

População LGBTI+ e a proibição da proteção insuficiente. Leituras a partir do sistema europeu de direitos humanos

Marcos Alexandre Coelho Zilli¹

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

“Quanto menor é o coração, mais ódio carrega”
Victor Hugo

Sumário: Introdução. 1. A construção de um referencial ético universal de direitos humanos e os mecanismos de controle e de fiscalização. 2. A tutela da dignidade: da proibição do excesso e da proibição da proteção deficiente. 3. Direitos LGBTI+ e a proibição da proteção deficiente na perspectiva do sistema europeu de direitos humanos. 3.1 Breve introdução sobre os principais direitos e obrigações envolvidos. 3.2 Direitos LGBTI+. Casos recentemente julgados. Conclusões.

Resumo: trata-se de artigo que examina a jurisprudência mais recente da Corte Europeia de Direitos Humanos relativamente aos direitos da população LGBTI+. A análise é realizada sob as lentes da proibição da proteção insuficiente, princípio exegético do direito internacional dos direitos humanos. O exame dos casos destacados revela o descumprimento de direitos humanos elementares, tais como a liberdade de reunião e de expressão, a integridade física e a proibição da tortura. Reconheceu-se, ainda, a insuficiência das medidas persecutórias adotadas na apuração dos casos. O grau de negligência verificado escancara a motivação discriminatória, o que além de propiciar uma indesejável revitimização, inviabiliza a própria missão do direito internacional dos direitos humanos.

Palavras-chave: sistema europeu de direitos humanos; Corte Europeia de Direitos Humanos; direitos LGBTI+; proibição da proteção insuficiente.

Abstract: this article examines the most recent case law of the European Court of Human Rights regarding the rights of the LGBTI+ population. The analysis is conducted through the lens of the prohibition against insufficient protection – an interpretive principle of international human rights law. An examination of the highlighted cases reveals a failure to uphold fundamental human rights, such as freedom of assembly and expression, physical integrity, and the prohibition of torture. Furthermore, the investigative measures

¹ Professor doutor de Direito Processual Penal nos cursos de graduação e de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor de Processo Penal do Centro Universitário Armando Álvares Penteado e membro da Unidade de Monitoramento e Fiscalização das Decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos do Tribunal de Justiça de São Paulo (UMF/TJSP). Mestre e doutor em Direito Processual pela mesma universidade. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Coordenador da área de Execução Penal da Escola Paulista da Magistratura (EPM).

taken in these cases were found to be inadequate. The level of negligence identified lays bare the underlying discriminatory motivation; this not only leads to undesirable revictimization, but also undermines the very mission of international human rights law.

Key words: european human rights system; European Court of Human Rights; LGBTI+ rights; prohibition of insufficient protection.

Introdução

A formação dos sistemas regionais de direitos humanos constituiu importante passo no processo civilizatório. Tanto o sistema interamericano quanto o europeu, cada qual com suas características, têm contribuído de forma decisiva para a harmonização das ordens nacionais à luz dos valores superiores da dignidade humana. Há, sem dúvida, diferenças importantes. Enquanto o sistema interamericano opera em direção à consolidação dos valores democráticos e de uma cultura de direitos humanos em um continente marcado por longos períodos de regimes de exceção, o sistema europeu opera em uma lógica cultural multifacetada e, nesse sentido, busca construir uma unidade. A teoria da margem da apreciação é um bom exemplo da delicada missão que repousa sobre a Corte Europeia.

De qualquer modo, ambos sistemas têm como foco de preocupação as vítimas, com destaque para os grupos mais vulneráveis. A maior vulnerabilidade na fruição e no respeito dos direitos humanos envolve múltiplos aspectos que perpassam por fatores históricos, culturais, sociais e políticos. São dentre outras as questões de gênero, raça, etnia, idade e orientação sexual. Nessa perspectiva, a efetividade dos direitos humanos demanda ações positivas da parte dos Estados nacionais, vedando-se, assim, a insuficiência protetiva. É o que se convencionou denominar de proibição da proteção insuficiente, princípio hermenêutico a guiar a aplicação dos documentos internacionais de direitos humanos.

Busca-se com o presente trabalho um exame focado no sistema europeu de direitos humanos. Nessa trajetória, optou-se pelo resgate da importância dos sistemas regionais na sedimentação de uma cultura ampla e não discriminatória dos direitos humanos. A partir de então, são definidos os nortes principiológicos da proibição do excesso e da proibição da proteção insuficiente. No caso dos grupos vulneráveis, a atuação positiva dos Estados envolve não só o aprimoramento do marco normativo com a previsão de infrações penais que envolvam ações violentas movidas pelo ódio, como também o aprimoramento dos instrumentos persecutórios, viabilizando a apuração dos fatos e a identificação dos responsáveis. Tomando-se tais premissas dogmáticas, examinam-se, na sequência, alguns casos julgados pela Corte Europeia que tocaram os direitos da comunidade LGBTI+. A multiplicidade dos casos, atribuível à longa trajetória daquela Corte, impôs um recorte metodológico que foi inspirado pelo marco temporal mais recente. A análise dos casos, oriundos sobretudo dos países do leste europeu, descortina um cenário preocupante, escancarando a imperatividade de uma contínua e permanente fiscalização dos direitos humanos, mormente em favor de grupo que secularmente sempre foi alvo de perseguições e humilhações.

1. A construção de um referencial ético universal de direitos humanos e os mecanismos de controle e de fiscalização

Não há linearidade histórica na construção dos direitos humanos. Avanços e rupturas marcam a sua trajetória. A submersão humana provocada pela escalada mundial das guerras na primeira metade do século passado sedimentou consensos e catalisou energias em torno da imperatividade do resgate da tutela jurídica da dignidade.² Consagrou-se, assim, a percepção de que a proteção da dignidade humana não poderia ficar jungida às esferas domésticas.³ A disseminação do mal escancarou a fragilidade do projeto da modernidade fundado na exclusividade da proteção estatal,⁴ contribuindo, assim, para o movimento da internacionalização dos direitos humanos.

A abertura do portal do templo dos direitos humanos deu-se com a proclamação da Declaração Universal em dezembro de 1948. O documento é a experiência mais bem acabada do processo de conscientização que emerge do submundo dos horrores desvelados pelos conflitos mundiais. A energia impulsionadora irradiou-se pelas décadas que se seguiram, levando ao contínuo processo de positivação internacional, bem como à construção de sistemas de efetivação dos direitos humanos, expressados em instituições e mecanismos de controle e de fiscalização.⁵

De fato, a consagração dos direitos internacionais dos direitos humanos se fez acompanhar do aprimoramento das ferramentas de monitoramento e de fiscalização das obrigações assumidas pelos estados nacionais. Nesse ponto, a instituição de Cortes regionais de direitos humanos representa um gigantesco salto em direção à efetividade dos respectivos documentos internacionais. É que o descumprimento das obrigações em matéria de direitos humanos abre a perspectiva de responsabilização internacional dos Estados que, embora comprometidos com aquela agenda, por ação ou omissão a desrespeitaram. Ou seja, é pelas Cortes regionais de direitos humanos que os documentos internacionais experimentam a sua maior efetividade. A demanda internacional, a proclamação do julgamento e a responsabilização do Estado pela violação das obrigações revelam o sentido hermenêutico que deve ser conferido às normas internacionais de direitos humanos. As decisões servem, portanto, de guia orientativo. Direcionam políticas públicas. Conferem indicativos para a atividade legislativa. Alimentam, enfim, os juízes, com substrato que viabiliza o exercício da missão contemporânea que sobre eles repousa.

