

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A Corte Interamericana de  
direitos humanos e a proteção  
dos direitos LGBTI:** construindo  
um *Ius Constitutionale Commune*  
baseado na diversidade

**The Inter-American Court of  
human rights and the protection  
of lgbti rights:** building an *Ius  
Constitutionale Commune* based  
on diversity

João Pedro Rodrigues Nascimento

Tiago Fuchs Marino

Luciani Coimbra de Carvalho

**VOLUME 11 • Nº 2 • AGO • 2021**  
**CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR:**  
**IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA**

# Sumário

<b>EDITORIAL</b> .....	22
Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan e Patrícia Perrone Campos Mello	
<b>I. PARTE GERAL</b> .....	25
<b>1. CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR: IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA, MARCO TEÓRICO</b> .....	26
<b>CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR INTERNACIONAL NA AMÉRICA LATINA</b> .....	28
Armin von Bogdandy e René Uruña	
<b>INTERDEPENDÊNCIA E INDIVISIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: UM NOVO OLHAR PARA A PANDEMIA DE COVID-19</b> .....	75
Flávia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi	
<b>DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE EMERGÊNCIA: UMA PERSPECTIVA INTERAMERICANA COM ESPECIAL FOCO NA DEFESA DO ESTADO DE DIREITO</b> .....	95
Christine Binder	
<b>MONITORAMENTO, PERSUASÃO E PROMOÇÃO DO DIÁLOGO: QUAL O PAPEL DOS ORGANISMOS SUPRANACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NA IMPLEMENTAÇÃO DE DECISÕES INDIVIDUAIS?</b> .....	109
Clara Sandoval, Philip Leach e Rachel Murray	
<b>REPENSANDO AS DERROGAÇÕES AOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS</b> .....	142
Laurence R. Helfer	
<b>2. RESILIÊNCIA DEMOCRÁTICA: CONTRIBUIÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR CONTRA O RETROCESSO</b> .....	167
<b>A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO WATCHDOG DEMOCRÁTICO: DESENVOLVENDO UM SISTEMA DE ALERTA PRECOCE CONTRA ATAQUES SISTÊMICOS</b> .....	169
Patrícia Perrone Campos Mello, Danuta Rafaela de Souza Calazans e Renata Helena Souza Batista de Azevedo Rudolf	
<b>EROSÃO DEMOCRÁTICA E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: O CASO VENEZUELANO</b> .....	196
Roberto Dias e Thomaz Fiterman Tedesco	
<b>PARTICIPAÇÃO POLÍTICA NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: UMA COMPARAÇÃO COM O MODELO BRASILEIRO</b> .....	226
Júlio Grostein e Yuri Novais Magalhães	

<b>3. REFUNDAÇÃO DEMOCRÁTICA CONTRIBUIÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR A UMA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>249</b>
<b>LOS DERECHOS SOCIALES Y EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR EN CHILE .....</b>	<b>251</b>
Gonzalo Aguilar Cavallo	
<b>LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE: DIAGNÓSTICOS Y PROPUESTAS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN TRANSFORMADORA .....</b>	<b>275</b>
Pietro Sferrazza Taibi, Daniela Méndez Royo e Eduardo Bofill Chávez	
<b>DIÁLOGO JUDICIAL NO IUS COMMUNE LATINO-AMERICANO: COERÊNCIA, COESÃO E CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>314</b>
Paulo Brasil Menezes	
<b>4. DIÁLOGO ENTRE ORDENS INTERNACIONAIS E NACIONAIS: O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR NA AMÉRICA LATINA .....</b>	<b>336</b>
<b>DIÁLOGO, INTERAMERICANIZACIÓN E IMPULSO TRANSFORMADOR: LOS FORMANTES TEÓRICOS DEL IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA .....</b>	<b>338</b>
Mario Molina Hernández	
<b>O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>364</b>
Danilo Garnica Simini e José Blanes Sala	
<b>CONTROLE LEGISLATIVO DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS: A OPORTUNIDADE DE CONSTRUÇÃO DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINO-AMERICANO PELA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS .....</b>	<b>384</b>
Ana Carolina Barbosa Pereira	
<b>A PROGRESSIVA SUPERAÇÃO DA REGULAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NA AMÉRICA LATINA: DIÁLOGOS ENTRE O DOMÉSTICO E O INTERNACIONAL .....</b>	<b>426</b>
Luiz Guilherme Arcaro Conci e Melina Girardi Fachin	
<b>A INTERPRETAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS ACERCA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A ADEQUAÇÃO MATERIAL DA LEI N.º 13.834/2019 .....</b>	<b>457</b>
Elder Maia Goltzman e Mônica Teresa Costa Sousa	
<b>CAMINHOS LATINO-AMERICANOS A INSPIRAR A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA NO DIÁLOGO MULTINÍVEL DO CONSTITUCIONALISMO REGIONAL TRANSFORMADOR .....</b>	<b>476</b>
Rafael Osvaldo Machado Moura e Claudia Maria Barbosa	
<b>IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE E DIREITO DE FAMÍLIA: UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DO SUPREMO TRIBUNAL</b>	

