã-Bretanha) (TEDH, 1976b, p.09).

Outro preceito que Handyside invocou foi o caráter meramente informativo e de orientação da obra, tendo em vista que muitos jovens e crianças poderiam ter dúvidas sobre alguns conteúdos – sexo, aborto, uso de métodos contraceptivos, pornografia, por exemplo – e não terem a quem recorrer para saná-las, logo, a intenção do *Schoolbook* era promover tal esclarecimento sobre esses assuntos para o seu público. Além disso, não havia qualquer empecilho para que pessoas maiores de dezoito anos também pudessem adquiri-lo.

Dessa maneira, “[...] a liberdade de expressão ampara não apenas as informações ou ideias que são recebidas de forma favorável ou consideradas como inofensivas ou indiferentes, mas também aquelas outras que chocam, inquietam [...]” (Segado, 1990, p.96). Handyside também indicou que os especialistas nas áreas de psiquiatria e de ensino não possuíam uma opinião unânime para determinar se a leitura do “O livro vermelho da juventude” seria possível de depravar e corromper as crianças e jovens da época (TEDH, 1976b, p.09).

O Tribunal Europeu (1976b, p.20) ainda decidiu que o Sr. Richard Handyside alegava que havia “[...] sido feita uma tentativa de amordaçar um editor de pequena escala cujas tendências políticas encontraram a desaprovação de um fragmento da opinião pública. O processo foi iniciado, disse ele, em uma atmosfera de quase ‘histeria’, agitada [...]”.

Nesta seara, o particular também alegou que foi privado da propriedade dos seus exemplares, uma vez que foi decretada a busca e apreensão pelo Reino Unido, a qual proibiu

que a obra pudesse circular no território. Tal privação foi provisória – ou seja, durante o cumprimento da medida cautelar – e definitiva, posteriormente, já que foi determinada a destruição do *Schoolbook* pelo governo inglês (TEDH, 1976b, p.24-25).

Diante das alegações trazidas por Richard Handyside, o Reino Unido afirmou que limitou o direito de liberdade de expressão do particular citado, tendo em vista a permissão para tal limitação através do segundo comando do art.10º, ou seja, quando o exercício da liberdade de expressão pela pessoa pode acabar colocando em risco a moralidade pública, dentro de sua sociedade democrática e quando tal balizamento está prescrito em lei interna (TEDH, 1976b, p.18).

Portanto, “[...] um limite ao exercício da liberdade de expressão, reconhece-se que esta pode ser submetida a restrições sempre que forem necessárias a um Estado democrático [...]” (Córdova, 2007, p.154). Assim, o Estado invocou a utilização da sua legislação doméstica neste caso, a chamada Lei de Publicações Obscenas de 1959 e 1964 (Leis de 1959/1964), a qual permite – em sua Seção 1²⁶ – que o ente público esteja autorizado a proibir obras, em seu território, que acabem depravando ou corrompendo as pessoas (TEDH, 1976b, p.18).

Nesta seara, “os juízes ingleses competentes tinham o direito, no exercício do seu poder discricionário, de pensar no momento relevante que o *Schoolbook* teria efeitos perniciosos sobre a moral de muitas das crianças e adolescentes que o leriam” (TEDH, 1976b, p.20). Segundo o próprio Reino Unido, o *Schoolbook* possuía um conteúdo que feriria a moralidade pública da época, principalmente, em relação aos destinatários em que a obra era direcionada (crianças e jovens em idade escolar) (TEDH, 1976b, p.10).

Diante disso, a limitação ao direito de liberdade de expressão do Sr. Handyside havia sido feita visando à proteção da moralidade pública dentro do território nacional e com respaldo na lei doméstica do país, bem como no item segundo do art. 10º da referida Convenção Europeia. Frisou-se também que o livro “[...] tenderia a minar, [...] muitas das influências, como as dos pais, das Igrejas e das organizações juvenis, que de outra forma, poderia fornecer a moderação e o senso de responsabilidade” (TEDH, 1976b, p.10).

Ainda nesse cenário, “[...] o livro escolar era inimigo das boas relações professor/criança; em particular, houve numerosas passagens que considerou subversivas, não

²⁶ (1) Para os efeitos desta lei, um artigo será considerado obsceno se o seu efeito ou (quando o artigo compreende dois ou mais itens distintos) o efeito de qualquer um dos seus itens for, se tomado como um todo, tal a fim de tender a depravar e corromper pessoas que provavelmente, tendo em conta todas as circunstâncias relevantes, lerão, verão ou ouvirão o assunto nele contido ou incorporado [...].

apenas para a autoridade, mas para a influência da confiança entre crianças e professores” (TEDH, 1976b, p.10). Além de possuir amparo legal, o Estado ainda decidiu que a conceituação de “moralidade pública” pertenceria a cada país, de tal forma que o seu conteúdo deveria ser preenchido de acordo com as necessidades, peculiaridades e valores de cada povo (TEDH, 1976b, p.17).

Logo, o ente estatal possuiria uma margem de preferência para determinar o que é moralidade pública e o que poderia vim a feri-la dentro do seu âmbito social, político e legal. Nesse sentido, o que o Reino Unido quis dizer é que a limitação é pré-determinada pelo espaço da legislação, mas o conteúdo da proibição é que deveria ser preenchido pela máquina estatal. Assim, “[...] o Tribunal tem apenas de garantir que os tribunais ingleses agiram razoavelmente, de boa fé e dentro dos limites da margem de apreciação deixada aos Estados Contratantes pelo art. 10º [...]” (TEDH, 1976b, p.17).

Dessa forma, o Tribunal Europeu deveria reconhecer a existência desta margem de preferência estatal para determinar o que vem a ferir a moralidade pública do seu povo ou não (Veiga, s.d., p.06).

Sobre a medida cautelar de apreensão dos exemplares, esta teve a mesma finalidade que a limitação do art. 10º da Convenção Europeia: garantir também a proteção à moralidade pública. Assim, a possibilidade de que o ente estatal decretasse a busca e a apreensão do *Schoolbook* também possuiria respaldo na legislação interna do país, na seção 3²⁷ da Lei de Publicações Obscenas de 1959 e 1964 (TEDH, 1976b, p.24).

Com isso e “mais uma vez, o objetivo da apreensão era ‘a proteção da moral’, tal como entendida pelas autoridades britânicas competentes no exercício do seu poder de apreciação [...]” (TEDH, 1976b, p.25). Destarte, reconhecendo tal teoria, a alegação de violação da liberdade de expressão e da privação da propriedade – feitas por Handyside – não se sustentaria.

Diante dos argumentos trazidos por ambas as partes, o Tribunal Europeu julgou que os direitos de Handyside contidos nos arts. 10º e 1º do Protocolo nº. 1 – todos da Convenção Europeia de 1950 – não²⁸ foram violados pelo Reino Unido. Com isso, a Corte Europeia

²⁷ (1) Se um juiz de paz estiver convencido, por informação sob juramento, de que há motivos razoáveis para suspeitar que, em qualquer local, especificando na informação, artigos obscenos são, ou são de tempos em tempos, mantidos para publicação para obter lucro, a justiça pode emitir um mandado autorizando qualquer policial a entrar (se necessário, à força) e revistar as instalações dentro de quatorze dias a partir da data do mandado, e a apreender e remover quaisquer artigos ali encontrados que o policial tem motivos para acreditar serem artigos obscenos e mantidos para publicação com fins lucrativos. [...].

²⁸ Por treze votos a um, conclui-se que não houve violação ao Art.10º da Convenção. E de forma unânime, o Tribunal Europeu concluiu que não houve violação ao Art.1º do Protocolo de nº. 1 à Convenção Europeia.

acabou acatando os argumentos trazidos pelo Estado, uma vez que – realmente – o conceito de “moralidade pública” deveria ser determinado pelo ente estatal em detrimento do juiz internacional, uma vez que a máquina pública se encontra mais próxima das peculiaridades e necessidades do seu povo, ou seja, em uma melhor posição para definir tais conceitos de acordo com a moralidade moldada pelo seio social (TEDH, 1976b, p.23).

Assim, “cada Estado Contratante definiu a sua abordagem à luz da situação existente nos seus respectivos territórios; tiveram em conta, entre outras coisas, as diferentes opiniões aí prevalentes sobre as exigências da proteção da moral numa sociedade democrática” (TEDH, 1976b, p.23). Porém, segundo Arnold (2022, p.01) o problema é que:

[...] os tribunais ingleses geralmente têm preferido tratar as considerações de direitos humanos como influenciando a interpretação e a aplicação dos mecanismos internos na lei de direitos autorais em vez de fornecer um mecanismo corretivo externo.

Por meio de tal posicionamento, a Corte Europeia reconheceu uma margem de preferência para que o Estado defina o referido conceito de acordo com sua própria realidade, isto é, aplicou a doutrina da margem – em sua totalidade – no caso em concreto (TEDH, 1976b, p.24).

Destarte, Ribeiro, Barbosa e Costa (2019, p.113) ensinam que “o artigo 10 (2) deixa ao Estado uma margem de apreciação que, no caso *Handyside* está ligado à moral, deixando uma discricionariedade ainda mais”.

Os autores referidos ainda apontam que “esse tipo de aproximação discricionária é problemática na medida em que, de um lado, deixa o indivíduo num estado de insegurança jurídica [...] e, de outro lado, não encara propriamente o real problema [...]” (Ribeiro; Barbosa; Costa, 2019, p.113).

Além disso, o citado órgão internacional fundamentou a aplicação da margem de manobra de acordo com a previsão do segundo item do artigo 10º da Convenção, o qual permite que o Estado limite a liberdade de expressão do particular para garantir a proteção da moralidade pública dentro de uma sociedade democrática, através da prescrição legal (neste caso, a Lei de Publicações Obscenas de 1959 e 1964) (TEDH, 1976b, p.23).

Inclusive, podendo haver a decretação de medidas cautelares (como a busca e a apreensão) para se atingir tal finalidade de proteção (TEDH, 1976b, p.24-25). Porém, “a margem de apreciação interna anda assim de mãos dadas com uma supervisão europeia” (TEDH, 1976b, p.18).

Com a aplicação integral da teoria da margem de apreciação neste cenário, a decisão do julgamento “*Handyside vs Reino Unido*” trouxe como consequências jurídicas: primeiro, o

reconhecimento pela Corte Europeia de que a “moralidade pública”- apesar da sua previsão no segundo item do art.10º da Convenção Europeia - deveria ser um termo preenchido pelo Estado, de acordo com as necessidades e peculiaridades do seu próprio povo; segundo, que a moralidade pública pode corresponder a um limite ao exercício do direito de liberdade de expressão do indivíduo, caso este venha a depravar ou corromper os destinatários de uma determinada obra literária; terceiro, que é possível a aplicação total da margem de manobra pelo Tribunal Europeu no litígio em concreto e; quarto, que ela pode ser aplicada no âmbito comum, isto é, civil (levando em consideração que esta nasceu na seara militar).

3.3.2 O caso “*Sunday Times* vs Reino Unido” de 1979: a limitação do direito de liberdade de expressão visando à proteção da imparcialidade do magistrado no processo

Levado para a apreciação do Tribunal Europeu em 26 de abril de 1979, pela Comissão Europeia, após a proposição de uma ação internacional pelo jornal *Sunday Times* e um conjunto de editores²⁹ em face do Reino Unido, pela suposta violação dos arts. 10º, 14 e 18³⁰, todos da Convenção Europeia de 1950 (TEDH, 1979, p.01).

Inicialmente, ressalta-se que o caso referido é bastante complexo, pois até chegar ao âmbito de julgamento perante a Corte Europeia, a proibição de circulação de novos artigos feitos pelo jornal *Sunday Times* e que tratassem do evento que envolveu a aplicação da droga talidomida (responsável por aliviar as dores [contrações] da mulher no momento do parto) e da empresa farmacêutica *Distillers Company* passou por diversos³¹ procedimentos internos do Estado sobre a cassação da liminar concedida pela justiça inglesa em desfavor do periódico (TEDH. 1979, p.19).

Assim, a Comissão acabou remetendo³² a ação proposta pelo jornal para o Tribunal Europeu, justificando que o litígio trazia importantes implicações sobre a hermenêutica da Convenção Europeia de 1950 (TEDH, 1979, p.03). Lembrando que tal mentalidade também foi a adotada pela Comissão no caso anterior (“*Handyside vs Reino Unido*”).

²⁹ O editor também do *Times Newspapers Limited* (*Sunday Times*) e o editor Harold Evans.

³⁰ As restrições feitas nos termos da presente Convenção aos referidos direitos e liberdades só podem ser aplicadas para os fins que foram previstas.

³¹ De forma crescente na hierarquia interna do Reino Unido: o Tribunal Divisional (*Queen’s Bench Division*) concedeu a liminar de proibição de publicação de novos artigos pelo jornal. O Tribunal de Recurso, posteriormente, negou a continuidade da liminar, realizando a sua cassação. Contudo, a Câmara dos Comuns decidiu que a liminar deveria voltar a ser restabelecida para cumprimento. Tal decisão foi confirmada pela Câmara dos Lordes. Ao chegar ao Tribunal Divisional, a pedido da Câmara dos Lordes, a liminar; o Procurador-Geral requereu o cancelamento dos seus efeitos contra o jornal.

³² Por oito votos a cinco, a Comissão concluiu que houve violação do art. 10º da Convenção Europeia de 1950, por parte do Reino Unido. Contudo, por unanimidade, concluiu que não houve violação aos arts. 14 e 18 da mesma Convenção, por parte do citado país.

Dessa forma, o caso em concreto versou sobre o uso da talidomida em mulheres grávidas que estavam prestes a dar a luz, nos hospitais do Reino Unido. A utilização desta droga foi feita no período de 1958 até 1961, sendo a empresa farmacêutica *Distillers Company* a responsável pela sua produção e distribuição no território (TEDH, 1979, p.03-04).

Todavia, após anos sendo aplicada em mulheres gestantes, o efeito direto produzido pela talidomida foi o nascimento de bebês com deformidades³³ físicas e mentais. Com esse acontecimento, a *Distillers Company* resolveu suspender a distribuição e o uso da droga no Reino Unido, tendo em vista os efeitos colaterais que acabaram sendo produzidos contra as crianças. O problema é que essas deformidades podiam persistir ao longo da vida da pessoa (TEDH, 1979, p.05).

Como o próprio Tribunal Europeu (1979, p.04) afirmou: “[...] em 1971, havia ao todo trezentas e oitenta e nove ações pendentes contra *Distillers*”. Contudo, “[...] ambos os lados estavam ansiosos para chegar a um acordo fora do tribunal. Na verdade, o caso levantou questões jurídicas de considerável dificuldade no direito inglês” (TEDH, 1979, p.04).

Moro e Invernizzi (2017, p.02) apontam que a “apresentada nos anos 1950 como droga mágica, a talidomida foi posteriormente proibida por seus efeitos deletérios [...]”. Ainda segundo Moro e Invernizzi (2017, p.02), “dada a tragédia que a circundou, foi um dos medicamentos mais importantes do século XX em termos de mobilização da legislação de saúde, constituindo o ponto de partida para a aplicação dos conceitos de segurança [...]”.

Ainda sobre a talidomida, Vargas (2019, p. 02) explica que “[...] um jornal alemão veio informar em 1959 que 161 bebês haviam sido afetados adversamente pela talidomida, levando os fabricantes da droga [...] a finalmente interromper a distribuição [...]”.

Vargas (2019, p.02) indica também que “outros países seguiram o exemplo e, em março de 1962, o medicamento foi banido na maioria dos países da Europa e América do Norte, onde era comercializada”.

O caso da referida droga acabou ganhando destaque no cenário político e social do Reino Unido, fazendo com que as famílias que foram vítimas da talidomida procurassem o Poder Judiciário do referido país com a intenção de processar a empresa farmacêutica responsável pelos danos causados com a utilização da droga nas mulheres gestantes (TEDH, 1979, p.04).

³³ Como problemas no esqueleto, má formação em membros do corpo humano e transtornos emocionais. Contudo, tais condições podem ser transmitidas de forma hereditária.

Isso aconteceu já que “[...] ocorreram cerca de 450 nascimentos desse tipo no total. A *Distillers* retirou todos os medicamentos contendo talidomida do mercado britânico em novembro do mesmo ano” (TEDH, 1979, p.04).

Após os processos serem movidos, a assessoria jurídica da *Distillers Company* – na pessoa de seus advogados – começou a tentar realizar acordos com as famílias vítimas da talidomida, principalmente com a promessa de criar um fundo de apoio financeiro para as crianças que foram suas vítimas e que teriam que suportar as sequelas da droga pelo resto da vida. Além do apoio financeiro e da indenização, a *Distillers Company* tinha a intenção de evitar que novos processos judiciais fossem movidos contra a empresa, bem como mostrar que a sua conduta não havia sido negligente no momento do uso da droga (TEDH, 1979, p.04).

Assim, os jornais da época – como o *Daily Mail* no Reino Unido – noticiaram como todo o “escândalo” estava sendo conduzido no território. Todavia, foi o jornal *Sunday Times* que noticiou os fatos elencados com o condão de “denunciar” que a empresa farmacêutica estava realizando os acordos com seus advogados e as famílias vítimas da talidomida com a intenção de se eximir da sua responsabilização na seara jurídica, tendo em vista que a referida droga não havia passado por todos os testes necessários para se afirmar que ela poderia ter sido ministrada nas mulheres gestantes da época (TEDH, 1979, p.05).

Por meio disso, “relatórios sobre as crianças deformadas apareciam regularmente no *The Sunday Times* desde 1967, e em 1968 aventurou-se a fazer algumas críticas ao acordo concluído naquele ano” (TEDH, 1979, p.05).

Ainda nesse contexto, “[...] o *Daily Mail* foi ‘advertido’ pelo Procurador-Geral numa carta formal ameaçando sanções ao abrigo da lei de desacato ao tribunal, mas o processo de desacato não foi realmente instaurado” (TEDH, 1979, p.05).

Com isso, os artigos produzidos pelo *Sunday Times* procuravam demonstrar a existência de uma negligência por parte da *Distillers Company*, levando em consideração as ações da empresa em tentar se esquivar da responsabilidade jurídica e social (TEDH, 1979, p.05-06).

Ao tomar conhecimento do conteúdo dos artigos jornalísticos que estavam sendo feitos pelo *Sunday Times*, o Reino Unido – na figura do seu Procurador, com representação da *Distillers Company* – acabou concedendo uma liminar contra o citado jornal, com a intenção de que o *Sunday Times* deixasse de produzir tais artigos, uma vez que o conteúdo destes poderia acabar influenciando nas negociações extrajudiciais (entre a empresa e as famílias,

através de acordos) e na imparcialidade dos magistrados responsáveis por julgar os processos judiciais que foram iniciados pelas referidas famílias vítimas da droga (TEDH, 1979, p.08-09).

Ao final do trâmite interno e tendo havido mais de uma vez a cassação da liminar de proibição de novas publicações pelo *Sunday Times*, a Câmara dos Lordes manteve a decisão liminar do Reino Unido, tendo o Tribunal Divisional do Reino Unido – posteriormente – revogado a referida decisão em favor do jornal, após o pedido do Procurador-Geral do Estado (TEDH, 1979, p.19).

Ao manter a decisão no âmbito interno, a Câmara dos Lordes se utilizou da Lei do Desacato³⁴ e do Relatório Phillimore³⁵ (sendo este último complementar ao primeiro), uma vez que a legislação interna do Reino Unido autorizava o deferimento da liminar com a intenção de proteger a própria dignidade da justiça e o crédito das instituições públicas no seio social, como o Poder Judiciário (TEDH, 1979, p.15).

Nas palavras do próprio Tribunal Europeu (1979, p.15): “a liberdade de expressão não deveria ser limitada mais do que o necessário, mas não poderia ser permitida onde houvesse prejuízo real para a administração da justiça”.

Além disso, “a Lei do desacato tinha de ser inteiramente fundada na ordem pública: não existia para proteger os direitos das partes num litígio, mas para evitar interferências na administração da justiça [...]” (TEDH, 1979, p.15).

Após a tramitação interna e remetida a ação da Comissão Europeia³⁶ para o Tribunal Europeu, a corte internacional citada precisou decidir se, diante de todos esses acontecimentos, houve violação ao direito de liberdade de expressão (art.10º da Convenção Europeia de 1950) por parte do Reino Unido, quando este acabou proibindo que o jornal *Sunday Times* realizasse novas publicações jornalísticas contra a empresa farmacêutica com a intenção de proteger a imparcialidade do magistrado nos processos judiciais e a boa continuidade dos acordos extrajudiciais, bem como se ocorreu a violação do art. 14 da mesma Convenção, já que apenas o *Sunday Times* foi proibido de circular tais informações em suas

³⁴ Lei responsável por regulamentar no Reino Unido os atos que são considerados atentatórios à dignidade da justiça e o crédito que as instituições públicas gozam perante a sociedade. É considerada fruto do direito consuetudinário do Reino Unido.

³⁵ Responsável por complementar a tipificação da Lei de Desacato, o Relatório indica como atos que podem ser considerados como de desacato: o desprezo perante o tribunal e o desacato extrajudicial (como escandalizar no tribunal, controlar o comportamento de testemunhas, desobedecer às ordens judiciais, atacar a imparcialidade ou a integridade do magistrado e praticar condutas que interfiram no curso normal do processo).

³⁶ Houve violação do art. 10º da Convenção Europeia de 1950, porém – para a Comissão Europeia – não houve violação dos arts. 14 e 18 da referida Convenção.

matérias, diferentemente, por exemplo, de outros jornais como o *Daily Mail* (TEDH, 1979, p.21).

Além dos arts. 10º e 14, a Corte Europeia também precisou se debruçar se com a conduta proibitiva do Reino Unido contra o *Sunday Times*, o país realizou tal limitação ao direito de se expressar com outras finalidades e não, necessariamente, a de proteger os acordos extrajudiciais e a imparcialidade dos juízes nos casos de sua apreciação (TEDH, 1979, p.22).

A defesa do *Sunday Times* tratou em indicar que a violação ao direito de liberdade de expressão do jornal foi seletiva por parte do Reino Unido, uma vez que outros meios de comunicação paritários – como o *Daily Mail* – não foram proibidos de fabricar artigos relacionados com os fatos que tratavam sobre o escândalo da talidomida no país (TEDH, 1979, p.36).

Além disso, a confecção dos artigos tinha a intenção de trazer à população as informações e atualizações dos principais fatos que envolviam o problema da *Distillers Company* e o uso da droga.

Em nenhum momento, o *Sunday Times* teria a intenção direta de influenciar em tratativas de acordo ou o andamento dos processos judiciais, mas sim evidenciar como a empresa farmacêutica e sua assessoria jurídica estavam tratando os fatos mencionados. Assim, o exercício de tais condutas pelo jornal estaria abarcado pelo direito de liberdade de expressão (TEDH, 1979, p.35).

Portanto, “embora sejam o fórum para a resolução de litígios, isso não significa que não possa haver discussão prévia de litígios noutros locais, seja em revistas especializadas, na imprensa em geral ou entre o público em geral” (TEDH, 1979, p.33).

Dessa forma, “[...] a finalidade e o objetivo dos direitos fundamentais é de natureza puramente individual, sendo a liberdade garantida pelos direitos fundamentais uma liberdade pura [...]” (Canotilho, s.d., p.1396). Além do art. 10º da Convenção Europeia de 1950, o art. 14 (do mesmo documento legal) teria sido violado pelo Reino Unido por que a liminar de proibição de novos artigos produzidos sobre o assunto recaiu apenas no *Sunday Times*, não havendo um tratamento igualitário de proteção do direito de liberdade de expressão entre os meios de comunicação (jornais), já que outros periódicos continuaram “autorizados” a tratar sobre os fatos da talidomida sem qualquer restrição, como o *Daily Mail* (TEDH, 1979, p.35).

Nesse sentido, “o desastre da talidomida foi uma questão de indiscutível preocupação pública. Colocou a questão de saber se a poderosa empresa que comercializou a droga tinha

responsabilidade legal ou moral relativamente a centenas de indivíduos [...]” (TEDH, 1979, p.34). Isso acabaria evidenciando que o manejo da liminar decretada pelo Reino Unido não teria a finalidade legítima de proteger a imparcialidade do magistrado dos processos e possíveis influências externas (dos artigos jornalísticos) que os acordos poderiam sofrer.

Logo, “no presente caso, os familiares de numerosas vítimas da tragédia, que desconheciam as dificuldades jurídicas envolvidas, tinham um interesse vital em conhecer todos os fatos subjacentes e as diversas soluções possíveis” (TEDH, 1979, p.34). Por outro prisma, o Estado fundamentou a limitação ao direito de liberdade de expressão do *Sunday Times* na necessidade de proteção da imparcialidade dos magistrados encarregados de decidirem sobre os processos em que se discutia a negligência da *Distillers Company* no uso da talidomida (TEDH, 1979, p.29).

Consoante a isso, “[...] o Tribunal sublinhou que a responsabilidade inicial pela garantia dos direitos e liberdades consagrados na Convenção cabe a cada Estado Contratante” (TEDH, 1979, p.29). Tal balizamento, segundo o Reino Unido, estaria autorizado ao longo do segundo item do art.10º, o qual autoriza a limitação do direito de se expressar para assegurar a proteção da imparcialidade do juiz, por meio de prescrição legal e visando o resguardo de uma sociedade democrática no contexto (TEDH, 1979, p.30).

Assim, a prescrição legal se encontraria na Lei de Desacato (conjugada com o Relatório Phillimore), o que permitiria que o ente público realizasse tal restrição contra o jornal, tendo em vista que o conteúdo dos artigos publicados – bem como os que viriam a ser produzidos pelo período – poderiam influenciar os magistrados na formação do seu convencimento sobre os fatos que circundavam o “escândalo” da talidomida no Reino Unido. Proteger a imparcialidade dos juízes seria uma garantia para a manutenção de uma sociedade democrática (TEDH, 1979, p.31).

Esse julgamento quanto à influência que se daria na formação da opinião do magistrado, segundo o Reino Unido, estaria abarcada pela teoria da margem de apreciação nacional, além dos próprios meios que deveriam ser adotados para tal finalidade (como a concessão da liminar para a proibição de produção e de circulação de novos artigos pelo *Sunday Times*) (TEDH, 1979, p.45).

Assim, “cabe, portanto, às autoridades nacionais fazer a avaliação inicial do perigo que ameaça a autoridade do poder judicial e avaliar quais as medidas restritivas necessárias para fazer face a esse perigo” (TEDH, 1979, p.45).

Por meio desse pensamento, “dentro dos limites conciliáveis com as exigências de uma sociedade democrática, o Estado em questão é livre para determinar qual o método mais adequado para manter a autoridade do poder judicial” (TEDH, 1979, p.45).

Apesar de invocar a doutrina da margem neste contexto, como uma maneira de justificar a adoção da medida restritiva ao direito de liberdade de expressão do jornal em tela, o Tribunal Europeu não considerou que a manutenção da imparcialidade dos juízes seria um pré-requisito para a proteção de uma sociedade democrática, não podendo haver a incidência da margem de manobra quando as informações fossem de interesse público (TEDH, 1979, p.35).

A limitação realizada pelo Reino Unido contra o direito do jornal de se expressar não poderia ser apoiada na possibilidade do conteúdo dos artigos influenciarem a imparcialidade dos juízes, pois o magistrado – antes de ser juiz – também é um cidadão e possui o direito de acessar as mesmas informações que qualquer outro indivíduo (TEDH, 1979, p.35).

Logo, a teoria da margem não poderia incidir neste caso, uma vez que o cenário trataria de informações de interesse público³⁷ e “[...] essa restrição revela-se não proporcional ao objetivo legítimo perseguido, não era necessário nunca sociedade democrática manter a autoridade do judiciário” (TEDH, 1979, p.35).

Sobre o posicionamento desta corte judicial, Tourkochoritti (2016, p.07) explica que:

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem vindo a elaborar uma interpretação liberal da liberdade de expressão. Para o tribunal, a liberdade de expressão pertence à imprensa para comunicar ideias e informações sobre as questões amplamente debatidas na arena pública, como as que dizem respeito a outros setores de interesse público.

Por meio de tal posicionamento da Corte Europeia, torna-se possível identificar, como principais consequências jurídicas resultantes do presente julgamento: primeiro, a prevalência do interesse público à informação em detrimento da imparcialidade do julgador, segundo; a necessidade de proteger o direito à liberdade de expressão como algo atrelado à proteção de uma sociedade democrática, e terceira, a teoria da margem de apreciação nacional não pode ser utilizada para justificar medidas discricionárias no âmbito de informações de interesse público, devendo as medidas adotadas pelo Estado, neste contexto, serem razoáveis (Silva Neta, Catão, Rosa, 2023, p.19).

³⁷ Por onze votos a nove, a Corte Europeia concluiu que houve violação ao Art.10 da Convenção Europeia de Direitos do Homem. Por unanimidade, o mesmo Tribunal considerou que não houve violação do Art. 14 da Convenção Europeia, bem como que não incidiria a discussão sobre a violação do Art. 18 do mesmo diploma legal no caso em tela.

Diante disso, observa-se que a doutrina da margem – apesar de ter sido invocada pelo ente estatal – não foi aplicada pelo Tribunal Europeu, havendo o seu afastamento completo pela corte internacional referida.

A pretensão da Corte Europeia foi assegurar o direito de liberdade de expressão, independentemente de justificativas apoiadas nas peculiaridades ou necessidades do próprio país e invocadas pelo Estado (como o Reino Unido, no caso em concreto). Procurou-se, assim, garantir um núcleo mínimo de direitos e em prol do titular do direito (*Sunday Times*) (Pachori, 2022, p.02).

4 A SITUAÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS DA COMUNIDADE LGBTQIAPN+: UMA ANÁLISE INTERNACIONAL E CONSTITUCIONAL

Não foi apenas o direito de liberdade de expressão uma conquista gradativa das pessoas no Reino Unido. Assim, “[...] segundo levantamento da Associação Internacional de Gays e Lésbicas (Ilga), dos mais 60 países do mundo que ainda hoje criminalizam a homossexualidade, [...] seis deles ex-colônias formais ou informais do Reino Unido” (Guimarães, 2023, p.01) são.