O papel das Cortes regionais de direitos humanos é harmonizador. O julgamento internacional revela as dissonâncias da ordem interna frente ao padrão internacional,

2 Conforme observa Lafer: “O tudo é possível levou pessoas a serem tratadas, *de jure e de facto*, como supérfluas e descartáveis. Este fato contrariou frontalmente os valores consagrados da Justiça e do Direito – valores voltados a evitar a punição desproporcional; a distribuição não equitativa de bens e situações e o descumprimento das promessas e compromissos (*pacta sunt servanda*). Disso resultou o esfacelamento dos padrões e das categorias que, com base na ideia de um direito natural, constituíam o conjunto da tradição ocidental a qual havia historicamente feito da pessoa humana um valor fonte da experiência ético-jurídica. Disso adveio, também, consequentemente, o hiato entre o passado e o futuro”. (LAFER, Celso. *Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder*. 2. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 110).

3 ZILLI, Marcos. O último tango? In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada. *Memória e verdade: A Justiça de Transição no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 96-97 e PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 182-183.

4 ZILLI, Marcos. Bem-aventurados os sedentos de Justiça... In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 592.

5 ZILLI, Marcos. O último tango? In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada. *Memória e verdade: A Justiça de Transição no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, p. 93-117, 2009, p. 96-97 e PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 182-183.

indicando os caminhos de adequação e de harmonização. A harmonização é missão e, também, é resultado. Como missão, expressa a proeminência de um universalismo ético que se traduz na edificação de patamares comuns do irredutível humano. Decorre dos consensos que se traduzem em documentos internacionais proclamatórios do núcleo mínimo da dignidade humana. Como resultado, a harmonização é a própria adequação das ordens internas à luz dos paradigmas internacionais de direitos humanos.⁶

A atuação das Cortes regionais, é bom que se diga, é subsidiária, porquanto dependente da insatisfação dos direitos humanos no plano doméstico e da provocação da jurisdição internacional. Nessa perspectiva, repousa sobre as autoridades nacionais o dever primário de harmonização. O descumprimento dos padrões internacionais em escala nacional é que alimenta o exercício da jurisdição internacional. A decisão internacional reafirma padrões já consagrados ou dita novos. Os novos padrões realimentam o sistema e, portanto, estimulam novos processos de harmonização pelas autoridades nacionais em uma espécie de círculo virtuoso da dignidade humana. Há, portanto, um novo padrão de cultura jurídica que nem sempre é facilmente assimilado. As resistências são normais, até mesmo porque a maioria dos operadores foi formatada em contexto de afirmação do monopólio estatal da produção normativa e decisória. A experiência brasileira, aliás, é bastante ilustrativa do crescente movimento dialógico com a ordem internacional, a despeito de um momento inicial de relativa resistência.

Há, é certo, diferenças entre os modelos europeu e interamericano na forma em que as decisões são cumpridas. No caso europeu, o julgamento final é transmitido ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa, órgão responsável pelo cumprimento da decisão (art. 46 da Convenção Europeia). O sistema interamericano, por sua vez, não dispõe de um mecanismo semelhante, incumbindo à própria Corte aquela fiscalização. De qualquer modo, a teoria do controle de convencionalidade, cunhada pela jurisprudência da Corte Interamericana no paradigmático caso *Almonacid v. Chile*,⁷ constitui uma importante ferramenta que eleva todos os juízes nacionais à condição de juízes interamericanos, outorgando-lhes poder para o exercício de um controle difuso de convencionalidade e, portanto, para a harmonização da ordem interna frente à ordem internacional.⁸ No exercício desse controle, a jurisprudência da Corte Interamericana tem

6 Nesse sentido: “Ao transporem os muros dos espaços domésticos, estes direitos recebem o selo da universalidade, integrando, dessa forma, o patrimônio da dignidade humana. O descumprimento abre a porta para a responsabilização internacional do Estado, acompanhada da obrigação de indenização das vítimas, bem como das obrigações de readequação dos marcos legais deficientes e de reorientação das políticas públicas, sob os auspícios dos direitos humanos. Há, portanto, um efeito harmonizador dos sistemas jurídicos penais nacionais, o qual é guiado pelos espaços de resguardo da liberdade indivíduo/Estado”. ZILLI, Da modernidade à contemporaneidade punitiva. As novas fronteiras do direito penal e processual penal: Limites e tensões. In: ZILLI, Marcos, BALDANI, Thiago. As novas fronteiras do Direito Penal: escritos em homenagem a Sylvia Steiner. Belo Horizonte e São Paulo: D’Plácido, p. 47-82, 2022, p. 57-58.

7 Convencion, no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. (par. 123-125). Assim, o controle de convencionalidade supõe a contínua observância, pelas autoridades nacionais, da Convenção Americana de Direitos Humanos e, sobretudo, da jurisprudência que provém da Corte Interamericana, o órgão legitimado a interpretar os seus dispositivos. Sobre o tema, ver: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. Estudios Constitucionales, ano 9, n. 2, 2011, p. 531-622; RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, ano V, n. 28, jul./dec., 2011, p. 123-159; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Controle de convencionalidade. Um panorama latino-americano. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 3-56.

8 Nesse sentido, observa Mazzuoli: “... entende-se que o controle de convencionalidade (ou o de suprallegalidade) deve ser exercido pelos órgãos de justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionalmente assumidos pelo Estado, que criam para estes deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano de seu direito interno”. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 132).]

efeito vinculante a todos os Estados membros, ainda que não tenham sido parte na demanda internacional. Não há, é certo, uma disposição correspondente no modelo europeu. Contudo, razões histórico-culturais explicam uma certa predisposição dos Estados europeus em incorporar as decisões da Corte, estruturando, dessa forma, um sistema regional coeso e uniforme em matéria de direitos humanos.⁹

2. A tutela da dignidade: da proibição do excesso e da proibição da proteção deficiente

Na proteção da dignidade humana há um campo reservado para a consagração dos espaços de liberdade e de contenção dos excessos punitivos. A concepção bebe na fonte do liberalismo clássico e no reconhecimento de esferas intangíveis de liberdade e de individualidade. Aqui repousam direitos subjetivos negativos do particular frente ao Estado.¹⁰ Qualquer intervenção há de guiar-se pelos critérios da proporcionalidade e razoabilidade.¹¹ Privacidade, intimidade, honra, imagem e identidade são apenas alguns dos importantes espectros compositivos da individualidade. Não há, é certo, impedimento para a intervenção nos espaços reservados de liberdade. O que se proscreve é a invasão desproporcional, alimentada pelo autoritarismo ou pelo arbítrio.