<b>FEDERAL NA MATÉRIA .....</b>	<b>499</b>
Felipe Frank e Lucas Miguel Gonçalves Bugalski	
<b>JUSTICIABILIDADE DIRETA DOS DIREITOS SOCIAIS NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: MAIS UMA PEÇA NO QUEBRA-CABEÇA DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINO-AMERICANO? .....</b>	<b>519</b>
Wellington Boigues Corbalan Tebar e Fernando de Brito Alves	
<b>5. DIÁLOGO ENTRE ORDENS INTERNACIONAIS: O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR ENTRE REGIÕES.....</b>	<b>543</b>
<b>LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL Y EL VALOR E IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....</b>	<b>545</b>
Humberto Nogueira Alcalá	
<b>DIÁLOGOS À DERIVA: O CASO LUCIEN IKILI RASHIDI C. REPÚBLICA UNIDA DA TANZÂNIA E OUTROS E O ESVAZIAMENTO DA CORTE AFRICANA.....</b>	<b>568</b>
Marcus Vinicius Porcaro Nunes Schubert e Catarina Mendes Valente Ramos	
<b>II. PARTE ESPECIAL.....</b>	<b>590</b>
<b>6. POVOS INDÍGENAS E TRANSFORMAÇÃO .....</b>	<b>591</b>
<b>HERMENÉUTICAS DEL DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD CULTURAL EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA, UN ANÁLISIS COMPARADO A LA LUZ DEL ICCAL.....</b>	<b>593</b>
Juan Jorge Faundes e Paloma Buendía Molina	
<b>IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE E O DIREITO INDÍGENA BRASILEIRO: OS IMPACTOS DA DECISÃO DO CASO POVO XUKURU VERSUS BRASIL NA JURISPRUDÊNCIA E NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NACIONAL.....</b>	<b>622</b>
Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega, Maria Eduarda Matos de Paffer e Anne Heloise Barbosa do Nascimento	
<b>OS PRECEDENTES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE TERRAS INDÍGENAS E A ADOÇÃO DA TEORIA DO INDIGENATO.....</b>	<b>648</b>
Eduardo Augusto Salomão Cambi, Elisângela Padilha e Pedro Gustavo Mantoan Rorato	
<b>7. GRUPOS VULNERÁVEIS E TRANSFORMAÇÃO .....</b>	<b>664</b>
<b>IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA: A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE FIXAÇÃO DE STANDARDS PROTETIVOS AOS DIREITOS DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E SEUS REFLEXOS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>666</b>
Mônia Clarissa Hennig Leal e Eliziane Fardin de Vargas	

<b>A EFICÁCIA DA NORMA QUE OUSOU FALAR SEU NOME: OS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA COMO POTÊNCIA DENSIFICADORA DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA .....</b>	<b>687</b>
Tiago Benício Trentini e Luiz Magno Bastos Jr	
<b>A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS LGBTI: CONSTRUINDO UM IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE BASEADO NA DIVERSIDADE .....</b>	<b>715</b>
João Pedro Rodrigues Nascimento, Tiago Fuchs Marino e Luciani Coimbra de Carvalho	
<b>LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN CONTEXTOS DE COVID-19: REALIDADES DEL AMPARO INSTITUCIONAL A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN EN ESCENARIOS DE EMERGÊNCIA .....</b>	<b>737</b>
Víctor Julián Moreno Mosquera, John Fernando Restrepo Tamayo e Olga Cecilia Restrepo-Yepes	
<b>O CASO VÉLEZ LOOR VS. PANAMÁ DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO PARADIGMA PARA A CONSTRUÇÃO DE PARÂMETROS MIGRATÓRIOS LATINO-AMERICANOS .....</b>	<b>757</b>
Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff e Bianca Guimarães Silva	
<b>DIREITOS HUMANOS E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: O TRANSCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO NA ADPF Nº 347 .....</b>	<b>783</b>
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e André Giovane de Castro	
<b>TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: AS CONTRIBUIÇÕES DO DIÁLOGO ENTRE O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O BRASIL PARA O FORTALECIMENTO DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR .....</b>	<b>802</b>
Emerson Victor Hugo Costa de Sá, Sílvia Maria da Silveira Loureiro e Jamilly Izabela de Brito Silva	
<b>8. DIREITOS HUMANOS, EMPRESAS E TRANSFORMAÇÃO .....</b>	<b>823</b>
<b>DIÁLOGOS MULTIATOR PARA IMPLEMENTAÇÃO DOS STANDARDS INTERAMERICANOS SOBRE PANDEMIA E DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>825</b>
Ana Carolina Lopes Olsen e Anna Luisa Walter Santana	
<b>O ENVOLVIMENTO DE EMPRESAS EM VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS E OS IMPACTOS DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA.....</b>	<b>856</b>
Patricia Almeida de Moraes e Marcella Oldenburg Almeida Britto	
<b>III. OUTRAS PERSPECTIVAS SOBRE TRANSFORMAÇÃO .....</b>	<b>871</b>
<b>PLURALISMO JURÍDICO E DEMOCRACIA COMUNITÁRIA: DISCUSSÕES TEÓRICAS SOBRE DESCOLONIZAÇÃO CONSTITUCIONAL NA BOLÍVIA.....</b>	<b>873</b>
Débora Ferrazzo e Antonio Carlos Wolkmer	
<b>INTERCULTURALIDADE, PLURINACIONALIDADE E PLURALISMO NAS CONSTITUIÇÕES DO EQUADOR E DA BOLÍVIA: EXPOENTES PRINCIPIOLÓGICOS DO ESTADO PLURINACIONAL .....</b>	<b>897</b>
Denise Tatiane Girardon dos Santos	

<b>IUS COMMUNE: ENTRE O PLURALISMO JURISDICCIONAL DIALÓGICO E A ADOÇÃO DE NORMAS ALTERATIVAS .....</b>	<b>917</b>
Ana Maria D'Ávila Lopes	

# A Corte Interamericana de direitos humanos e a proteção dos direitos LGBTI: construindo um *Ius Constitutionale Commune* baseado na diversidade\*

## The Inter-American Court of human rights and the protection of lgbti rights: building an *Ius Constitutionale Commune* based on diversity