Contudo, não apenas no continente europeu – em especial no Reino Unido – isso acontece, pois “conforme o relatório de 2021 da *Transgender Europe* (TGEU), que monitora dados globalmente levantados por instituições trans e LGBTQIA+, 70% de todos os assassinatos registrados aconteceram na América do Sul e Central [...]” (Pinheiro, 2022, p.01).

Resta evidente que os indivíduos pertencentes à comunidade LGBTQIAPN+ ainda não apresentam uma proteção completa no tocante à proteção de seus direitos humanos e, conforme mencionado anteriormente, nem mesmo a garantia de ser ele mesmo: uma pessoa que não segue o padrão heteronormativo imposto pela sociedade global.

Consoante a isso, Gupta (2023, p.01) explica que:

O termo LGBT é usado desde a década de 1990, o termo é uma adaptação do termo LGB, que substituiu o termo gay em referência à comunidade LGBT a partir de meados da década de 1980. Muitos ativistas acreditam que o termo comunidade gay não representava com precisão todos aqueles a quem se referia.

Assim, o elemento “sexualidade”, tão presente na comunidade LGBTQIAPN+, corresponde a uma ferramenta de controle e de domínio que o ente público exerce sobre as pessoas que pertencem a tal comunidade. Com isso e como se verá a partir deste momento, a construção dos direitos humanos das pessoas LGBTQIAPN+ (ao matrimônio, a não interferência do Estado na vida privada da pessoa, a possibilidade de participar do sistema de

segurança, pensões e empregos de acordo com a sua identidade sexual [e não apenas biológica]) não foi algo gradativo e nem linear, já que resultou de diversas lutas e conquistas através dos tempos para que houvesse hoje um arcabouço de reconhecimento de tais direitos para os indivíduos referidos.

Diante disso, “o papel do intérprete, enquanto aplicador do direito, assume especial importância ao promover a atualização do texto constitucional, [...] tornando-o ferramenta hábil para assegurar os direitos de todos, inclusive da comunidade LGBTQIA+” (Oliveira; Oliveira, 2023, p.260).

No mais, a luta pela conquista dos direitos da comunidade LGBTQIAPN+ é algo global - porém ocorrendo de formas peculiares em cada continente - pois “a sociedade tem valores culturais dominantes em cada época e um sistema de exclusões muitas vezes baseado em preconceitos estigmatizantes” (Dias, s.d., p.01), deixando tal comunidade à margem da participação das transformações que norteiam a sociedade.

Com isso, Baruch-Dominguez, Mendoza-Rérez e Manus (2023, p.01) alertam para a existência de uma homofobia estrutural nas estruturas sociais, onde tal:

[...] situação hostil em dezenas de países em relação às pessoas LGBT+ as expõe à vulnerabilidade social, levando a problemas de saúde. Especificamente, em praticamente todas as partes do mundo, incluindo locais com epidemias generalizadas, a prevalência do HIV é mais alta entre homens que fazem sexo com homens e mulheres transgênero. Existem inúmeras injustiças econômicas relacionadas à homofobia e transfobia e seus efeitos na acessibilidade ao emprego. Isso mostra que a vulnerabilidade de pessoas com orientações sexuais e identidades de gênero diversas está intimamente relacionada aos problemas de saúde sexual.

Além do mencionado, os mesmos autores defendem também defendem que “no plano individual, a homofobia e a transfobia se expressam nos ambientes familiar, escolar e de trabalho” (Baruch-Dominguez; Mendoza-Rérez; Manus, 2023, p.01).

Porém, foi através da terceira onda feminista que a luta pelo reconhecimento dos direitos das pessoas LGBTQIA+ ganhou um novo norte: a origem do movimento denominado *Queer* e a não mais identificação das mulheres – sejam lésbicas, sejam as transexuais – com as pautas que eram defendidas pelas feministas no tocante à sexualidade, uma vez que o movimento das mulheres tinha como base de reivindicações (no geral, direitos sexuais e reprodutivos femininos) o padrão heteronormativo (ou seja, a mulher heterossexual). Logo, com o *Queer* os pleitos saíram da órbita única do referido padrão e começaram a ganhar contornos sobre a realidade das mulheres homossexuais ou que, de alguma forma, não se identificam com o padrão heteronormativo imposto a elas.

Ressalta-se que a terceira onda feminista, com início da década de 1990, abarcou as reivindicações das mulheres quanto aos seus direitos sexuais e reprodutivos, em especial nos Estados Unidos da América, uma vez que havia um forte controle estatal quanto à manutenção da família (procriação) e na permissão de utilização de métodos contraceptivos pelas mulheres. Nesse sentido, a intenção da onda era transferir o poder de decisão sexual e reprodutiva para as mãos das mulheres. Tal movimento foi elementar para a consolidação de futuras reivindicações das feministas, como o direito ao aborto na América Latina.

Ainda neste cenário, o movimento *Queer* buscou a defesa dos direitos das mulheres que não se identificavam com o comportamento heteronormativo que era comum dentro do movimento feminista à época, sendo considerado um divisor de águas dentro do movimento na época referida. Logo, seus pleitos passaram a ser próprios, como a luta pelo reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo (em relação às mulheres), o uso do nome social pelas pessoas transexuais, entre outros.

Dessa forma, “[...] o feminismo fez inúmeras críticas aos métodos de interpretação das ciências e também do direito” (Campos, 2012, p.34). Portanto, “a terceira onda [...] do movimento feminista busca desenvolver o próprio conceito da categoria ‘mulher’ enquanto categoria pretensamente universal, que carregaria as mesmas questões, debruçando-se sobre a análise da diferença dentro da semelhança” (Caetano, 2017, p.07).

Por isso, a terceira onda feminista pode ser adotada como referencial do início dos pleitos correspondente à classe LGBTQIA+, pois a sua originalidade quanto ao elemento “sexualidade” e seu reconhecimento como uma ferramenta de poder, já que “a marginalização de pessoas LGBTQIA+ ocorre em razão da construção social que nega seu reconhecimento, e discursos [...] reforçam o (não) lugar desses sujeitos na comunidade” (Barbosa; Mendonça, 2023, p.02).

Ainda nesse sentido, “a falta, ou a pouca participação, de pessoas LGBTQIA+ no campo política faz com que as demandas desse público não sejam pauta de políticas públicas e sejam entendidos enquanto minorias sociológicas – em relação à noção de poder [...]” (Barbosa; Mendonça, 2023, p.02).

Na América Latina, a título exemplificativo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já precisou se debruçar sobre o reconhecimento dos direitos humanos das pessoas pertencentes a tal comunidade, em especial no continente latino-americano.

Nesse sentido, foi através da Opinião Consultiva de nº. 24/2017 que várias questões (mudança de nome, identidade de gênero e direitos originados das relações homoafetivas)

foram levantadas para discussão sobre o atual cenário da comunidade LGBTQIA+ e a necessidade de atuação positiva dos entes estatais para promover a sua proteção integral (Silva Neta; Catão, 2023a, p.268). Dessa forma, “[...] a OP gravitou em torno do seguinte problema: os Estados devem proteger os referidos direitos humanos para as pessoas da comunidade LGBTQIA+?” (Silva Neta; Catão, 2023a, p.268).

Além do estigma social que sofre - como decidiu a Corte Interamericana - a comunidade LGBTQIA+ ainda precisa lidar com uma série de modalidades de violência (inclusive, dentro do próprio seio familiar, como a física e a psicológica), sendo que alguns Estados ainda criminalizam a conduta homoafetiva como algo que deveria ser tutelado pela direito criminal (CIDH, 2017, p.21). No mais, Jennings e Ralph-Morrow (2020, p.10) também indicam que “o estigma social desempenha aqui um papel fundamental, embora seja oculto” na maioria das vezes.

Dessa forma, o referido órgão internacional ainda acredita que o nível de aceitação das diferenças entre os seres humanos, principalmente no campo socioafetivo, tem relação direta com a saúde pública das pessoas (mentalmente, sexualmente e fisicamente) (CIDH, 2017, p.27).

Outro ponto importante de se frisar neste contexto é que alguns países da América Latina, como o próprio Brasil, possuem um histórico de tentativas de criar mecanismos para inibir ou diminuir a violência que as pessoas LGBTQIA+ acabam sofrendo pelo simples fato de não se adequarem ao padrão heteronormativo imposto no seio social.

Assim, por exemplo, o Brasil – em 2010 – acabou criando o denominado “Conselho Nacional de Combate à Discriminação”, enquanto que a Argentina, já em 2005, apresentava seu “Plano Nacional sobre Discriminação” com a finalidade de mapear os principais focos de violência que a citada comunidade sofria dentro do seu território (CIDH, 2017, p.26).

Com isso, nota-se que “os direitos humanos representam o conjunto de direitos indispensável para uma vida humana digna, pautada na liberdade e igualdade” (Ramos, 2020, p.109) e que quando trazidos à discussão na esfera da comunidade LGBTQIA+, estes acabam servindo para “[...] superar o preconceito [...], de se achar que pessoas do mesmo gênero não teriam entre si o sublime sentimento de amor e desejo de construção de uma vida [...]” (Vecchiatti, 2020, p.04).

Contudo, “o grau de reconhecimento e acesso aos direitos fundamentais dessas pessoas varia de acordo com o Estado em questão” (CIDH, 2017, p.25). É interessante perceber que, por exemplo, enquanto o Brasil já havia implantado uma política de promoção

da proteção dos direitos da comunidade LGBTQIA+ desde o ano de 2010, o reconhecimento desses direitos humanos – em território tupiniquim – está se dando de forma gradativa e, na maioria das vezes, através das decisões das cortes judiciais brasileiras, em especial o Supremo Tribunal Federal.

Logo, “[...] esses grupos lutam em busca da garantia de direitos referentes à expressão sexual e à liberdade, no combate ao preconceito por orientação sexual, independentemente de qual seja a sua própria orientação” (Veras; Zebral; Trindade, 2022, p.08).

Em território brasileiro, como já mencionado anteriormente, as cortes judiciais realizam um importante papel na concretização dos pleitos da comunidade LGBTQIA+, já que há uma demora constante (ou até mesmo a criação de obstáculos) do legislador ordinário brasileiro em realizar tal feito. Isso pode ser facilmente vislumbrado, por exemplo, no recente caso do Projeto de Lei de nº. 5.167/09³⁸ de autoria do deputado Capitão Assunção (PSB/ES), o qual tinha a intenção de promover que “[...] nenhuma relação entre pessoas do mesmo sexo pode equiparar-se ao casamento ou a entidade familiar [...]” (Brasil, 2009, p.01).

Em 2023, a Comissão de Previdência, Assistência Social, Infância, Adolescência e Família da Câmara dos Deputados acabou aprovando o referido Projeto (León, 2023, p.01), apesar do Supremo Tribunal Federal já ter se manifestado, desde o ano de 2011, pelo reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº. 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº. 132.

Interessante mencionar a posição do Ministro Ayres Brito, durante o julgamento pelo Supremo Tribunal sobre o reconhecimento das uniões homoafetivas: “[...] nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade” (Brasil, 2011, p.627).

Porém, não foi apenas tal pauta da comunidade LGBTQIA+ que acabou chegando à Suprema Corte Brasileira. Os onze ministros já precisaram enfrentar questões que gravitavam em torno da discriminação sexual que tais indivíduos acabavam sofrendo, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº. 5.543³⁹, do ano de 2020, bem como da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº. 26⁴⁰, do ano de 2019.

³⁸ Tal Projeto foi pensado ao Projeto de Lei de nº. 580/07 do deputado falecido Clodovil Hernandes, que tinha a intenção de regulamentar as relações homoafetivas no ordenamento jurídico do Brasil.

³⁹ O Supremo Tribunal Federal, por meio do seu julgamento, decidiu que as pessoas pertencentes à referida comunidade poderiam doar sangue, desconstituindo a “criminalização” deste ato que havia sido feito pelo art.64,

Através disso, o Supremo Tribunal Federal ressaltou que “os integrantes do grupo LGBTI+, como qualquer outra pessoa, nascem iguais em dignidade e direitos e possuem igual capacidade de autodeterminação quanto às suas escolhas pessoais [...]” (Brasil, 2019, p.05).

Apesar da tentativa de melhorar tal realidade da comunidade LGBTQIA+, o comportamento homossexual “nas culturas ocidentais contemporâneas, é marcado por um estigma, renegando à marginalidade aqueles que não têm preferências sexuais dentro de determinados padrões de estrita moralidade” (Dias, s.d., p.01).

Assim, “o Brasil registrou, em média, duas mortes de pessoas LGBTQIAPN+ a cada três dias, ou uma morte a cada 32 horas, em 2022. [...] Segundo o dossiê, 273 pessoas LGBTQIAPN+ morreram de forma violenta no Brasil em 2022” (Machado, L., 2023, p.01), sendo que mais da metade das vítimas eram mulheres trans ou travestis (Machado, L., 2023, p.01). Dessa forma, fica nítida – ainda – a discrepância entre a própria realidade no Brasil e a busca pela efetividade dos direitos humanos da comunidade LGBTQIAPN+ pelo Supremo Tribunal Federal.

Diante desse contexto, será que a situação da citada comunidade também é dessa forma na Europa? “Ter relações sexuais com uma pessoa do mesmo gênero é algo que pode ser punido com a pena de morte em 11 países do mundo, segundo diversas associações e organizações de direitos humanos” (Rosas, 2023, p.02).

Ainda segundo Rosas (2023, p.03), “o que os países consideram ‘crime’ tem diferentes nomes em cada país, sendo chamado de ‘crime antinatural’, ‘sodomia’ ou ‘atos homossexuais’”. Apesar da maioria desses países que criminalizam os comportamentos da comunidade LGBTQIA+ não se encontrarem necessariamente no continente europeu, como é o caso do Afeganistão, Catar, Paquistão, Somália e Emirados Árabes Unidos, por exemplo (Rosas, 2023, p.04); percebe-se uma tendência de países que criminalizavam as condutas homossexuais abolirem, gradativamente, a aplicação da pena de morte contra estes (Rosas, 2023, p.05).

Nesta seara, “o continente europeu lidera a lista dos países mais seguros para esta parcela da população, e, na América Latina, a melhor referência é o Uruguai, seguido da Colômbia. Os dados são da organização ILGA, Associação Internacional de Gays e Lésbicas” (Quadros, 2021, p.02). Dentre os países da Europa, “[...] o Reino Unido, de acordo com o

inciso IV, da Portaria de nº. 158/2016 do Ministério da Saúde e do art.25, inciso XXX, alínea “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada de nº. 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

⁴⁰ O Supremo criminalizou as condutas de homofobia e transfobia, equiparando-as ao racismo, através do art.5º, incisos XLI e XLII, da Constituição Federal de 1988.

levantamento, é o primeiro colocado entre países que mais respeitam os direitos humanos da comunidade LGBTs” (Quadros, 2021, p.03).

Outros países – como Alemanha, Suécia, Espanha, Bélgica e Noruega, a título exemplificativo – também possuem importante destaque no estudo de proteção da comunidade LGBTQIA+ e seus direitos em cada território (Quadros, 2021). Nesse sentido, Quadros (2021, p.03) ressalta que apesar do Reino Unido ser o primeiro colocado dos Estados que mais respeitam, atualmente, os direitos humanos da comunidade referida, “a Alemanha aparece como o segundo país que mais respeita os direitos humanos. A legislação do país proíbe a discriminação com base na orientação sexual [...]”.

Contudo, nem sempre esse cenário de proteção de tais direitos foi algo atual na Europa, principalmente em relação ao ordenamento jurídico do Reino Unido. Nota-se que, apesar do Reino Unido se portar como um país “exemplar” na proteção dos direitos humanos das pessoas LGBTQIA+ nos dias de hoje, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos aponta que tal comportamento estatal é algo recente.

Entende-se como recente por que, desde a década de 1970, a pauta sobre a garantia dos direitos humanos à comunidade LGBTQIA+ passou a ser levada, de forma constante, à apreciação da Corte Europeia de Direitos Humanos, em especial quanto à questão dos transexuais no Reino Unido. Um dos julgamentos decisivos sobre a temática foi o intitulado “Corbett vs Corbett”, julgado pelo Tribunal Europeu, o qual consolidou o entendimento de que apenas “homem” e “mulher”, no sentido biológico das palavras, é que estariam permitidos legalmente (a Lei de Causas Matrimoniais de 1973 do Reino Unido, a qual apenas permitia a consolidação de um casamento entre dois indivíduos que fossem biologicamente “homem” e “mulher”) a contrair um matrimônio perante o ente estatal.

O citado litígio tratou sobre um pedido de anulação do casamento, após que o término do relacionamento, pelo marido (Arthur Corbett) em relação a sua esposa (Ashley), o qual sabia que Ashley era uma mulher transexual no momento de contrair o matrimônio, tendo em vista que esta havia sido registrada, biologicamente, como homem em sua certidão de nascimento. Assim, Arthur se utilizou de tal informação para anular o casamento, posteriormente, ao término do relacionamento. O presente litígio foi um marco no questionamento quanto ao reconhecimento dos direitos humanos em prol da comunidade LGBTQIA+, tendo em vista que ao final do julgamento pela Alta Corte da Inglaterra e País de Gales, ficou definido que o critério predominante para definir a sexualidade da pessoa seria o

biológico, devendo-se ignorar qualquer procedimento no sentido de alterá-lo, como a cirurgia de redesignação sexual que Ashley havia se submetido.

Inclusive, o litígio “Corbett vs Corbett” estampou a possibilidade de anular o casamento contraído por alguém que, posteriormente, tenha o conhecimento que seu parceiro (ou parceira), na verdade, era uma pessoa transexual. Com isso, nos anos que se seguiram – e em especial, na década de 1990 e no ano de 2002 – a Corte Europeia passou a supervisionar a atuação do ente estatal quanto à proteção dos direitos humanos da comunidade LGBTQIA+, uma vez que o órgão internacional percebia que o Reino Unido (por exemplo) valia-se de sua margem de apreciação nacional de regulamentar tais matérias para não tipificá-las, deixando os transexuais em um verdadeiro “limbo jurídico”, ou seja, sem a proteção do Estado quanto aos seus direitos pelo próprio poder discricionário do mesmo (TEDH, 2002, p.29).

Logo, “a recusa dos papéis sociais e de comportamentos impostos pela heteronormatividade, inclusive na forma como o indivíduo experimenta sua sexualidade, coloca a pessoa transexual em alta vulnerabilidade [...]” (Gomes; Teixeira; Sauhier; Seixas, 2024, p.04). Nesta seara, a transexualidade pode ser compreendida, inclusive, como a tentativa de “[...] restabelecimento da coerência entre ‘sexo’, ‘gênero’ e ‘sexualidade’ e, conseqüentemente, a conformidade de alguns sujeitos ao sistema binário” (Ramalho, 2023, p.197).

Sobre isso, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (1990, p.22) também pontua que “a identidade sexual não é apenas um aspecto fundamental da personalidade de todos, mas, através da onipresença da dicotomia sexual, também é um fato social importante”. Destarte, no caso dos transexuais “[...] a identidade sexual tem, compreensivelmente, uma importância muito especial e sensível porque a adquiriram deliberadamente, com um elevado custo de sofrimento mental e corporal” (TEDH, 1990, p.22).

Através disso, a luta pelo reconhecimento dos direitos humanos – em especial dos transexuais – deu-se de maneira gradativa na Corte Europeia e em seu sistema de proteção de tais direitos, já que – até o ano de 2002 – os termos “homem” e “mulher” que constam no art.12⁴¹ da Convenção Europeia de Direitos do Homem (1950) eram interpretados somente no sentido biológico (cromossômico), não permitindo que uniões ou casamentos entre pessoas do mesmo sexo pudessem ser legalmente reconhecidas a nível internacional (Silva Neta; Catão, 2023b, p.96).

⁴¹ 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.

Portanto, merece atenção o estudo dos principais artigos – 8º, 12, 13 e 14 - da citada Convenção que gravitam em torno desta problemática de proteção dos direitos humanos da comunidade LGBTQIA+ e como, atualmente, é realizada sua hermenêutica diante de tais considerações feitas anteriormente.

4.1 A Convenção Europeia de 1950 e os direitos humanos da comunidade LGBTQIA+: considerações iniciais

Se pararmos para procurar o termo “homem” na Convenção Europeia de Direitos Humanos, iremos acabar nos deparando com trinta e quatro menções. Por outro lado, quando há a busca pelo nome “mulher” no mesmo dispositivo legal, torna-se possível descobrir apenas uma única menção e, especialmente, no art.12 da referida Convenção, o qual regulamenta a instituição do casamento como a união do “homem” e da “mulher” e a sujeita à disciplina do ordenamento jurídico doméstico (TEDH, 1950, p.13).

Por meio desses apontamentos, depreende-se que o legislador que elaborou a Convenção Europeia – talvez devido ao seu contexto histórico, social, político e econômico, já que a ciência jurídica não é estática e muito menos isolada de outros saberes humanos – acabou posicionando a figura feminina da “mulher” como algo atrelado, primeiramente, ao casamento; tendo em vista a intenção expressa em posicioná-la em tal previsão legal. Todavia, enquanto que os nomes “homem” e “mulher” possuem certa posição no texto da Convenção Europeia ora aqui estudada, os termos “homossexual”, “transexual” ou qualquer outro que remeta às pessoas pertencentes à comunidade LGBTQIA+, não possui tipificação neste documento internacional.

Isso talvez gere certa inquietação ou até seja plausível de compreensão no âmbito forense, uma vez que a visibilidade e os questionamentos que norteiam o reconhecimento dos direitos humanos à população LGBTQIA+ não estavam totalmente à amostra ao legislador ordinário da Convenção ou, na verdade, eram tratados mais como uma questão de saúde pública, o que justificaria a não necessidade do uso do Estado para a promoção de sua tipificação nos diplomas internacionais de direitos humanos (TEDH, 1990, p.27).

Segundo o próprio Tribunal Europeu de Direitos Humanos: “quando a Convenção foi redigida, o transexualismo era, no máximo, um problema médico e ético, mas certamente não uma questão jurídica [...]” (TEDH, 1990, p.27).

Porém, a atualidade passa a exigir dos tribunais internacionais (e domésticos) a necessidade de proteção dos direitos pertencentes à comunidade LGBTQIA+, principalmente e levando em consideração, o seu grau de vulnerabilidade jurídica e social.

Logo, “[...] nota-se a importância de estabelecer, dentro do princípio da igualdade, maneiras de fortalecer a proteção da identidade de gênero, tendo em vista que qualquer forma de discriminação pautada nessa condição mostra-se como inconstitucional [...]” (Meleu; Carrion; Welter; Weber, 2022, p.20).

Lima e Silva (2022, p.61) apontam que “[...] o direito patriarcal perpassa não só a sociedade civil, como também o Estado, [...] toda sua estrutura perpassa na esfera social está atrelada a oposição binária entre homens e mulheres”, de tal maneira que:

Também é importante reconhecer como as pessoas com diversidade de sexualidade e gênero gerenciam reflexivamente o conhecimento sobre si mesmas em ambientes clínicos e on-line, em um esforço para moldar os resultados de saúde para si mesmas, reduzindo o estigma e as suposições equivocadas por parte das pessoas com quem interagem (Davis; Schermuly; Smith; Neweman, 2022, p.12).

Diante disso, os principais direitos humanos que são pleiteados a nível internacional, na jurisdição da Corte Europeia (e dentro dessa problemática) são os seguintes artigos: 8^{o42}, 12, 13⁴³ e 14⁴⁴ da Convenção. Vale frisar, nesta oportunidade, que as jurisprudências⁴⁵ (amostras) colacionadas para a elaboração do presente estudo e que circundam a problemática do reconhecimento de tais direitos à população LGBTQIA+ também trouxeram no polo de “requerente”, em ambos os casos, uma pessoa transexual (Srt^{as} Cossey e Goodwin).

Relembrado que “as pessoas transexuais se sentem e concebem a si mesmas como pertencentes ao gênero oposto àquele social e culturalmente atribuído ao seu sexo biológico e optam por uma intervenção médica [...] para adaptar a sua aparência física-biológica [...]” (CIDH, 2017, p.17).

No mais, passa-se, agora; à análise dos principais pontos dos direitos humanos elencados nos artigos 8º, 12, 13 e 14 e sua relação com a necessidade jurídica e social de reconhecimento de tais direitos à citada comunidade LGBTQIA+.

⁴² 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

⁴³ 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 actuem no exercício das suas funções oficiais.

⁴⁴ O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

⁴⁵ Caso “Cossey vs Reino Unido” de 1990 (Pedido de nº. 10843/84) e Caso “Goodwin vs Reino Unido” de 2002 (Pedido de nº. 28957/95).

4.1.1 O direito ao respeito à vida privada e familiar (art.8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos): entre a proteção da vida privada e familiar do indivíduo *versus* a interferência da autoridade pública no exercício de tal direito

Foi através da eclosão de alguns acontecimentos históricos, como a confecção da Constituição Americana de 1787, da eclosão da Revolução Francesa (1789) e da elaboração da Convenção dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) que os direitos humanos de primeira geração começaram a encontrar território fértil nos ordenamentos jurídicos para germinar, já que a ideia de existir um documento legislativo capaz de moldar e limitar a atuação do ente público ganhava o cenário internacional naquele momento, pois “[...] a lei não deveria respeitar as pessoas, mas tratar a todos da mesma forma” (Mill, 2021, p.47).

Como os direitos de primeira geração são – essencialmente – caracterizados como aqueles em que se exige uma prestação negativa do Estado, ou seja, um “não fazer”; a previsão do direito ao respeito pela vida privada e familiar do indivíduo acaba exigindo, exatamente da máquina estatal, tal comportamento de não intervenção excessiva, tendo em vista que o principal objetivo da tipificação de tal preceito é a proteção da esfera mínima de direitos e garantias em prol da pessoa (e em face do Estado).

Como afirma Santos (2023, p.45): “em um primeiro momento, as cartas políticas adquiriram uma colaboração liberal, acentuando-se o valor liberdade, tendo sido acolhidos direitos relacionados com as liberdades públicas ou direitos de defesa [...]”, ou seja, os de primeira geração e que, de alguma maneira, valorizavam a individualidade humana.

Assim, o ato de compreensão do direito à vida privada e familiar exige um caminhar pelos elementos da intimidade e da privacidade da pessoa, bem como a liberdade que a mesma tem em constituir um núcleo familiar. Inicialmente, torna-se necessário ressaltar que tal preceito jurídico é expressamente garantido pela Convenção Europeia de 1950, em seu art.8º; através do item 1, o qual trata de garantir o direito – ora em tela – de forma ampla e do item 2 do artigo citado, que acaba se preocupando juridicamente em prever a possibilidade da autoridade pública realizar certas interferências nesta esfera de direito do indivíduo, em detrimento de garantir certos preceitos caros à coletividade (TEDH, 1950, p.11).

Diante desse cenário, a vida privada pode ser entendida como aquela em que a pessoa tem a liberdade de se determinar (seja sobre o seu próprio ser, seja em relação a como quer que os demais indivíduos a compreendam) e construir uma vida de acordo com os seus próprios preceitos, todavia, tal poder de liberdade de se autodeterminar não pode colocar em xeque direitos de terceiros, bem como que afete – de alguma forma – algum direito pertencente à coletividade, como a segurança pública e a proteção da saúde.

Sendo o direito à vida privada um direito da personalidade, Teixeira e Villa (2023, p.04-05) apontam que “[...] os direitos da personalidade correspondem, no mundo jurídico, à proteção pertinente a integridade moral da pessoa, no que diz respeito à sua honra, liberdade, privacidade, intimidade, imagem e nome”.

Além disso, a vida privada também resgata a noção de privacidade e intimidade. O primeiro elemento é ligado – normalmente – às informações em relação à própria pessoa e o seu fluxo dentro da sociedade, ou seja, a formação da honra subjetiva (do indivíduo) e objetiva (do indivíduo em relação ao corpo social) de acordo com as informações que existem da e sobre a pessoa.

Destarte, “até o século XIX, com o desenvolvimento das cidades e das relações de trabalho, que acarretou melhorias econômicas e sociais para a burguesia, o entendimento acerca da privacidade nada mais era do que uma proteção ao direito de propriedade [...]” (Praça, 2023, p.22). Todavia, também aponta-se que “[...] a proteção à propriedade acabava sendo estendida também às relações advindas do seu interior” (Praça, 2023, p.22).

Agora, sobre a intimidade, torna-se necessário pontuar que é um elemento associado à proteção da construção do próprio ser, ou seja, o que acontece em sua vida e é capaz de transformá-lo em como o indivíduo é (normalmente a intimidade não é “acessada” por terceiros, enquanto que a “privacidade” pode ser).

Sobre isso, Ferreira Filho (1997, p.35) ensina que “[...] o conceito de intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade [...]”, isto é, algo que pertence à esfera mais íntima e particular da pessoa.

Também é válido pontuar que o direito à vida privada não deve ser interpretado de forma isolada, já que apresenta – ao longo da própria Convenção Europeia – momentos de intersecção com outros direitos que também são previstos neste diploma internacional, como o previsto no art.9^o46 e no art.14. Sobre o primeiro, a título exemplificativo, a Convenção traz a ideia de construção da vida privada de acordo com a liberdade de pensamento, de consciência e de religião da pessoa, não podendo o Estado interferir em tal direito de maneira

⁴⁶ 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou colectivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou colectivamente, não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à protecção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à protecção dos direitos e liberdades de outrem.

arbitrária, uma vez que encontra relação direta com a formação do núcleo mínimo de direitos e garantias pertencentes ao ser humano (TEDH, 1950, p.11).

Interessante pontuar – sobre o direito estampado no art.9º da Convenção e sua relação com o art.8º do mesmo documento internacional – que a Comissão Europeia de Direitos Humanos já precisou enfrentar litígios em que houvesse a colisão da liberdade de religião e vida privada com a garantia da saúde pública, como em “Associação Cristã Testemunhas de Jeová vs Bulgária” (Pedido de nº. 2.8626/95), onde, em linhas gerais, tratou-se de um litígio levado à Comissão Europeia (ligada ao sistema internacional europeu de proteção dos direitos humanos) onde as Testemunhas de Jeová não eram mais “reconhecidas” como uma religião na Bulgária, tendo em vista o perigo à saúde pública que estas ofereciam, pois não aceitavam a realização de transfusão de sangue por determinação da congregação que pertenciam. Após um acordo entre a Associação destas e o Estado, as Testemunhas de Jeová puderam “voltar” a exercer sua fé em tal território, em troca de não punirem os seus associados caso os mesmos aceitem receber a citada transfusão de sangue.