De qualquer modo, é no exercício do poder punitivo que a proibição do excesso encontra a sua manifestação mais eloquente. O postulado da *ultima ratio* do Direito Penal, a afirmação da legalidade penal como condição legitimadora do exercício do poder punitivo,¹² o impedimento da aplicação retroativa de novos dispositivos em matéria penal¹³ e a proscrição da pena de morte¹⁴ são apenas alguns exemplos que bebem na fonte do direito penal liberal de matriz moderna. A eles se agrega uma concepção garantista do processo penal fundada na proteção daquele que é alvo da perseguição. A cláusula do devido processo, com o seu amplo feixe de garantias, é elemento assecuratório da

9 Nesse sentido, destaca Jayme Bemvenuto: “A preocupação do sistema europeu é claramente voltada para uma compatibilização de decisões em relação às tradições jurídicas dos países do sistema, na perspectiva de uma progressiva criação de uma tradição europeia de proteção dos direitos humanos. A propósito da chamada margem de apreciação (*‘margin of appreciation’*) no método adotado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, é significativa a compatibilização que o método promove em relação a países com status político, jurídico, social e cultural semelhante, com o que estaria indo além do denominado consenso europeu, mas no sentido de alcançar avanços progressivos, inicialmente, sub-regionais, e posteriormente, regionais (Perspectiva comparada da proteção dos direitos humanos pelos Sistemas Europeu e Interamericano via o princípio da indivisibilidade. Revista CEJIL, ano 1, n. 2, set. 2006, p. 31-50)

10 Como leciona Ingo Sarlet: “...verifica-se que na sua atuação como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que a dignidade constitui o fundamento e conteúdo de direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a ameaças e riscos no sentido de posições subjetivas que têm por objeto a não intervenção por parte do Estado e de terceiros no âmbito da proteção da dignidade”. (Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 11. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2024, p. 83-84).

11 FELDENS, Luciano. Deveres de proteção na perspectiva dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. Direitos Fundamentais e Justiça, n. 1, out./dez. 2007, p. 220.

12 Segundo a Corte Interamericana, o princípio da legalidade, previsto no art. 9º da Convenção Americana, engloba o princípio da taxatividade, impondo-se, por consequência, que as formulações dos tipos penais devam ser construídas de forma expressa, precisa, taxativa e prévia. Nesse sentido: CortelDH, Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, (20 de novembro de 2009), par. 55 e Caso Castillo Pteruzzi y otros vs. Perú, (30 de maio de 1999), par. 121.

13 Sobre os limites da irretroatividade penal, a Corte Interamericana afirmou que o princípio está restrito às normas penais materiais. Contudo, reconheceu que algumas normas de caráter processual podem carregar efeitos penais que, dessa forma deverão ser considerados quando dos conflitos temporais de leis. Nesse sentido; CortelDH, Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, (30 de janeiro de 2014), sentença, par. 53.

14 A pena de morte não foi totalmente abolida pelo sistema interamericano de direitos humanos que, na verdade, optou por restringir a sua implementação, resguardando-se, dessa forma, a previsão para os Estados que ainda não tivessem a abolido de seus respectivos sistemas. (art. 4.3 da Convenção).

liberdade.¹⁵ Aliás, por essa concepção, o próprio processo é instrumento de contenção dos excessos. É que a concretização do poder punitivo exige a observância do devido processo, em ambiente regado pelo contraditório e ampla defesa, sob a condução do juiz natural, independente e imparcial. A assunção das garantias do justo processo ao patamar internacional confere-lhes o selo da universalidade, integrando, dessa forma, o patrimônio da dignidade humana, de modo que o descumprimento abre a porta para a responsabilização internacional do Estado.

Mas ao lado da proibição do excesso convive a proibição da proteção deficiente.¹⁶ Tomando-se o recorte do sistema de justiça penal, a perspectiva não repousa sobre aquele que é o alvo da perseguição, mas sim sobre aquele que se mostra mais exposto às violações dos direitos humanos, protagonizadas tanto por agentes públicos quanto por entes privados. Vida, integridade física e psicológica, identidade, imagem e honra são apenas alguns dos aspectos que orbitam em torno do dever de proteção. Diferentemente da proibição do excesso, que demanda do Estado uma omissão ou uma ação controlada, na proibição da proteção deficiente a expectativa é da proatividade estatal.¹⁷ Constituem imperativos de tutela que se manifestam de forma preventiva ou reativa.¹⁸ Os mandados de criminalização são bons exemplos do primeiro grupo,¹⁹ enquanto a previsão de estruturas e mecanismos persecutórios eficientes integra o segundo.

A proibição da proteção deficiente ilumina o processo penal com uma perspectiva significativamente diferente daquela calcada exclusivamente no garantismo clássico. Compreender a perseguição penal como uma importante etapa de consagração dos direitos humanos, a qualifica como instrumento de proteção dos direitos violentados e, portanto, das vítimas. Não há aqui uma exigência de resultado, mas sim de meio. A perseguição penal deve ser estabelecida e conduzida de modo a possibilitar a efetiva

15 Conforme clássica lição de Ferrajoli: “el modelo garantista (...) presenta las diez condiciones, límites o prohibiciones que hemos identificado como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal: según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la Comisión de un delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción crimionosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante um juez imparcial em un processo público y contradictório con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos”. (Derecho y razón; teoría del garantismo penal. 4. ed., Madrid: Trotta 2000, p. 103-104).

16 Como esclarece Feldens: “Como decorrência lógica da função de imperativo de tutela que colore os direitos fundamentais avulta a necessidade de que uma tal proteção há de se realizar de modo a satisfazer exigências mínimas de tutela. (...) Entra em questão, aqui, a proibição de proteção deficiente (Untermassverbot), categoria que encerra uma aptidão operacional que permite ao intérprete determinar se um ato estatal - eventualmente retratado em uma omissão, total ou parcial - vulnera um direito fundamental”. (Deveres de proteção na perspectiva dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. Direitos Fundamentais e Justiça, n. 1, out./dez. 2007, p. 222.).

17 Douglas Fischer e Frederico Valdez aludem ao modelo do garantismo integral que engloba não só as obrigações de não intervenção desproporcional, mas também as obrigações positivas que representam um agir positivo para a salvaguarda dos direitos fundamentais. (As obrigações processuais penais positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022, p. 30-40).

18 FELDENS, Luciano. Deveres de proteção na perspectiva dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. Direitos Fundamentais e Justiça, n. 1, out./dez. 2007, p. 220.

19 Como anota Feldens: “De fato, em situações determinadas - ou determináveis, a partir de uma específica realidade contextual (social, espacial e temporal) - ausência de adequada proteção normativa coloca em xeque a própria subsistência do direito no âmbito comunitário. Nesse tom, não incorremos em nenhum exagero ao afirmar que a proteção jurídico-penal se afigura como condição eventualmente necessária - ainda que insuficiente - à plena realização do direito fundamental”. (Deveres de proteção na perspectiva dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. Direitos Fundamentais e Justiça, n. 1, out./dez. 2007, p. 223). Em sentido análogo, observa Carlos Coelho de Andrade: “Dessa forma, a par de uma área de criminalização vedada ao legislador por imperativo constitucional e de outra criminalização possível ou permitida, ao livre arbitrio do legislador, democraticamente eleito, que dispõe de legitimidade para escolha da melhor política criminal, haveria um espaço em que, por força da Constituição e do Direito Internacional, a criminalização seria obrigatória, sendo dever do Estado, ainda a promoção de adequada investigação e perseguição.” (Mandados implícitos de criminalização. A tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 54).

apuração dos fatos e a responsabilização dos envolvidos.²⁰ É a métrica da eficiência. De qualquer modo, longe de serem díspares, a proibição do excesso e a proibição da proteção insuficiente se complementam. Não há, nem deve haver relação direta entre o aprimoramento do aparato persecutório e a redução ou aniquilamento dos espaços de reserva daqueles que são alvo da perseguição penal.²¹

A questão é bastante sensível quando os holofotes se projetam sobre os grupos mais vulneráveis. Afinal, a experiência histórica revela que são estes os que são mais expostos às situações de perigo e de violência na fruição de seus direitos mais elementares. Projetam-se no campo das vulnerabilidades aspectos históricos, estruturais, sociais e culturais. São entre outras, as questões raciais, étnicas, etárias, de gênero e de orientação sexual. Nesse ponto, a ampliação dos espectros punitivos busca não só assegurar a tutela dos bens jurídicos individuais daqueles que são mais expostos aos riscos de lesão, como também equipará-los ao patamar de tutela que a todos é reservado indistintamente. A ideia motriz é a de que a motivação dos atos de violência fundada no preconceito, na discriminação e no ódio deve ser alvo de maior rigor punitivo, de modo que não podem ser equiparados à criminalidade comum. A perseguição penal, por sua vez, não fica imune às novas leituras. De fato, as peculiaridades dos grupos vulneráveis demanda dos agentes de estado maior sensibilidade na investigação das razões subjacentes aos atos de violência, sob pena de insatisfação da própria proteção estatal.