João Pedro Rodrigues Nascimento\*\*

Tiago Fuchs Marino\*\*\*

Luciani Coimbra de Carvalho\*\*\*\*

### Resumo

Os principais avanços relacionados ao reconhecimento dos direitos da população LGBTI, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, decorrem da evolução jurisprudencial dos organismos internacionais, considerando-se a ausência de disposição dos Estados para a adoção de tratados e convenções sobre a temática. Nesse contexto, o presente artigo enfrenta a seguinte problemática: como a Corte Interamericana de Direitos Humanos pode promover a efetivação dos direitos LGBTI? Por conseguinte, o objetivo geral é analisar de que forma a referida corte, que detém ampla jurisdição sobre os países da América Latina, contribui para a consolidação de um constitucionalismo regional comprometido com a igualdade, a diversidade e a proibição da discriminação baseada na orientação sexual e identidade de gênero das pessoas. A pesquisa adota o método dedutivo e é realizada de forma descritiva e exploratória, mediante revisão bibliográfica e jurisprudencial. Ao final, conclui-se que a Corte de San José vem apresentando relevantes parâmetros para a proteção daqueles indivíduos violentados apenas em razão de expressarem sexualidades ou identidades dissidentes do padrão heteronormativo social dominante, colaborando para um processo de mudança paradigmática dos padrões heterossexual e cisonormativo hegemônicos nas sociedades latino-americanas.

**Palavras-chave:** Direitos humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos; LGBTI; Orientação sexual; Identidade de gênero.

### Abstract

The main advances related to the recognition of rights of the LGBTI population, within the scope of International Human Rights Law, result from the jurisprudential evolution of international organizations, considering the Sta-

\* Recebido em 22/03/2021  
Aprovado em 07/10/2021

\*\* Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes. Especialização em andamento em Gestão em Segurança Pública pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Advogado. E-mail: joaopedro.rnasc@gmail.com.

\*\*\* Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direitos Difusos e Processo Coletivo pela Escola de Direito do Ministério Público. Assessor jurídico no Ministério Público Federal. E-mail: tiagomarino@icloud.co.

\*\*\*\* Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora Associada da Graduação e do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Editora da Revista Direito UFMS. Presidente do Conselho de Curadores da Fundação de Apoio à Pesquisa, ao Ensino e à Cultura. E-mail: lucianicoimbra@hotmail.com.

tes lack of willingness to adopt treaties and conventions on the subject. In this context, the present article faces the following problem: how can the Inter-American Court of Human Rights promote the realization of LGBTI rights? Therefore, the general objective is to analyze how this Court, which has a wide jurisdiction over the countries of Latin America, contributes to the consolidation of a regional constitutionalism committed to equality, diversity and the prohibition of discrimination based on sexual orientation and gender identity. The research adopts the deductive method and is developed in a descriptive and exploratory way, through bibliographic and jurisprudential review. In the end, it concludes that the San José Court has been establishing relevant standards for the protection of those individuals that are vilified by expressing sexualities or identities dissenting from the dominant social heteronormative pattern, collaborating for a process of paradigmatic change of hegemonic heterosexual and cisnormative patterns in Latin American societies.

**Keywords:** Human rights; Inter-American Court of Human Rights; LGBTI; Sexual orientation; Gender identity.

## 1 Introdução

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), construída com base nos pilares da democracia, da liberdade pessoal e da justiça social, bem como do respeito aos direitos da pessoa humana, determina que os direitos e liberdades nela reconhecidos devem ser garantidos a todos, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Em que pese não se encontre mencionada expressamente, a proibição da discriminação, em razão das orientações sexuais e identidades de gênero diversas da heterossexualidade e da cisgeneridade, já foi reconhecida pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), considerando o compromisso com a construção de sociedades livres, justas e solidárias, nas quais se mostra possível a livre manifestação da sexualidade e do gênero, enquanto elementos intrínsecos à dignidade humana.

Tal reconhecimento se deu com base na jurisprudência evolutiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) — intérprete autêntica dos dispositivos da CADH e incumbida, por conseguinte, de delimitar o alcance das obrigações assumidas internacionalmente pelos Estados que, de acordo com sua soberania, decidiram se submeter a sua jurisdição.

No exercício de suas funções contenciosas e consultivas, a Corte IDH assume um potencial transformador na tutela de grupos historicamente excluídos. Isso porque seus precedentes, revestidos do que se convencionou chamar de efeito de “norma convencional interpretada”, reproduzem valiosos parâmetros de efetivação e proteção dos direitos humanos, os quais devem ser observados por todos os integrantes do SIDH — sob pena de ulterior responsabilização internacional — e passam a constituir um amplo bloco de *ius constitutionale commune latino-americano*.

As pessoas que ostentam práticas sexuais e de identidades de gênero diversas do padrão heteronormativo social conviveram, durante séculos, com a violência e a repressão moral. A formação dos movimentos sociais LGBTI<sup>1</sup>, que reúne em si as pessoas lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexo, é ainda muito recente na história americana.

Por outro lado, pensar as diferentes possibilidades de configuração entre o sexo, o gênero e a orientação sexual é exercício de resistência contra os modelos hegemônicos que pretendem definir, categoricamente, o

<sup>1</sup> Utiliza-se, no presente trabalho, o termo “LGBTI” em razão de ser o acrônimo adotado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos quando da interpretação dos direitos referentes à orientação sexual e à identidade de gênero. Nada obstante, os autores não ignoram a visibilidade e a (r)existência de outras expressões de gênero e sexualidade.

que seria o certo e o natural para a sexualidade.

Considerando-se o caráter emancipador das análises sobre o direito à pluralidade sexual e de gênero, bem como o potencial transformador da Corte Interamericana na garantia de direitos à população LGBTI no âmbito regional, o presente trabalho tem por mote central a seguinte pergunta: como a Corte IDH contribui para o reconhecimento e proteção dos direitos LGBTI no âmbito regional interamericano?