Além do art.8º, o art.14 também possui relação direta com a vida privada, uma vez que traz em seu corpo textual a garantia do indivíduo não sofrer discriminações relacionadas com sua opção sexual ou que estejam ligadas às minorias (TEDH, 1950, p.13-14). Percebe-se que o legislador da Convenção procurou proteger o indivíduo contra discriminações que fossem voltadas ao modo de ser da pessoa (ou seja, a sua opção quanto à vida privada que o mesmo esteja ou pretende construir, digamos). Isso mostra o afastamento que a Convenção Europeia possui de pensamentos voltados a punir a pessoa pelo que ela é (TEDH, 1950, p.05-06).

Além da proteção à vida privada, o art.8º também garante a autodeterminação da pessoa em relação à formação de sua vida familiar. A ideia aqui estampada normalmente é encontrada no art. 12 da Convenção, onde também garante o direito ao casamento entre “homem” e “mulher” – compreendidos, até 2002, de forma biológica – para a constituição de uma família (prole), submetendo o reconhecimento do matrimônio às leis nacionais (TEDH, 1950, p.13).

Superada as tentativas conceituais e explicativas do direito aqui estudado, a atenção – neste momento – deve ser voltada, agora, ao item 2 do art.8º, pois o mesmo traz a previsão de certos limites ao exercício do direito à vida privada e familiar, conferindo ao ente público o poder de realizar interferências neste direito em prol da manutenção da coletividade, isto é,

quando o indivíduo – ao exercitá-lo – acaba pondo em risco o corpo social (sobreposição de um direito individual em detrimento do social) (TEDH, 1950, p.11).

A ideia aqui se assemelha aos limites impostos ao direito de liberdade de expressão (como vislumbrado já na seção anterior), sendo eles: garantir a segurança nacional, a segurança pública, o bem estar econômico do país, a defesa da ordem, a prevenção de infrações penais, a proteção da saúde e da moral, bem como a proteção dos direitos e liberdades de terceiros.

Dessa forma, a preocupação da Convenção Europeia é garantir o direito à vida privada e familiar da pessoa, porém o Estado estaria autorizado a intervir no exercício do referido direito, em caso de existência das hipóteses autorizativas enunciadas acima, como maneira de reequilibrar os interesses contrapostos (indivíduo *versus* coletividade).

No mais, Barroso (2019, p.491) aponta que os “[...] direitos humanos [...] fundados na dignidade da pessoa humana, visam à proteção e ao desenvolvimento das pessoas, em esferas que incluem a vida, as liberdades, a igualdade e a justiça”.

Contudo, apesar da previsão expressa, o principal ponto que é questionado do art.8º nas decisões colacionadas⁴⁷ é a interferência na vida privada e familiar da pessoa transexual pela máquina pública, já que o Estado, ao mesmo tempo em que nega o reconhecimento ao casamento e a alteração do sexo na certidão de nascimento da pessoa transexual; também não procura regulamentar a condição de tais indivíduos e a proteção dos seus direitos (como o estampado no art.8º).

Gargarella (2008, p.08) resgata a ideia, diante disso, de que “[...] cada indivíduo deve ser respeitado como um ser autônomo, distinto dos demais e tão digno quanto eles”, exigindo um comportamento proativo do Estado para promover sua proteção jurídica.

Tal cenário retrata o estado de “limbo jurídico” que os transexuais acabam sendo colocados e em especial no Reino Unido, já que sua legislação⁴⁸, até 2002; apenas reconhecia o sexo biológico como determinante para a contração de um casamento e para constar no registro da certidão de nascimento da pessoa. Só após a compreensão necessária – no julgamento de “Goodwin vs Reino Unido” – é que se passou a entender que a determinação do sexo de uma pessoa não correspondia apenas ao seu estado biológico, mas também social e mental.

⁴⁷ “Cossey vs Reino Unido” e “Goodwin vs Reino Unido”.

⁴⁸ A Lei de Causas Matrimoniais de 1973 e a Lei de Registro de Nascimento e Óbito de 1953.

4.1.2 O direito ao casamento (art.12 da Convenção Europeia de Direitos Humanos) e a interpretação biológica (restritiva) dos termos “homem” e “mulher”

Aqui é a pedra de toque. Um dos principais artigos que trazem à tona a necessidade de interpretação dos diplomas internacionais de acordo com as novas demandas jurídicas e sociais que aparecem para o legislador e aplicador forense.

Assim, o art.12 da Convenção Europeia de 1950 foi citado em ambos os julgados já mencionados anteriormente⁴⁹, onde ambas as requerentes (Cossey e Goodwin) pleiteavam o reconhecimento de novas concepções – não apenas biológica (ligada ao cromossomo “X” ou “Y”) – dos termos “homem” e “mulher” (TEDH, 2002, p.24).

Logo, “[...] em 1973 o reconhecimento entre pessoas do mesmo sexo deixou de ser classificada como doença pela Associação Americana de Psiquiatria. Em 1975, a Associação [...] adotou o mesmo procedimento, deixando de considerar a homossexualidade uma doença” (Santos; Pereira; Lima, 2023, p.03).

Diante disso, o que ambas acabaram requerendo perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, nos anos de 1990 e 2002, foi a construção da identidade sexual dos termos “homem” e “mulher” de acordo com os vários elementos que a confeccionam, como a seara biológica, social e psicológica. O que havia – na época de elaboração da Convenção Europeia de Direitos Humanos – era a hermenêutica do art.12 (o casamento como um direito humano) apenas associada aos termos “homem” e “mulher” em um ponto de vista biológico, uma vez que as demandas da comunidade LGBTQIA+, em especial dos transexuais, eram tratadas como algo correspondente à seara da saúde pública e da psicologia.

Consoante o próprio Tribunal Europeu: “é verdade que o artigo 12 [...] ao falar de ‘homens’ e ‘mulheres’, indica claramente que o casamento é a união de duas pessoas do sexo oposto” (TEDH, 1990, p.28).

Contudo, foi através do julgamento de “Corbett vs Corbett” que a Corte Europeia de Direitos Humanos começou a desbravar novas formas de compreensão de como a identidade sexual do indivíduo é formada ao longo do seu crescimento.

Nos mencionados litígios (de Cossey e de Goodwin), percebeu-se que a referida identidade seria, na verdade, um mosaico; formado por vários elementos – social, psicológico e biológico – sendo o indivíduo resultado da junção destes. Logo, perceber a pessoa transexual apenas no sentido biológico, isto é, se a mesma seria operada (ou não) ou até mesmo se esta teria um comportamento mais voltado ao “feminino” do que ao “masculino”, não seriam critérios suficientes para determinar sua identidade sexual (TEDH, 1990, p.28-29).

⁴⁹ “Cossey vs Reino Unido” e “Goodwin vs Reino Unido”.

Assim sendo, “as relações afetivas estão em constante transformação, desdobrando-se em novos formatos e estruturas relacionais. Esse processo evolutivo é evidenciado pela trajetória da união estável e pelo reconhecimento gradual das uniões homoafetivas [...]” (Santana; Amorim, 2023, p.106).

Apesar do nascimento da discussão ora estampada, “Corbertt vs Corbett” acabou pacificando o entendimento – através do Tribunal Europeu – de que os termos “homem” e “mulher” que constavam na Convenção Europeia de 1950 e nos documentos internos do Reino Unido, em especial as leis de regulamentavam o casamento; deveriam ter como critério definidor o cromossômico (biológico), pois apesar do indivíduo transexual realizar diversas modificações em seu fenótipo (parte externa do seu corpo), o mesmo não seria capaz de alterar o seu genótipo, o qual é taxado desde o seu nascimento (TEDH, 1990, p.14).

Esse posicionamento da Corte Europeia contribuiu – para mais de uma década – na falta de reconhecimento legal, no Reino Unido, da possibilidade dos transexuais contraírem casamento com seus parceiros, fazendo com que as suas uniões homoafetivas não recebessem o manto de proteção jurídica das leis domésticas inglesas (como a já citada Lei de Causas Matrimoniais de 1973) e nem do diploma internacional mencionado.

Ainda nesse sentido, Bailey (2010, p.01) ensina que “a igualdade perante a lei nem sempre se aplica à comunidade LGBT. Batalhas sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo e direitos iguais de adoção continuam a ser travadas”, mostrando que a mudança efetiva ainda não ocorreu por completo sobre tal mentalidade.

Porém, “[...] o apego ao conceito tradicional de casamento constitui razão suficiente para a continuação da adoção de critérios biológicos para determinar o sexo de uma pessoa para efeitos de casamento, sendo esta uma questão abrangida pelo poder dos Estados [...]” (TEDH, 1990, p.14).

Com isso, a interpretação que era dada ao art.12 da Convenção Europeia seguia tal posicionamento por que o documento alienígena indicava que a instituição do casamento deveria ser submetida às leis nacionais de cada Estado, fazendo com que a Convenção possuísse um posicionamento apenas no tocante a sua previsão, enquanto que a regulamentação ficaria a cargo do próprio ente público (TEDH, 1990, p.14).

E a lei que controla a realização dos matrimônios, em solo inglês, é exatamente a Lei de Causas Matrimoniais de 1973, a qual apenas autoriza a realização de um matrimônio entre um “homem” e uma “mulher” compreendidos de acordo com a concepção do genótipo

humano, tendo em vista “[...] a adoção no direito inglês de critérios exclusivamente biológicos para determinar o sexo de uma pessoa para efeitos do casamento” (TEDH, 1990, p.14).

Sobre isso, nota-se que “[...] as uniões homoafetivas são marcadas pelo preconceito, aderida à marginalidade, caracterizando aqueles que não têm preferências sexuais iguais a moral e bons costumes da sociedade” (De Santana; Muniz; Meira; Trega, 2023, p.03).

Logo, apesar do reconhecimento social dos transexuais enquanto pessoas pertencentes ao seu sexo psicológico, a legislação pátria e internacional ignorava tal elemento e fazia com que o critério biológico prevalecesse sobre tal problemática.

Porém, no ano de 2002, o Tribunal Europeu resolveu mudar tal concepção levando em consideração os constantes sofrimentos e constrangimentos que as pessoas transexuais acabavam passando para requisitar seus direitos perante as autoridades públicas nacionais, como o de se casar com o parceiro que escolhessem para a sua vida sem necessidades de justificativas sobre a sua opção e identidade sexual (TEDH, 2002, p.18).

Um dos questionamentos realizados durante o julgamento do litígio (“Goodwin vs Reino Unido”) no referido ano foi: o que leva o critério biológico, neste cenário, a ser o preponderante para determinar a identidade sexual do indivíduo e, conseqüentemente, permiti-lo ou não de se casar com a pessoa que o mesmo desenvolveu certo grau de afeto?

Percebeu-se, dessa forma, que o critério biológico havia sido escolhido como o preponderante pela tradição na busca pela segurança jurídica da Corte Europeia (e dos tribunais internos do Reino Unido), por meio dos julgados (TEDH, 2002, p.22).

Contudo, essa supervalorização da segurança jurídica pelo Tribunal Europeu e pelo Reino Unido estava trazendo conseqüências para os direitos humanos das pessoas transexuais, em especial ao de casamento, já que as mesmas não tinham o reconhecimento e proteção legal do matrimônio em suas uniões homoafetivas.

Dessa maneira, “surge um conflito entre a realidade social e a lei que coloca o transexual numa posição anômala, na qual pode experimentar sentimentos de vulnerabilidade, humilhação e ansiedade” (TEDH, 2002, p.22).

O que acontecia é que tais indivíduos não permaneciam à margem da proteção do ente estatal e do Tribunal Europeu, havendo a sua submissão às vulnerabilidades jurídicas (falta de reconhecimento legal) e sociais (fazendo com que os transexuais precisassem passar por uma série de constrangimentos adicionais, quando comparados a um indivíduo comum, como mostrar sua certidão de nascimento toda vez que fosse questionado sobre o seu sexo; apesar

de terem uma aceitação social crescente quanto à sua condição física e psicológica) (TEDH, 2002, p.23).

Logo, foi após o julgamento de “Goodwin vs Reino Unido” que a identidade sexual do ser humano passou a ser compreendida como a junção de uma série de fatores: biológico, psicológico e social; não havendo a preponderância de um em relação ao outro, mas sim a sua complementação.

A própria Corte Europeia decidiu que “não é evidente para o Tribunal que o elemento cromossômico, entre todos os outros, deva inevitavelmente assumir um significado decisivo para efeitos de atribuição legal de identidade de gênero para transexuais [...]” (TEDH, 2002, p.24).

Dessa forma, os termos “homem” e “mulher” da Convenção Europeia de 1950 passaram a sofrer mutação constitucional em sua hermenêutica, sendo – nos dias atuais – reconhecidas as uniões homoafetivas, inclusive dos transexuais; sem o apego ao conteúdo biológico de tais nomenclaturas (como uma espécie de “cláusula aberta” de interpretação) (Silva Neta; Catão, 2023a, p.267).

4.1.3 O direito ao acesso a recursos efetivos internos (Art.13 da Convenção Europeia de Direitos do Homem) para o combate das decisões domésticas

Além da problemática exposta ao longo dos arts. 8º e 12 da Convenção, o art.13 também acaba recebendo especial atenção do estudo da conquista dos direitos humanos pela comunidade LGBTQIA+, uma vez que o mesmo tipifica a possibilidade do indivíduo recorrer – perante as autoridades domésticas – de decisões estatais (administrativa ou judicial) que violem, direta ou indiretamente, os direitos que deveriam proteger (TEDH, 1950, p.13).

Pode-se vislumbrar, inclusive, que o preceito previsto no art.13 da Convenção corresponde a uma manifestação do duplo grau de jurisdição, compreendido como a possibilidade de revisão das decisões emanadas por autoridades por uma nova instância.

Destarte, “o princípio [...] do duplo grau de jurisdição está relacionado ao direito garantido as partes litigantes de recorrer, em todo ou parte, a matéria decidida no âmbito do primeiro grau de jurisdição, com o integral de todos os pressupostos processuais [...]” (Lima Filho, 2023, p.13).

O que acontecia no presente contexto é que os transexuais que possuíam seus direitos humanos violados pelo Estado e recorriam a sua revisão pelas autoridades nacionais, acabavam tendo uma resposta negativa quanto à existência de violação destes (TEDH, 2002, p.31).

Nas próprias palavras da Corte Europeia: “o Tribunal reitera que o artigo 13 da Convenção garante a disponibilidade, a nível nacional, de um recurso para fazer cumprir a substância dos direitos e liberdades da Convenção [...]” (TEDH, 2002, p.31). Assim, ela ainda ressalta que o modo como isto será exercitado na órbita interna do Estado, pelo particular, será definido pela própria jurisdição interna (TEDH, 2002, p.31).

Assim, “[...] o maior fundamento da garantia do duplo grau de jurisdição é de natureza política, uma vez que nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles” (Ferreira, 2022, p.23), ainda que se trate dos membros do Poder Judiciário, os quais não são eleitos pela sociedade e não possuem certo grau de representatividade como o Poder Executivo e o Poder Legislativo (Ferreira, 2022, p.23).

Tanto no julgamento de “Cossey vs Reino Unido”, quanto em “Goodwin vs Reino Unido”, o ente público justificava a manutenção das suas decisões judiciais e administrativas com base na legislação pátria e na tradição dos registradores (quando se tratava de certidões de nascimento e a questão de alterar o sexo previsto nelas) (TEDH, 1990, p.14).

Logo, a ideia que se transmitia, ainda que tímida, era que apesar da disponibilidade dos meios domésticos para combater ações ou omissões estatais que viessem a ferir algum direito humano da comunidade LGBTQIA+, o seu efeito prático, na verdade; não existia, uma vez que as autoridades públicas negavam a violação de qualquer direito com base em sua própria legislação interna.

Marinoni (2009, p. 12) aponta que “num sistema que, ao expurgar os dogmas, depara-se com a realidade inafastável de que a lei é interpretada de diversos modos, não há outra alternativa para se preservar a igualdade [...] e a segurança jurídica”.

Diante disso, “o seu efeito é exigir a provisão de um recurso interno para lidar com a substância de uma ‘queixa discutível’ ao abrigo da Convenção e conceder a reparação apropriada [...]” (TEDH, 2002, p.31).

Contudo, havendo – conforme o próprio Tribunal Europeu – a disponibilidade de tais mecanismos domésticos em prol do indivíduo transexual, o art.13 da Convenção já teria cumprido a sua finalidade, independentemente do julgamento favorável (ou não) da violação dos direitos humanos que eram pautados para a discussão, como a possibilidade de casamento da pessoa transexual e a possibilidade desta alterar o sexo em seu registro de nascimento (arts. 12 e 8º da Convenção Europeia de 1950, respectivamente).

4.1.4 O direito à proibição da discriminação sexual e a proteção dos transexuais enquanto minoria nacional (art.14 da Convenção Europeia de 1950)

Quando Kant (2007, p.67-68) afirma que o homem é um fim em si mesmo, tem-se a enunciação de que o ser humano não pode ser utilizado para qualquer outra finalidade, a não ser aquele objetivo que atinja ele mesmo. Por meio disso, o pensamento estampado por Kant encontra relação direta com a noção de dignidade da pessoa humana e, indiretamente, com a percepção de características básicas que qualificam o indivíduo, como a sua própria liberdade e sua igualdade.

Nesse sentido, esses dois elementos anteriores (liberdade e igualdade) desenvolvem um papel fundamental na construção do ser humano, principalmente enquanto pessoa, encontrando previsão expressa ao longo do referido art.14 da Convenção Europeia de 1950, o qual determina que os direitos e liberdades previstos neste diploma internacional devem ser assegurados de tal forma que não haja qualquer distinção de sexo, cor, raça, religião, opiniões, de origem nacional ou social; além da proibição de discriminação de minorias nacionais, diante de situações relacionadas ao nascimento, à riqueza, ou qualquer outro fator (TEDH, 1950, p.13).

Assim, a discriminação feita com base na opção sexual e contra pessoas que pertençam a uma minoria nacional encontra vedação expressa no citado art.14 da Convenção Europeia. Isso significa, dessa maneira, que – tanto a nível internacional, quanto a nível doméstico – não pode haver discriminações negativas contra indivíduos com base em sua opção sexual, além da sua posição geográfica dentro de algum grupo vulnerável no Estado. E é exatamente neste contexto que se insere as pessoas pertencentes à comunidade LGBTQIA+.

No mais, “[...] a conceituação/definição da transexualidade na realidade moderna social, [...] deve considerar a especificidade do país [...] e o Estado deve atender as demandas desse grupo que sofre as diferentes formas de violência [...]” (Castro; Coelho, 2022, p.901).

Importante frisar que, em 2002, o Tribunal Europeu já enunciou a equiparação da discriminação sexual com a discriminação de gênero, o que evidencia que a utilização de um, ou do outro elemento; para que alguém realize alguma espécie de discriminação negativa, acabaria se enquadrando na violação do referido art.14 do documento internacional aqui estudado. Isso demonstra a evolução do pensamento da Corte Europeia quanto à preocupação em tutelar e proteger os direitos humanos das pessoas transexuais, especialmente (TEDH, 2002, p.10).

Logo, “sabe-se que a personalidade é composta por diversas vertentes subjetivas ligadas a seu detentor. Uma delas diz respeito, seguramente, à identidade de gênero” (Gunter; Esmanhotto; Lins, 2022, p.38), isso acontece por que “[...] a forma como se identifica o gênero com o qual relaciona-se forma diversas características pessoais, as quais podem estar ligadas tanto à esfera particular da vida de alguém, quanto à própria esfera civil” (Gunter; Esmanhotto; Lins, 2022, p.38).

Aqui, o art.14 da Convenção Europeia pode ser utilizado como lente para a interpretação dos já mencionados arts. 8º e 12, também do mesmo dispositivo internacional; os quais tratam da previsibilidade de direitos com base em alguma condição do ser humano, neste caso, o sexo.

Ou seja, os Estados – quando confeccionassem e aplicassem os seus documentos jurídicos internos – deveriam observar o preceito de não discriminação dos indivíduos com base em sua opção sexual, de gênero e se, de alguma maneira, estes pertençam a alguma minoria nacional e a discriminação negativa está sendo realizada pelo motivo ora em tela.

Isto é, “[...] a aceitação pessoal desse indivíduo já é por si só uma batalha a ser combatida, pois muitos não conseguem aceitar-se como realmente são, e isso causa uma desordem de sentimentos religiosos e sociais” (Vasques; Ribeiro, 2021, p.139).

Todavia, “os esforços dos transexuais para obter o reconhecimento legal daquilo que consideram ter atingido o sexo ao qual sempre pertenceram, no entanto, encontram frequentemente uma acentuada aversão por parte das autoridades [...]” (TEDH, 1990, p.19).

Ainda, “parece que as tentativas do transexual de ‘mudar de sexo’ infringem um tabu profundamente enraizado. De qualquer forma, as primeiras reações das autoridades, bem como dos tribunais, foram quase instintivamente hostis e negativas” (TEDH, 1990, p.19).

Assim sendo, a Convenção Europeia, adotando tal tipo de pensamento, procura garantir os elementos da dignidade e da liberdade da pessoa, para que a mesma possa formar tanto o seu “eu” interno, quanto o seu “eu” externo de forma plena e sem quaisquer discriminações negativas e que impeçam tal desenvolvimento.

4.2 A tipificação dos direitos fundamentais das pessoas transexuais no Reino Unido: uma análise das disposições jurídicas internas

Superada a tentativa de compreensão do conteúdo dos principais artigos (8º, 12, 13 e 14; todos da Convenção Europeia de Direitos do Homem) que encontra relação direta com a problemática deste trabalho, passa-se, agora; à análise da dinâmica da legislação interna do

Reino Unido, a qual possui o encargo principal de tipificar e regulamentar tais direitos mencionados na seara doméstica do citado país.

De forma preliminar, “cumpre destacar que discriminação é qualquer conduta que impõe distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito de anular ou prejudicar direitos e a autonomia garantida aos demais cidadãos” (Costa; Costa, 2022, p.142), sendo a opção sexual um dos elementos possíveis de permitir a discriminação nesse sentido.

Assim, “[...] o Estado deve assegurar o pleno exercício de direitos a todos os cidadãos, e se o Estado permite que ocorra a discriminação pela orientação sexual através da ausência de igualdade e oportunidades, viola os Direitos Humanos [...]” (Hortelan; Maia, 2023, p.64).

Nesse contexto, “a homofobia se enquadra nesse amplo conceito de discriminação. Todavia, o conceito de homofobia suplanta o próprio conceito de discriminação, ocupando um lugar [...] causador de exclusão e condição marginalizante” (Costa; Costa, 2022, p.142).

Nesse sentido, em relação ao direito humano previsto no art.8º da Convenção referida, o Reino Unido acaba tipificando em sua Lei de Registro de Nascimentos e Óbitos de 1953, a previsibilidade de como deve ser feita a certidão de nascimento do indivíduo. Apesar da legislação confeccionada, a prática de registro dos nascimentos é feita, também, de acordo com a tradição do registrador geral, o qual é encarregado de informar, no documento citado, qual era o sexo da criança no momento do seu nascimento.

No mais, “uma entrada é considerada um registro dos fatos no momento do nascimento. Uma certidão de nascimento constitui, portanto, um documento que revela não a identidade atual, mas fatos históricos” (TEDH, 2002, p.07).

Além disso, a certidão de nascimento feita nesses moldes corresponde a um registro histórico do momento de nascimento da pessoa, de tal maneira que o sexo que o indivíduo acabou nascendo é o que irá constar no documento. Com isso, nenhuma alteração superveniente poderia ser feita com a intenção de alterar o sexo anotado pelo registrador geral. As únicas hipóteses aceitáveis de mudança, à luz da Lei de Registro de Nascimentos e Óbitos de 1953 e da prática do registrador geral, são: quando há um erro material provado ou no caso da pessoa ser um indivíduo intersexual (aparentava ter uma genitália feminina, por exemplo, mas com o seu crescimento gradativo, percebe-se que na verdade se tratava de uma genitália masculina, biologicamente) (TEDH, 2002, p.07).

Consoante a Corte Europeia de Direitos Humanos, “o sexo da criança deve constar na certidão de nascimento. [...] a prática do registrador é usar exclusivamente critérios biológicos [...]” (TEDH, 2002, p.07).

Outro ponto importante de se frisar que a legislação e o registrador geral adotavam, unicamente, o critério biológico para a tipificação do sexo da pessoa no momento do nascimento, independentemente de esta realizar qualquer mudança cirúrgica posterior, como é o caso dos transexuais. Dessa forma, graças a tais argumentos, o indivíduo que se identificava como uma pessoa transexual e requeria a mudança do sexo em sua certidão de nascimento, tinha tal pleito negado pelo Estado, uma vez que o único critério que era adotado para a confecção da certidão de nascimento era o biológico, além do caráter histórico que o documento referido carregava, impossibilitando, assim; quaisquer espécies de mudanças nesse sentido (TEDH, 1990, p.08).

Sobre isso, o Tribunal Europeu já salientou que: “[...] a cirurgia de mudança de sexo não resulta na aquisição de todas as características biológicas do outro sexo” (TEDH, 1990, p.12). Porém, “[...] o bem estar individual e interpessoal depende do pleno desenvolvimento da sexualidade, desse modo, caso haja alguma repressão, durante o referido processo, o indivíduo poderá ser acometido por diferentes problemas” (Silva; Aguiar; Miranda, 2022, p.04).

Logo, apesar de se identificarem com uma identidade sexual diversa daquela biológica, o transexual, quando questionado quanto ao seu sexo; deveria explicar a sua situação de indivíduo transexual e mostrar sua certidão de nascimento indicando o seu sexo biológico, caso houvesse dúvidas quanto a sua condição. Diante disso, os transexuais eram impossibilitados de ter o reconhecimento da sua real identidade sexual no referido documento.

Destarte, como assinalou a opinião dissidente do juiz Martens, no julgamento do litígio “Cossey vs Reino Unido”, “[...] a recusa de mudar o sexo dos transexuais pós-operatórios no registro de nascimento não se baseava em qualquer interesse público que pudesse justificar a interferência nos seus direitos fundamentais” (TEDH, 1990, p.20).

No mesmo patamar de pensamento, “a comunidade LGBTQIA+ [...] vêm lutando por seus direitos de existir e se expressar com segurança e igualdade [...] passando por vários momentos na história que foram criminalizados, classificados como pessoas doentes [...]” (Rangel; Silva, 2022, p.80).

Agora, em relação ao art.12 da Convenção Europeia de Direitos do Homem, o qual traz a previsão do casamento e sua submissão às regras do ordenamento jurídico interno dos

Estados, o Reino Unido acaba regulamentando tal instituição através da Lei de Causas Matrimoniais de 1973, o qual carregava o mesmo tipo de pensamento estampado na já citada Lei de Registro de Nascimentos e Óbitos de 1953.

Dessa maneira, “a Seção 11 da Lei de Causas Matrimoniais de 1973 dá efeito legal à disposição do direito consuetudinário de que um casamento é nulo *ab initio* se as partes não forem, respectivamente, homens e mulheres” (TEDH, 1990, p.07).

Assim, a família formada por meio do casamento “[...] é um grupo surgido até mesmo antes do Estado e seus alicerces fundam-se em uma sociedade altamente conservadora, sofrendo grande influência de tradições religiosas” (Galdino, 2023, p.19).

Isso demonstra que o Reino Unido, ao tratar da instituição do matrimônio, tomava como referencial o sexo que era indicado na certidão de nascimento da pessoa, de tal maneira que apenas a união entre o “homem” e a “mulher” considerados de forma biológica é quem recebia o manto de proteção jurídica do país. Assim, mesmo que um transexual contraísse um casamento com uma pessoa do seu sexo oposto, o matrimônio era considerado nulo de acordo com a Lei de Causas Matrimoniais de 1973, uma vez que a pessoa transexual só estaria autorizada a se casar nos parâmetros do seu sexo biológico, o qual era previsto e indicado em sua certidão de nascimento (TEDH, 2002, p.06).

Nesta seara, “segundo o direito inglês, o casamento é definido como a união voluntária entre um homem e uma mulher” (TEDH, 2002, p.06). Além disso, a visão do casamento – na época - era guiada pela formação da família, com a ideia de procriação; constituindo mais um empecilho para o reconhecimento de tal instituição em prol dos transexuais (TEDH, 2002, p.06).

Contudo, “[...] a família se limitava a união de pessoas de sexo diversos, mas na atualidade o conceito de família mostra-se mais abrangente e com diversas modalidades de família. Assim, a família é a união de pessoas pelo afeto” (Andrade; Mendes, 2023, p.120).

Evidente que tais disposições legais ignoravam qualquer outro parâmetro de definição de sexo, como o psicológico e o social (onde o gênero é construído de acordo com os papéis sociais incumbidos para cada classe social, ou seja, homens e mulheres).

Apesar disso, “[...] o Direito deve acompanhar a evolução da sociedade de modo a atender suas demandas na seara jurídica, assim, se há avanço nas relações sociais, há necessidade de aperfeiçoamento da legislação” (Vial; Jacob, 2022, p.02).

Porém, não apenas na certidão de nascimento e na celebração do casamento o sexo biológico do indivíduo é algo tido como referencial. Pode-se vislumbrar que no sistema se

segurança social, de emprego e de pensão do Reino Unido, o sexo biológico também é algo tido como determinante para a concessão de pensões, seguros, aposentadorias e a dinâmica como se dá as relações laborativas (apesar da previsão do art. 14 da Convenção Europeia) (TEDH, 2002, p.07-08).

Logo, “um transexual continua inscrito na segurança social, nacional para fins de seguro e de emprego como sendo do sexo registrado no nascimento” (TEDH, 2002, p.07).

Todavia, “a lei quando omissa pode por meio de suas lacunas normativas se tornar instrumento de opressão, à medida que criminaliza ou deixa de punir condutas discriminatórias destinadas a uma determinada população” (Siena; Mesquita, 2023, p.03).