3. Direitos LGBTI+ e a proibição da proteção deficiente na perspectiva do sistema europeu de direitos humanos

3.1 Breve introdução sobre os principais direitos e obrigações envolvidos

Um recorte temporal recente dos casos levados à Corte Europeia e que têm por foco os direitos da população LGBTI+ revela uma recorrente inobservância do dever de respeito e cumprimento dos direitos estabelecidos na respectiva Convenção (art. 1º), associado, em conjunto ou separadamente, com a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante (art. 3º), com o direito à liberdade e à segurança (art. 5º), com a liberdade de reunião (art. 11º) e com a proibição de discriminação (art. 14º).

A adesão do Estado ao sistema europeu de direitos humanos implica não apenas

20 Nesse sentido destacam Douglas Fischer e Frederico Valdez Pereira: “É importante deixar claro que a tutela das vítimas que se extrai da jurisprudência de direitos humanos, e que aqui se faz referência, não abrange apenas a necessária consideração da pessoa ofendida pelo delito em relação a quanto pode ocorrer no curso do procedimento penal, ou seja, aos seus direitos e interesses no interior do processo. O fator que impulsiona a afirmação das obrigações estatais de esclarecer os crimes se relaciona, mais propriamente, com a exigência de salvaguarda da vítima que se realiza por intermédio do mecanismo penal, o que permite reconhecer um direito das pessoas agredidas à colocação em prática de procedimento penal adequado e efetivo, sempre que tenham sido submetidas a violações relevantes em seus direitos fundamentais.” (As obrigações processuais penais positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022, p. 106).

21 Nesse ponto, destaca Feldens: “Essas obrigações positivas desdobram-se nos planos substantivo e procedimental, projetando-se sobre os ordenamentos jurídicos penais e processuais de cada Estado. Segundo a orientação dessas Cortes Internacionais, a efetivação dos Direitos do Homem exige tanto uma legislação adequada a promover a dissuasão de atos atentatórios às liberdades fundamentais, como uma atuação efetiva (positiva) na investigação desses fatos e, em sendo o caso, na imposição de sanção aos responsáveis pela violação de tais direitos e liberdades. Isso significa, em última análise, que as obrigações positivas irrigam a atuação do Estado em todas suas fisionomias de poder, retratáveis nas ações dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”. (Deveres de proteção na perspectiva dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. Direitos Fundamentais e Justiça, n. 1, out./dez. 2007, p. 225).

obrigações negativas, mas também positivas, sem distinção das esferas de poder e dos órgãos públicos. Há, portanto, uma responsabilidade institucional, vertical e indistinta. A proteção não se limita à proclamação de um rol de direitos compositivos da dignidade humana, mas se manifesta, igualmente, na implementação de medidas que assegurem a fruição desses mesmos direitos, tornando-os, portanto, efetivos. A efetividade se traduz na implementação de políticas públicas assecuratórias, na adoção de medidas preventivas de resguardo e, por fim, porém não menos importante, na adoção de mecanismos e instrumentos de proteção contra o ataque de terceiros.

O direito à integridade física e psicológica, insculpido no art. 3º da Convenção Europeia, é formatado de forma negativa, com a proscrição da tortura e do tratamento desumano ou degradante. Na interpretação do dispositivo, em conjunto com o art. 1º, a Corte Europeia vem afirmando uma dúbia dimensão protetiva: material e processual. Assim, a responsabilidade internacional do Estado emerge não só quando é diretamente responsável pelas condutas (ação ou omissão), atentatórias à integridade pessoal (vertente material), mas também quando deixa de promover de forma eficiente uma investigação dirigida à apuração daquelas condutas (vertente processual).²²

O direito à liberdade e segurança (art. 5º) envolve a proteção do indivíduo contra os ataques arbitrários do Estado em sua esfera de liberdade física, servindo, portanto, como justa medida de apreciação dos excessos. A privação da liberdade rege-se pelo manto da excepcionalidade e exige indicação pormenorizada de seus fundamentos e requisitos. Mas a par dos requisitos e condições, a Convenção Europeia estabelece as garantias mínimas que assistem às pessoas privadas de liberdade como forma de controle da potestade estatal. São os direitos de informação dos motivos e razões da prisão (art. 5.2); direito de ser apresentado à autoridade judiciária competente e à observância do prazo razoável (art. 5.3); direito de recorrer aos órgãos jurisdicionais competentes para avaliação da legalidade e pertinência de sua custódia (art. 5.3) e direito à indenização no caso de detenção em desacordo com os ditames internacionais de direitos humanos (art. 5.4).

A liberdade de reunião (art. 11), valor fundante do exercício democrático não tem, como se sabe, uma dimensão absoluta. Submete-se a limitações previstas em lei e orientadas pelas exigências da necessidade e da excepcionalidade. Cede espaço, portanto, à exigência do resguardo da segurança nacional, da segurança pública, da defesa da ordem e da prevenção do crime, à proteção da saúde ou da moral e das liberdades de terceiros. Nessa perspectiva resulta evidente que a esfera de proteção da liberdade de reunião dirige-se às manifestações pacíficas e não àquelas inspiradas por fins violentos. Resulta daí a admissão de medidas de prevenção e de vigilância por parte das autoridades competentes, desde que razoáveis e não dirigidas à inviabilização do exercício da própria liberdade.

Em diferentes oportunidades, a Corte Europeia assinalou que a tutela efetiva da liberdade de reunião não se esgota na obrigação negativa de não ingerência por parte dos poderes públicos, consistente em permitir, e não impedir, a realização de reuniões pacíficas, mas implica, igualmente, o dever positivo de proteção em face de tercei-

22 No caso *Khachiev v. Russia*, apurou-se a responsabilidade do estado russo pelo assassinato de pessoas na Chechenia pelas forças armadas russas. Muito embora a Corte não tenha reconhecido a violação do art. 3º em sua vertente material pela insuficiência probatória, reconheceu a violação do mesmo dispositivo em razão da ausência de uma investigação profunda e efetiva. (*Khachiev, A.; Akaïeva, R. v. Russia*. App. no. 57942/00 e 57945/00, 24 fev. 2005).

ros. Ou seja, a liberdade resta esvaziada quando as autoridades públicas se omitem na adoção de medidas que assegurem a reunião, protegendo os envolvidos de eventuais reações e agressões por parte de grupos adversos. Em realidade, os integrantes de uma reunião ou manifestação têm o direito de participarem, sem receio de se verem impedidos, constrangidos ou agredidos por parte de grupos opositores.²³

Por fim, em relação à proibição de discriminação (art. 14),²⁴ a Corte Europeia vem afirmando o caráter relacional desse direito, de modo que a sua violação se vincula, necessariamente, ao descumprimento de outros direitos previstos na Convenção ou mesmo em outros documentos internacionais.²⁵ Ainda segundo a mesma Corte, tratamentos diferenciados não estão proscritos, desde que os fatos e as condições assim justifiquem. Portanto, a distinção deve ter uma finalidade legítima e observar critérios de proporcionalidade.²⁶ Na análise dos casos, a Corte tem-se mantido fiel à teoria da margem de apreciação, reconhecendo um espaço de discricionariedade aos Estados na restrição de direitos individuais quando contrapostos com o resguardo da segurança nacional, segurança pública, defesa da ordem, prevenção de crimes e proteção da saúde e da moral. Contudo, a depender dos direitos envolvidos, sobretudo quando expressivos de grupos minoritários, o espaço da margem de apreciação tende a ser reduzido de modo a viabilizar a fruição de direitos de grupos rotineiramente marginalizados.