Nesse sentido, o objetivo geral da pesquisa é analisar de que forma a Corte IDH, que detém ampla jurisdição sobre os países da América Latina, pode contribuir para a consolidação de um constitucionalismo regional comprometido com a igualdade, diversidade e proibição da discriminação baseada na orientação sexual e identidade de gênero das pessoas.

Para atingir tal desiderato, propõe-se, em um primeiro momento, compreender os principais conceitos referentes à pluralidade sexual e de gênero, destacando os diferentes processos históricos de submissão e marginalização das sexualidades dissidentes do padrão heteronormativo. Posteriormente, volta-se o trabalho para o exame do potencial transformador da Corte de San José na tutela dos direitos humanos e na formação de um *ius constitutionale commune* latino-americano, para então identificar os parâmetros de proteção, estabelecidos pelo aludido tribunal, acerca dos direitos LGBTI.

Para tanto, a pesquisa adota o método dedutivo e é realizada de forma descritiva e exploratória, mediante revisão bibliográfica e jurisprudencial, com base na revisão de livros, artigos, periódicos, casos jurisprudenciais e documentos de organizações especializadas sobre a problemática proposta.

No que tange à revisão jurisprudencial, a pesquisa toma por universo as decisões já exaradas pela Corte Interamericana e por amostra útil os casos nos quais se discute diretamente os direitos à livre orientação sexual e identidade de gênero. Assim, efetuada busca extensa no website da Corte IDH<sup>2</sup>, a partir dos parâmetros mencionados, são identificados quatro precedentes no âmbito contencioso: caso *Atala Riffo e Crianças v. Chile* (2012); caso *Duque v. Colômbia* (2016); caso *Flor Freire v. Equador* (2016); e caso *Azul Rojas Marín e outra v. Peru* (2020). No âmbito da jurisdição consultiva, aponta-se a Opinião Consultiva n.º 24/2017.

A técnica utilizada para o tratamento dos dados é a análise de conteúdo<sup>3</sup>, identificando-se os elementos centrais dos julgados que contribuem para a construção de um arcabouço jurisprudencial protetivo das liberdades sexuais e de gênero na América Latina.

## 2 A sexualidade entre a compulsoriedade e o direito: breves notas sobre a orientação sexual e a identidade de gênero

Ao se refletir sobre a sexualidade, é comum concebê-la como algo natural, íntimo e relacionado unicamente à esfera privada de cada indivíduo. Além disso, é habitual pensar a relação entre o sexo biológico, o gênero social e o desejo sexual como elementos intrinsecamente relacionados a partir de uma única combinação possível: a heterossexual e a cisnormativa<sup>4</sup>.

É dizer, espera-se que o corpo biologicamente masculino se apresente socialmente por meio dos elementos culturais relacionados ao homem e nutra desejo direcionado unicamente ao sexo oposto (consequentemente, exprimindo também a oposição do gênero). Essas relações, por sua vez, têm por finalidade precípua a procriação e a formação de uma família que obedeça às determinações culturais prévias daquela sociedade.

<sup>2</sup> A pesquisa realizada no sítio eletrônico teve por base a ferramenta “Digesto Themis” de arquivo jurisprudencial da Corte IDH, o banco de dados de sentenças disponível no aludido ambiente virtual e o documento “Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 19: Derechos de las personas LGTBP”.

<sup>3</sup> Cf. BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. 5. ed. Lisboa: Edições 70, 2010.

<sup>4</sup> O prefixo “cis” designa todas as pessoas cuja identidade de gênero corresponde ao sexo atribuído ao nascimento.

Nada obstante, apesar das expectativas, no campo da sexualidade, convive-se com uma enorme diversidade e com inúmeras combinações possíveis de sexo, gênero, desejo e comportamentos, as quais não se resumem àquilo tido como “normal”, “natural” ou “certo”.<sup>5</sup> Ou seja, há várias formas de compreender a sexualidade humana, seja em relação à identidade de gênero<sup>6</sup> ou à orientação sexual<sup>7</sup>. As inter-relações entre sexo biológico<sup>8</sup>, gênero<sup>9</sup> e papéis de gênero<sup>10</sup>, nada mais representam que convenções sociais e relações de poder aplicadas sobre os corpos individuais, que podem variar com base na influência de elementos não diretamente ligados à sexualidade, como a raça e a classe social.<sup>11</sup>

Além disso, percebe-se que a sexualidade, longe de ser apenas um aspecto individual<sup>12</sup>, possui reflexos profundamente políticos. De fato, a família, a escola, a religião, a ciência, a lei, o governo, o trabalho, os meios de comunicação e de produção cultural, oferecem instruções cotidianas e executam normas acerca do que é o sexo e de como se deve vivenciá-lo em sociedade. Trata-se de “prescrições sociais, que geralmente são transmitidas e justificadas em nome de uma ordem universal e imutável [que] acaba por encobrir o fato de que tais regras, supostamente em concordância com a ‘verdade’ profunda do sexo, são construções sociais”.<sup>13</sup>

Historicamente, a repressão moral e a tentativa de restrição da sexualidade a partir da utilização de dispositivos sociais de poder foram características das sociedades ocidentais, que em geral construíram um moralismo baseado na monogamia, na função procriativa da sexualidade e na desqualificação geral do prazer sexual.

A religião cristã foi essencial para a sedimentação e difusão desse intento pelo mundo, a partir da construção de um saber moral sobre o sexo, que definia o natural e o contranatural. Desse modo, a normalização moral das condutas sexuais implementada pela Igreja, fortalecida pela cooperação com as monarquias

<sup>5</sup> FACCHINI, Regina. Sexualidade, sociedade e diferenças: refletindo sobre a discriminação e a violência contra LGBT no Brasil. In: PASSAMANI, G. R. (Contra) Pontos: ensaios de gênero, sexualidade e diversidade sexual. O combate à homofobia. Campo Grande: UFMS, v. 1. 176, p., 2012, p. 24.