Assim, a Lei de Administração da Segurança Social de 1992, a Lei de Contribuições e Benefícios de Segurança Social também de 1992 e os Regulamentos da Segurança Social (especificadamente o 44 e 45) tipificam que a concessão de uma pensão, de um seguro ou a realização de contribuições ao sistema de seguridade social deve observar o sexo biológico do requerente, isto é, se este preenche os requisitos para tal concessão de acordo com os previstos para o seu sexo biológico (homem ou mulher) (TEDH, 2002, p.08).

Nesta seara, mesmo que o transexual tenha realizado a cirurgia de redefinição sexual, bem como altere o seu fenótipo e se identifique – mentalmente – como uma pessoa transexual; esta só poderá ser agraciada por tais benefícios apontados, caso se enquadre nos requisitos trazidos para o seu sexo biológico.

Através disso, “[...] o patriarcado estabelece o pensamento da existência de dois sexos diferentes na categoria ‘homem’ e ‘mulher’, sendo uma construção natural a ideia de que a sociedade já pressupõe aquilo que é tido para os homens e [...] para as mulheres” (Rosa, 2023, p.525). Nas relações empregatícias, inclusive, esse tipo de pensamento não muda. Pela Lei do Roubo (1968) do Reino Unido, caso o transexual não informasse a verdade sobre o seu sexo biológico para o empregador, o transexual poderia acabar sendo responsabilizada por fraude, já que omitiu uma informação para o seu contratante.

Logo, o histórico do indivíduo – antes de se tornar transexual – ficava totalmente disponível ao empregador, através do registro de um número de matrícula no sistema de contribuições e emprego, o que contribuía para o sofrimento dual dos transexuais quanto à sua realidade social e o local onde a lei os posicionava (apenas aceitando o critério biológico como algo a ser seguido) (TEDH, 2002, p.10-11).

Diante disso, “[...] houve um aumento significativo na conscientização sobre as questões enfrentadas por pessoas LGBTQIA+ no mercado de trabalho. Embora alguns

avanços tenham acontecido [...], a discriminação e o preconceito ainda não prevalecentes” (Santos; Silva, 2023, p.16).

Caso o transexual acabasse sofrendo alguma forma de assédio sexual em seu ambiente laboral, conforme a Lei de Justiça Criminal e Ordem Pública de 1994, do Reino Unido; o mesmo poderia ser classificado como vítima de estupro, mas se houvesse a prática de atos libidinosos (sem qualquer forma de penetração), tais atos não eram considerados como “estupro” (TEDH, 2002, p.11).

Havia a possibilidade de recorrer das decisões denegatórias de tais direitos, como a um Tribunal Industrial no caso de assédio sexual sofrido pelo transexual em seu ambiente de trabalho, mas pela definição única do sexo biológico como o norteador da tipificação e aplicação de tais direitos, os transexuais eram desestimulados a recorrerem para tais instâncias, tendo em vista a evidente falta de proteção legal e efetiva sobre isso (TEDH, 2002, p.04).

No mais, “devido às mudanças nas relações entre os grupos LGBTQIA+, [...] as pessoas trans conseguiram encontrar seu lugar como uma parte heterogênea do movimento LGBTQIA+, dependendo do contexto e das necessidades” (Dantas; Neves, 2023, p.74).

Portanto, resta claro que da legislação interna do Reino Unido, o único elemento definidor da efetivação de tais direitos é o sexo biológico, o que contribuiu, por anos, para que as pessoas transexuais ficassem à margem da proteção jurídica do Estado, ou seja, em um verdadeiro “limbo”, onde os seus direitos não eram reconhecidos pelo ente público e, quando levados a julgamento na órbita do sistema internacional europeu de proteção de tais direitos (antes de 2002), a máquina estatal justificava tal inércia de previsibilidade de proteção de tais direitos em prol do transexual de acordo com sua margem de preferência nacional em tipificá-los ou não.

4.2.1 O caso “Cossey vs Reino Unido” de 1981 e o caso “Goodwin vs Reino Unido” de 2002: o uso da teoria da margem pelo Estado na tentativa de justificar a ausência de regulamentação das pessoas transexuais no tocante aos seus direitos humanos (arts. 8º, 12, 13 e 14 da Convenção Europeia de 1950)

De forma preliminar, justifica-se a necessidade de analisar os litígios intitulados “Cossey vs Reino Unido” e “Goodwin vs Reino Unido” de forma conjunta, uma vez que ambos trataram sobre o mesmo eixo problemático: o reconhecimento dos direitos humanos (arts. 8º, 12, 13 e 14 da Convenção Europeia de 1950) das pessoas pertencentes à comunidade LGBTQIA+, em especial os transexuais. Assim, o julgamento do primeiro destes casos, em

1981, serviu de contraponto para que o Tribunal Europeu – agora, em 2002 – percebesse o comportamento omissivo do Estado, quanto à regulamentação desses direitos em prol da referida comunidade.

Matviiko e Shkoliar (2019, p.01) interpretam isso da seguinte forma:

O atual estágio de desenvolvimento da sociedade é o momento de eliminar os tabus. Em todo o mundo começam a falar abertamente sobre temas anteriormente tabus. Uma delas é a questão da orientação sexual não tradicional. É natural que em cada sociedade exista um certo número de pessoas que têm uma orientação sexual não tradicional.

Além dessas considerações preliminares, também frisa-se que antes da consolidação do entendimento realizada por meio do julgado destes primeiros casos, houve dois precedentes de tentativa de reconhecimento e consolidação dos citados direitos humanos em prol das pessoas transexuais, sendo eles: o caso “Corbett vs Corbett” (TEDH, 1990, p.08) e o denominado “Acórdão Rees” (TEDH, 1990, p.10).

Sendo que este último versou sobre o pedido, em 1986, de um homem transexual, perante o Tribunal Europeu, de reconhecimento de sua nova identidade sexual, já que este havia passado pela cirurgia de redesignação sexual. Todavia, a Corte não considerou que o não reconhecimento do seu novo “status” sexual acabaria por violar o art. 8º da Convenção Europeia de 1950, e se houvesse tal reconhecimento, acabaria por modificar toda uma dinâmica jurídica interna da Inglaterra, motivo este em que a realização da referida cirurgia em nada alteraria o conteúdo biológico dos registros da pessoa (como sua certidão de nascimento). Logo, o que deveria prevalecer – para definir a identidade sexual do indivíduo – seria o critério unicamente biológico (o que a pessoa nasceu).

Ambos os julgados pacificaram o entendimento, perante a Corte Europeia, de que o critério para a definição sexual e de gênero do indivíduo era o critério unicamente biológico (cromossômico, gonadal ou genital). Assim, tentativas de alterá-lo não deveriam ser levadas em consideração para a citada definição (TEDH, 1990, p.12).

De acordo com Moura (2017, p. 219), “a única menção feita a respeito, expressa na sentença do caso Rees, é a de que uma cirurgia de redesignação sexual não implica a aquisição de todos os caracteres do sexo oposto”. Tal entendimento se prolongou por um bom tempo nas cadeiras do Tribunal Europeu.

Inclusive, ainda no ano de 2024, segundo Gouveia (2024, p.01): “[...] 45% das pessoas trans assassinadas na Europa, [...] eram migrantes ou refugiados. Globalmente, quase metade (48%) das pessoas trans mortas eram profissionais do sexo”. Ainda segundo Gouveia (2024, p.01), “[...] esse dado salta para três quartos (78%) na Europa”.

Assim, o que acontecia no Reino Unido, palco do julgamento de “Corbett vs Corbett” e do “Acórdão Rees”, era que toda a sua estrutura jurídica (inicialmente, a Lei de registros de nascimentos e óbitos de 1953 e a Lei de causas matrimoniais de 1973) apenas reconhecia, para fins de casamento e de registro de nascimento, o sexo biológico que a pessoa acabou nascendo (TEDH, 1990, p.12).

Isso significava que qualquer tipo de mudança sexual que a pessoa se submetesse (como a cirurgia de redesignação sexual) não seria levada em consideração para a mudança no registro de nascimento do indivíduo, bem como não lhe concedia a possibilidade de contrair matrimônio com uma pessoa biologicamente do seu sexo oposto (TEDH, 1990, p.12).

Inclusive, o próprio Reino Unido previa em sua Lei de Perjúrio de 1911 uma punição para aquela pessoa que omitisse informações em declarações, certidões ou no momento do seu casamento e que sabia ser falsa (TEDH, 1981, p.07-06).

Dessa maneira, tanto a Lei de registros de nascimentos e óbitos de 1953 e a Lei de causas matrimoniais de 1973, ambas do Reino Unido, apenas adotavam como critério para registro de nascimento e para a concessão da possibilidade de contrair casamento o sexo biológico da pessoa (conforme já consolidado pelos julgamentos referenciados) (TEDH, 1990, p.14).

Assim, de acordo com a Lei de registros de nascimentos e óbitos de 1953, como a certidão de nascimento da pessoa corresponde a um momento de registro histórico, deveria constar o sexo que esta acabou nascendo, mesmo que venha a ser alterado no futuro. Nascendo e registrando o sexo do seu nascimento, não poderia ser modificado. A prática do registrador geral apenas permitia a alteração em alguns casos, como o do intersexo (TEDH, 1990, p.05-06).

Consoante a isso, “[...] na Inglaterra e no País de Gales a certidão de nascimento constitui um documento que revela não a identidade atual, mas fatos históricos [...]” (TEDH, 1990, p.05).

No mesmo sentido, a Lei de causas matrimoniais de 1973 apenas permite a realização do casamento entre o homem e a mulher biologicamente compreendidos (TEDH, 1990, p.07-08). Assim, apenas o sexo biológico seria o definidor da possibilidade de contrair matrimônio com a outra pessoa, independentemente do fenótipo do indivíduo.

Destarte, o Reino Unido justificava – tanto no “Cossey vs Reino Unido”, quanto em “Goodwin vs Reino Unido” – que sua Lei de causas matrimoniais estaria em simetria com o

art. 12 da Convenção Europeia de 1950, a qual apenas permite a realização do matrimônio entre o homem e a mulher biologicamente considerados (TEDH, 1990, p.14).

E é neste cenário que se insere a Srt^a Cossey. Mulher transexual, optou por realizar todos os procedimentos estéticos para que o seu fenótipo se aproximasse, cada vez mais, de uma aparência feminina. Trabalhou como modelo por alguns anos e tinha a pretensão de se casar com um amigo, além disso, tentou realizar a alteração (em sua certidão de nascimento) do seu gênero. Todavia, Cossey acabou tendo os referidos direitos negados pelo Estado (Reino Unido) (TEDH, 1990, p.03-04).

Sobre o primeiro pedido da Srt^a. Cossey, ou seja, o de contrair matrimônio com o seu amigo, o Reino Unido justificou tal negativa do direito com base na Lei de causas matrimoniais de 1973, a qual apenas autorizava a realização do casamento entre um homem e uma mulher biologicamente considerados. Assim, mesmo que Cossey houvesse realizado as cirurgias para alterar o seu fenótipo para tal fim, o seu aporte cromossômico não foi alterado. Dessa maneira, não poderia o país autorizar a realização do casamento entre dois homens (TEDH, 1990, p.14).

Agora, também invocando a Lei de registros de nascimentos e óbitos de 1953, o Estado negou a possibilidade de alterar o registro de nascimento de Cossey, em relação ao seu sexo, tendo em vista que pela prática do registrador e da legislação, o referido documento (certidão) registra o momento de nascimento da pessoa, não podendo sofrer, em regra, alterações no intuito de modificar a sua essência (TEDH, 1990, p.12).

Diante desse cenário, o caso foi levado para a Comissão Europeia⁵⁰, a qual o submeteu à jurisdição do Tribunal Europeu, com a intenção de “[...] obter uma decisão sobre os fatos do caso e se estes revelavam ou não uma violação pelo Estado requerido de suas obrigações nos termos do artigo 12 (art. 12) e [...] artigo 8 (art. 8) da Convenção” (TEDH, 1981, p.02).

Em suas alegações, Cossey suscitou a violação, por parte do Reino Unido, dos arts. 8º e 12 da Convenção Europeia de 1950, os quais procuravam proteger a vida privada, a intimidade e a vida familiar do indivíduo, bem como a possibilidade de celebração de casamento entre duas pessoas (TEDH, 1990, p.08). Assim, ao negar a concessão dos dois direitos – como relatado anteriormente – o Reino Unido estaria violando os artigos indicados.

⁵⁰ Interessante pontuar que Cossey, desde os trâmites dentro da Comissão, era referida no feminino.

No mesmo sentido, Cossey invocou a questão de que socialmente a sua pessoa era tida como uma mulher transexual, não havendo qualquer óbice quanto ao reconhecimento de tais direitos dentro desse cenário (TEDH, 1990, p.03).

Porém, ao apresentar os motivos denegatórios de aplicação de tais direitos em favor de Cossey, o Reino Unido invocou a teoria da margem de apreciação, no sentido de que o Tribunal Europeu reconhecesse a margem de preferência para que o país em questão tipificasse a situação dos transexuais de acordo com a sua própria legislação interna (TEDH, 1990, p.13). No caso do Reino Unido, através da Lei de registros de nascimentos e óbitos de 1953 e da Lei de causas matrimoniais de 1973.

O Estado invocou a doutrina da margem com a intenção de que o tratamento conferido aos transexuais fosse regulamentado apenas pelo ente público e, conforme as referidas leis, não haveria no que se falar em violação dos arts. 8º e 12 da Convenção Europeia de 1950, uma vez que todas as decisões denegatórias que foram emitidas para Cossey pelo Estado, basearam-se nas disposições de direito doméstico, as quais adotam apenas o critério biológico para o exercício dos direitos destacados aqui (TEDH, 1990, p.14).

Logo, de acordo com o Reino Unido, a negativa de concessão de tais direitos em prol de Cossey foi fundamentada de acordo com a legislação interna, a qual é apoiada na teoria da margem de apreciação, tendo em vista que cabe ao país determinar como a regulamentação dos direitos humanos em destaque seria tratada no contexto das pessoas transexuais (TEDH, 1990, p.13-14).

Assim, adotando os precedentes⁵¹ e os argumentos elencados pelo Reino Unido, baseando-se na margem de preferência do Estado em regulamentar tal situação em seu contexto doméstico, a Corte Europeia aplica a margem de manobra no caso “Cossey vs Reino Unido”, reconhecendo⁵² que cabe unicamente ao ente estatal a regulamentação da situação das pessoas transexuais neste contexto, “assim, esta ainda é, tendo em conta a existência de poucos pontos comuns entre os Estados Contratantes, uma área em que gozam de uma ampla margem de apreciação [...]”(TEDH, 1990, p.13).

Além disso, o Tribunal Europeu indicou que, apesar de reconhecer a incidência da doutrina da margem, deveria o Reino Unido – dentro de sua órbita de preferência – adotar modificações legislativas com a intenção de tipificar e adequar a condição das pessoas

⁵¹“Corbett vs Corbett” e “Acórdão Rees”.

⁵² Defende por dez votos a oito que não há violação do artigo 8º (art.8). Defende por catorze votos a quatro que não há violação do artigo 12 (art. 12).

transexuais no exercício dos seus direitos humanos básico, como o da própria possibilidade de contrair matrimônio (art. 12 da Convenção Europeia de 1950) (TEDH, 1990, p.33).

Apesar de proferir a decisão nesse sentido, isto é, de recomendação do Reino Unido em adequar o seu sistema jurídico e prático doméstico para que houvesse a regulamentação do exercício dos direitos humanos pelas pessoas transexuais, o citado país não realizou tais modificações.

Strand e Svensson (2022, p.02), sobre isso, indicam que:

Há sinais claros de uma reação contra a igualdade de direitos para lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros (LGBT+, onde o *plus* representa todas as sexualidades e identidades de gênero não conformes, bem como aliados heterossexuais), o que não é característico apenas da Europa [...].

Assim, no ano de 2002, agora, foi a Srt^a. Goodwin, também mulher transexual, que levou novamente a discussão perante a Corte Europeia (TEDH, 2002, p.02).

Além dos direitos anteriores que foram invocados por Cossey como violados, a Srt^a. Goodwin também trouxe a discussão quanto à possibilidade do transexual contribuir para a previdência social e o sistema de seguros do Reino Unido de acordo com sua identidade sexual (TEDH, 2002, p.04-05).

No mesmo sentido, Goodwin indicou que, principalmente a mulher transexual, enfrenta dificuldades no âmbito laboral, uma vez que é constante o assédio dos colegas – de, por exemplo, ter que obrigatoriamente indicar o seu nome social – bem como da possibilidade do empregador ter acesso a todo o histórico trabalhista da pessoa transexual, incluindo o antes da operação de resignação sexual (TEDH, 2002, p.04-05).

Segundo o Tribunal Europeu (2002, p.08), o sistema de segurança social, emprego e pensões do Reino Unido, em especial na Inglaterra:

[...] opera uma política de emissão de apenas um número NI (corresponde a um número de inscrição no referido sistema) para cada pessoa, independentemente de quaisquer alterações que ocorram na identidade sexual dessa pessoa através de procedimentos [...].

Os constrangimentos, segundo Goodwin, são constantes, até quando o transexual precisa ficar justificando a diferença de indicação da identidade sexual entre os seus documentos (como passaporte e carteira de identidade) que indicam a sua correta opção sexual e a sua certidão de nascimento (onde consta a sua identidade no momento do nascimento, sendo esta inalterável pela Lei de registros de nascimentos e óbitos de 1953) (TEDH, 2002, p.04-05).

Por meio disso, “a falta de reconhecimento legal de sua mudança de gênero foi a causa de inúmeras experiências discriminatórias e humilhantes na sua vida cotidiana” (TEDH, 2002, p.18).

O caso “Goodwin vs Reino Unido”, dessa maneira, abrangeu outras questões que gravitavam a realidade não tipificada dos transexuais no referido país. Assim, a Comissão Europeia foi acionada por meio de uma ação promovida por Goodwin, a qual foi remetida para o Tribunal Europeu (TEDH, 2002, p.03-04).

Assim, “o Presidente do Tribunal decidiu que, no interesse da boa administração da justiça, o processo deveria ser atribuído à Grande Seção [...]” (TEDH, 2002, p.03). Nesse sentido, Goodwin alegou como violados os arts. 8º, 12, 13⁵³ e 14, todos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (TEDH, 2002, p.04).

Foi aceita, também, a participação de um *amicus curiae*, denominado *Liberty*⁵⁴, o qual trouxe durante o julgamento dados de como os países estavam regulamentando a situação dos transexuais no continente europeu (TEDH, 2002, p.15-16).

Em sua defesa, o Reino Unido se utilizou novamente da margem de apreciação nacional, invocando a margem de preferência já reconhecida pela Corte Europeia – anteriormente – para que apenas o próprio país regulamentasse tal situação dentro do seu âmbito interno (TEDH, 2002, p.19).

Dessa maneira, “[...] tendo em conta a margem de apreciação deixada aos Estados [...], a falta de reconhecimento no Reino Unido da nova identidade de gênero do requerente para efeitos legais não implicava violação do artigo 8º da Convenção [...]” (TEDH, 2002, p.19).

Mais uma vez, o Estado indicou que a situação de Goodwin era regulamentada pela Lei de registros de nascimentos e óbitos de 1953⁵⁵, pela Lei de causas matrimoniais de 1973⁵⁶ (TEDH, 2002, p.06-07), pelas Leis de Segurança Social, Emprego e Pensão⁵⁷ (TEDH, 2002,

⁵³ Necessário pontuar que este artigo foi invocado como violado pelo Estado por Goodwin, tendo em vista a dificuldade em que os transexuais possuem em obter uma tutela efetiva dos seus direitos dentro do país, uma vez que todas as decisões que são proferidas pelo Reino Unido, na órbita desta discussão, não denegatórias.

⁵⁴ Ela indicou que dos trinta e seis países analisados sobre essa questão, apenas quatro – incluindo o próprio Reino Unido – não reconhecem a possibilidade do transexual em alterar seu registro de nascimento.

⁵⁵ Quanto à possibilidade de mudança da identidade sexual na certidão de nascimento.

⁵⁶ Quanto à possibilidade de contrair matrimônio com outro indivíduo.

⁵⁷ O conjunto: Lei de Contribuições e Benefícios de Segurança Social de 1992, Lei de Administração da Segurança Social de 1992 e Regulamentos da Segurança Social (números 44 e 45).

p.08-09), pela Lei de Roubo de 1968⁵⁸ e pela Lei de Justiça Criminal e Ordem Pública de 1994⁵⁹ (TEDH, 2002, p.10-11).

Com isso, não há como falar em violação dos direitos humanos indicados por Goodwin, já que todo o contexto possui uma tipificação prévia na legislação do Reino Unido, sustentada pela margem de preferência deste em regulamentá-las.

Apesar de tais argumentos trazidos pelo país, a Corte Europeia percebeu que desde o julgamento de “Cossey vs Reino Unido”, o Estado não promoveu qualquer tipo de alteração em sua legislação doméstica sobre os transexuais. Na verdade, ao longo dos anos, o Reino Unido se favorecia do reconhecimento da margem de manobra, por parte da Corte Europeia, como forma de justificar sua inércia quanto a tratar a situação dos transexuais em seu território (TEDH, 2002, p.27).

Nesta seara, “[...] o Tribunal considera que o Governo demandado já não pode alegar que a questão se enquadra na sua margem de apreciação, salvo no que diz respeito aos meios apropriados para alcançar o reconhecimento do direito protegido pela Convenção [...]” (TEDH, 2002, p.27).

Inclusive, “[...] o Estado requerido ainda não tinha tomado quaisquer medidas nesse sentido, apesar [...] de um reconhecimento crescente dos problemas com que os transexuais são confrontados [...]” (TEDH, 2002, p.27).

O Tribunal Europeu percebeu que os transexuais permaneciam em um verdadeiro limbo jurídico quanto ao reconhecimento, regulamentação e exercício dos seus direitos humanos básicos e, quando iam perante o ente público requisitá-los, tinham decisões denegatórias constantes ou eram criados obstáculos para o seu exercício por parte destes (TEDH, 2002, p.28-29).

No mais “[...] não existem fatores significativos de interesse público que possam pesar contra o interesse desta requerente individual em obter o reconhecimento legal da sua mudança de sexo [...]” (TEDH, 2002, p.27).

Essa situação, assim, não poderia permanecer. O Reino Unido não poderia se sustentar no reconhecimento de uma margem de preferência pela Corte Europeia, para que permanecesse inerte quanto a esta situação. Logo, o Tribunal Europeu acabou declarando⁶⁰ a

⁵⁸ Que pune a possibilidade de se obter vantagem pecuniária diante de omissão de informações essenciais.

⁵⁹ Considera a mulher transexual como homem, para fins de caracterização de estupro.

⁶⁰ Por unanimidade, reconheceu a violação aos Arts. 8º e 12 da Convenção. Por unanimidade, não reconheceu violação ao Art. 13 da mesma Convenção e determinou que não houve questões separadas para se analisar o Art. 14 do mesmo diploma legal. Condenou o Reino Unido, também, ao pagamento de uma indenização (danos morais) em prol de Goodwin e o pagamento das custas e despesas processuais.

violação dos arts. 8º e 12 da Convenção Europeia de 1950 por parte do Estado (TEDH, 2002, p.04-05).

Sobre isso, o Tribunal Europeu (2002, p.30) julgou que “a margem de apreciação não pode estender-se tanto”. No mesmo sentido, também acabou fixando uma indenização (danos morais) em favor de Goodwin (TEDH, 2002, p.33-34).

Apesar de apontar a violação dos artigos indicados, o Tribunal Europeu determinou a necessidade de reconhecimento de tais direitos humanos em prol dos transexuais no Reino Unido, porém controlou o âmbito de aplicação da doutrina da margem, determinando que os mecanismos para o cumprimento de tal obrigação deveria ser realizado de acordo com os trâmites internos do próprio país. Como se fosse a aplicação da teoria da margem mitigada ou controlada (TEDH, 2002, p.33).

Nas próprias palavras do Tribunal Europeu (2002, p.33): “caberá ao Governo do Reino Unido, no devido tempo, implementar as medidas que considere apropriadas para cumprir as suas obrigações de garantir o direito do requerente e de outros transexuais [...]”, pois “o casamento igualitário não é apenas uma questão jurídica ou política, é também uma questão de direitos humanos e de justiça social” (Gulati; Kaur, 2024, p.03).

Diante do julgamento “Cossey vs Reino Unido”, percebe-se como consequências jurídicas: primeiro, que apenas o critério biológico – embutido na legislação pátria do Estado – era a “bússola” definidora do exercício dos direitos humanos pelas pessoas transexuais; segundo, que o Reino Unido, ao mesmo tempo que negava a realização de tais direitos em prol dos transexuais, não promovia a regulamentação e a tipificação destes; e, terceiro, o Estado se utilizava da margem de manobra para justificar a sua inércia quanto ao tratamento dos transexuais, juridicamente, em seu território (Silva Neta; Catão, 2023a, p. 280).

Sobre o segundo julgado (“Goodwin vs Reino Unido”), foi possível identificar como consequências jurídicas advindas da decisão do Tribunal Europeu: primeiramente, a não possibilidade do Estado em se utilizar da margem de apreciação nacional para justificar a regulamentação dos direitos humanos das pessoas transexuais em seu território; em segundo lugar, a teoria da margem de apreciação pode ser controlada quanto ao âmbito de sua aplicação pela corte internacional; e, por último, que havendo o afastamento da incidência da margem de manobra quanto ao reconhecimento destes direitos em favor dos transexuais, ocorreu uma mutação constitucional no art. 12 da Convenção Europeia de 1950, onde os termos “homem” e “mulher” não devem ter uma interpretação restrita à concepção biológica (Silva Neta; Catão, 2023a, p. 280-281).

5 O DIREITO AO ACESSO À EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO HUMANO E UM DIREITO FUNDAMENTAL

Além dos direitos de primeira dimensão (ou seja, como foi visto anteriormente, seriam aqueles vinculados à esfera de liberdade individual da pessoa), também existem aqueles intitulados de direitos de segunda dimensão, os quais passaram a exigir do ente público um comportamento positivo quanto à defesa e prestação de alguns direitos e garantias, principalmente, as que possuem certo cunho social; como o direito à educação e a manutenção de um sistema de previdência social em favor do contribuinte, por exemplo (Toledo, 2023, p.01-02).

Ressalta-se o uso das dimensões dos direitos humanos na tentativa de dinamizar o entendimento e a compreensão da evolução de tais direitos a nível internacional e, também, interno, nos ordenamentos jurídicos domésticos.

Assim, os direitos agrupados nesta segunda dimensão são aqueles, normalmente, que possuem um cunho voltado à coletividade, tendo em vista que as abstenções constantes do Estado, no momento de implantação dos direitos de primeira dimensão, acabaram dando margem a uma série de arbitrariedades originadas pelas relações dos particulares e entre eles, uma vez que a própria regulamentação de tais relações advinha da vontade dos indivíduos (assim, a máquina estatal não possuía mais o poder de intervenção nesta esfera de liberdade, devido aos direitos pleiteados, anteriormente, de “não intervenção” ou abstenção).

Sobre esse cenário, Faustino e Becker (2023, p.87) ensinam que os direitos de segunda geração “[...] correspondem aos direitos sociais, culturais e econômicos, além dos direitos coletivos, também denominados como direitos da coletividade”, além disso, Barroso (2019, p.497) também aponta que o objetivo destes direitos é “[...] assegurar aos indivíduos vida digna e acesso às oportunidades em geral. Idealmente, são direitos que devem ser satisfeitos, não por prestações individuais, mas por serviços públicos de qualidade [...]”.

Logo, com o cenário de abstenção gradativa do ente estatal em intervir e regulamentar os direitos e as garantias dos indivíduos, quem passou a dosar os níveis de interferência contra a esfera de liberdade de cada pessoa – isto é, o que ela faria ou deixaria de fazer – seriam os próprios particulares. Dessa forma, o Estado abandonava o “papel” de supervisor da proteção dos direitos e garantias dos indivíduos, deixando que os mesmos definissem os moldes de suas relações para com seus semelhantes.

Isso demonstra que alguns elementos, como a liberdade, a livre concorrência e a defesa da propriedade privada, a título exemplificativo; passariam a ter na própria vontade dos

particulares o seu referencial de dosagem quanto às interferências feitas por estes (e de forma concomitante).

No mais, diante do constante processo de industrialização que os países europeus, como a Inglaterra, passavam, ascendia (devido aos fatos anteriores) a denominada “burguesia”, enquanto um estamento político, social e econômico, uma vez que passaram a ter voz no sistema parlamentarista (tanto da França, quanto da Inglaterra), bem como empregar os trabalhadores que saíam do campo para as cidades industriais, em busca de empregos e subsistência.

Com isso, “uma vez que o Estado se baseia na sociedade civil-burguesa, sua relação com esta não é só de separação, mas de subordinação. [...] Desse modo, a esfera dos interesses gerais se torna meio de imposição de interesses particulares de uma classe que a tomou” (Maciel, 2023, p.349). Frisa-se que o processo de industrialização global pode ser compreendido em quatro etapas principais, aqui se enfoca a eclosão da Revolução Industrial a partir do século XVIII, sendo a responsável pelo estímulo aos meios de produção através do maquinário e o deslocamento das pessoas do campo para a cidade, em busca de novas oportunidades laborais e salários.

Sobre esse contexto, Anderson (2019, p.276) aponta que tal momento foi decisivo para a construção da noção dos direitos humanos de segunda geração (já que o Estado passou por esta etapa de abstenção na regulamentação das relações entre os particulares) e para a percepção da burguesia enquanto classe controladora dos meios de produção industrial e a representação máxima e atual do capital, o qual procurava conquistar – cada vez mais – novos mercados de consumo.

Diante da omissão gradativa do ente público e a ascensão da burguesia enquanto classe dominante, a liberdade era o direito que imperava. Assim, possíveis arbítrios que eram praticados nas relações privadas, como nos contratos trabalhistas pelos empregadores, não eram controlados pelo poderio do Estado, trazendo como consequência a própria regulamentação de tais atos por parte dos particulares.

Dessa maneira, “[...] o ser social não se reduz somente ao trabalho, pelo contrário, a complexificação do trabalho permitiu o surgimento de várias categorias sociais, que, embora distintas, mantêm uma relação ontológica com o trabalho” (Cardoso; Almeida, 2023, p.29).