De qualquer modo, o art. 14 estabelece um rol, não exaustivo, de motivações discriminatórias expressamente proibidas. Não houve referência expressa à orientação sexual o que, por óbvio, não impediu que a Corte detectasse situações escancaradamente discriminatórias fundadas pela orientação sexual. Assim no caso *L. V. contra Áustria*,²⁷ a Corte reconheceu a inconvenção do art. 209 do Código Penal Austríaco que penalizava as relações sexuais consentidas entre homens adultos e adolescentes de 14 a 18 anos, muito embora não existisse idêntica previsão normativa para as relações entre homens e mulheres ou entre mulheres. A Corte decidiu que a lei penal, nos termos redigidos, representava uma interferência discriminatória injustificada no direito à vida privada violando, dessa forma, o art. 14, em conjunto com o art. 8 da Convenção.

3.2 Direitos LGBTI+. Casos recentemente julgados

A impossibilidade de análise dos múltiplos casos enfrentados pelo sistema europeu de direitos humanos impõe um recorte metodológico aqui indicado pelo marco tem-

23 Plattform “Ärzte Für Das Leben” v. Austria, App. no 10126/82, 21 jun. de 1988. O caso envolveu duas manifestações públicas organizadas por uma associação de médicos, intitulada “Médicos pela vida”, contrária ao aborto. As duas manifestações foram interrompidas pela atuação contra manifestantes, a despeito da presença policial. No caso específico, muito embora a Corte Europeia tenha assinalado a existência de obrigações positivas por parte das autoridades nacionais de modo a assegurar a realização da reunião ou da manifestação, sem a interrupção de terceiros, entendeu não configurada a violação diante do reconhecimento do esforço das forças policiais em manter a ordem e assegurar o exercício pleno e efetivo da liberdade de reunião.

24 A Convenção Europeia não consagrou a fórmula geral da igualdade. Argumenta-se que a consagração geral da igualdade seria vaga e imprecisa, razão pela qual opção recaiu por uma formulação negativa expressada na proscrição dos tratamentos discriminatórios. Nesse sentido, ver: CUENCA, Encarna Carmona. La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos (art. 14 CEDH y Protocolo 12). In: ROCA, Javier García; SANTOLAYA, Pablo (coords.). La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. 2. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 734-735.

25 Nesse sentido: Caso Sindicato Nacional Da Polícia Belga v. Bélgica, App. no. 4464/70, 27 de out. 1975 e Caso Marckx V Bélgica, App. 6833/74, 13 de junho de 1979.

26 Ver: Caso Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium, App. no 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), 23 de julho de 1968.

27 Caso L. And V. v. Áustria, App. nos. 39392/98 e 39829/98, 9 de janeiro de 2003.

poral mais recente. Nessa perspectiva, a seleção dos casos escancara uma forte cultura de resistência ao reconhecimento dos direitos mais elementares da população LGBTI+, concentrada nos países do leste europeu. As violações tocam direitos associados à liberdade de expressão e de reunião, à integridade física e à proscrição dos tratamentos desumanos. Em todas as situações verificadas, constatou-se uma deficiência dos aparatos de persecução na apuração dos fatos e, sobretudo, no reconhecimento dos motivos determinantes das violências praticadas. Essas omissões, que tocam várias obrigações positivas, guardam um efeito de fragilizar a confiança que um sistema de segurança e de justiça deve zelar a todos, indistintamente, reforçando o quadro de intolerância, discriminação e ódio.

O primeiro caso que merece destaque é o *Genderdoc-M v. Moldávia* de 2012. A Genderdoc-M, organização não governamental que tem por missão a assistência à comunidade LGBTI+ requereu, em abril de 2005, junto ao Conselho Municipal de Chisnau, capital da Moldávia, autorização para a realização de uma manifestação pública, de frente ao Parlamento, em apoio à promulgação de leis protetivas das minorias sexuais. O requerimento foi rejeitado sob argumento de que já existiam leis antidiscriminatórias. A questão foi judicializada até que a Suprema Corte manteve as decisões das instâncias inferiores que concluíram que a organização não havia se comprometido a atender diversas requisições e que a manifestação, como projetada, poderia trazer sérios riscos à ordem pública.

No enfrentamento da questão, a Corte, após reafirmar a interdependência da proibição da discriminação com a liberdade de reunião e de manifestação (arts. 14 e 11 da Convenção), considerou evidenciado o tratamento discriminatório por parte das autoridades nacionais, sobretudo quando comparado ao tratamento dispensado aos requerimentos de outras manifestações públicas por parte de outros grupos organizados. Entendeu, dessa forma, que as justificativas para o indeferimento não se mostraram pertinentes e razoáveis. Nesse ponto, lembrou que a margem de apreciação dos Estados no tratamento das questões afetas aos grupos minoritários seria bastante restrita e que, portanto, eventual impedimento no exercício da liberdade de reunião deveria vir assentado em juízo de estrita necessidade.²⁸ Reconheceu, por fim, que os motivos que justificaram o impedimento da manifestação estavam, em realidade, associados à desaprovação das autoridades às demonstrações públicas que, supostamente, “promoveriam a homossexualidade”, o que, a toda evidência, seria uma motivação discriminatória e, portanto, atentatória ao direito internacional dos direitos humanos.

O caso *Identoba e outros v. Georgia*,²⁹ julgado em 2015, também foi protagonizado por uma organização não governamental, estabelecida para promover e proteger os direitos das lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros. A questão envolveu a organização da uma marcha pacífica no dia 17 de março de 2012, no centro da capital Tbilisi, no marco do dia internacional contra a homofobia. No dia 08 do mesmo mês a entidade avisou os órgãos competentes da prefeitura, bem como o Ministério do Interior, da intenção de realizar a manifestação, com a indicação da rota e o número aproximado de

28 Nesse sentido: “Where a difference of treatment is based on sex or sexual orientation the margin of appreciation afforded to the State is narrow, and in such situations the principle of proportionality does not merely require the measure chosen to be suitable in general for achievement of the aim sought; it must also be shown that it was necessary in the circumstances. Indeed, if the reasons advanced for a difference in treatment were based solely on the applicant’s sexual orientation, this would amount to discrimination under the Convention”. (Caso GENDERDOC-M V. Moldávia, App. no. 9106/06, 12 de junho de 2012).

29 IDENTOBA e outros v. Georgia, App. no. 73235/12, 12 de maio de 2015.

participantes. Na oportunidade, requereu proteção para possíveis protestos da parte de contra manifestantes.