<sup>6</sup> Conforme os Princípios de Yogyakarta, trata-se de experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos.

<sup>7</sup> “Refere-se ao sexo das pessoas que o sujeito elege para se relacionar afetivamente e sexualmente. Importante frisar que não se trata de uma opção sexual, visto que o indivíduo não escolhe deliberadamente por qual sexo sentirá atração afetiva e sexual” (FACHIN, Edson Luiz. O corpo do registro no registro do corpo: mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 1, p. 36-60, jul./set. 2014, p. 46).

<sup>8</sup> Sexo biológico pode ser definido como o “conjunto de características fisiológicas, nas quais se encontram as informações cromossômicas, os órgãos genitais e os caracteres secundários capazes de diferenciar machos e fêmeas” (FACHIN, Edson Luiz. O corpo do registro no registro do corpo: mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 1, jul. – set. 2014, p. 36-60. p. 45).

<sup>9</sup> “O gênero é igualmente utilizado para designar as relações sociais entre os sexos. O seu uso rejeita explicitamente as explicações biológicas [...] gênero se torna, aliás, uma maneira de indicar as construções sociais [...] É uma maneira de se referir às origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas dos homens e das mulheres” (SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Revista Educação e Realidade*, Porto Alegre, v. 20, n. 1, p. 71-99, jul./dez. 1995. p. 73).

<sup>10</sup> Papéis de gênero são as “construções culturais atribuídas socialmente ao gênero masculino e ao gênero feminino enquanto tais. Representam o leque de simbolismos atribuídos enquanto corretos para determinado gênero” (SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Revista Educação e Realidade*, Porto Alegre, v. 20, n. 1, p. 71-99, jul./dez. 1995. p. 72-73).

<sup>11</sup> FRY, Peter. Da hierarquia à igualdade: a construção histórica da homossexualidade no Brasil. In: FRY, Peter. *Para inglês ver: identidade e política na cultura brasileira*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 87-115.

<sup>12</sup> Conforme aponta Juliana Cesário Alvim Gomes, “aprofundando o olhar para o Estado, análises feministas denunciam que a tradicional cisão entre esferas pública e privada tem sido responsável por blindar a esfera doméstica dos influxos liberais de liberdade e igualdade e por ocultar as opressões que ocorrem nessa esfera” (GOMES, Juliana Cesario Alvim. O Supremo Tribunal Federal em uma perspectiva de gênero: mérito, acesso, representatividade e discurso. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, 2016, pp. 652-676. p. 657). Desse modo, percebe-se que as tentativas de restrição da sexualidade à esfera privada têm por finalidades a manutenção das desigualdades estruturais heterocisnormativas e a contenção das liberdades individuais.

<sup>13</sup> FACCHINI, Regina. Sexualidade, sociedade e diferenças: refletindo sobre a discriminação e a violência contra LGBT no Brasil. In: PASSAMANI, G. R. (Contra) Pontos: ensaios de gênero, sexualidade e diversidade sexual. O combate à homofobia. Campo Grande: UFMS, v. 1. 176p., p. 24, 2012, p. 18.

feudais em desenvolvimento do século XI, foi fator fundamental para a punição mais eficaz e rigorosa do Estado às práticas sodomíticas.<sup>14</sup> O pecado *contra natura*, como era chamado por ir contra as leis da natureza da procriação, é, então, misturado ao conceito de crime, sendo aquele que o comete sujeito às mais cruéis punições terrenas e divinas.<sup>15</sup>

Nesse sentido, João Silvério Trevisan<sup>16</sup> aponta que:

na Europa dos séculos XVI, XVII e XVIII, não apenas Espanha, Portugal, França e Itália, católicas, mas também a Inglaterra, Suíça e Holanda, protestantes, puniam com severidade a sodomia. Seus praticantes eram condenados a punições capazes de desafiar as imaginações mais sádicas, variando historicamente desde multas, prisão, confisco de bens, banimento da cidade ou do país, trabalho forçado (nas galés ou não), passando por marca com ferro em brasa, execração e açoite público até a castração, amputação das orelhas, morte na forca, morte por fogueira, empalamento e afogamento. Entre as vítimas, podiam-se contar tanto nobres, eclesiásticos, universitários e marinheiros, quanto simples camponeses, servos e artesãos.

A partir do século XVIII, passa-se à “colocação do sexo em discurso”, isto é, à formulação de técnicas de poder para a promoção de uma ciência da sexualidade, que selecionava, descrevia minuciosamente e, ao mesmo tempo, interditava as sexualidades em tabus irrevogáveis, diferenciando as entendidas como normais daquelas dissidentes.<sup>17</sup> Como afirma Michel Foucault<sup>18</sup>:

sobre o sexo, os discursos — discursos específicos, diferentes tanto pela forma como pelo objeto — não cessaram de proliferar: uma fermentação discursiva que se acelerou a partir do século XVIII. Não penso tanto, aqui, na multiplicação provável dos discursos “ilícitos”, discursos de infração que denominam o sexo cruamente por insulto ou zombaria aos novos pudores; o cerceamento das regras de decência provocou, provavelmente, como contra efeito, uma valorização do discurso indecente. Mas o essencial é a multiplicação dos discursos sobre o sexo no próprio campo do exercício do poder: incitação institucional a falar do sexo e a falar dele cada vez mais; obstinação das instâncias do poder a ouvir falar e a fazê-lo falar ele próprio sob a forma da articulação explícita e do detalhe infinitamente acumulado.