Contudo, o que passava a imperar, na verdade, eram situações em que aquele que detinha o maior poder (seja financeiro, político ou social; ou até mesmo todos conjugados), em relação ao que o possuía em menor grau, era quem ditava as regras das relações privadas.

Isso podia ser facilmente visto, por exemplo, na denominada “Era Lochner”, onde se inaugurou um momento na história norte-americana de ausência estatal na supervisão das relações trabalhistas entre os indivíduos.

Destarte, a Era Lochner (1897-1937) teve início nos Estados Unidos da América após o julgamento, pela Suprema Corte, de que o Estado não deveria intervir nas relações privadas, em especial naquelas desenvolvidas entre o empregador e o empregado. O litígio envolveu a fixação de mais de dez horas de trabalho, pelo Sr. Lochner, contra seus trabalhadores que laboravam em uma padaria e se o mesmo (Lochner) poderia determinar tal duração de trabalho para seus subordinados. Sobre isso, “[...] a literatura estima que a Corte invalidou cerca de duzentos diplomas legais que pretendiam regular a atividade econômica, tendo a cláusula do *due process of law* funcionando como argumento-matriz” (Sousa, 2023, p.449).

Com esse cenário, passou-se a exigir, pelas pessoas ao próprio Estado, a presença do ente público para reger tais relações com o intuito de evitar que os particulares cometessem novos arbítrios (como ocorria). O que se buscava, dessa maneira, com a presença de tal figura era que a mesma inaugurasse um “Estado de bem estar social” (*Welfare State*), isto é, que passasse a atuar em tais relações com o preceito de evitar que o direito de um particular fosse imposto ao outro através do poder que o primeiro detinha (Abramovich; Courtis, 2002, p.22).

A partir de tal momento, inaugurou-se na seara jurídica a formação do aparato dos direitos de segunda dimensão, sendo o primeiro registro de tal cenário, por exemplo, a confecção e a promulgação da Constituição Mexicana de 1917, da Constituição de Weimar de 1919 e da formação da Organização Internacional do Trabalho (1919).

E é exatamente nesse ponto de tentar assegurar um estado de bem estar social que o direito à educação é inserido e identificado enquanto direito de segunda dimensão, tendo em vista o seu caráter de exigência prestacional positiva pelo Estado. Assim, o direito à educação pode ser entendido como “[...] um direito social, garantido pelo Estado, e indispensável para a formação da cidadania e dignidade dos sujeitos” (Silva, 2023, p.02).

Além disso, Ferreira e Silveira (2023, p.29) ainda indicam que “[...] o direito à educação possui guarida nacional e internacional, sendo um direito humano correlacionado ao exercício da cidadania, da democracia, [...] do ensino [...]”. Dessa maneira, vislumbra-se que o direito ao acesso à educação corresponde a um preceito ligado, propriamente, ao exercício da cidadania e da democracia pelos indivíduos, o qual deve ser protegido e garantido pelo Estado.

Por meio disso, “o complexo da educação, assim como o complexo da linguagem, acompanha o ser social desde a sua gênese” (Cardoso; Almeida, 2023, p.26), pois:

A educação para os direitos humanos é toda a aprendizagem que desenvolve o conhecimento, as competências e os valores dos direitos humanos. De acordo com a declaração universal dos direitos humanos e outros documentos e tratados internacionais, a educação para os direitos humanos pode ser definida como educação, formação e informação que visa construir uma cultura universal dos direitos humanos através da partilha de conhecimentos, transmissão de competências e moldagem de atitudes [...] (Thenua, 2022, p.03).

Normalmente, ao se tratar dessa temática, alguns assuntos gravitam em torno do seu eixo, principalmente, quando envolve a colisão entre tal direito e outros, como o da liberdade dos pais em educar os seus filhos de acordo com suas crenças filosóficas e religiosas, bem como na possibilidade de concessão do ensino domiciliar (*homeschooling*) pelo ente estatal.

Sobre o primeiro destes pontos - o da liberdade dos genitores em educar os seus filhos de acordo com suas crenças filosóficas e religiosas – o Tribunal Europeu já consolidou o entendimento de que a frequência obrigatória instituída pelo ente público nas escolas para crianças e jovens em idade escolar não afeta o direito à liberdade dos pais de educarem os seus filhos de acordo com suas crenças filosóficas, religiosas ou de pensamento (TEDH, 2006, p.06-07).

Isso é indicado por que o ensino oferecido pelo Estado, apesar de ser obrigatório neste contexto, pode ser complementado pela educação feita pelos genitores aos seus filhos, principalmente nos horários vagos. Um exemplo desse contexto é o ensino religioso, o qual pode ser oferecido e feito pelos pais em horários não preenchidos pela frequência escolar obrigatória instituída pela máquina pública (TEDH, 2006, p.07).

Segundo a própria Corte Europeia, a escola não serve apenas para “[...] a aquisição de conhecimentos, mas também a integração e as primeiras experiências da sociedade são objetivos no ensino primário” (TEDH, 2006, p.07). No mesmo sentido, o ensino nas escolas (enquanto direito) acaba permitindo que crianças e jovens possam conviver com outras culturas, costumes e pessoas.

O Tribunal Europeu, também, já salientou que o direito à educação não deve ser interpretado só em relação à frequência escolar obrigatória, mas também na possibilidade do indivíduo entrar em contato com outras culturas e pessoas, como maneira de primar pelo pluralismo de pensamentos e, indiretamente, com a própria ideia de democracia (TEDH, 2006, p.03). Logo, a escola também teria esse papel social de educar as crianças e jovens para o respeito, principalmente, das diferenças.

Além desse ponto, também se debate de forma constante se o ente público poderia ser obrigado a ofertar o ensino na modalidade *homeschooling* (domiciliar) para jovens e crianças em idade escolar. A título exemplificativo e com a intenção de comparar as realidades, o Supremo Tribunal Federal (no Brasil) já se manifestou sobre essa temática e decidiu que cabe ao próprio Estado determinar, através de seu legislador ordinário, se este permitira a oferta do *homeschooling* como modalidade de ensino em seu sistema de educação (Brasil, 2018, p.03).

Diante disso, “o ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional [...]” (Brasil, 2018, p.03). Dessa decisão, torna-se possível perceber que a máquina estatal possuiria uma margem de preferência, advinda da sua soberania, em determinar como o direito ao acesso à educação seria regido no seu ordenamento jurídico doméstico. Com isso, cabe ao legislador tipificar tal realidade de autorização (ou não) do ensino domiciliar como modalidade.

Aqui também se enfatiza a importância da escola como um meio de formação dos juvenis, tendo em vista que sua função também possui um cunho social, vinculado à cidadania e à defesa de um governo democrático. Porém, apesar das discussões de como tal direito deve ser empregado e efetivado, a realidade demonstra que, na verdade, o analfabetismo ainda é uma realidade mundial.

No Brasil, “o índice atual de analfabetismo [...] é quatro vezes maior do que em 2018. De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil tem 14.194.397 pessoas que não sabem ler, escrever ou realizar operações básicas [...]” (Gomes, 2022, p.03).

Agora, na Europa, “há cerca de meio milhão de analfabetos em Portugal, segundo os últimos dados divulgados pelo Instituto Nacional de Estatística (INE), baseados nos Censos de 2021. A maioria é idosa e vive em zonas do interior [...]” (O Mirante, 2023, p.01). Enquanto isso, na Alemanha “[...] a baixa alfabetização faz parte do cotidiano de 12% dos cidadãos entre 18 e 64 anos, segundo a conclusão de um estudo da Universidade de Hamburgo, apresentado em maio de 2019” (Terra, 2019, p.01).

Além disso, com o constante avanço da *internet* e das mídias sociais, nasce o denominado “analfabetismo digital”, em que nem todos os indivíduos conseguem ter acesso (ou não sabem como funciona a dinâmica) das novas tecnologias em prol do ensino, como a utilização da inteligência artificial, por exemplo. Ferrari (2023, p.02) aponta que “o simples

acesso à *internet* já configura um salto enorme para aqueles que não possuem canais eficientes de informação e conhecimento. A educação à distância é hoje uma realidade”.

Ainda sobre isso, Krell (2014, p.297) ensina que “a ciência do Direito é eminentemente pragmática e orientada a decisões práticas [...], o que torna imprescindível que ela mantenha sempre estreito contato com a realidade social”. Portanto, torna-se possível perceber que o direito ora em tela possui certas peculiaridades, não bastando que o mesmo esteja apenas tipificado nos ordenamentos jurídicos para que tenha alguma forma de efetividade, precisando, dessa forma; ser aplicado e prestado pelo Estado de acordo com a realidade que o norteia.

5.1 O direito à educação e os seus possíveis limites previstos na Convenção Europeia de Direitos do Homem de 1950

Visando à proteção de tal preceito jurídico, o direito à instrução encontrou solo fértil para germinar na própria Convenção Europeia de 1950, através do art.2^{o61} do Protocolo de nº. 1 do referido diploma internacional (TEDH, 1950, p. 36).

Porém, não apenas o mencionado art.2^o versa sobre o direito à educação neste dispositivo normativo. Normalmente, o referido artigo também é interpretado de forma conjugada com o art.9^{o62} da Convenção Europeia de Direitos do Homem, o qual tipifica o direito à liberdade de religião, de pensamento e filosófica como um direito inerente ao ser humano (TEDH, 1950, p. 11).

Miranda (1933, p.21) menciona que sobre o direito à educação, “os Estados começaram a adotar: 1. A gratuidade; depois, a laicidade; a obrigatoriedade; a unicidade. 2. A gratuidade: primeiro, do ensino primário, depois, dele e do profissional [...]”. Além disso, “a obrigatoriedade do ensino primário, dele e do profissional, mais tarde, deles e do secundário, fundido com o primeiro na escola elementar (*sensu lato*)” (Miranda, 1933, p.21).

Agora, sobre a liberdade religiosa, filosófica e de pensamento: “considerada um direito fundamental, [...] decorre da liberdade de expressão e compreende em seu núcleo

⁶¹ A ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas.

⁶² 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou colectivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou colectivamente, não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à protecção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à protecção dos direitos e liberdades de outrem.

essencial a liberdade de ter, não ter ou deixar de ter uma religião” (Aguirre, Cabanha, Cabanha, 2022, p.01). Ainda nesse sentido, “[...] o Estado tem o dever de adotar uma posição imparcial a fim de não privilegiar determinada religião em detrimento de outras, mas também, deve assegurar a liberdade religiosa com prestações positivas [...]” (Aguirre, Cabanha, Cabanha, 2022, p.01).

Assim, enquanto o art.2º da Convenção assegura o direito à educação (instrução) como um preceito que deve ser protegido na ordem internacional e doméstica, o citado art.9º (do mesmo dispositivo legal) cria um limite às possíveis interferências do Estado na seara da liberdade individual das pessoas, em especial, no tocante às manifestações religiosas, de pensamento e filosóficas.

Logo, é possível perceber que tais direitos humanos são conjugáveis, ou seja, interpretados de forma cumulativa, o que favorece a ampliação do manto de proteção de tal categoria de direitos em prol do indivíduo.

Alexy (2008, p.25) expõe que “diante da existência de um catálogo escrito de direitos fundamentais, o problema jurídico associado a esses direitos é, em primeiro lugar, um problema que diz respeito à interpretação das formulações do direito positivo”. Nesse sentido, o direito à educação – também denominado “direito à instrução” na Convenção – é assegurado no aparato internacional da Convenção como indiscriminável. Realmente, qualquer pessoa tem o direito de receber a instrução adequada (educação e ensino), sendo o ente público o principal garantidor de tal preceito.

Sobre isso, Santos (2019, p.58) ensina que “a educação básica gratuita complementa tais direitos, com a saúde e a assistência, pois esta tríade assegura que possamos almejar objetivos humanos mais amplos [...] e tendo a sobrevivência garantida”, inclusive, nota-se que a Convenção menciona que o direito à instrução envolve dois pilares: a educação e o ensino.

Isso remonta, como já visto anteriormente, à função de que a educação possui não apenas em um viés de aquisição de conhecimento pelas crianças e jovens, mas também como uma das entidades responsáveis por formar as pessoas, enquanto seres humanos capazes de lidar e respeitar com as culturas e diferenças que coabitam no mesmo espaço. Sobre isso, Quennerstedt (2022, p.01) defende que:

Os sistemas educativos mundiais são, portanto, responsáveis por permitir que as gerações em crescimento compreendam o papel que os direitos humanos desempenham nas nossas vidas e a vitalidade dos regimes democráticos.

Nesta seara, “o desenvolvimento de uma sociedade depende fortemente da educação como um componente central. Assim, o papel do educador dentro do ambiente escolar é

fundamental, tanto no sentido de facilitar a educação quanto na transformação [...]” (Galvão; Casimiro, 2023, p.02). Além de transferir tal responsabilidade de prestação e proteção para o Estado, a Convenção Europeia de 1950 limita, expressamente, até em que ponto o ente público pode intervir com a finalidade de assegurar tal direito: não pode a máquina estatal promover interferências contra o direito à liberdade de religião, de pensamento e filosófica dos pais.

Logo, o Estado deve garantir o direito à instrução, mas não pode desconsiderar ou não respeitar a convicção religiosa, de pensamento ou filosófica que os genitores acabariam tendo no momento de educação dos seus filhos. Com isso, “a escola é uma instituição social formada por sujeitos reais, alguns dos quais experimentam, reiteradamente, rejeição, negação de desejos e direitos, discriminação [...] inclusive dentro das instituições de ensino [...]” (Azevedo, 2023, p.02).

Um exemplo interessante para espelhar essa dicotomia é o denominado “ensino religioso confessional” (corresponde ao ensino específico de uma religião, como o catolicismo, por exemplo; com o caráter confessional.). Inicialmente, tal modalidade de educação se baseia no ensino de uma religião certa, isto é, determinada. A título exemplificativo, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre essa matéria em território brasileiro por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº. 4439.

Segundo o próprio Supremo, neste julgamento, o direito à liberdade religiosa, filosófica e de consciência “[...] impede que o Poder Público crie de modo artificial seu próprio ensino religioso [...]; bem como proíbe o favorecimento ou hierarquização de interpretações bíblicas e religiosas de um ou mais grupos em detrimento dos demais” (Brasil, 2017, p.03).

Dessa forma, Brasil (2023, p.01) expõe que “o ensino religioso é um tema extremamente polêmico [...]. Carente [...] de uma definição epistemológica e pedagógica, a disciplina, por vezes, tem sido considerada um instrumento de doutrinação [...]”. Porém, o próprio Tribunal Europeu de Direitos Humanos já afirmou que a não intervenção do ente público no direito à liberdade religiosa, filosófica e de pensamento não é algo absoluto, pois o Estado não pode permitir que os genitores se utilizassem de tal direito como forma de privar que seus filhos não recebam a educação necessária (e prestada pela máquina estatal) como as demais crianças e jovens em idade escolar (TEDH, 2006, p.06).

O Tribunal Europeu se baseia muito no sentido de que a educação e o ensino dos infantes não devem ser restritos apenas à busca do conhecimento nas escolas, já que tais

instituições exercem um papel fundamental na socialização dos jovens e crianças, principalmente na manutenção de uma sociedade democrática, baseada no respeito das diferenças desde cedo. Consoante o próprio Tribunal Europeu de Direitos Humanos (2006, p.06): “[...] o respeito só se deve às convicções dos pais que não entrem em conflito com o direito da criança à educação”.

No mais, “isto significa que os pais não podem recusar o direito de uma criança à educação com base nas suas convicções [...]” (TEDH, 2006, p.06), e é por meio do comando normativo estampado no art.9º da Convenção Europeia de Direitos do Homem que o Tribunal Europeu interpreta essa limitação do direito previsto no já estudado art.2º do Protocolo de nº. 1 à Convenção: o primeiro desses artigos permite que o direito à liberdade religiosa, filosófica e de pensamento dos pais seja restringido pelo ente público quando houver permissão legal e seja necessária tal intervenção com a finalidade de manter a sociedade como democrática. Tais hipóteses seriam, com isso, a proteção da segurança pública, da ordem, da saúde e da moral pública, bem como a proteção dos direitos e liberdades de outros indivíduos (TEDH, 1950, p. 11).

Nesse sentido, a Convenção Europeia de 1950 garante o direito à instrução e o direito à liberdade religiosa, filosófica e de convicção ao indivíduo, mas não os garante como preceitos normativos absolutos. Caso seja necessária a interferência do Estado nas hipóteses elencadas anteriormente, poderá o ente público intervir para garantir a efetividade na proteção de tais direitos ou de outros direitos que estejam em xeque no cenário posto.

Assim, superada a explanação quanto às peculiaridades que norteiam ambos os direitos ora em tela, frisa-se que a Convenção referida garante ao próprio Estado o encargo de prestar o direito à instrução para as pessoas. Logo, pela hermenêutica conjugada de ambos os artigos indicados (9º da Convenção e o 2º do Protocolo de nº. 1 também desta) é possível afirmar que a máquina pública possui uma posição privilegiada para determinar as tratativas da prestação do direito à instrução em seu território.

5.2 O direito à educação na Alemanha: a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, a Constituição de Baden-Wurttemberg e a Lei Escolar de Baden-Wurttemberg

A Alemanha, dessa forma e enquanto Estado, exerce tal preceito de preferência para ditar quais seriam as diretrizes que o direito ao acesso à educação acabaria sendo exercido dentro do seu território. Conseqüentemente, criou-se todo um aparato legislativo interno para tal finalidade, já que (atualmente) o direito à instrução na Alemanha é monopolizado pelo ente

público referido desde a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), já que “objetivando a sujeição das massas, a educação tornou-se alvo de medidas que buscaram transformá-la e colocá-la a serviço do novo governo alemão” (Barbosa, 2023, p.10).

O que se esperava, diante disso, era que o próprio ente público controlasse a educação das crianças e dos jovens com a intenção de fortalecer a doutrina nazista que pairava no território alemão na época. O *homeschooling*, até os dias de hoje inclusive, é proibido na Alemanha.

Dessa forma, “no último relatório do Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (Pisa) [...] os alemães do nono ano tiveram o pior desempenho que o país já teve [...] o que gerou um grande debate sobre o que está errado no sistema educacional [...]” (Correio do Brasil, 2023, p.05). Assim:

Para os especialistas, o principal problema é a própria estrutura do sistema escolar. No sistema federalizado da Alemanha, a educação está sob a responsabilidade dos 16 estados. O resultado é uma colcha de retalhos de diferentes tipos de escolas” (Correio do Brasil, 2023, p.06).

A percepção dessa “colcha de retalhos” seria porque no país, como mencionado, cada um dos dezesseis estados dentro da Alemanha possui independência para definir a prestação do serviço educacional à população, apesar de em território alemão a frequência escolar obrigatória das crianças se iniciar aos três anos de idade (Burmeister, s.d.).

O ensino fundamental alemão é público e gratuito, sendo que após a sua conclusão os jovens podem ser direcionados a um dos três tipos de escolas secundárias (visando à inserção da pessoa no mercado de trabalho): *Hauptsschule* (formação básica, podendo durar entre cinco a seis anos), *Realschule* (profissionalizante, com duração de curso de seis anos) e *Gymnasium* (mais aprofundado que permite que o jovem ingresse na universidade de sua escolha, tendo o maior tempo de duração, ou seja, nove anos para a obtenção do certificado para o referido ingresso) (Burmeister, s.d.).

De acordo com Bendix (2018, p.01):

O que é discutido sob o rótulo de educação cidadã global no contexto anglo-americano é mais comumente referido na Alemanha como educação para o desenvolvimento sustentável, aprendizagem global ou educação para o desenvolvimento. [...] A educação para o desenvolvimento ocorre tanto nas escolas quanto em contextos educacionais não formais. Os intervenientes incluem agências governamentais, jardins de infância, escolas primárias e secundárias, universidades, centros de educação de adultos, escolas profissionais, organizações religiosas, organizações não governamentais (ONG), [...]. De todos os países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), os gastos da Alemanha com educação para o desenvolvimento são os mais altos em números absolutos [...].

Atualmente, o sistema educacional da Alemanha é regido pela denominada Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1919, a qual trata sobre a educação. O

termo “educação” aparece cerca de nove vezes neste diploma legislativo, porém, de maneira esparsa. Assim, a sua menção primordial é feita no art.7^{o63} da Lei Fundamental referida (Alemanha, 1990, p. 18).

De forma preliminar, a Lei Fundamental no citado artigo já determina que todo o ensino é submetido à fiscalização do Estado. Percebe-se, aqui, ainda aquela ideia, a qual procura tornar o ente estatal o principal promovedor da educação como um direito de segunda geração. Por outro lado, a Lei Fundamental abre espaço para a possibilidade do ensino religioso nas escolas, bem como a instituição de escolas particulares para a prestação de tal direito aos indivíduos (porém, sempre, com a fiscalização advinda da máquina estatal).

Sobre o sistema educacional alemão, Andriichuk e Dynovych (2022, p.02) expõem que:

A estrutura do ensino técnico superior é complexa e pode diferir em diferentes partes dos estados federais. O sistema alemão de ensino técnico superior é de altíssima qualidade e acessível; o ingresso pode ser sem vestibular, há liberdade de escolha em determinadas disciplinas cursadas. Os alunos têm a oportunidade de trabalhar enquanto estudam, existem programas de mobilidade acadêmica de estudantes por um ou dois semestres para outros países sem interrupção. Assim, há muitos benefícios para estudantes alemães e estudantes internacionais durante a sua educação e, como resultado, uma elevada oportunidade de emprego em vários países europeus.

Assim, além do referido art.7^o, a educação também foi tipificada ao longo do art. 6^{o64} do mesmo diploma legal, o qual associa a educação com a família e a criação dos filhos, sendo a educação “[...] o direito natural dos pais e a sua obrigação primordial. Sobre a sua ação vela a comunidade pública” (Alemanha, 1990, p.17). No mais, o mesmo artigo também abre margem para que o Estado possa atuar, de acordo com o permissivo legal, contra aqueles genitores que são responsáveis pela educação dos seus filhos, mas assim não o fazem, como –

⁶³ (1) Todo o ensino é submetido à fiscalização do Estado. (2) Os encarregados da educação têm o direito de decidir sobre a participação da criança nas aulas de religião. (3) O ensino de religião é matéria ordinária nas escolas públicas, com exceção das escolas laicas. Sem prejuízo do direito de fiscalização do Estado, o ensino de religião será ministrado de acordo com os princípios fundamentais das comunidades religiosas. Nenhum professor pode ser obrigado, contra a sua vontade, a dar aulas de religião. (4) É garantido o direito de instituir escolas particulares. Escolas particulares destinadas a substituir escolas públicas dependem da autorização do Estado e estão submetidas à legislação estadual. A autorização terá de ser concedida, se as escolas particulares não tiverem um nível inferior às escolas públicas, quanto aos seus programas de ensino e às instalações, assim como quanto à formação científica do seu corpo docente, e se não fomentarem uma discriminação dos alunos segundo a situação econômica dos pais. A autorização terá de ser negada, se a situação econômica e jurídica do corpo docente não estiver suficientemente assegurada. (5) Uma escola particular de ensino primário só será autorizada, se a administração do ensino reconhecer um interesse pedagógico especial ou, por requerimento dos encarregados da educação dos menores, caso se trate de escola coletiva, confessional ou filosófica, e não existir na localidade uma escola primária pública deste tipo. (6) Ficam abolidas as escolas pré-primárias.

⁶⁴ (1) O matrimônio e a família estão sob a proteção especial da ordem estatal. (2) A assistência aos filhos e sua educação são o direito natural dos pais e a sua obrigação primordial. Sobre a sua ação vela a comunidade pública. (3) Contra a vontade dos responsáveis por sua educação, os filhos só podem ser separados da família em virtude de lei, quando falharem os encarregados da tutela ou no caso de os filhos correrem o risco de abandono por outros motivos. (4) Toda mãe tem o direito à proteção e à assistência da comunidade

por exemplo – havendo o abandono dos menores pelos genitores, sem motivos (Alemanha, 1990, p.17).

Os outros artigos que acabam mencionando o termo “educação” tratam sobre a sua proteção pela Alemanha dentro da União Europeia (art.23, item 6⁶⁵, da Lei Fundamental), as suas bases de financiamento (art.104c⁶⁶ do mesmo diploma legislativo) e a possibilidade de compensações pela abolição de tarefas comuns, visando à construção de universidades, clínicas universitárias e planejamento da educação (art.143c, item 1⁶⁷, da Lei Fundamental) (Alemanha, 1990).

E é por meio da Lei Escolar de Baden-Wurttemberg e da Constituição de Baden-Wurttemberg que é instituída a frequência nas escolas como algo obrigatório⁶⁸. Apenas em casos excepcionais é que se torna possível oferecer um ensino facultativo, mas, ainda; sob a supervisão do Estado, como no caso de deficiências físicas que impossibilitam do aluno ir até a escola (TEDH, 2006, p.04-05).

Ao final de tudo, nota-se que o Estado é quem exerce o controle de sua prestação. Todavia, apesar da concentração em suas mãos da prestação de tal direito, questiona-se de maneira reiterada se realmente este seria o modelo ainda mais adequado para que a Alemanha possa prestar o direito à educação de forma efetiva para as crianças e os jovens, pois:

Amplas evidências anedóticas sugerem que a opinião pública tem sido importante para a promulgação ou ausência de muitas reformas educacionais na Alemanha. Um exemplo importante é a proposta de reforma do sistema escolar na cidade-estado de Hamburgo em 2010. A reforma teria adiado o início do rastreamento de alunos em diferentes tipos de escolas, do 5º ao 7º ano. A proposta foi apoiada por unanimidade pelos quatro partidos no parlamento estadual. Mas uma feroz oposição pública contra a proposta emergiu, e um referendo público acabou sendo bem-sucedido em impedir sua implementação. O que o público alemão pensa sobre a política educacional é, portanto, não apenas interessante por si só, mas também de uma perspectiva político-econômica (Lergetporer; Werner; Woessman, 2017, p.04).

⁶⁵ (6) Quando forem afetadas exclusivamente as competências legislativas dos Estados, nos setores da educação escolar, da cultura ou da radiodifusão, o exercício dos direitos que a República Federal da Alemanha detém como país membro da União Europeia deve ser transferido pela Federação a um representante dos Estados, nomeado pelo Conselho Federal. O exercício dos direitos se dará com a participação e acordo do Governo Federal; resguardando-se a responsabilidade da Federação pelo Estado na sua totalidade.

⁶⁶ A Federação pode conceder ajuda financeira aos Estados para importantes investimentos estatais, bem como para concernentes despesas especiais temporárias dos Estados e municípios (associações de municípios), visando aumentar o desempenho da infraestrutura municipal de educação. Aplicam-se respectivamente o Artigo 104b §2, frases 1 a 3, 5, 6 e §3. Para garantir a utilização apropriada dos recursos, o Governo Federal pode exigir relatórios e, eventualmente, a apresentação de documentos.

⁶⁷ (1) A partir de 1º de janeiro de 2007 até 31 de dezembro de 2019, caberá aos Estados contribuições anuais do orçamento da Federação, pela supressão das tarefas comuns na ampliação e nova construção de universidades, incluindo clínicas universitárias e planejamento da educação, assim como pelo fim das cotas de financiamento da Federação, causado pela supressão das ajudas financeiras para a melhora da situação de transporte nos municípios e para o fomento das moradias sociais. Até 31 de dezembro de 2013, essas contribuições serão calculadas com base na média das cotas de financiamento da Federação no período de referência de 2000 até 2008.

⁶⁸ Na primeira, em seu art.14, §4º e na segunda, em seus arts. 72 e 76.

Diante disso, percebe-se que o direito ao acesso à educação, na Alemanha, tem na figura do ente estatal sua principal instituição promotora, bem como que a frequência escolar é algo tido como obrigatória para a legislação, não sendo o ensino religioso proibido, e é facultada a prestação do direito à educação pelas escolas privadas, porém estas devem se submeter à fiscalização da máquina estatal.

Porém, outros pontos (como a possibilidade do *homeschooling*, por exemplo) ainda são assuntos postos em debate no território e que suscitam a possibilidade de revisão do sistema educacional alemão exposto.

5.2.1 O litígio “Konrad vs Alemanha” de 2006: o direito à convicção religiosa e filosófica dos pais *versus* a proibição da utilização do *homeschooling* pela máquina estatal

Foi no ano de 2006 que o Tribunal Europeu precisou, agora, enfrentar a problemática quanto ao uso da doutrina da margem de apreciação nacional no âmbito do direito ao acesso à educação (ensino domiciliar ou *homeschooling*) (TEDH, 2006, p.01).

O litígio foi iniciado no âmbito interno da Alemanha, através de uma família (o pai, Fritz Konrad, a mãe, Marianna Konrad e os filhos menores, Rebekka e Josua) que queria ter a possibilidade de ensinar os seus dois filhos menores em casa, dispensando-os da frequência escolar obrigatória, a qual era imposta pelo Estado. A modalidade que os genitores buscavam para a concessão era a do ensino domiciliar (TEDH, 2006, p.01).

Destarte, “[...] a Lei Básica concedia aos pais tanto a liberdade religiosa como o direito de educar os seus filhos no que diz respeito às convicções religiosas e filosóficas [...]” (TEDH, 2006, p.02). Contudo, “essa liberdade [...] foi restringida pela obrigação do Estado de fornecer educação e mensalidades. Portanto, a escolaridade obrigatória não era uma questão que ficasse a critério dos pais” (TEDH, 2006, p.02).

Sobre a atual sistemática de educação de crianças e jovens na Alemanha, Knauf (2020, p.01) aponta que:

Nos últimos 200 anos, a provisão para a primeira infância na Alemanha tem sido orientada principalmente para o objetivo de conciliação entre trabalho e cuidados. Embora haja uma longa tradição na Alemanha de abordagens orientadas para a educação, o objetivo principal sempre foi o cuidado. O desenvolvimento extensivo de centros de primeira infância para crianças menores de três anos nos últimos 10 anos também é impulsionado pelo objetivo de conciliar a carreira e a vida familiar. No entanto, a questão da melhoria da educação das crianças pequenas também se tornou mais importante. [...] os planos educacionais mostram, no entanto, que há uma falta de clareza em termos de como a educação é entendida.