Por ocasião da marcha, os manifestantes foram cercados por representantes de dois grupos religiosos que os insultaram, bem como impediram o deslocamento da marcha. A tensão escalou para agressões. No início do incidente os policiais se mantiveram distantes. E quando intervieram detiveram alguns dos próprios integrantes da marcha. Na ocasião apenas dois contra manifestantes foram detidos por perturbação leve à ordem pública tendo sido a eles imposta multa equivalente a 45 euros.

Diante do incidente, foram apresentados requerimentos para apuração da responsabilidade dos policiais ao Ministério do Interior. O Ministério entendeu que não havia indícios de ilegalidade da parte dos policiais. Novos requerimentos foram apresentados objetivando a instauração de investigação criminal em razão das ofensas verbais e físicas suportadas, além da apuração da omissão dos policiais. Os requerimentos fizeram expressa referência ao art. 53 do Código Penal da Georgia que previa como agravante a motivação discriminatória por orientação sexual ou por identidade de gênero. As investigações, contudo, não avançaram.

Na análise do caso, a Corte Europeia ressaltou que o art. 1º da Convenção, em conjunto com o art. 3º, impõe a todos os Estados, não apenas obrigações positivas de proteção dos indivíduos contra maus tratos, mas também obrigações de instauração e de condução de procedimentos investigatórios suficientemente aptos ao esclarecimento dos fatos e identificação dos responsáveis, sobretudo quando os atos tiverem motivação discriminatória.³⁰ Nesse ponto, destacou que a obrigação é de meio e não de resultado, não se exigindo, portanto, a punição em toda e qualquer situação. Ou seja, é suficiente que a investigação seja conduzida de forma imparcial e eficaz não se descurando os agentes de uma abordagem ampla acerca de todas as razões fundantes das ações criminosas.

A partir de tais premissas, a Corte reconheceu que os manifestantes foram alvo de agressões verbais e físicas que lhes causaram medo, angústia e insegurança. Reconheceu, ademais, que as autoridades tinham o dever de proteger os manifestantes diante do que se apresentava como cenário previsível de resistência e de violência. Assinalou que as falhas na investigação revelaram um descuido na identificação da motivação homofóbica o que acabou equiparando os atos de violência à criminalidade comum. Nesse aspecto, a equiparação seria altamente prejudicial para o resguardo da confiança no sistema de justiça, sendo, ademais, expressiva de mensagens de aquiescência e de convivência com os crimes de ódio.³¹

30 Nesse sentido: “63. The Court considers that the authorities’ duty to prevent hatred-motivated violence on the part of private individuals, as well as to investigate the existence of a possible link between a discriminatory motive and the act of violence can fall under the procedural aspect of Article 3 of the Convention, but may also be seen to form part of the authorities’ positive responsibilities under Article 14 of the Convention to secure the fundamental value enshrined in Article 3 without discrimination...”.

31 Nesse sentido: “77 (...) The Court therefore considers that it was essential for the relevant domestic authorities to conduct the investigation in that specific context, taking all reasonable steps with the aim of unmasking the role of possible homophobic motives for the events in question. The necessity of conducting a meaningful inquiry into the discrimination behind the attack on the march of 17 May 2012 was indispensable given, on the one hand, the hostility against the LGBT community and, on the other, in the light of the clearly homophobic hate speech uttered by the assailants during the incident. The Court considers that without such a strict approach from the law-enforcement authorities, prejudice-motivated crimes would unavoidably be treated on an equal footing with ordinary cases without such overtones, and the resultant indifference would be tantamount to official acquiescence to or even connivance with hate crimes.”.

No caso *MC e AC v. Romênia*,³² julgado em 2016, a Corte viu-se confrontada com a ineficácia da persecução penal nacional na apuração de agressões físicas motivadas pela discriminação quanto à orientação sexual. Os fatos vinculam-se ao ano de 2006. As vítimas retornavam de uma marcha gay em Bucharest, quando foram cercados por seis indivíduos que passaram a agredi-los de forma violenta. As agressões alcançaram, inclusive, um fotógrafo enquanto ele registrava, com sua câmera, a agressão. Após serem atendidos em um hospital, as vítimas registraram a ocorrência, consignando que os atos haviam sido motivados pela discriminação em razão da orientação sexual. Em 2011, sob alegação de desinteresse das vítimas e dificuldades na investigação, a polícia entendeu que o inquérito deveria ser encerrado. O relatório foi endossado pelo Ministério Público. A Procuradoria Geral, provocada em recurso, manteve o arquivamento. O arquivamento foi mantido pelo Judiciário.

Na consideração do caso, A Corte Europeia, mais uma vez, reiterou o dever imposto às autoridades nacionais, fundado nos arts. 1º, 3º e 14º da Convenção, de prevenir a violência perpetrada por particulares e motivada por ódio, assim como o dever de investigar qualquer ação direcionada pela intolerância (obrigações positivas).³³ Reafirmou, ademais, que a investigação eficaz é aquela estruturada e conduzida de modo a viabilizar a apuração dos fatos (com a preservação dos elementos de prova), a identificação e a punição dos responsáveis. Tratando-se de obrigação de meio e não de resultado, a métrica da eficácia não se vincula à punição, mas sim, ao reconhecimento de que os mecanismos e instrumentos disponibilizados são empregados de forma célere e com o reconhecimento de que as ações investigadas são impulsionadas pelo ódio.³⁴

O caso *Sabalic v. Croácia*,³⁵ julgado em 2021, envolveu as agressões suportadas por uma mulher (socos e chutes), defronte a um clube noturno na cidade de Zagreb, após ela comunicar ao seu agressor, um homem que a assediava, a sua condição de lésbica. Os fatos levaram à instauração de um procedimento por infração de menor potencial ofensivo. O agressor confessou os fatos e acabou sendo condenado ao pagamento de uma multa no valor de 40 euros. Após constatar que não havia sido instaurada uma investigação criminal, a vítima formulou requerimento à Promotoria para instauração de investigação pela prática de lesão grave motivada por ódio e pelo crime de discriminação. Após algumas diligências, a Promotoria arquivou o procedimento ancorada na garantia do *ne bis in idem*. O arquivamento foi mantido pelas instâncias judiciais.

Na consideração do caso, a Corte reconheceu que a agressão suportada pela vítima atingiu grau de severidade que lhe provocou medo, angústia e insegurança, à luz dos parâmetros exegéticos reconhecidos em torno do art. 3º da Convenção. No mais, reafirmou o dever que recai sobre as autoridades de investigar o possível vínculo entre a ação violenta e a motivação discriminatória (obrigação positiva). Assinalou que

32 Caso *M.C. And A.C. v. Romênia*, App. no. 12060/12, 12 de abril de 2016.

33 Nesse sentido: “105. The Court considers that the authorities’ duty to prevent hatred-motivated violence on the part of private individuals and to investigate the existence of any possible discriminatory motive behind the act of violence can fall under the positive obligations enshrined in Articles 3 and 8 of the Convention, but may also be seen as forming part of the authorities’ positive responsibilities under Article 14 of the Convention to secure the fundamental values protected by Articles 3 and 8 without discrimination.”.

34 Nesse sentido: “111. (...) This is not an obligation as to the results to be achieved but as to the means to be employed. The authorities must have taken the steps reasonably available to them to secure the evidence concerning the incident, including, inter alia, eyewitness testimony, forensic evidence, and so on. Any deficiency in the investigation which undermines its ability to establish the cause of injuries or the identity of the persons responsible will risk falling foul of this standard, and a requirement of promptness and reasonable expedition is implicit in this context.”.