Na passagem do século XIX para o XX, houve uma mudança nos mecanismos de poder e controle dos corpos: “a tecnologia do sexo, basicamente, vai se ordenar, a partir desse momento, em torno da instituição médica, da exigência de normalidade e, ao invés da questão da morte e do castigo eterno, do problema da vida e da doença”.<sup>19</sup>

Assim, se até então as relações homoeróticas eram tratadas majoritariamente com base na ótica da teologia moral, por meio do pecado sodomítico, passa-se, a partir desse período, para o domínio da medicina e de uma ciência que exercerá forte controle sobre os supostos aspectos biológicos e psicológicos dos chamados desviados sexuais. O que antes era visto como uma perversão pecaminosa da moral passa a ser encarado como um transtorno patológico.

<sup>14</sup> É o que afirmam Prettes e Vianna, que destacam, ainda: “Segundo a tradição cristã, sodomitas seriam os praticantes de atos sexuais contra a natureza humana. Todo e qualquer ato sexual que não tivesse como fim a procriação era tido por sodomia, sendo um pecado frente a Deus” (PRETTES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudio; ABREU, João Francisco. (Org.). Iniciação Científica: Destaques 2007. Belo Horizonte: PUC MINAS, 2008, v. 1, p. 313-393. p. 317).

<sup>15</sup> Em Portugal, a mais antiga dentre as compilações jurídicas portuguesas, as Ordenações Afonsinas, editadas no reinado de D. Afonso V entre 1438 e 1481, e que tiveram como fonte o Direito Romano e Canônico, já previam em seu livro V, título XVII, a pena contra o delito da sodomia. A punição para tal crime, “pecado mais torpe, sujo e desonesto, que fez Deus lançar o dilúvio sobre a terra”, deveria ser a fogueira, para que “pelo fogo feito em pó, não se tenha memória de seu corpo e de sua sepultura”. Conforme se denota do trecho assinalado, as punições reais (Direito) eram intimamente ligadas às concepções cristãs (Igreja), sendo então a sodomia apontada como a causa dos mais diversos fenômenos naturais, que, por terem suas razões ainda desconhecidas, eram associados à suposta ira de Deus.

<sup>16</sup> TREVISAN, João Silvério. Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 4. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018. p. 132.

<sup>17</sup> FOUCAULT, Michel. História da sexualidade I: a vontade de saber. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2019.

<sup>18</sup> FOUCAULT, Michel. História da sexualidade I: a vontade de saber. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2019. p. 20.

<sup>19</sup> FOUCAULT, Michel. História da sexualidade I: a vontade de saber. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2019. p. 127.

Com o gradual afastamento entre Estado e Igreja, substituiu-se a visão do “pecado nefando” pelo tratamento médico-legal das diferentes orientações sexuais e identidades de gênero, visando a enfoques mais rigorosos e menos subjetivos. Abandonando os métodos da inquisição, adota-se nesse período o controle moral e sexual em nome da ciência, a qual supostamente teria uma aura de neutralidade.<sup>20</sup>

Dessa forma, nota-se a configuração histórica de repressões à livre expressão das pluralidades sexuais em detrimento da adequação a configurações “corretas” ou “naturais” da sexualidade. Esses limites de análise discursiva pressupõem e definem por antecipação as possibilidades de configuração sexual, a partir de matriz discursiva hegemônica, que privilegia estruturas binárias e essencialmente masculinas como limites de uma suposta racionalidade. A questão, longe de ser meramente subjetiva, é estrutural, podendo ser verificada não somente nas interrelações hierarquizadas entre os sujeitos dominantes e dominados, mas também na organização social, que se produz a partir da lógica sexista heteronormativa.<sup>21</sup>

Institui-se, assim, a heterossexualidade compulsória<sup>22</sup>, que permeia todos os substratos sociais e implica no cerceamento das liberdades sexuais, bem como na regulação das identidades, corpos e desejos ditos “desviantes”. Nesse sentido, aqueles que possuem sexualidades não adequadas aos estritos padrões culturais dominantes, nos quais há a manutenção de relações de coerência e continuidade entre sexo, gênero, prática sexual e desejo, com base na heterossexualidade e na cisgeneridade, são alçados ao domínio do ininteligível<sup>23</sup> ou das identidades que não podem existir, “precisamente por não se conformarem às normas da inteligibilidade cultural”.<sup>24</sup>

Conforme expõe Facchini<sup>25</sup>, é possível notar ainda hoje processos de classificação e de hierarquização que estabelecem um padrão “normal” da sexualidade, à custa da estigmatização e degradação da diversidade sexual. A violência direcionada a esses corpos diversificados encontra fundamento na necessidade de punir aqueles que — com suas identidades, expressões, comportamentos e corpos —, teoricamente, divergem da binariedade tradicional do gênero e dos papéis sociais a cada um deles atribuído.

A partir da segunda metade do século XX, inaugura-se, mundialmente, uma nova modalidade de relação entre os ordenamentos jurídicos e a sexualidade, abrindo espaço para a concretização dos princípios básicos da liberdade, da igualdade, da não discriminação e do respeito à dignidade humana na esfera da sexualidade.<sup>26</sup>

<sup>20</sup> TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

<sup>21</sup> GOMES, Juliana Cesario Alvim. O Supremo Tribunal Federal em uma perspectiva de gênero: mérito, acesso, representatividade e discurso. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, p. 652-676, 2016.

<sup>22</sup> “Uso o termo matriz heterossexual [...] para designar a grade de inteligibilidade cultural por meio da qual os corpos, gêneros e desejos são naturalizados. [...] ‘heterossexualidade compulsória’ para caracterizar o modelo discursivo/epistemológico hegemônico de inteligibilidade do gênero, o qual presume que, para os corpos serem coerentes e fazerem sentido (masculino expressa macho, feminino expressa fêmea), é necessário haver um sexo estável, expresso por um gênero estável, que é definido oposicional e hierarquicamente por meio da prática compulsória da heterossexualidade” (BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2019, p. 258). No mesmo sentido, “tal conceito descreve a crença socialmente construída de que há apenas dois gêneros, dos quais decorrem características de feminilidade e masculinidade que, por sua vez, desempenham papéis específicos, distintos e complementares, em que cada qual deve corresponder a certas características, aparência e comportamento para ser considerado ‘normal’, como, por exemplo, a orientação sexual para (o dito) ‘sexo oposto’ e a expectativa de que o gênero psíquico deve corresponder ao físico. Está claro, assim, seu caráter disciplinador” (CAMPOS, Ligia Fabris. *Direitos de pessoas trans em perspectiva comparada: o papel do conceito de dano no Brasil e na Alemanha*. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, p. 476-495, 2016. p. 479).