Assim, a busca por tal possibilidade de ensino, segundo os próprios genitores, era porque a escola apenas ensinava conteúdos científicos, além de saberes sexuais e místicos, como bruxas, anões e magias. Logo, não havia o ensino religioso nas instituições, isto significava que as instituições de ensino não ofereciam para as crianças e para os jovens um ensino completo. No mesmo sentido, também denunciaram que a violência entre os alunos (isto é, o *bullying*) era algo frequente e não combatido de forma efetiva dentro das escolas (TEDH, 2006, p.01).

Por estes motivos e por defenderem a necessidade de ensinar os seus filhos de acordo com um modelo religioso de ensino que não era reconhecido no território alemão (o da Escola da Filadélfia), o qual os genitores seguiam e correspondia à aplicação de tarefas e lições em casa e encontros periódicos, os pais dos menores requereram (perante o Estado) a dispensa da obrigatoriedade da frequência escolar destes nas instituições de ensino (TEDH, 2006, p.01). Inclusive, mesmo antes do pedido de dispensa, os menores já não frequentavam regulamente a escola.

Além das críticas traçadas pelos requerentes do litígio, Entrich e Lauterbach (2019, p.02) também expõem que:

O sistema educacional alemão tem sido criticado por reproduzir a desigualdade social através da separação precoce dos alunos em três tipos de escolas secundárias de diferentes comprimentos e currículos: *Hauptschule*, *Realschule* e *Gymnasium*. O Ginásio leva ao Abitur (12 ou 13 anos), o mais alto grau de ensino médio, que oferece aos alunos a oportunidade de entrar na universidade. Os currículos do Real e do *Hauptschule* são menos exigentes, levando a graus secundários mais baixos após 10 ou 9 anos de escolaridade, respectivamente.

Com isso, Roszak e Horvat (2022, p.01) indicam que “é a liberdade religiosa, um direito que define a identidade de uma pessoa em uma dimensão transcendente, incluindo o foro da consciência, e que afeta a percepção de si mesmo na realidade social [...]”. Dessa maneira, o trâmite doméstico foi regular, porém em todas as instâncias internas, Konrad e a família perderam: o pedido foi apresentado, inicialmente, ao Escritório de Educação de Offenburg, o qual indeferiu o pleito.

Após recorrerem para o Escritório Regional de Educação de Friburg, a família também teve o seu pedido de dispensabilidade da frequência escolar não concedido pelo Estado. Em terceira instância, o Tribunal Administrativo de Friburgo manteve o entendimento do Escritório Regional e indeferiu o pleito. Tal posicionamento também foi mantido, sucessivamente, pelas instâncias do Tribunal Administrativo de Recurso de Baden-Wurttemberg, do Tribunal Administrativo Federal e do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

O próprio Tribunal Administrativo de Friburgo e o Tribunal Administrativo de Baden-Württemberg afastaram as alegações trazidas pelos genitores, uma vez que as escolas – sejam públicas, sejam privadas – não desempenham apenas uma função educacional na formação dos jovens e das crianças (TEDH, 2006, p.02-03). Segundo os Tribunais indicados, as instituições de ensino também possuiriam uma função social, em que o convívio dos menores em um ambiente plural e com diversas culturas seria propício para a construção do respeito e da tolerância das diferenças, enquanto futuros cidadãos (TEDH, 2006, p.03).

Nas palavras do próprio Tribunal Europeu (2006, p.03): “[...] a obrigação do Estado de propiciar educação não diz respeito apenas à aquisição de conhecimentos, mas também a formação de cidadãos responsáveis para participarem numa sociedade democrática [...]”. No mesmo sentido, também indicaram que as escolas são instituições essenciais para que haja esse respeito mútuo interno entre os indivíduos, mas também servem para que estes possam se autodeterminar enquanto pessoas, isto é, possam tomar as próprias decisões de vida no futuro e era exatamente o que os pais requerentes estavam obstaculizando em seus filhos (TEDH, 2006, p. 03-04).

Consoante a isso, Petrov (2021, p.03) ensina que:

O desejo de muitos Estados de criar o sistema educacional mais eficaz que atenda aos desafios atuais e de longo prazo, altos padrões de educação superior, para concentrar os melhores recursos intelectuais é uma tendência moderna que determina a formulação de muitas tarefas, para a solução de que documentos estratégicos são adotados no nível dos governos das principais potências mundiais, incluindo o Governo da Federação Russa. Para enfrentar esses desafios, vários países ao redor do mundo estão desenvolvendo e implementando iniciativas de excelência educacional. Os exemplos mais marcantes de tais iniciativas são as experiências da China, Alemanha, França e Japão [...].

Ainda nessa tela, o Tribunal Constitucional Federal Alemão ressaltou que o ensino científico e neutro que era promovido pelas escolas não tinha a intenção de evitar a educação de algum conhecimento religioso, podendo os pais, fora do horário de frequência escolar dos filhos, educá-los no sentido de alguma religião que entendam como cabível para a sua educação (TEDH, 2006, p.03).

Logo, “[...] a liberdade religiosa não implicava a liberdade de não lidar com quaisquer possíveis conflitos entre ciência e religião” (TEDH, 2006, p.03). No cenário ora em tela, não haveria qualquer empecilho para a complementaridade de conhecimentos.

Outro ponto que o Tribunal Constitucional ressaltou foi que caso o Estado venha a permitir a dispensa da frequência escolar nestes casos em que a família entenda que a educação desenvolvida pelas escolas é inadequada às suas concepções religiosas, filosóficas

ou de vida, o ente estatal estaria permitindo a formação de “sociedades paralelas”, ou seja, evitando a construção de uma sociedade plural e democrática (TEDH, 2006, p.01).

Assim, “[...] as interferências nos direitos fundamentais dos requerentes também eram proporcionais, dado o interesse geral da sociedade em evitar o surgimento de sociedades paralelas baseadas em convicções filosóficas distintas” (TEDH, 2006, p.03).

Zonne-Gätjens (2002, p.11) expõe, sobre isso, que “uma escola intercultural usa ativamente a presença da variedade multicultural para moldar positivamente suas ações pedagógicas [...]”. Inclusive, as negativas conferidas pelos tribunais se baseavam na legislação interna da própria Alemanha: a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, a Constituição de Baden-Wurttemberg e a Lei Escolar de Baden-Wurttemberg (TEDH, 2006, p.04-05).

Todavia, apesar da negativa em todas as instâncias internas, a família resolveu recorrer ao sistema europeu de proteção dos direitos humanos com a intenção de reverter tal cenário, havendo a alegação da violação – por parte dos genitores – dos arts. 8º e 9º da Convenção Europeia de 1950 e do art. 2º do Protocolo de nº. 1 à referida Convenção (todos conjugados com o art. 14 do mesmo diploma legal) pela Alemanha (TEDH, 2006, p.05).

Dessa maneira, a negativa por parte do país em conceder a opção pela dispensa da frequência escolar das crianças acabaria por violar a liberdade de pensamento, religiosa e filosófica da família, além de interferir, sem justificativas, dentro do âmbito da vida privada dos pais e dos seus filhos (TEDH, 2006, p.05).

No mesmo sentido, também haveria violação no que se referia ao direito à instrução, que prevê a possibilidade de prestação da educação de acordo com as convicções familiares, de acordo com o próprio art. 2º do Protocolo de nº. 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (TEDH, 2006, p.07). O Tribunal Europeu acabou recebendo a presente ação internacional e analisou também os argumentos trazidos pela Alemanha e que justificavam a denegação da ordem de permitir a dispensa da frequência escolar dos menores neste contexto.

A Alemanha sustentou a sua negação ao pedido da família com base na teoria da margem de apreciação nacional, pois o Estado teria o poder de regulamentar como o seu sistema educacional seria prestado para a juventude o seu país (TEDH, 2006, p.07). Com isso, “o direito à educação [...], pela sua própria natureza, exige regulamentação por parte do Estado, regulamentação que pode variar no tempo e no local de acordo com as necessidades e recursos da comunidade e dos indivíduos [...]” (TEDH, 2006, p.07).

Além da própria Convenção Europeia de 1950, em seu art. 2º do Protocolo de nº. 1, conceder tal poder aos entes públicos, o Estado possui todo um aparato interno que trata sobre a prestação do direito à educação, sendo representado nos seguintes diplomas legislativos: a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha⁶⁹, a Constituição de Baden-Württemberg⁷⁰ e a Lei Escolar de Baden-Württemberg⁷¹ (TEDH, 2006, p.04-05).

Destarte, não haveria no que se falar em violação aos direitos elencados na Convenção (e indicados pela família), tendo em vista que a máquina estatal não estaria realizando limitações aos direitos de liberdade de pensamento, religiosa ou de convicção dos pais de forma irrestrita (TEDH, 2006, p.01).

Nesta seara, o Tribunal Europeu acabou reconhecendo e aplicando integralmente a doutrina da margem de apreciação nacional, suscitada pelo ente estatal, sob a justificativa de que o Estado (neste caso a Alemanha) teria uma margem de preferência para ditar a forma como o seu sistema educacional iria funcionar em seu território, inclusive, se a frequência escolar seria de caráter obrigatório (ou não) para as crianças e os jovens (TEDH, 2006, p.07).

Dessa maneira, “o Tribunal considera que esta presunção não é errada e está dentro da margem de apreciação dos Estados Contratantes na definição e interpretação de regras para os seus sistemas educativos” (TEDH, 2006, p.07). Ao ditar as regras para a regulamentação da sistemática educacional do seu país, a Alemanha não estaria violando o direito à liberdade religiosa, de pensamento ou filosófica dos genitores requerentes, uma vez que tal poder normativo é abrangido pela margem de preferência estatal para construir tais regras para a prestação da educação no território.

No mais, “[...] o artigo 2º do Protocolo de nº. 1 implica a possibilidade de o Estado estabelecer a escolaridade obrigatória, seja em escolas públicas ou através de ensino privado de nível satisfatório [...]” (TEDH, 2006, p.07). Nesse sentido, a Corte Europeia acabou reconhecendo que não houve qualquer violação⁷² aos direitos indicados pelos genitores em sede de ação internacional, por parte da máquina estatal, tendo em vista que o comportamento adotado pelo país estaria abrangido pela referida teoria da margem (TEDH, 2006, p.09).

Nesta seara, “[...] os Estados Contratantes dispõem de uma margem de apreciação para avaliar se e em que medida as diferenças em situações de outra forma semelhantes justificam um tratamento diferente [...]” (TEDH, 2006, p.09). Inclusive, podendo determinar

⁶⁹ Em seus Arts. 6º e 7º.

⁷⁰ Em seu Art. 14, §1º.

⁷¹ Em seus Arts. 72 e 76.

⁷² Por unanimidade, a Corte Europeia declarou como inadmissível o pedido de violação aos citados artigos pelo Estado e operado pela família.

situações excepcionais para a dispensa da frequência escolar obrigatória para as crianças e os jovens (TEDH, 2006, p.01).

Da aplicação integral da margem de manobra neste contexto, pode-se identificar como consequências jurídicas: o reconhecimento de uma margem de preferência em prol do ente público para determinar sua própria sistemática educacional, o exercício da teoria da margem não viola o direito de liberdade de consciência, religiosa e filosófica quando o Estado tipifica a obrigatoriedade da frequência escolar para os jovens e as crianças, e a vedação do ensino domiciliar pelo ente público não é justificado apenas na formação acadêmica e de conhecimento dos indivíduos, mas também corresponde a uma finalidade de manutenção da escola como uma instituição social e assegurado da pluralidade e da democracia.

Diante disso, “[...] muito embora a Corte EDH se mostre favorável aos fundamentos do Estado, ela não firma um entendimento geral nesse sentido, e muito menos fixa critérios específicos para o ensino em casa [...], deixando essa tarefa para cada Estado [...]” (Moraes Lima, 2023, p.47). Também é válido ressaltar que no caso “Konrad vs Alemanha”, a teoria da margem de apreciação nacional foi utilizada pelo Estado para justificar o seu comportamento jurídico quanto à forma de tipificação legal da sistemática do direito ao acesso à educação em seu território pátrio (TEDH, 2006, p.03-04).

Essa característica foi possível de se observar, no mesmo sentido, no litígio “Cossey vs Reino Unido” e em “Goodwin vs Reino Unido”, por parte também da máquina estatal, quando o Reino Unido indicou que não havia a tipificação dos direitos humanos aos transexuais pela incidência da margem de preferência estatal por não regulamentar a situação destes (o que o Tribunal Europeu nomeou de “limbo jurídico”).

6 CONCLUSÃO

Ao final da presente investigação, foi possível identificar que a utilização da teoria da margem de apreciação nacional, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, acabou promovendo a relativização dos direitos humanos, de acordo com a identificação de suas consequências jurídicas, bem como da análise da ponderação e proporcionalidade feitas pelo Tribunal Europeu sobre os direitos humanos discutidos nos litígios.

Sobre o primeiro dos julgamentos (“Engel e Outros vs Holanda”), percebeu-se que a teoria da margem foi aplicada de forma integral pela Corte Europeia, o que acabou trazendo como consequências jurídicas: o reconhecimento de uma margem de preferência (em favor do ente público) para decidir sobre determinados assuntos, levando em consideração o contato do Estado com o seu próprio povo, bem como a não possibilidade de tratamento paritário, em relação a direitos e obrigações, entre o militar e o civil.

Assim, torna-se possível perceber que a aplicação integral da doutrina da margem, no presente julgamento, promoveu a relativização dos direitos humanos postos, já que o Tribunal Europeu procurou decidir de acordo com a posição privilegiada do Estado em tipificar sobre o seu próprio sistema militar, o que indica a questão de que o ente público estaria em uma melhor posição para decidir em relação às necessidades e peculiaridades do seu próprio povo.

Logo, a relativização de tais direitos (em especial o da liberdade de expressão) se reflete no julgamento “Engel e Outros vs Holanda” principalmente no momento em que a Corte Europeia aplica a doutrina da margem para proteger o sistema castrense holandês (hierarquia e ordem), como um elemento da própria diferença cultural entre outros países.

Agora, sobre o segundo julgamento (“Handyside vs Reino Unido”), este acabou seguindo o mesmo pensamento e, mais uma vez, a margem de manobra acabou sendo aplicada de forma integral pela Corte Europeia, trazendo como consequências jurídicas: o reconhecimento que a “moralidade pública” é um termo que é “preenchido” pelo ente estatal, além de que esta pode corresponder a um limite ao exercício do direito de liberdade de expressão do particular e, também, pode a doutrina da margem ser aplicada de forma integral no caso e na seara comum (civil), tendo em vista que esta teve nascimento no âmbito militar.

Por meio disso, nota-se que a utilização da doutrina da margem também promoveu a relativização dos direitos humanos, tendo em vista que houve, também, a prevalência dos elementos nacionais e das peculiaridades locais do ente estatal no caso, ou seja, como determinantes para a conceituação de “moralidade pública”.

Dessa utilização total da teoria da margem de apreciação em “Handyside vs Reino Unido” (reconhecendo uma margem de preferência para que o ente público defina o conceito de “moralidade pública” de acordo com sua realidade social) torna-se possível também perceber que a Corte Europeia proferiu a decisão que julgou este caso com tendências à relativização dos direitos humanos, uma vez que elementos da própria realidade social (moralidade pública) teriam o condão de limitar o direito de liberdade de expressão da pessoa em prol da comunidade social, pois a “moralidade pública” teve o seu conteúdo preenchido pelo Estado como algo que deva proteger o público infante-juvenil de obras que possam corromper ou deprivá-los.

Isso significa que a busca pela efetividade desses direitos humanos indicados aqui, acabaria por ser atingida em um contexto de relativização destes, dando a cada Estado a possibilidade de tecer o seu próprio conceito e entendimento de “moralidade pública” de acordo com as necessidades e peculiaridades do povo que governa.

O terceiro julgamento estudado (“*Sunday Times vs Reino Unido*”) acabou trazendo outra percepção de aplicação da teoria da margem, já que o Tribunal Europeu acabou por afastar totalmente a sua utilização neste caso, em busca de uma máxima efetividade da proteção da liberdade de expressão (teoria da máxima proteção dos direitos humanos).

Dessa forma, as consequências perceptíveis do afastamento completo da margem de manobra, pelo Tribunal Europeu, foram: a prevalência das informações de interesse público em relação à imparcialidade do julgador, a proteção do direito de liberdade de expressão (informações de interesse público) atrelada à noção de sociedade democrática e, por fim, a teoria da margem de apreciação nacional não poderia ser utilizada de forma discricionária pelo Estado, mas sim observando um critério de razoabilidade para tal fim.

Do afastamento integral de sua incidência no terceiro caso, nota-se que a margem de manobra afastou o elemento “necessidades e peculiaridades do povo” que justificaria o uso da referida teoria, fazendo com que a decisão judicial emitida neste litígio possuísse um caráter mais universalista do que de relativismo dos direitos humanos (além da questão da máxima proteção do direito de liberdade de expressão neste contexto e almejada pela Corte Europeia), pois o Tribunal Europeu decidiu que, apesar de haver a presença de elementos culturais no litígio (como o tratamento legal conferido pelo Reino Unido à liberdade de expressão), estes não seriam prevalentes caso houvesse a presença de informações de interesse público.

Adiante, o julgamento do litígio “*Cossey vs Reino Unido*” apresentou, também, a aplicação integral da doutrina da margem e a produção das seguintes consequências jurídicas:

o Estado tem a liberdade de determinar qual o critério que será utilizado para definir o reconhecimento dos direitos humanos das pessoas transexuais em seu território, o ente público não poderia negar a concessão de tais direitos se nem ao menos os regulamenta em seu território, principalmente, para um grupo específico (transexuais) e, a última, a máquina estatal poderia se utilizar da margem de manobra para justificar a sua inércia quanto ao tratamento e regulamento dos direitos humanos para os transexuais.

Logo, como houve a aplicação integral da doutrina da margem pelo Tribunal Europeu, nota-se que a referida corte internacional promoveu uma decisão que se aproxima mais da relativização do que da universalização dos direitos humanos indicados, uma vez que reconheceu uma margem de preferência em prol do Estado para reconhecer e regulamentar, de acordo com o seu âmbito jurídico, os referidos direitos às pessoas transexuais, isto é, prevalecendo novamente o elemento cultural (necessidades e peculiaridades do povo) neste contexto.

Interessante pontuar que a Corte Europeia apesar de mencionar a inércia do Estado sobre o tratamento conferido aos transexuais, não determinou o reconhecimento dos direitos humanos a estes, tendo em vista a presença do referido elemento cultural (e que repercuta na órbita jurídica), o qual apenas autorizava o ente público sobre o modo em que se daria tal tratamento em seu território. Portanto, percebe-se que a margem de preferência também pode ser feita de acordo com as peculiaridades e necessidades jurídicas (e não apenas sociais, como em “Engel e Outros vs Reino Unido”, “Handyside vs Reino Unido” e “*Sunday Times vs Reino Unido*”).

Por outro prisma, a decisão resultante do julgado de “Goodwin vs Reino Unido” procurou promover a universalização dos direitos humanos das pessoas transexuais, por meio do controle do âmbito da incidência da margem de manobra no caso.

Todavia, é possível perceber duas faces desta mesma decisão (“Goodwin vs Reino Unido”): a primeira, universalizando os citados direitos e criando a obrigação para o Estado reconhecê-los em seu âmbito jurídico doméstico, e a segunda, conferindo aos entes estatais a opção de como regulamentar tais preceitos dentro do seu próprio território. Diante dessas considerações, o afastamento da doutrina da margem de forma não integral acabou criando uma mesma decisão com efeitos conjugados: de universalizar e de relativizar os direitos humanos, de acordo com a forma de controle do campo de incidência da margem de manobra em cada caso concreto.

Por meio disso, a doutrina da margem foi aplicada de forma parcial ou híbrida, tendo o seu campo de incidência controlado pelo Tribunal Europeu e sendo possível a identificação das seguintes consequências jurídicas: o ente público não poderia mais justificar, por meio da doutrina da margem, a sua inércia de regulamentar os direitos humanos em prol dos transexuais, bem como é possível o uso da referida teoria através do controle de sua aplicação pela corte internacional, além de que havendo a obrigatoriedade do reconhecimento de tais direitos por parte do Estado, acabou havendo uma mutação constitucional do art. 12 da Convenção Europeia de 1950, onde os termos “homem” e “mulher” agora deveriam ser interpretados de forma não apenas através do critério biológico.

Destarte, vislumbra-se que a decisão judicial resultante de “Goodwin vs Reino Unido” teve a aplicação da margem de manobra de forma híbrida: enquanto promoveu a universalização dos direitos humanos por meio da obrigatoriedade de reconhecimento dos referidos direitos por parte do ente público, esta também acabou relativizando os direitos humanos quando o Tribunal Europeu decidiu que o citado reconhecimento deveria ser feito por cada Estado dentro do seu próprio âmbito jurídico.

Por fim, em relação ao último julgamento (“Konrad vs Alemanha”), a doutrina da margem foi aplicada de forma integral e trouxe como consequências jurídicas identificáveis: a máquina estatal tem prevalência, quando comparada ao juízo internacional, em definir o seu sistema educacional, o exercício da margem de manobra (pelo Estado) não viola o direito de liberdade de consciência, religiosa e filosófica, quando este institui a frequência escolar obrigatória para crianças e jovens e que a proibição do uso do ensino domiciliar, na esfera do território nacional, tem justificativas de cunho educacional e social.

Assim, houve a sua aplicação integral no referido litígio, pois se reconheceu o elemento “necessidades e peculiaridades do povo” em prol do Estado, a decisão judicial emitida pela Corte Europeia acabou relativizando os direitos humanos neste contexto. Assim sendo, a decisão proferida pelo Tribunal Europeu, devido à aplicação integral da margem de manobra em prol do Estado, acabou por promover um julgamento mais próximo da relativização dos direitos humanos postos em questão, já que a corte internacional referida reconheceu a possibilidade do uso da margem de manobra pela Alemanha para justificar a sua “preferência jurídica” em instituir a frequência escolar obrigatória para crianças e jovens em seu território, apesar desta se encontrar intrinsecamente relacionada o seu elemento cultural.

Dos julgamentos estudados, é imprescindível perceber que o primeiro passo que autoriza a utilização da doutrina da margem no caso em concreto é a presença e o

reconhecimento do elemento “necessidades e peculiaridades do povo” pelo Tribunal Europeu. Passado tal etapa e havendo sua presença, a corte internacional referida determinará como se dará a forma de aplicação da teoria da margem no litígio e, conseqüentemente, se a decisão judicial resultante promoverá a universalização ou a relativização de tais direitos.

Importante frisar que a justificativa do uso da teoria da margem também pode abarcar tanto a esfera jurídica (quando o Tribunal Europeu reconhece que tal situação deve ser tipificada pelo Estado, pois é uma questão jurídica, como em “Goodwin vs Reino Unido) quanto à esfera social (quando a Corte Europeia aplica a referida teoria levando em consideração que o litígio se sustenta em uma questão de ordem social, como a “moralidade pública” em “Handyside vs Reino Unido”).

Portanto, vislumbra-se que o que determinará se a teoria da margem de apreciação nacional irá promover a universalização ou a relativização dos direitos humanos, quando aplicada pelo Tribunal Europeu, é como se dá o âmbito de sua incidência no caso em concreto (de forma integral, de maneira parcial ou afastamento total de uso) e como a corte internacional realiza o “controle” deste campo de aplicação em relação aos direitos humanos que estão sendo questionados como violados no litígio trazido.

Se a doutrina da margem for aplicada de forma integral no caso apreciado, a decisão judicial emitida apresentará mais tendências a se aproximar de um contexto de relativização do que de universalização dos direitos humanos, como nos casos vislumbrados em “Engel e Outros vs Holanda”, “Handyside vs Reino Unido”, “Cossey vs Reino Unido” e “Konrad vs Reino Unido”. Por outro prisma, caso o uso da teoria da margem for de forma parcial (ou híbrida), isto é, o Tribunal Europeu controlando o âmbito de sua incidência dentro do próprio litígio em concreto, a decisão judicial que seria fabricada pela corte internacional – a depender deste campo de incidência – pode ter tendências ou para a universalização ou para a relativização dos direitos humanos, sendo que onde a doutrina da margem acabar sendo aplicada pelo Tribunal, haverá maiores possibilidades da decisão judicial tender à relativização de tais direitos.

Isso foi possível de ser percebido durante o julgamento “Goodwin vs Reino Unido”, onde a Corte Europeia controlou o âmbito de aplicação da teoria da margem para determinar que esta apenas incidiria no momento dos Estados determinarem como e quais os mecanismos domésticos que seriam utilizados em seu sistema forense interno para promover o reconhecimento dos direitos humanos das pessoas da comunidade LGBTQIAPN+, em especial os transexuais. Dessa forma, em relação ao reconhecimento destes direitos pelo

Tribunal Europeu, este acabou afastando a aplicação da margem de manobra nesta “parte” da decisão enunciada.

Contudo, caso a Corte Europeia afaste totalmente o uso da teoria da margem no caso em concreto, a decisão judicial dada pela referida Corte, como não dá prevalência às necessidades e peculiaridades do povo pertencente ao Estado, acaba por promover mais a universalização dos direitos humanos em detrimento da relativização. Isso foi possível de ser vislumbrado no julgamento “*Sunday Times vs Reino Unido*”, onde a Corte Europeia afastou totalmente o uso da margem de manobra no caso.

Apesar da sua dinâmica de aplicação se retratar desta forma, a teoria da margem de apreciação nacional ainda corresponde a um mecanismo jurisprudencial muito impreciso, em que apesar da tipificação por meio do Protocolo de nº. 15 à Convenção Europeia de 1950, não possui hipóteses legais de incidência e nem de controle de sua aplicação, ficando a cargo do órgão internacional promovê-las. E pior, no sistema interamericano de direitos humanos, como estudado, a margem de manobra não possui sequer tipificação expressa na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Outro ponto que merece ser destacado é que apesar do modo como a teoria da margem é aplicada pelo tribunal internacional (aqui, o Tribunal Europeu), parece que as finalidades de seu uso por este órgão mudam (a depender do caso em concreto), quando, na verdade, a teoria da margem de apreciação nacional deveria ser aplicada com uma única intenção: a de promover a máxima proteção dos direitos humanos, como defendem Schafer, Previdelli e Gomes (2018), independentemente da universalização ou da relativização dos direitos humanos.

Assim, pautar a aplicação da doutrina da margem apenas com base na presença ou não de elementos culturais (necessidades e peculiaridades do povo) como em “*Engel e Outros vs Holanda*” e “*Handyside vs Reino Unido*”, ou até mesmo em elementos jurídicos e sociais, como em “*Sunday Times vs Reino Unido*” e “*Konrad vs Alemanha*”, não traz a segurança jurídica em relação ao seu uso pelo Tribunal Europeu e se esta irá promover uma máxima proteção dos direitos humanos (em “*Goodwin vs Reino Unido*” nota-se que, apesar da ideia de promoção dos direitos humanos aos transexuais, a Corte Europeia ainda subornou tal reconhecimento destes direitos à vontade do legislador nacional em como tipificá-los).

Por fim, também é possível – diante de todo o aprendizado extraído – indicar balizas para a aplicação da teoria da margem por uma corte internacional (como o próprio Tribunal

Europeu), pois - apesar do tempo decorrido desde a sua criação - não há ainda balizas (hipóteses legais de aplicação) que regulamentem o seu uso por um juiz internacional.

Com isso, levando em consideração o primeiro destes julgados (“Engel e Outros vs Holanda”) é possível indicar que se houver o envolvimento de algum elemento pertencente às Forças Armadas do país (e em respeito a sua soberania nacional) a teoria da margem pode ser invocada e aplicada (exatamente para garantir tal soberania).

Agora, levando em consideração a análise do julgado “Handyside vs Reino Unido”, a hipótese de incidência proposta para a margem de manobra seria que esta poderia ser usada pelo juiz internacional sob a justificativa de não invadir a soberania estatal (e de seu próprio povo) sobre o que estes consideram como algo que fira a “moralidade pública”, ou seja, havendo o elemento “moralidade pública” pode a corte internacional aplicar a teoria referida. Porém, se houver a presença de uma moralidade privada (em contraposição à pública), o magistrado internacional não poderia se utilizar, por si só, da teoria da margem para permitir a prevalência completa da vontade do Estado para decidir sobre o direito em questão.

Adiante, a baliza construída por meio do julgado “*Sunday Times vs Reino Unido*” é no sentido de que havendo a presença do elemento “interesse público”, a margem de manobra não poderia ser utilizada pela corte internacional, tendo em vista que o elemento “público” é o que deve prevalecer no cenário (quando se envolveu liberdade de expressão, claro).

Dos outros dois julgados (“Cossey vs Reino Unido” e “Goodwin vs Reino Unido”), percebe-se que não poderá a teoria da margem ser aplicada – de maneira integral – para justificar a inércia do ente público em proteger grupos vulneráveis que estejam dentro da sua jurisdição, como a população LGBTQIAPN+. Assim, o que permite a utilização da teoria referida aqui é apenas o modo em que tal proteção será feita, por exemplo, por meio de legislação pátria (ou não). Porém, a margem de manobra não pode ser usada pelo Estado como “escudo” para justificar a não proteção de grupos vulneráveis dentro do seu próprio território (ninguém pode se favorecer de sua própria torpeza).

Em relação ao último julgamento – “Konrad vs Alemanha” – indica-se como hipótese para a incidência da teoria da margem a garantia do direito à educação para todos, por meio do Estado, não podendo elementos externos (como a religião) interferir em tal garantia. Logo, nem a religião poderá ser considerada como um elemento que justifique, por exemplo, o ensino domiciliar de crianças e jovens (quando tal educação é fornecida pelo ente público, de acordo com sua legislação). Isso se mostra, inclusive, mais evidente quando o ente público é laico (não adotando uma religião oficial em seu território).

REFERÊNCIAS

XIII ENCONTRO DE PROFESSORES DE DIREITO PÚBLICO, 2021, Coimbra.

Proporcionalidade e direitos humanos: TEDH e margem de apreciação. **Princípio da proporcionalidade**. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/95787>. Acesso em: 8 jun. 2024.

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. [S. l.]: Editora Trotta, 2002.