35 *Sabalic v. Croácia*, App. 50231/13, 14 de janeiro de 2021.

no desempenho da obrigação, devem as autoridades empregar os melhores esforços e, portanto, adotar medidas razoáveis na preservação das provas, na apuração de todas as possíveis linhas investigatórias, sempre mediante decisões objetivas e imparciais.³⁶ Ainda segundo a Corte, a negligência no trato da perseguição das violências motivadas por ódio equipararia aquelas ações aos crimes comuns, fragilizando, dessa forma, os direitos fundamentais dos grupos minoritários, abalando a confiança destes na capacidade do Estado em preservar as esferas da dignidade humana.³⁷

*Oganezova v. Armenia*³⁸ foi outro emblemático caso de intolerância e ódio motivados pela orientação sexual. A vítima, uma conhecida integrante da comunidade LGBT da Armênia, era coproprietária de um clube noturno na capital Ierevan, local destinado ao encontro de membros da comunidade. Em agosto de 2011, após uma entrevista à rede de televisão, a vítima passou a ser alvo de uma campanha online de ódio. Em maio de 2012, o seu clube foi alvo de um ataque incendiário. Os agressores foram identificados e admitiram a ação, bem como a motivação. Nos dias que se seguiram, o clube foi cercado por pessoas, indicando que a reabertura seria inviável. Ao mesmo tempo, a vítima continuou sendo alvo de intensas perseguições e ameaças. Em junho daquele ano, acuada, a vítima deixou a Armênia, refugiando-se na Suécia.

Em *Oganezova*, a Corte chamou a atenção para o dever dos Estados de promover medidas de resguardo da integridade das vítimas e de potenciais vítimas contra violências e maus tratos, mesmo quando os protagonistas sejam particulares e não agentes públicos. Segundo a Corte, a obrigação não implica dever de prevenir todo e qualquer ato de violência, mas sim adoção de medidas razoáveis de proteção, especialmente quando grupos minoritários forem o alvo dos possíveis ataques.³⁹ Ademais, a Corte Europeia reafirmou as obrigações positivas que recaem sobre as autoridades nacionais competentes na investigação responsável e pormenorizada de ações alimentadas pelo ódio e discriminação. Segundo a Corte, é imperioso que a investigação seja orientada pela celeridade e pela real intenção de preservar provas, sem a omissão de elementos

36 Nesse sentido: “94. In particular, when investigating violent incidents, such as ill-treatment, State authorities have the duty to take all reasonable steps to unmask possible discriminatory motives, which the Court concedes is a difficult task. The respondent State’s obligation to investigate possible discriminatory motives for a violent act is an obligation to use best endeavours, and is not absolute. The authorities must do whatever is reasonable in the circumstances to collect and secure the evidence, explore all practical means of discovering the truth and deliver fully reasoned, impartial and objective decisions, without omitting suspicious facts that may be indicative of violence induced by, for instance, racial or religious intolerance, gender-based discrimination or sexual orientation.”

37 Nesse sentido: “95. Accordingly, where there is a suspicion that discriminatory attitudes induced a violent act, it is particularly important that the official investigation is pursued with vigour and impartiality, having regard to the need to continuously reassert society’s condemnation of such acts and to maintain the confidence of minority groups in the ability of the authorities to protect them from violence motivated by discrimination. Compliance with the State’s positive obligations requires that the domestic legal system must demonstrate its capacity to enforce the criminal law against the perpetrators of such violent acts (...) Without a strict approach on the part of the law-enforcement authorities, prejudice-motivated crimes would unavoidably be treated on an equal footing with ordinary cases without such overtones, and the resulting lack of distinction would be tantamount to official acquiescence to or even connivance with hate crimes.”

38 *Oganezova v. Armenia*, App. 71367/12 e 72961/12, 17 de maio 2022.

39 Nesse sentido: “83. The Court reiterates that, as with Article 2 of the Convention, Article 3 may, in certain circumstances, require a State to take operational measures to protect victims, or potential victims, of ill-treatment. This positive obligation is to be interpreted in such a way as not to impose an impossible or disproportionate burden on the authorities, bearing in mind the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources. Accordingly, not every risk of ill-treatment can entail for the authorities a Convention requirement to take measures to prevent that risk from materialising. However, the required measures should, at least, provide effective protection in particular of children and other vulnerable persons and should include reasonable steps to prevent ill-treatment of which the authorities had or ought to have had knowledge.”

relevantes, descortinando, assim, as possíveis motivações.⁴⁰

Por fim, porém não menos relevante, há que se destacar o dramático caso Lapunov v. Rússia,⁴¹ julgado em 2023. O caso envolveu sequestro, detenção ilegal, e tortura praticados por agentes públicos, movidos por homofobia. A vítima, homossexual assumido, vendia balões em um parque em Grozny, capital da Chechênia. Em março de 2023, foi abordado por um policial que o levou até um carro de onde foi conduzido até um distrito policial, sob alegação de ser suspeito de envolvimento em um homicídio. Foi encapuzado e levado até uma sala. Um policial tomou o seu aparelho celular e acessou as suas mensagens, dentre as quais algumas que havia encaminhado a outro homem. Os policiais passaram a acusá-lo de permanecer na Chechênia a fim de seduzir jovens garotos. Exigiram que ele fornecesse o contato de seus parceiros. Diante das recusas, passaram a espancá-lo. Após a sessão de tortura, obrigaram-no a entrar em contato com um conhecido homossexual e com ele marcar um encontro. Após o contato, os policiais foram até a casa da segunda vítima e o detiveram, igualmente. Ambos foram colocados em celas adjacentes. Lapunov foi submetido a inúmeras agressões e humilhações nos dias que se seguiram. Após ser liberado, solicitou ao Comitê contra a Tortura russo que o auxiliasse a instaurar uma investigação criminal. Após sucessivas idas e vindas as autoridades deliberaram por não instaurar uma investigação criminal. Todos os recursos interpostos contra a decisão foram improvidos.

No enfrentamento do caso, a Corte Europeia reconheceu que Lapunov foi vítima de sequestro, detenção ilegal e tortura entre os dias 16 e 28 de março de 2017, por agentes públicos. Reconheceu, ademais, que as investigações falharam gravemente na apuração dos fatos, na preservação das provas e na consideração das motivações discriminatórias, em clara violação ao art. 3º da Convenção, em sua dimensão processual, em conjunto com o art. 14.⁴²

Conclusões

Por muito tempo prevaleceu a compreensão de que o sistema de justiça criminal em geral e o processo penal, em particular, eram inspirados, exclusivamente, por uma concepção garantista fundada na proibição dos excessos e no controle dos abusos. Trata-se de uma clara herança histórico-cultural que bebe na fonte dos movimentos revolucionários liberais. O movimento foi crucial para o humanismo do direito penal e do processo penal, rejeitando-se, portanto, qualquer concepção de objetificação de quem é o alvo da perseguição penal. A legalidade penal estrita, a proporcionalidade das penas, a proscrição da tortura, a presunção da inocência, o resguardo da intimidade e da privacidade e a vedação das provas ilícitas são apenas alguns dos aspectos do amplo

40 Nesse sentido: “85. In addition, when investigating violent incidents, such as ill-treatment, State authorities have a duty to take all reasonable steps to unmask possible discriminatory motives. The respondent State’s obligation to investigate possible discriminatory motives for a violent act is an obligation to use best endeavours and is therefore not absolute. The authorities must do whatever is reasonable in the circumstances to collect and secure evidence, explore all practical means of discovering the truth and deliver fully reasoned, impartial and objective decisions, without omitting suspicious facts that may be indicative of violence fuelled by, for instance, racial or religious intolerance, or violence motivated by gender-based discrimination.”.