<sup>23</sup> “Gêneros “inteligíveis” são aqueles que, em certo sentido, instituem e mantêm relações de coerência e continuidade entre sexo, gênero, prática sexual e desejo. Em outras palavras, os espectros de descontinuidade e incoerência, eles próprios só concebíveis em relação a normas existentes de continuidade e coerência, são constantemente proibidos e produzidos pelas próprias leis que buscam estabelecer linhas causais ou expressivas de ligação entre o sexo biológico, o gênero culturalmente constituído e a “expressão” ou “efeito” de ambos na manifestação do desejo sexual por meio da prática sexual” (BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2019. p. 43-44).

<sup>24</sup> BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2019. p. 44.

<sup>25</sup> FACCHINI, Regina. Sexualidade, sociedade e diferenças: refletindo sobre a discriminação e a violência contra LGBT no Brasil. In: PASSAMANI, G. R. (Contra) Pontos: ensaios de gênero, sexualidade e diversidade sexual. O combate à homofobia. 1. ed. Campo Grande - MS: Editora UFMS, 2012. v. 1. 176p.

<sup>26</sup> RIOS, Roger Raupp. Perspectivas e tensões no desenvolvimento dos direitos sexuais no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v.

A garantia do livre exercício da sexualidade passou a ser entendida como integrante das “três gerações de direitos porque está relacionada com os postulados fundamentais da liberdade individual, da igualdade social e da solidariedade humana”.<sup>27</sup>

Ressalta-se que a atuação organizada dos movimentos sociais, voltados à libertação sexual, foi essencial para iniciar tais mudanças paradigmáticas, como a revolta de *Stonewall*, ocorrida nos Estados Unidos em 1969, episódio considerado marco inicial do movimento americano para a garantia de direitos civis LGBT.<sup>28</sup> Assim, nesse período, é possível verificar o início do debate acerca da necessidade de inclusão de direitos que primem pelo respeito à diversidade, com base no direito à diferença, em detrimento dos padrões identitários homogeneizantes.<sup>29</sup> Há uma apropriação da linguagem do direito enquanto instrumento de atuação desses movimentos para a concretização das garantias constitucionais.<sup>30</sup>

Além disso, no âmbito americano, a interpretação sistemática da CADH, especialmente dos direitos à integridade, à liberdade, à proteção da honra e da dignidade, bem como à igualdade, exige o respeito às livres orientações sexuais e identidades de gênero, já que, segundo o próprio instrumento pactuado, o pleno exercício dos direitos e liberdades nele consagrados devem ser observados sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social, incluindo-se, embora não expressamente, aquela motivada por orientação sexual e/ou identidade de gênero.

A violação dos direitos humanos, previstos na Convenção Americana em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero, podem desafiar respostas concretas do SIDH, tanto no âmbito da Comissão quanto da Corte Interamericana de Direitos Humanos, servindo ao duplo propósito de (i) promover e encorajar avanços relacionados aos direitos LGBTI no plano interno de cada Estado parte e (ii) prevenir recuos e retrocessos no regime de proteção dos direitos humanos.<sup>31</sup>

Igualmente, o combate pelo SIDH às violências motivadas pela orientação sexual e identidade de gênero, reconhecendo-as como históricas, estruturais e presentes no dia a dia de pessoas que expressam sexualidades dissidentes, “podem avançar para a crítica mais contundente da heteronormatividade e para a denúncia do heterossexismo presente nas Américas”.<sup>32</sup>

---

52, 2015, p. 331-353.

<sup>27</sup> DIAS, Maria Berenice de. *A família homoafetiva*. 2010. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/cod2\\_647\)28\\_familia\\_homoafetiva.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/cod2_647)28_familia_homoafetiva.pdf). Acesso em: 15 nov. 2020.

<sup>28</sup> Na América do Norte da década de 1960, eram latentes o preconceito e estigmatização contra gays, lésbicas e travestis. O aparato policial realizava uma verdadeira caça aos homossexuais, prendendo-os e espancando-os, com a chancela estatal. Conhecido como um point gay, o bar *Stonewall Inn*, em Nova Iorque, era um ponto de encontro frequente para a população LGBT. Na madrugada de 28 de junho de 1969, a polícia invadiu o local, dando voz de prisão a todos, de uma forma extremamente violenta. Revoltados, os frequentadores do bar reagiram, acuando os policiais dentro do estabelecimento e a insubordinação ganhou força. Nos dias que se seguiram, diversas marchas, onde se ouviam os gritos de “gay pride” e “gay power”, respectivamente, orgulho gay e poder gay, foram realizadas, dando início ao movimento do orgulho LGBT (GORISH, Patrícia Cristina Vasques de Souza. *O reconhecimento dos direitos LGBT como direitos humanos*. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional). Universidade Católica de Santos, 2013.). O evento marcou o moderno movimento homossexual em todo o mundo e, hoje, o dia 28 de junho é considerado o Dia Internacional do Orgulho Gay.

<sup>29</sup> VERONESE, Osmar. Angelin, Rosângela. Ser diferente é normal e constitucional: sobre o direito à diferença no Brasil. *Revista Direito Público (RDP)*, Brasília, v. 17, n. 93, p. 292-314, mai./jun. 2020.