AGUIRRE, Lissandra Espinosa de Mello; CABANHA, Alessandra Andressa de Almeida; CABANHA, Samuel. Liberdade religiosa, ensino religioso e a interpretação conforme a Constituição na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4439. **RELACult – Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura e Sociedade**, [s. l.], v. 8, n. 1, 2022. Disponível em: <https://periodicos.claec.org/index.php/relacult/article/download/2300/1559/9952>. Acesso em: 12 fev. 2024.

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, 1990**. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2024.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. [S. l.]: Malheiros Editores, 2008. 624 p. Disponível em: https://www.mp.ba.gov.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos_humanos_stricto_sensu/alexey-roberty-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf. Acesso em: 12 fev. 2024.

ANDRADE, Maressa Yohanna Fernandes de; MENDES, Luiz Fernandes Machado. Casamento homoafetivo: ADI 4.277 vs Projeto Lei 5167/2009. **Revista Cathedral**, [s. l.], v. 5, n. 4, 2023. Disponível em: <http://cathedral.ojs.galoa.com.br/index.php/cathedral/article/view/747/216>. Acesso em: 28 jan. 2024.

ANDERSON, Kevin. **Marx nas margens: nacionalismo, etnia e sociedades não ocidentais**. São Paulo, Boitempo, 2019.

ANDRIICHUK, Natalia; DYNOVYCH, Anna. *Higher Technical Education System in Germany*. **Journal of Vasyl Stefanyk Precarpathian National University**, [s. l.], v. 9, n. 1, 2022. Disponível em: <https://journals.pnu.edu.ua/index.php/jpnu/article/view/6175/6470>. Acesso em: 14 jun. 2024.

ANTÔNIO, Carolina Calzolari; RI, Luciene Dal. O relativismo cultural e a universalização dos direitos humanos no direito internacional público. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/publicum/article/view/28952>. Acesso em: 8 nov. 2024.

ARAÚJO, Luís Guilherme Nascimento de. **Pluralismo jurídico e teoria crítica dos direitos humanos: contribuições para a proteção dos povos originários no Brasil**. Orientador: Clovis Gorczewski. 2024. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2024. Disponível em:

<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/3746/1/Lu%20c3%20ads%20Guilherme%20Nascimento%20de%20Araujo.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2024.

ARNOLD, Richard. *The constitutional turn: balancing copyright and freedom of expression in English law*. **Journal of Media Law**, [s. l.], v. 14, 2022. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17577632.2022.2121128>. Acesso em: 11 jun. 2024.

AZEVEDO, Crislane Barbosa. Reflexões sobre a docência para uma escola/educação para a diversidade. **Holos**, [s. l.], v. 2, n. 39, 2023. Disponível em: <https://www2.ifrn.edu.br/ojs/index.php/HOLOS/article/view/15198/3640>. Acesso em: 12 fev. 2024.

BAILEY, Ryan. *The LGBT Community, health policy, and the law*. **AMA Journal of Ethics: Illuminating the Art of Medicine**, [s. l.], 2010. Disponível em: <https://journalofethics.ama-assn.org/article/lgbt-community-health-policy-and-law/2010-08>. Acesso em: 12 jun. 2024.

BARBOSA, Camilla Cynara Dias; MENDONÇA, Roberta Rayza Silva de. A participação política LGBTQIA+ como caminho para assegurar direitos humanos. **Oikos**, Viçosa, v. 34, n. 1, 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/oikos/article/view/13347/7957>. Acesso em: 18 jan. 2024.

BARBOSA, Esther Marciano. **Educação nazista**: instrumento de sujeição das massas. Orientador: Mardônio Pereira da Silva. 2023. 90 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Pedagogia) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2023. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/6109/1/TCC%20Esther.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo/ Luís Roberto Barroso. – 8.ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BARUCH-DOMINGUEZ, Ricardo; MENDOZA-PÉREZ, Juan Carlos; MANUS, Siobhan Guerrero-Mc. *Not one step backwards in recognition of LGBT+ rights*. **Journal of the International AIDS Society**, [s. l.], v. 26, 2023. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/jia2.26087>. Acesso em: 12 jun. 2024.

BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. O princípio da margem de apreciação nacional: em busca do terreno comum. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, [s. l.], v. 6, n. 11, 2018. Disponível em: http://scielo.iics.una.py/scielo.php?pid=S2304-78872018001100066&script=sci_abstract&tlng=en. Acesso em: 16 fev. 2024.

BENDIX, Daniel. *Decolonizing development education policy: the case of Germany*. **International Journal of Development Education and Global Learning**, [s. l.], v. 10, n. 2, 2018. DOI <https://doi.org/10.18546/IJDEGL.10.2.04>. Disponível em: <https://journals.uclpress.co.uk/ijdeg/article/id/1932/>. Acesso em: 14 jun. 2024.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**/ Paulo Bonavides. – 34. ed., atual. – São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL, Taciana. Ensino religioso no Brasil: da confessionalidade à laicidade?. **Ensaio**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 119, 2023. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/ensaio/a/BhCC5dsmxNVcSLsx6k5bSzM/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 12 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº. 26. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII)– A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO – A SITUAÇÃO DE INÉRCIA DO ESTADO EM RELAÇÃO À EDIÇÃO DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS NECESSÁRIOS À PUNIÇÃO DOS ATOS DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU DA IDENTIDADE DE GÊNERO DA VÍTIMA – A QUESTÃO DA “IDEOLOGIA DE GÊNERO” [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Melo. **Brasília**, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/939911266>. Acesso em: 19 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário de nº. 888.815. CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL RELACIONADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À EFETIVIDADE DA CIDADANIA. DEVER SOLIDÁRIO DO ESTADO E DA FAMÍLIA NA PRESTAÇÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL. NECESSIDADE DE LEI FORMAL, EDITADA PELO CONGRESSO NACIONAL, PARA REGULAMENTAR O ENSINO DOMICILIAR. RECURSO DESPROVIDO. [...]. Requerente: V D representada por M P D. Requerido: Município de Canela. Relator: Ministro Roberto Barroso. **Brasília**, 12 de setembro de 2018. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Camara_Especial/Ac%C3%B3rd%C3%A3o%20RE%20888.815%20-%20Homeschooling.pdf. Acesso em: 5 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº. 4.439. ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS. CONTEÚDO CONFSSIONAL E MATRÍCULA FACULTATIVA. RESPEITO AO BINÔMIO LAICIDADE DO ESTADO/LIBERDADE RELIGIOSA. IGUALDADE DE ACESSO E TRATAMENTO A TODAS AS CONFISSÕES RELIGIOSAS. CONFORMIDADE COM ART. 210, §1º, DO TEXTO CONSTITUCIONAL. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 33, CAPUT E §§ 1º E 2º, DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL E DO ESTATUTO JURÍDICO DA IGREJA CATÓLICA NO BRASIL PROMULGADO PELO DECRETO 7.107/2010. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE. 1. A relação entre o Estado e as religiões, histórica, jurídica e culturalmente, é um dos mais importantes temas estruturais do Estado. A interpretação da Carta Magna brasileira, que, mantendo a nossa tradição republicana de ampla liberdade religiosa, consagrou a inviolabilidade de crença e cultos religiosos, deve ser realizada em sua dupla acepção: (a) proteger o indivíduo e as diversas confissões religiosas de quaisquer intervenções ou mandamentos estatais; (b) assegurar a laicidade do Estado, prevendo total liberdade de atuação estatal em relação aos dogmas e princípios religiosos. [...]. Requerente: Procurador Geral da República. Relator: Ministro Roberto Barroso. **Brasília**, 27 de setembro de 2017. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915>. Acesso em: 12 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº. 4.277. 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. [...]. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Ayres Britto. **Brasília**, 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/20627236>. Acesso em: 19 jan. 2024.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 5.167/2009, de 05 de maio de 2009**. Estabelece que nenhuma relação entre pessoas do mesmo sexo pode equiparar-se ao casamento ou a entidade familiar. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposico=432967>. Acesso em: 19 jan. 2024.

BRETAS, Marcos Luiz; ROSEMBERG, André. A história no Brasil: balanço e perspectivas. **Revista Topoi**, [s. l.], v. 14, n. 26, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/topoi/a/DHMRHs7m6cVjgrpqYzN8NYh/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 24 dez. 2023.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio?: algumas observações sobre o direito alemão e americano. **Revista Direito Público**, [s. l.], n. 15, 2007. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1418/884>. Acesso em: 16 dez. 2023.

BUENO, Christian Del Anhol Pereira. A liberdade de expressão dos militares estaduais: um estudo necessário sob os preceitos do julgamento da “ADPF 475”. **Revista do Ministério Público Militar**, Brasília, n. 41, 2023. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/rmpm/article/view/364/350>. Acesso em: 28 dez. 2023.

BURMEISTER, Fernanda. **O sistema educacional na Alemanha**. Disponível em: <https://www.conteudoescola.com.br/copia-a-complexidade-e-a-condicao-h#:~:text=O%20SISTEMA%20EDUCACIONAL%20NA%20ALEMANHA%2C%20EM%20RELA%3%87%3%83O%20AO%20BRASIL%2C%20APRESENTA,QUE%20N%3%83O%20DOMINAM%20O%20ALEM%3%83O>. Acesso em: 14 jun. 2024.

CAETANO, Ivone Ferreira. **O feminismo brasileiro**: uma análise a partir das três ondas do movimento feminista e a perspectiva da interseccionalidade. 2017. 24 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Gênero e Direito) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/genero_e_direito/edicoes/1_2017/pdf/DesIvoneFerreiraCaetano.pdf. Acesso em: 18 jan. 2024.

CAMILLOTO, Bruno; URASHIMA, Pedro. Liberdade de expressão, democracia e cultura do cancelamento. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, [s. l.], v. 7, n. 2, 2020. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.animaeducacao.com.br/index.php/RDFG/article/view/13941/7747>. Acesso em: 21 dez. 2023.

CAMPOS, Carmen Hein de. Teoria Feminista do Direito e Violência Íntima Contra Mulheres. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57, 2012. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57.pdf#page=33. Acesso em: 18 jan. 2024.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, s.d. Disponível em: <https://faculdadeslondrina.com.br/wp-content/uploads/2020/06/Canotilho-Texto-mestrado.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2024.

CARDOSO, Eugênio Alves; ALMEIDA, Emanuel Rodrigues. A ideologia burguesa na educação e o seu reflexo no novo ensino médio. In: FEITOZA, Denise Magalhães Azevedo(Org.). **Pesquisas e saberes em Educação**. Campina Grande: Licuri, 2023. Disponível em: <http://editorallicuri.com.br/index.php/ojs/article/view/228/171>. Acesso: 5 fev. 2024.

CARDOSO, Benjamin Natan. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CASAÑAS, Emanuel Pintos. Margem nacional de valorização: o aparente conflito com o controle da convencionalidade. **Revista de Derecho**, [s. l.], v. 28, 2023. Disponível em: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2393-61932023000201205&lang=pt. Acesso em: 4 jun. 2024.

CASTRO, Eliane; COELHO, Leandro. A análise jurídica da aposentadoria dos transexuais. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, São Paulo, v. 8, n. 10, 2022. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/7205/2790>. Acesso em: 28 jan. 2024.

CATÃO, Adrualdo de Lima. A fundamentação dos direitos humanos: multiculturalismo, liberalismo e a visão pragmatista. **Revista Direito e Justiça**, n.28, 2017. Disponível em: <https://acesso.cesmac.edu.br/admin/wp-content/uploads/2021/10/CATAO-Afundamentacao.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2024.

CAVICCHIA, Fernanda Stella. **A teoria de luta por reconhecimento de Axel Honneth e os protestos pela educação de maio de 2019 no Brasil**. Orientador: Milton Lahuerta. 2021. 193 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Sociais) - Universidade Estadual Paulista, Araraquara, 2021. Disponível em: https://agendapos.fclar.unesp.br/agenda-pos/ciencias_sociais/5554.pdf. Acesso em: 26 fev. 2024.

CERQUEIRA, Viviana Todero Martinelli; OLIVEIRA, Quezia Pereira Alvim de; CARLIM, Gisele Mara Freitas Sordo; MOURA, José Emi de. A recepção dos tratados internacionais em matéria tributária pelo ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Científica Multidisciplinar**, [s. l.], v. 4, n. 6, 2023. Disponível em: <https://recima21.com.br/index.php/recima21/article/view/3262/2374>. Acesso em: 22 fev. 2024.

CLÉRICO, Laura. Discriminação com base na orientação sexual e nos direitos previdenciários na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH): uma história de divergências?. **Revista de la Facultad de Derecho**, [s. l.], n. 47, 2019. Disponível em: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652019000201105&lang=pt. Acesso em: 4 jun. 2024.

COELHO, Luiz Fernando. **Direito constitucional e filosofia da constituição.**/ Luiz Fernando Coelho/ Curitiba: Juruá, 2006.

COLÍN, Alfredo Islas. *Libertad de expresión y cultura de la paz.* **Pensamiento Americano**, [s. l.], v. 10, n. 19, 2017. Disponível em: <https://publicaciones.americana.edu.co/index.php/pensamientoamericano/article/view/28/23>. Acesso em: 11 jun. 2024.

COMODARO, Eduardo de Moraes Nery; MORAES, Ana Paula Bagaiolo. Liberdade de expressão frente à dignidade da pessoa humana: Histórico, conceituação e o Projeto de Lei 2.630/2020 quanto às fake news. **Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca**, [s. l.], v. 6, n. 1, 2021. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/icfdf/article/view/1287>. Acesso em: 21 dez. 2023.

COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. *In*: COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. cap. 2, p. 521-539. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/68829/mod_resource/content/1/F%C3%A1bio%20Konder%20Comparato.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

CONTICH, Marta Iturvide. Regulacion normativa, características y organizacion de la justicia militar en Uruguay: cometidos del Ministerio Publico. **Revista do Ministério Público Militar**, Brasília, ed. 39, 2023. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/rmpm/article/view/215/206>. Acesso em: 24 mar. 2024.

CÓRDOVA, Luis. **La internacionalización de los derechos fundamentales de la Constitución Española**. Disponível em: <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/2486>. Acesso em: 28 fev. 2024.

CORREIO DO BRASIL. **Após relatório, do Pisa, Alemanha debate se ensino público ficou para trás**. Disponível em: <https://e.correiodobrasil.com.br/a/apos-relatorio-pisa-alemanha-debate-ensino-publico-ficou-tras>. Acesso: 5 fev. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS (CIDH). **Opinião Consultiva de nº. 04/1984**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf. Acesso em: 9 jun. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Opinião Consultiva de nº. 05/1985**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf. Acesso em: 24 ago.2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Opinião Consultiva de nº. 24/2017**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em: 24 ago.2023.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; COSTA, Thalles Ferreira. O direito antidiscriminatório: a questão da orientação sexual. **Revista Estudos Políticos**, [s. l.], v. 13, n. 28, 2022. Disponível em: https://periodicos.uff.br/revista_estudos_politicos/article/view/56680/33721. Acesso em: 28 jan. 2024.

COSTA, Arthur. Como as democracias controlam os policiais. **Novos Estudos**, [s. l.], n. 70, 2004. Disponível em: <https://www.nevis.unb.br/biblioteca/artigos/item/44-como-as-democracias-controlam-as-policias>. Acesso em: 25 dez. 2023.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Religião, direitos humanos e educação. Disponível em: <https://www2.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Religi%C3%A3o%20H%20e%20educa%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2024.

DANTAS, Daniela dos Santos; NEVES, André Luiz Machado das. Parentalidade de homens trans: uma revisão integrativa. **Revista Brasileira De Estudos Da Homocultura**, [s. l.], v. 6, n. 20, 2023. Disponível em: <https://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/rebeh/article/view/15519/12586>. Acesso em: 29 jan. 2024.

DAVIS, Mark; SCHERMULY, Allegra; SMITH, Anthony; NEWMAN, Christy. *Diversity via datafication? digital patient records and citizenship for sexuality and gender diverse people*. **BioSocieties**, [s. l.], v. 18, 2022. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1057/s41292-022-00277-5>. Acesso em: 12 jun. 2024.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual** – aspectos sociais e jurídicos. Disponível em: <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/maria-berenice-uniao-homossexual.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2024.

DÓRIA, Davi Barretto; CARDOSO, Henrique Ribeiro. O efeito bumerangue como agente modificador do ordenamento jurídico. **Revista de Direitos Humanos em Perspectiva**, [s. l.], v. 6, n. 1, 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/view/6411>. Acesso em: 8 jun. 2024.

DOURADO, Mainara Teles. Compreendendo o bem jurídico no Direito Penal Militar: uma análise sobre o seu conceito, importância e especialidade jurídica. **Revista do Ministério Público Militar**, Brasília, n. 41, 2023. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/rmpm/article/view/367/353>. Acesso em: 28 dez. 2023.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**/ Ronald Dworkin; tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo: Martins Fontes, 2002. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/109097/mod_resource/content/1/Dworkin%2C%20R.%20O%20modelo%20de%20regras%20I.%20In%20-%20Levando%20os%20direitos%20a%20s%C3%A9rio.%20Trad.%20Nelson%20Boeira.%20OS%20C3%A3o%20Paulo%2C%20Martins%20Fontes%2C%202002.%20p.%2023-72.pdf. Acesso em: 23 dez. 2023.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

EAGLETON, Terry, 1943-. **A ideia de cultura**/ Terry Eagleton; tradução Sandra Castello Branco; revisão técnica Cezar Mortari. – 2 ed. – São Paulo: Editora Unesp, 2011.

ENTRICH, Steve; LAUTERBACH, Wolfgang. *Shadow education in Germany: Compensatory or status attainment strategy from the German life study*. **International Journal for Research on Extended Education (IJREE)**, [s. l.], v. 7, n. 2, 2019. Disponível em: <https://www.budrich-journals.de/index.php/IJREE/article/view/35222>. Acesso em: 14 jun. 2024.

ERDEM, Bora. *The elements of freedom of expression in the light of the European Convention on Human Rights*. **European Journal of Interdisciplinary Studies**, [s. l.], v. 8, n. 2, 2022. DOI <https://doi.org/10.26417/ejis.v4i2.p181-187>. Disponível em: <https://revistia.org/index.php/ejis/article/view/5636>. Acesso em: 11 jun. 2024.

FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. **Revista Ibérica do Direito**, [s. l.], v. 1, n. 1, 2020. Disponível em: <https://www.revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/26/28>. Acesso em: 20 dez. 2023.

FAISAL, Kamrul. *Balancing between right to be forgotten and right to freedom of expression in spent criminal convictions*. **Security and privacy**, [s. l.], v. 4, 2021. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/spy2.157>. Acesso em: 11 jun. 2024.

FARIA, Mateus Aparecido; PAIVA, Tiago Sousa; CORNELLI, Andressa Marques; BERNARDO, Alisson Donizeti; ROCHA, Cristianne Maria Famer; MODENA, Celina Maria. Direitos humanos entre vulnerabilidades, violência, violações e outras percepções. **Revista Interdisciplinar da Universidade Federal de Tocantins (Desafios)**, [s.l.], v.2, n.1, 2023. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/desafios/article/view/13140>. Acesso em: 21 fev. 2024.

FAUSTINO, Carlos Roberto; BECKER, Pedro Henrique Franco. Direito à educação e ao acesso à Universidade Pública. **Revista Letra Magna**, [s. l.], v. 19, n. 33, 2023. Disponível em: <https://ojs.ifsp.edu.br/index.php/magna/article/view/2189/1405>. Acesso em: 6 fev. 2024.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal/ Luigi Ferrajoli**. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002. Disponível em: <https://deusgarcia.files.wordpress.com/2017/03/luigi-ferrajoli-direito-e-razao-teoria-do-garantismo-penal.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2024.

FERRARI, Marcos. **Discussões sobre IA escancaram analfabetismo brasileiro**. Disponível em: <https://teletime.com.br/02/05/2023/discussoes-sobre-ia-escancaram-analfabetismo-digital-brasileiro/>. Acesso em: 5 fev. 2024.

FERREIRA, Bruno Pastori; SILVEIRA, Daniel Barile da. A multiforme garantia do direito à educação: o reconhecimento da educação domiciliar como meio alternativo ao ensino cimpulsório, sob viés da nálise econômica do direito. **Cadernos da FUCAMP**, [s.l.], v.22, n.56, 2023. Disponível em: <https://www.revistas.fucamp.edu.br/index.php/cadernos/article/view/2995>. Acesso em: 24 jan. 2024.

FERREIRA, João Roberto Andrade de Jesus. **O duplo grau de jurisdição como garantia constitucional e instrumento de limitação do poder do Estado por intermédio do controle dos atos judiciais**. Orientador: Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha. 2022. 78 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/19107/1/JRAJFerreira.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2024.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição de 1988**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GALDINO, Osmilton Oliveira. **Constitucionalização do direito**: o reconhecimento do casamento civil homoafetivo. Orientador: Gabriel Araújo Leite. 2023. 43 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Centro de Ciências Sociais, Saúde e Tecnologia, Imperatriz, 2023. Disponível em: <https://rosario.ufma.br/jspui/handle/123456789/7022>. Acesso em: 28 jan. 2024.

GALVÃO, Maycon Ribeiro; CASIMIRO, Sonia Aparecida Alves de Oliveira. O papel do professor na escola: educação e transformação. **Revista OWL (OWL Journal)**, Campinha Grande, v. 1, n. 2, 2023. Disponível em: <https://revistaowl.com.br/index.php/owl/article/view/47/52>. Acesso em: 12 fev. 2024.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política/ Roberto Gargarella; tradução Alonzo Reis Freire; revisão da tradução Elza Maria Gasparotto; revisão técnica Eduardo Appio. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. – (Biblioteca jurídica WMF).

GÄTJENS, Erna Zonne. Interculturalizando o Ensino Religioso. **Religions**, [s. l.], v. 13, ed. 7, 2022. DOI <https://doi.org/10.3390/rel13070653>. Disponível em: <https://www.mdpi.com/2077-1444/13/7/653>. Acesso em: 21 mar. 2024.

GOMES, Denildo de Freitas; TEIXEIRA, Enéas Rangel; SAUHIER, Marta; SEIXAS, Ana Paula Ribeiro. Preconceito e estigma na atenção básica de saúde: atos discriminatórios com os usuários transexuais. **Revista Contribuciones a Las Ciencias Sociales**, São José dos Pinhais, v. 17, n. 1, 2024. Disponível em: <https://ojs.revistacontribuciones.com/ojs/index.php/clcs/article/view/4326/2820>. Acesso em: 21 jan. 2024.

GOMES, Millena. **No Dia Mundial da Alfabetização, índice de analfabetismo ainda preocupa**. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/euestudante/educacao-basica/2022/09/5034919-no-dia-mundial-da-alfabetizacao-indice-de-analfabetismo-ainda-preocupa.html>. Acesso em: 5 fev. 2024.

GORCZEWSKI, Clovis; ARAÚJO, Luís Guilherme Nascimento de. Aspectos formais e materiais do novo constitucionalismo latino-americano a partir da Constituição Boliviana. **Arquivo Jurídico - Revista Eletrônica da UFPI**, [s. l.], v. 10, n. 2, 2023. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/13757>. Acesso em: 5 fev. 2024.

GOUVEIA, Aline. **Assassinatos de pessoas trans vítimas do racismo crescem 15%**. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/mundo/2024/01/6794879-assassinatos-de-pessoas-trans-vitimas-do-racismo-crescem-15.html>. Acesso em: 17 mar. 2024.

GRUPTA, Ajay. *LGBTQIA+ rights and sexual diversity in made in heaven*. **International Journal of Advanced Research (IJAR)**, [s. l.], v. 11, 2023. Disponível em: https://www.journalijar.com/uploads/65168816e8042_IJAR-44386.pdf. Acesso em: 12 jun. 2024.

GULATI, Shobha; KAUR, Navpreet. *Marriage equality around the world: a myth of reality*. **International Journal for Research in Applied Science & Engineering Technology (IJRASET)**, [s. l.], v. 12, 2024. Disponível em: <https://www.ijraset.com/best-journal/marriage-equality-around-the-world-a-myth-or-reality-583>. Acesso em: 12 jun. 2024.

GUIMARÃES, Thayz. **Herança maldita**: países da África e Oriente Médio preveem pena de morte para LGBT+ inspirados em lei colonial britânica. Disponível em:

<https://oglobo.globo.com/mundo/noticia/2023/11/29/heranca-maldita-paises-de-africa-e-oriente-medio-preveem-pena-de-morte-para-lgbt-inspirados-em-lei-colonial-britanica.ghtml>. Acesso em: 18 jan. 2024.

GUNTHER, Luiz Eduardo; ESMANHOTTO, Maria Victória da Fonseca; LINS, Rafael Santana Barro. O princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do reconhecimento da identidade sexual como direito de personalidade: uma análise da ADPF 527. **Revista Direitos Democráticos & Estado Moderno**, Faculdade de Direito da PUC-SP, v. 2, n. 5, 2022. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/DDEM/article/view/57501/40443>. Acesso em: 28 jan. 2024.

HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política/ Jurgen Habermas; tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. – São Paulo: Edições Loyola, 2002. Disponível em: <https://estudos001.files.wordpress.com/2014/10/habermas-jurgen-a-inclusao-do-outro.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2023.

HARRISON, Ruairí. **Freedom of expression e Hate Speech in the Eu's Digital Age: To what extent have the approaches to “online freedom of expression” of both the Council of Europe and the European Union demonstrated that EU law is fit for purpose in the digital age? Following from this, what lessons can the EU legislature learn from the aforementioned approaches in drafting legislation on the specific issue of online hate speech and how it impacts upon freedom of expression?**. Orientador: Sybe de Vries. 2020. 95 f. Master Thesis (Master's degree) - Faculty of Law Economics and Governance, [S. l.], 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3913882. Acesso em: 11 jun. 2024.

HERMES, Manuellita. **Perspectivas sobre o Protocolo nº. 15 à Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/elas-no-jota/perspectivas-sobre-o-protocolo-no-15-a-convencao-europeia-de-direitos-humanos-11082021#:~:text=Cr%C3%A9dito%3A%20Pixabay-,O%20Protocolo%20n%C2%BA%2015%20C3%A0%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Europeia%20de%20Direitos%20Humanos,dos%20Estados%20Partes%20da%20Conven%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 16 fev. 2024.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. [S. l.: s. n.], s.d. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4883474/mod_resource/content/1/Leviata.pdf. Acesso em: 16 dez. 2023.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2009 [1992].

HORTELAN, Livia Navarro Silva; MAIA, Maria Cláudia Zaratini. Direitos Humanos LGBTQIA+: direito a constituir família e realizar planejamento familiar. **Revista JurisFib: Reflexões sobre o Direito**, [s. l.], v. 13, n. 13, 2023. DOI <https://doi.org/10.59237/jurisfib.v13i13.607>. Disponível em: <https://revistas.fibbauru.br/jurisfib/article/view/607>. Acesso em: 28 jan. 2024.

JENNINGS, Colin; RALPH-MORROW, Elizabeth. *Selective tolerance and the radical right*. **Sage Journals**, [s. l.], v. 32, 2020. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1043463120920416>. Acesso em: 12 jun. 2024.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 1. ed. [S. l.]: Edições 70, Lda, 2007. 120 p. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7828872/mod_resource/content/1/Fundamenta%C3%A7%C3%A3o%20da%20Metaf%C3%ADsica%20dos%20Costumes%20-%20Immanuel%20Kant.pdf. Acesso em: 28 jan. 2024.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito**/ Hans Kelsen; [tradução João Baptista Machado]. – 6ª ed. – São Paulo: Martins Fontes. 1998. – (Ensino Superior). Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4375607/course/section/2096955/Hans%20Kelsen%20-%20Teoria%20Pura%20do%20Direito%20-%20Obra%20completa.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2024.

KNAUF, Helen. *Learning stories, pedagogical work and early childhood education: a perspective from German preschools*. **Education Inquiry**, [s. l.], v. 11, n. 2, 2020. DOI <https://doi.org/10.1080/20004508.2019.1591845>. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/20004508.2019.1591845>. Acesso em: 14 jun. 2024.

KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 10, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/ZcsRKX8WpbVvtctNgzQCC8r/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 6 jan. 2024.

KULK, Stefan; BORGESIUUS, Frederik Zuiderveen. *Privacy, freedom of expression, and the Right to be Forgotten in Europe*. **Cambridge Handbook of Consumer Privacy**, [s. l.], 2017. DOI <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2923722>. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2923722. Acesso em: 11 jun. 2024.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. Disponível em: <https://mpassosbr.wordpress.com/wp-content/uploads/2013/03/a-reconstruc3a7c3a3o-dos-direitos-humanos-celso-lafer.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2024.

LARAIA, Roque de Barros, 1932-. **Cultura**: uni conceito antropológico/ Roque de Barros Laraia. – 14. ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

LEÓN, Luis Fleitas de. A racionalidade democrática como condição normativa para a aplicação da margem de apreciação nacional no campo do controle da convencionalidade: Um instrumento para a proteção das minorias. **Revista de la Facultad de Derecho**, [s. l.], v. 53, 2022. Disponível em: <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rfd/n53/2301-0665-rfd-53-e205.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2024.

LEÓN, Lucas Pordeus. **Comissão da Câmara aprova projeto que proíbe casamento homoafetivo**: texto vai ser analisado por mais duas comissões antes de ir a plenário. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2023-10/comissao-da-camara-aprova-projeto-que-proibe-casamento-homoafetivo>. Acesso em: 16 dez. 2023.

LERGETPORER, Philipp; WERNER, Katharina; WOESSMANN, Ludger. *Public opinion on education policy in Germany*. **IZA Institute of Labor Economics**, [s. l.], n. 10948, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3029819. Acesso em: 14 jun. 2024.

LIMA, Francisca Benigno de; SILVA, Lorrany Gomes da. Direitos humanos e movimento LGBTQIA+: o reconhecimento de seus direitos na esfera jurídica. **Revista Extensão**, [s. l.], v. 6, n. 1, 2022. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/extensao/article/view/6907>. Acesso em: 23 jan. 2024.

LIMA, Sávio Barreto Lacerda. **Liberdade de expressão**: a concepção integrada de Dworkin. Orientador: José Claudio Monteiro de Brito Filho. 2015. 142 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Pará, Belém, 2015. Disponível em: https://www.repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/7566/1/Dissertacao_LiberdadeExpressaoConcepcao.pdf. Acesso em: 23 dez. 2023.