41 *Lapunov v. Russia*, App. 28834/19, 12 de setembro de 2023.

42 Nesse sentido: “117. The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that the investigation into the applicant’s allegations of ill-treatment was ineffective, as it was plagued by serious shortcomings, lacked independence and failed to properly take into account and investigate possible discriminatory motives.”.

feixe de liberdades que orienta o agir estatal. Aqui sobressaem as obrigações negativas impostas aos Estados. Não se traduzem em vedações absolutas de não intervenção. Ao contrário, orientam e qualificam a intervenção pelo manto da proporcionalidade. Tais direitos e garantias inspiraram as primeiras declarações de direitos do homem, foram absorvidos pelo constitucionalismo moderno e ocupam, hoje, lugar na arena do direito internacional dos direitos humanos.

A proibição do excesso integra o processo civilizatório assim como a proibição da proteção insuficiente, cujo aprofundamento conceitual, note-se, coincide com o processo de internacionalização dos direitos humanos no período pós-guerra. Trata-se de concepção que tem por foco as vítimas em geral e os grupos vulneráveis em particular. No vasto campo das políticas públicas, a proibição da proteção insuficiente impõe aos Estados obrigações positivas destinadas à efetivação dos direitos humanos. No terreno mais restrito do sistema de justiça criminal, implica mandados de criminalização, previsão de formas agravadas quando envolvidas ações dirigidas contra os grupos mais vulneráveis e a instituição de mecanismos persecutórios aptos a promover a revelação dos fatos e a identificação dos responsáveis, pavimentando-se, assim, o caminho para a punição dos agentes criminosos.

O exame dos casos mais recentes julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos escancara alarmante situação de desrespeito dos direitos mais elementares da população LGBTI+, especialmente por parte dos países do leste europeu. As questões tocam o desrespeito das autoridades no trato da liberdade de reunião e de expressão, da proscrição do tratamento desumano e até mesmo da proibição de tortura. Mais do que isso, a análise dos casos revela grau elevado de negligência na apuração das violências praticadas, desvelando, portanto, motivações discriminatórias. Para além do lastimável quadro de revitimização, a omissão e o descuidado intencionais sacramentam a retórica de intolerância e do ódio que persegue a comunidade. Inviabilizam, por fim, a própria promoção da cultura dos direitos humanos.

A afirmação da responsabilidade internacional de um Estado pela violação de direitos humanos guarda um efeito simbólico que não pode ser menosprezado. De qualquer modo, tomando-se o caso europeu, o quadro é ainda insuficiente, sobretudo quando comparado com o modelo interamericano, calcado no princípio do ressarcimento integral, com a imposição, dentre outras, de medidas de não repetição. Ainda que historicamente o sistema europeu detenha um elevado índice de cumprimento e de respeitabilidade de suas decisões, uma cultura de promoção e de efetividade dos direitos humanos, especialmente em relação aos grupos vulneráveis, exige adaptação da ordem jurídica interna, bem como a capacitação contínua e permanente dos diferentes agentes públicos, dentre os quais aqueles responsáveis pela condução da persecução penal. Com efeito, é fundamental que as autoridades lancem olhar mais atento às possíveis motivações dos atos de violência.

A desconsideração da motivação discriminatória e do ódio na investigação dos casos sacramenta uma mensagem de negligência, desconsideração e até mesmo de cumplicidade estatal. Essa tem sido uma preocupação contínua da Corte Europeia nos mais recentes casos julgados que envolveram a comunidade LGBTI+. O legado dos direitos humanos envolve compromisso de contínuo aperfeiçoamento dos horizontes da dignidade humana. A concretização de tal missão demanda o cumprimento das obrigações positivas da agenda dos direitos humanos as quais envolvem não só medidas de prevenção, como

também de repressão e de perseguição. Afinal, o que se busca é o resguardo indistinto do direito de existir.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Carlos Coelho de. *Mandados implícitos de criminalização*. A tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BEMVENUTO, Jayme. Perspectiva comparada da proteção dos direitos humanos pelos Sistemas Europeu e Interamericano via o princípio da indivisibilidade. *Revista CEJIL*, ano 1, n. 2, set. 2006, p. 31-50.

CUENCA, Encarna Carmona. La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos (art. 14 CEDH y Protocolo 12). In ROCA, Javier García; SANTOLAYA, Pablo (coords.). *La Europa de los derechos*. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. 2. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 733-764.

FELDENS, Luciano. Deveres de proteção na perspectiva dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 1, out./dez. 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*; teoría del garantismo penal. 4. ed., Madrid: Trotta 2000.

FISCHER, Douglas; VALDEZ PEREIRA, Frederico. *As obrigações processuais penais positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

LAFER, Celso. *Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder*. 2. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2003.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, ano 9, n. 2, 2011, p. 531-622.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle de convencionalidade*. Um panorama latino-americano. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 3-56.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, ano V, n. 28, jul./dec., 2011, p. 123-159.

SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 11. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2024.

ZILLI, Da modernidade à contemporaneidade punitiva. As novas fronteiras do direito penal e processual penal: Limites e tensões. In: ZILLI, Marcos, BALDANI, Thiago. *As novas fronteiras do Direito Penal: escritos em homenagem a Sylvia Steiner*. Belo Horizonte e São Paulo: Editora D'Plácido, 2022, p. 47-82,

ZILLI, Marcos. Bem-aventurados os sedentos de Justiça... In. PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 591-611.

ZILLI, Marcos. O último tango? In. SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada. *Memória e verdade*. A Justiça de Transição no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 93-117.

Jurisprudência selecionada

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, CortelDH, 30 de janeiro de 2014.

Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, CortelDH, 20 de novembro de 2009.

Caso Almonacid Arellano e outros v. Chile, CortelDH, de 26 de setembro de 2006.

Caso Castillo Pteruzzi y otros vs. Perú, CortelDH, 30 de maio de 1999.

Corte Europeia de Direitos Humanos

Caso Lapunov v. Russia, App. 28834/19, 12 de setembro de 2023.

Caso Oganezova v. Armenia, App. 71367/12 e 72961/12, 17 de maio de 2022.

Caso Sabalic v. Croacia, App. 50231/13, 14 de janeiro de 2021. *Caso M.C. e A.C. V. Romênia*, App. no. 12060/12, 12 de abril de 2016. *Caso IDENTOBA e outros v. Georgia*, App. no. 73235/12, 12 de maio de 2015.

Caso GENDERDOC-M V. Moldávia, App. no. 9106/06, 12 de junho de 2012.

Caso Khachiev, A.; Akaïeva, R. v. Russia. App. no. 57942/00 e 57945/00, 24 fevereiro de 2005. *Caso L. e V. v. Áustria*, App. nos. 39392/98 e 39829/98, 9 de janeiro de 2003.

Caso Plattform "Ärzte Für Das Leben" V. Áustria, App. no 10126/82, 21 junho de 1988.

Caso Marckx v. Bélgica, App. n° 6833/74, 13 de junho de 1979. *Caso Sindicato Nacional Da Polícia Belga v. Bélgica*, App no. 4464/70, 27 de outubro de 1975.

Caso Relating to Certain Aspects Of The Laws On The Use Of Languages In Education In Belgium v. Bélgica, App. no 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), 23 de julho de 1968.