LIMA FILHO, Gilberto de Almeida. **O princípio do duplo grau de jurisdição**: uma análise comparada do direito processual civil brasileiro com o direito processual estadunidense. Orientador: Werna Karenina Marques de Sousa. 2023. 62 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Graduação em Direito) - Universidade Federal da Paraíba, Santa Rita-PB, 2023. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/27597>. Acesso em: 28 jan. 2024.

LIRA, Erika Paz de; VARANDAS, Castro Soares. Liberdade de imprensa e de expressão "versus" o direito à intimidade. **Revista de Direito Unifacex**, Natal, v. 11, n. 1, 2023. Disponível em: <https://periodicos.unifacex.com.br/direito/article/view/1187/407>. Acesso em: 26 jan. 2024.

LONGO, Miguel Ángel; MOLEK, Pavel. *Freedom of Expression: European and Australian perspectives*. **Australian & New Zeland: Journal of European Studies**, [s. l.], v. 6, n. 1, 2021. Disponível em: <https://openjournals.library.sydney.edu.au/index.php/ANZJES/article/view/15143>. Acesso em: 11 jun. 2024.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; SANTOS JÚNIOR, Luis Haroldo Pereira dos. Controle de convencionalidade e margem de apreciação nacional: (in)compatibilidade no sistema interamericano de direitos humanos. **Revista de Direito Público**, [s. l.], v. 14, n. 81, 2018. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2866>. Acesso em: 16 fev. 2024.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma jurídica e a reforma no Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1. ed. [S. l.: s. n.], 2010. cap. 4.

MACHADO, Thayssa Maira Dias. **Medidas de reparação e o cumprimento de sentenças**: liame na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o paradigma europeu. Orientador: Roberto Luiz Silva. 2020. 177 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/35788/4/MACHADO%20Thayssa%20%28Medidas%20de%20Repara%C3%A7%C3%A3o%20e%20o%20cumprimento%20de%20senten%C3%A7as%29%20-%20pdfA.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2023.

MACHADO, Lucas. **Dois pessoas LGBTIQAPN+ morreram a cada três dias no Brasil em 2022**. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2023/05/11/duas-pessoas-lgbtiqapn-morreram-a-cada-tres-dias-no-brasil-em-2022.ghtml>. Acesso em: 19 jan. 2024.

MACIEL, Lucas de Oliveira. A revolução política da burguesia: a França na obra de Karl Marx antes da primavera dos povos. **Germinal: marxismo e educação em debate**, Salvador, v. 15, n. 3, 2023. Disponível em:

<https://periodicos.ufba.br/index.php/revistagerminal/article/view/52674/31148>. Acesso em: 6 fev. 2024.

MAIA, Clarissa Nunes. A organização policial em Pernambuco (1865-1915): A Polícia Civil e Militar entre o Império e a República. In: SILVA, Giselda Brito; DE ALMEIDA, Suely Creusa Cordeiro. **Ordem & Polícia: Controle político - social e formas de resistência em Pernambuco nos Séculos XVIII ao XX**. Recife: Ed. Universitária da UFRPE, 2007. p. 107-135.

MARIONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, v. 49, 2009. Disponível em:

<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031>. Acesso em: 28 jan. 2024.

MATVIIKO, Yuliia; SHKOLIAR, Mariana. *The impact of stigmatization on social attitude towards the LGBT-Community*. **Mental Health: Global Challenges Journal**, [s. l.], 2019.

Disponível em: <https://mhgcj.org/index.php/MHGCJ/article/view/63/51>. Acesso em: 12 jun. 2024.

MELEU, Marcelino da Silva; CARRION, Leticia Gheller Zanatta; WELTER, Izabel Preis; WEBER, Tchessica. A concretização dos direitos fundamentais da comunidade LGBTQIA+ pela aplicação da teoria do reconhecimento de Axel Honneth. **Revista Confluências**, Niterói, v. 24, n. 1, 2022. Disponível em:

<https://periodicos.uff.br/confluencias/article/view/53626/31774>. Acesso em: 23 jan. 2024.

MENDONÇA FILHO, Alberto Hora; JABORANDY, Clara Cardoso Machado. A integração da Convenção Americana sobre direitos humanos no Brasil: a (in)aplicabilidade da teoria do duplo controle. **Revista de Direitos Humanos em Perspectiva**, Salvador, v. 4, n. 1, 2018.

Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/view/4042/pdf>. Acesso em: 8 jun. 2024.

MILL, John Stuart, 1806-1873. **A sujeição das mulheres**/ John Stuart Mill; tradução de Karen Clavery Macedo – Petrópolis, RJ: Vozes, 2021, - (Coleção Vozes do Bolso).

MILL, John Stuart, 1806-1873. **Sobre a liberdade**/ John Stuart Mill; tradução Denise Bottmann. – Porto Alegre: RS: L&PM, 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Direito à educação**. [S. l.]: Editorial Alba Limitada, 1933. 238 p.

MONTESQUIEU, Charles de Secondt, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis**/ Montesquieu; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. – São Paulo: Martins Fontes, 1996. – (Paidéia). Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7703960/mod_resource/content/1/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf. Acesso em: 16 dez. 2023.

MORAIS, Leonardo Stoll de. Direito à privacidade no sistema regional europeu de direitos humanos. **Revista de Direito Brasileira - RDB**, [s. l.], v. 25, n. 10, 2020. Disponível em:

<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3902/5072>. Acesso em: 20 dez. 2023.

MORAES, Maria Valentina de; LIMA, Sabrina Santos. As teorias da margem de apreciação nacional e do legislador diante da prática do *homeschooling*: os casos brasileiro e alemão.

Revista Jurídica em Pauta, [s.l.], v.2, n.1, 2020. Disponível em:

<http://revista.urcamp.edu.br/index.php/revistajuridicaurcamp/article/view/3142/2490>. Acesso em: 23 dez. 2023.

MORAES, Daniele Alves. Apontamentos sobre colisão entre direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. **Research, Society and Development**, [s. l.], v. 11, n. 4,

2022. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/27997/24247>. Acesso em: 9 nov. 2024.

MOREIRA, Adilson José. Direitos fundamentais como estratégias anti-hegemônicas: um estudo sobre a multidimensionalidade de opressões. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/20235/17957>. Acesso em: 16 dez. 2023.

MORO, Adriana Fernandes; INVERNIZZI, Noela. A tragédia da talidomida: a luta pelos direitos das vítimas e por melhor regulação de medicamentos. **História, Ciências, Saúde, Manguinhos**, v. 24, n. 3, 2017. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/hcsm/a/d3GWCXL8dxLYMpQyRyKJfPd/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 11 mar. 2024.

MOURA, Maria Luiza. Análise da constituição de um sujeito de direito trans pelas sentenças da Corte Europeia de Direitos Humanos. **Revista Gênero**, [s. l.], v. 18, n. 1, 2017. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/revistagenero/article/view/31284>. Acesso em: 17 mar. 2024.

NOORLOOS, Marloes van. *The politicisation of Hate Speech Bans in the Twenty-first-century Netherlands: law in a changing context*. **Journal of Ethnic and Migration Studies**, [s. l.], 2013. DOI <https://doi.org/10.1080/1369183X.2013.851474>. Disponível em:

<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/1369183X.2013.851474?needAccess=true>. Acesso em: 11 jun. 2024.

OLIVEIRA, Jacqueline Orofino da Silva Zago de; OLIVEIRA, Tarsis Barreto. A hermenêutica constitucional como ferramenta para assegurar os direitos da comunidade LGBTQIA+.

Revista Jurídica Direito & Paz, São Paulo, n. 48, p. 258-277, 2023. Disponível em: <https://periodicos.uesc.br/index.php/dike/article/view/3925/2517>. Acesso em: 18 jan. 2024.

O MIRANTE. **Taxa de analfabetismo em Portugal é das maiores da Europa**. Disponível em: <https://omirante.pt/sociedade/2023-03-23-Taxa-de-analfabetismo-em-Portugal-e-das-maiores-da-Europa-bce73cb1>. Acesso em: 5 fev. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, Resolução 217 A III em 10 de dezembro de 1948. Disponível em:

<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 9 jan. 2024.

PACHECO, Tainá de Lucena. **A margem nacional de apreciação e o espaço discricionário de atuação dos Estados nas Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos**.

Orientador: Daniel Campos de Carvalho. 2021. 32 f. TCC (Graduação) - Curso de Curso de Relações Internacionais, Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP), Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP), São Paulo, 2021. Disponível

em: <https://repositorio.unifesp.br/bitstream/handle/11600/61890/05.09%20-%20TCC%20Redigido%20-%20A%20Margem%20Nacional%20de%20Aprecia%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 fev. 2024.

PACHORI, Anviksha. *Strengthening the universality of human rights in praxis*. **Las Humanas**, Rio de Janeiro, v.15, n.1, 2023. Disponível em: <https://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/2414/3430>. Acesso: 23 mar. 2024.

PALMSTORFER, Rainer. Medidas de austeridade em julgamento: sobre a compatibilidade das medidas de austeridade com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. **E-Publica**, Lisboa, v. 1, n. 3, 2014. Disponível em: http://www.scielo.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2014000300008&lang=pt. Acesso em: 4 jun. 2024.

PANTOJA, Jairo Enrique Lucero. O juiz multinível e a transversalidade das garantias: uma abordagem dos cenários fáticos na América e na Europa. **Opinión Jurídica**, [s. l.], 2021. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302021000100071&lang=pt. Acesso em: 4 jun. 2024.

PEREIRA, Paulo Henrique. Alternativas à prisão civil do devedor de alimentos na ordem jurídica brasileira. **Revista Inclusiones**, [s. l.], v. 11, n. 1, 2024. Disponível em: <https://www.revistainclusiones.org/index.php/inclu/article/view/3495/3638>. Acesso em: 9 nov. 2024.

PETROV, Anton Markovich. *Strategic alliance of higher education institutions: experience of modern Germany*. **Education and science**, [s. l.], v. 23, n. 4, 2021. DOI <https://doi.org/10.17853/1994-5639-2021-4-79-107>. Disponível em: <https://www.edscience.ru/jour/article/view/2103>. Acesso em: 14 jun. 2024.

PINHEIRO, Ester. **Há 13 anos no topo da lista, Brasil continua sendo o país que mais mata pessoas trans no mundo**. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2022/01/23/ha-13-anos-no-topo-da-lista-brasil-continua-sendo-o-pais-que-mais-mata-pessoas-trans-no-mundo>. Acesso em: 18 jan. 2024.

PIOVESAN, Flávia. **A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**, s.d. Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>. Acesso em: 9 nov. 2024.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**/ Flávia Piovesan. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/ppgd/files/2019/08/Fl%C3%A1viaPiovesan-Temas-de-direitos-humanos-cap.-12-a-16.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2023.

PRAÇA, Marcella Leonel Viotti Leite. **Novos contornos da privacidade e intimidade em meio à sociedade da informação**: limites para compartilhamento de dados pessoais de influenciadores digitais. Orientador: Tainá Aguiar Junquilha. 2023. 96 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito, Justiça e Desenvolvimento) - Escola de Direito do Brasil - EDIRB, São Paulo, 2023. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/4691>. Acesso em: 26 jan. 2024.

QUADROS, Mariana. **Países mais seguros para LGBTQIA+ têm políticas antidiscriminação; veja quais**. Disponível em: <https://queer.ig.com.br/2021-09-15/paises-seguros-para-lgbtqia.html>. Acesso em: 21 jan. 2024.

QUENNERSTEDT, Ann. *Children's and young people's human rights education in school: cardinal complications and a middle ground*. **Journal of Human Rights**, [s. l.], v. 21, n. 4, 2022. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/epdf/10.1080/14754835.2021.2014795?needAccess=true>. Acesso em: 14 jun. 2024.

RAMALHO, Nelson. O "modelo médico" e a procura pela "normalização" de gênero e sexual: uma análise histórico-crítica sobre categorias "travesti" e "transexual". **Revista Conhecimento Online**, Novo Hamburgo, v. 2, 2023. Disponível em: <https://periodicos.feevale.br/seer/index.php/revistaconhecimentoonline/article/view/3290/3188>. Acesso em: 21 jan. 2024.

RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. **Revista CEJ**, [s. l.], v. 9, n. 29, 2005. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/663/843>. Acesso em: 20 dez. 2023.

RAMOS, André de Carvalho. Universal, tolerante e inclusivo: uma nova racionalidade para o Direito Internacional Privado na era dos direitos humanos. **Revista Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito/UFRGS**, [s. l.], v. 15, n. 2, 2020. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/104920>. Acesso em: 16 dez. 2023.

RANGEL, Luana Vasconcelos; SILVA, Marusa Bocafoli da. LGBTFobia em foco: a atuação do sistema interamericano de direitos humanos. **Revista Direito & Sexualidade**, Salvador, v. 3, n. 1, 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/revdirsex/article/view/47055/27025>. Acesso em: 28 jan. 2024.

REZENDE, Juliana Dib. **Relativismo cultural e direitos humanos: a República Islâmica do Irã perante o sistema de direitos humanos na Organização das Nações Unidas**. Orientador: Silvia Menicucci de Oliveira Selmi Apolinário. 2009. 89 f. Dissertação (Bacharel em Relações Internacionais) - Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, Brasília, 2009. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/3392/3/20626410.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2024.

RIBEIRO, Raisia Duarte da Silva; BARBOSA, Renata da Silva Athayde; COSTA, Rodrigo de Souza. A tutela da pornografia pela Corte Europeia de Direitos Humanos: uma análise do aspecto da proteção da mulher em situação de violência de gênero. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [s. l.], v. 20, n. 1, 2019. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1035>. Acesso em: 9 mar. 2024.

RODRÍGUEZ-VÁZQUEZ, Miguel Ángel; ÁVILA-HERNÁNDEZ, Flor Maria; SANTOS, ISIDRO DE LOS. Reflexões sobre nacionalidade, apatridia e direitos das crianças: análise comparativa entre Colômbia e República Dominicana. **Novum Jus**, Bogotá, v. 14, n. 2, 2020. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2500-86922020000200197&lang=pt. Acesso em: 4 jun. 2024.

ROSA, Varlei Machado da. Quando “ter filho gay é falta de porrada”: discursos de ódio contra a comunidade LGBTQIA+ no contexto brasileiro. In: Anais do Congresso Latino-Americano de gênero e Religião: Liberdade, Identidade, Criticidade, s.n, 2023, São Leopoldo. **Anais eletrônicos**. São Leopoldo: Faculdade EST, 2023. Disponível em: <http://revistas.est.edu.br/index.php/anais/article/view/2799/2377>. Acesso em: 29 jan. 2024.

ROSAS, Paula. **Os países que punem a homossexualidade com pena de morte**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-64252532>. Acesso em: 21 jan. 2024.

ROSZAK, Piotr; HORVAT, Sasa. Liberdade religiosa, cibersegurança e estabilidade da sociedade: problemas e perspectivas numa perspectiva europeia. **Religions**, [s. l.], v. 13, ed. 6, 2022. DOI <https://doi.org/10.3390/re113060551>. Disponível em: <https://www.mdpi.com/2077-1444/13/6/551>. Acesso em: 21 mar. 2024.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1712-1778. **O contrato social/ J. J. Rousseau**; [apresentação de João Carlos Brum Torres; tradução Paulo Neves]. – Porto Alegre, RS: L&PM, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Arqueologia e história do princípio da proporcionalidade. **Espaço Jurídico Journal of Law**, [s. l.], v. 23, n. 2, 2022. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/29621/18340>. Acesso em: 9 nov. 2024.

SANCHEZ, Guilherme Fontana. Margem de apreciação na proteção do exercício do direito à migração. **Toledo**, [s. l.], v. 14, n. 14, 2018. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7351/67647661>. Acesso em: 16 fev. 2024.

SANTANA, Fabian Setejo; AMORIM, Kasslo. A união poliafetiva sob o olhar do direito brasileiro. **Revista Missioneira**, [s. l.], v. 25, n. 2, 2023. Disponível em: <https://san.uri.br/revistas/index.php/missioneira/article/view/1530/699>. Acesso em: 26 jan. 2024.

SANTANA, Sthefany Silva de; MUNIZ, João Pedro leite Dias; MEIRA, Matheus Lima; TREGA, Paloma Ferreira. Das perspectivas fundamentais da união homoafetiva no Brasil e seus reflexos jurídicos e sociais. **Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro**, [s. l.], v. 5, 2023. Disponível em: <https://revista.unipacto.com.br/index.php/multidisciplinar/article/view/1302/1265>. Acesso em: 26 jan. 2024.

SANTOS, Sandro Augusto dos. **Audiência de custódia no processo penal fraterno/ Sandro Augusto dos Santos**. - São Paulo: Editora Dialética, 2023.

SANTOS, José Luiz Quadros dos; PEREIRA, Lucas Alberto; LIMA, Ludima Lopes. Direitos homoafetivos: evolução no âmbito jurídico brasileiro. **Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro**, [s. l.], v. 13, 2023. Disponível em: <https://revista.unipacto.com.br/index.php/multidisciplinar/article/view/1925/1759>. Acesso em: 26 jan. 2024.

SANTOS, Everton Junior dos; SILVA, Glafir José Albino da. **Práticas para inclusão de pessoas LGBTQIA+ nas empresas: uma revisão narrativa**. Orientador: Rebeca Barcellos. 2023. 62 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Administração) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2023. Disponível em:

https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/252776/Praticas_para_inclusao_de_pessoas_LGBTQIA%252B_nas_empresas_uma_revisao_narrativa._assinado.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 29 jan. 2024.

SANTOS, Sérgio Coutinho dos. **História das ideias políticas de Pontes de Miranda**/ Sérgio Coutinho dos Santos. - Maceió: Editora CESMAC, 2019.

SARAIVA, Bianca Cartágenes. **A margem de apreciação dos Estados no direito internacional dos direitos humanos e a proteção mínima**. Orientador: Ana Soares Pinto. 2021. 181 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Mestre em Direito e Ciência Jurídica, na especialidade Ciências Jurídico-Internacionais) - Universidade de Lisboa, Lisboa, 2021. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/52770/1/ulfd0150393_tese.pdf. Acesso em: 16 fev. 2024.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do *hate speech***'. Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosupload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

SARMENTO, George. **As gerações dos direitos humanos e os desafios da efetividade**. Disponível em: https://www.academia.edu/35757532/Gera%C3%A7%C3%B5es_dos_direitos_humanos_e_os_desafios_de_sua_efetividade_pdf. Acesso em: 10 dez. 2023.

SCHAFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES, Jesus Tupã Silveira. A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 2, p. 324-337, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/5351>. Acesso em: 17 fev. 2024.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**/ Carl Schmitt: tradução de Elisete Antoniuk; coordenação e supervisão Luiz Moreira. – Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4097470/mod_resource/content/1/teologia%20pol%C3%ADtica%20carl%20schmitt.pdf. Acesso em: 6 jan. 2024.

SEGADO, Francisco Fernandez. La libertad de expresion em la doctrina del Tribunal Europeo de Decechos Humanos. **Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)**, [S.l.:s.v], n.70, 1990.

SIENA, David Pimentel de; MESQUITA, Jonathan da Silva. A violência contra a população LGBTQIA+ no prisma dos direitos humanos e breve análise acerca da evolução do direito brasileiro em matéria de diversidade. **Revista Direito, Negócios & Sociedade**, [s. l.], n. 5, 2023. Disponível em: <https://portalderevistas.esags.edu.br/index.php/DNS/article/view/129/139>. Acesso em: 29 jan. 2024.

SIÈYÈS, Emmanuel Joseph. **O que é o Terceiro Estado?**. [S. l.: s. n.], s.d.. 51 p. Disponível em: <https://www.olibat.com.br/documentos/O%20QUE%20E%20O%20TERCEIRO%20ESTADO%20Sieyes.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2023.

SILVA NETA, Elenita Araújo e. A teoria da margem de apreciação nacional e sua (in)compatibilidade com o novo constitucionalismo latino-americano à luz das Opiniões

Consultivas nº. 04/1984 e 24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista da ESMAL**, Maceió, n. 8, 2023. Disponível em: <https://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/263>. Acesso em: 22 fev. 2024.

SILVA NETA, Elenita Araújo e; CATÃO, Adrualdo de Lima. A teoria da margem de apreciação nacional e a busca pela proteção dos direitos das pessoas LGBTQIA+: uma análise comparativa da jurisprudência do Tribunal Europeu e da Corte Interamericana dos Direitos Humanos. **Revista Diké (UESC)**, [s. l.], v. 22, n. 24, p. 252-287, 2023a. Disponível em: <https://periodicos.uesc.br/index.php/dike/article/view/3925/2517>. Acesso em: 18 jan. 2024.

SILVA NETA, Elenita Araújo e; CATÃO, Adrualdo de Lima. A (in)aplicabilidade da teoria da margem de apreciação nacional para a defesa dos direitos humanos das pessoas transexuais à luz da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. **Revista de Direitos Humanos em Perspectiva**, [s. l.], v. 9, n. 1, 2023b. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/view/9761/pdf>. Acesso em: 21 jan. 2024.

SILVA NETA, Elenita Araújo e; CATÃO, Adrualdo de Lima; ROSA, Leonardo Falcão de Almeida. A problemática do uso da teoria da margem de apreciação nacional no caso “Sunday Times vs Reino Unido”: é possível limitar o direito à liberdade de expressão em prol da imparcialidade do magistrado no processo? In: VI Encontro de Pesquisas Judiciárias da Escola Superior da Magistratura do estado de Alagoas (ENPEJUD) – os limites da liberdade de expressão, *s.n.*, 2022, Maceió. **Anais eletrônicos**. Maceió: ESMAL, 2023. Disponível em: <https://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/565>. Acesso em: 21 dez. 2023.

SILVA NETA, Elenita Araújo; CATÃO, Adrualdo de Lima. A importância do pragmatismo jurídico na efetividade da jurisdição. **Revista da ESMAL**, Maceió, n. 4, 2019. Disponível em: <https://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/138>. Acesso em: 7 jan. 2024.

SILVA, Josinaldo Monteiro da; AGUIAR, Ewerton Marinho de; MIRANDA, Joseval dos reis. Meu corpo, minhas regras: luta do movimento LGBTQIA+ em busca da garantia dos direitos sexuais mediante a educação em direitos humanos. **Revista Educação por Escrito**, Porto Alegre, v. 13, n. 1, 2022. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/poescrito/article/view/41258/27407>. Acesso em: 28 jan. 2024.

SILVA, Júlia Lenzi; ORMELESI, Vinicius Fernandes. A resistência do STF ao exercício do controle de convencionalidade. **Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/15344>. Acesso em: 8 jun. 2024.

SILVA, Roberta Morais da. O direito à educação de acordo com as constituições brasileiras. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, [s.l.], v.9, n.3, 2023. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/8960>. Acesso em: 31 jan. 2024.

SILVA, Denise Elidia da. Análise da relação do direito internacional e direito interno brasileiro. **Revista Científica Conexão na Amazônia**, [s. l.], v. 3, n. 2, 2022. Disponível em: <https://periodicos.ifac.edu.br/index.php/revistarca/article/view/122/115>. Acesso em: 22 fev. 2024.

SOARES, Marcelo Negri; LIGERO, Gilberto Notário; CENTURIÃO, Luís Fernando. Relativismo cultural e o direito da personalidade ao nome: uma análise acerca das mulheres afegãs sem nome. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [s. l.], v. 10, n. 3, 2022. Disponível em: <https://portal.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/1188>. Acesso em: 26 fev. 2024.

SOUZA, Natan Oliveira de; CASTILHOS, Daniela Serra. A atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia em defesa dos Direitos Humanos. **Revista Jurídica Portucalense**, Porto, n. 31, 2022. Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/27320>. Acesso em: 7 abr. 2023.

STRAND, Cecilia; SVENSSON, Jakob. *Foreign norm entrepreneurs' misinformation and disinformation narratives on LGBT+ rights in Europe*. **Naklada Medijska istraživanja**, [s. l.], v. 28, 2022. Disponível em: <https://hrcak.srce.hr/file/417838>. Acesso em: 12 jun. 2024.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto; TAQUARY, Catharina Orbage de Britto. A margem de interpretação dos tratados. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Salvador, v. 4, n. 1, 2018. DOI <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0219/2018.v4i1.4215>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitointernacional/article/view/4215>. Acesso em: 23 dez. 2023.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; VILLA, Aline Dias. Direito ao esquecimento na internet e os direitos da personalidade. **Revista Foco: Interdisciplinary Studies**, Curitiba, v. 16, n. 7, 2023. Disponível em: <https://ojs.focopublicacoes.com.br/foco/article/view/2494/1639>. Acesso em: 26 jan. 2024.

TERRA. **Como a Alemanha lida com o analfabetismo funcional**. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/como-a-alemanha-lida-com-o-analfabetismo-funcional,540a02556c8d07d73f16cfc699633e77hr2424sd.html>. Acesso em: 5 fev. 2024.

THENUA, Birpal Singh. *Human rights and human rights education*. **International Journal of Health Sciences**, [s. l.], v. 6, n. 4, 2022. DOI <https://doi.org/10.53730/ijhs.v6nS4.9267>. Disponível em: <https://sciencescholar.us/journal/index.php/ijhs/article/view/9267>. Acesso em: 14 jun. 2024.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). **Convenção Europeia de Direitos do Homem, 1950**. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por. Acesso em: 17 dez. 2023.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). **Caso of Konrad vs Germany (Application nº. 35504/03)**, 2006. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-76925%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-76925%22]}). Acesso: 5 fev. 2024.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). **Case of Christine Goodwin vs The United Kingdom (Application nº. 28957/95)**, 2002. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60596&num%3B%7B%22itemid%22%3A%5B%25#:~:text=The%20applicant%20claims%20that%20between,law%20to%20be%20a%20man>. Acesso em: 21 jan. 2024.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). **Case of Cossey vs The United Kingdom (Application nº. 10843/84)**, 1990. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22%22CASE%20OF%20COSSEY%2](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22%22CASE%20OF%20COSSEY%2)

0v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM\%22%22],%22itemid%22:[%22001-57641%22]}. Acesso em: 21 jan. 2024.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). **Case of the Sunday Times vs The United Kingdom (Application n.º. 6538/74)**, 1979. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:\[%22001-57584%22%22%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:[%22001-57584%22%22%7D)}. Acesso em: 24 ago. 2023.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). **Case of Handyside vs The United Kingdom (Application N.º. 5493/72)**, 1976b. Disponível em: <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2015/07/CASE-OFHANDYSIDE-v.-THE-UNITED-KINGDOM.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2023.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). **Case Engel and Other vs The Netherlands (Application N.º. 5370/72)**, 1976a. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:\[%22001-57479%22%22%7D](https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:[%22001-57479%22%22%7D)}. Acesso em: 24 ago. 2023.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). **Protocolo de n.º. 15 que altera a Convenção para a proteção dos direitos humanos e das liberdades individuais**, 2021. Disponível em: <https://files.diariodarepublica.pt/1s/2016/11/22700/0419604198.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2024.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos**. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22015-22016-1-PB.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2023.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado Trindade. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2ª Ed. r. e atual. vol III. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

TOLEDO, Marcos de Oliveira Gonçalves. As concepções de educação diante da Constituição Federal do Brasil de 1988. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação-REASE**, São Paulo, v. 9, n. 6, 2023. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/8423/4190>. Acesso em: 6 fev. 2024.

TOURKOCHORITI, Ionna. *Speech, privacy and dignity in France and in the U.S.A: a comparative analysis*. **Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review**, [s. l.], v. 38, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2850087. Acesso em: 11 jun. 2024.

VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. A prisão dos militares (criminal e disciplinar) diante da Constituição Federal. . *In*: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Militar. **Coletânea de estudos de direito militar: doutrina e jurisprudência/** Coordenação Geral Orlando Eduardo Geraldi; coordenação editorial Ronaldo João Roth; revisão Ronaldo João Roth [e] Sylvia Helena Ono - São Paulo: Tribunal de Justiça Militar, 2012. cap. Direito Constitucional Militar, p. 23-34. Disponível em: <https://amajme-sc.com.br/artigos/Colet-de-Est-Dir-Militar-Doutrina-e-Jurisprudencia.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2023.

VARGAS, Paula. **O novo escândalo da talidomida**. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/coluna/com-a-palavra/o-novo-escandalo-da-talidomida>. Acesso em: 11 mar. 2024.

VASQUES, Darling Lopes; RIBEIRO, Davidson Carvalho. A busca da efetivação do direito ao nome e à identidade dos transexuais. **Revista Jurídica do MPAC**, [s. l.], v. 1, n. 2, 2021. Disponível em: <https://ojs.mpac.mp.br/index.php/revista/article/view/30/18>. Acesso em: 28 jan. 2024.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. **O STJ e a união homoafetiva**: da “sociedade de fato” à família conjugal. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/6080/608064053004/>. Acesso em: 19 dez. 2023.

VEIGA, Paula. **Digitalização e estado constitucional**. Disponível em: <https://apps.uc.pt/mypage/files/pveiga/2283>. Acesso em: 9 mar. 2024.

VERAS, Robson Pedro; ZEBRAL, Leonardo Cancela; TRINDADE, Lucas Breno Fonseca da. Homofobia: os desafios do Poder Judiciário brasileiro na promoção de medidas inclusivas para o grupo LGBTQ+. **Revista Zebrai**, [s.l.], v.1, n.1, 2022. Disponível em: <http://revistas.icesp.br/index.php/Real/article/view/3981>. Acesso em: 19 dez. 2023.

VIAL, Davi Almeida; JACOB, Alexandre. A criminalização da homotransfobia e seus impactos na segurança da comunidade LGBTQIAPN+. **Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro**, [s. l.], v. 12, 2023. Disponível em: <https://revista.unipacto.com.br/index.php/multidisciplinar/article/view/1804/1642>. Acesso em: 28 jan. 2024.

WEISSHEIMER, Felipe Salvador. História e censura: a publicação do kama-sutras e a lei inglesa que regulamentava as publicações obscenas de 1857. **Revista Gênero & Direito**, Paraíba, n. 2, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/view/20365/11818>. Acesso em: 21 dez. 2023.

ZAFEIROPOULOS, Dimitrios. *Global military justice: where does the road lead us?*. **Revista do Ministério Público Militar**, Brasília, ed. 39, 2023. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/rmpm/article/view/291/282>. Acesso em: 24 mar. 2024.