<sup>30</sup> A despeito da atuação concreta dos movimentos sociais junto ao Poder Judiciário para a garantia de direitos, é necessário pontuar a crítica feita por Juliana Cesário Alvim Gomes no sentido de que a gama de legitimados para participar do processo constitucional e jurisdicional é muito restrita, estando ainda se desenvolvendo um espaço plural e democrático de diálogo social e de um processo deliberativo aberto e constante a todos. Nessa senda, os autores apostam na utilização do Sistema Interamericano de Direitos Humanos como um mecanismo para a facilitação do debate democrático plurinacional, permitindo um maior acesso de todos às instâncias deliberativas dos direitos humanos, bem como a homogeneização das garantias de direitos à população LGBT na América (GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso*: cidadãos, movimentos sociais e o significado da constituição. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020).

<sup>31</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

<sup>32</sup> RIOS, Roger Raupp. RESADORI, Alice Hertzog. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. SCHAFFER, Gilberto. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a discriminação contra pessoas LGBTIII: panorama, potencialidade e limites. *Rev. Direito e Práx.*, Rio

### 3 o potencial transformador da Corte Interamericana de direitos humanos e a formação de um *Ius Constitutionale Commune* na América Latina

Nas últimas décadas, os organismos internacionais têm assumido cada vez maior protagonismo na defesa dos direitos humanos e, ainda que movidos sob a lógica da subsidiariedade e complementariedade, desafiam o clássico conceito de soberania estatal por meio da afirmação de parâmetros avançados de proteção desses direitos, construídos a partir da análise de emblemáticos litígios estratégicos, da concessão de medidas reparatórias abrangentes e de diálogos intersistêmicos que resultam em um generoso corpus juris internacional pautado na tutela da dignidade humana.

O processo de expansão da proteção internacional dos direitos humanos resulta da premissa de que tais direitos são inerentes à própria condição humana e antecedem a todas as formas de organização política, daí por que sua proteção não deve se esgotar na ação estatal. Desde a Declaração Universal de 1948, houve a multiplicação dos tratados e instrumentos de direitos humanos, sendo conquistada, por conseguinte, a capacidade processual dos indivíduos para acesso às múltiplas instâncias internacionais.<sup>33</sup>

Diante disso, os Estados deixaram de ser os únicos atores do Direito Internacional. Este, por sua vez, passou a incorporar elementos atinentes ao constitucionalismo, como princípios do Estado de Direito, o sistema de freios e contrapesos (checks and balances) e a proteção da dignidade humana, o que permitiu a criação de um complexo aparato de tutela multinível dos direitos humanos.<sup>34</sup>

Nesse panorama, foram engendrados mecanismos supranacionais incumbidos de detectar e responsabilizar eventuais violações a esses direitos, bem como fixar reparações ou sanções cabíveis para os Estados. Quanto ao âmbito geográfico de atuação, tem-se, atualmente, o sistema global, que compreende os órgãos da estrutura da Organização das Nações Unidas (ONU), e os sistemas regionais: o europeu, o interamericano e o africano.<sup>35</sup>

O mecanismo interamericano se inspirou no antecedente modelo europeu e previu, além de uma comissão encarregada de investigar as violações, também um tribunal especial para julgar os litígios daí decorrentes: a Corte IDH, cuja jurisdição apenas é obrigatória para os Estados-partes que a aceitam expressamente, conforme o procedimento específico estabelecido na CADH.<sup>36</sup>

Segundo Piovesan<sup>37</sup>, o SIDH consagra um “constitucionalismo regional transformador” em matéria de direitos humanos no contexto latino-americano, tendo em vista seu gradativo empoderamento na proteção desses direitos, a emergência de constituições estatais que apresentam cláusulas de abertura ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e o fortalecimento da sociedade civil na luta por direitos e justiça — que, organizada por meio de um transnational network, tem iniciado exitosos litígios estratégicos perante o mecanismo regional.

Com efeito, após uma atuação voltada à desestabilização dos regimes ditatoriais e à justiça transicional, o SIDH avançou para o fortalecimento das instituições democráticas dos Estados, com o necessário combate

---

de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1545-1576, 2017. p. 1570.

<sup>33</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. *Rev. Bras. Polit. Int.*, Brasília, v. 40, n. 1, p. 167-177, jun. 1997. p. 167.

<sup>34</sup> CALIXTO, Angela Jank. CARVALHO, Luciani Coimbra de. The role of human rights in the process of constitutionalization of international law. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 25, n. 1, p. 235-252, jan. /abr. 2020. p. 241.

<sup>35</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 40.

<sup>36</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 373.

<sup>37</sup> PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune em Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador: o impacto do Sistema Interamericano*. In: BOGDANDY, Armin von. ANTONIAZZI, Mariela Morales. PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 75-95.

a todos os tipos de violações de direitos humanos e a proteção dos grupos vulneráveis.<sup>38</sup>

A Corte IDH tem incorporado um discurso semelhante ao das tradicionais cortes constitucionais: ela atua como legislador negativo ao declarar a incompatibilidade de uma norma nacional com o direito interamericano; seus pronunciamentos são revestidos do efeito de “coisa interpretada” e estabelecem parâmetros de interpretação e aplicação das normas convencionais a serem observados por todas as autoridades domésticas dos Estados que reconhecerem sua competência. Por fim, ela oferece proteção direta aos indivíduos por meio do direito de petição e da concessão de medidas provisórias.<sup>39</sup>

Sem embargo, tal constatação não confere ao tribunal interamericano superioridade hierárquica na relação com os tribunais constitucionais internos. Trata-se, na verdade, de exemplo de pluralismo constitucional<sup>40</sup>, em que as distintas jurisdições (doméstica e internacional) dialogam entre si de modo heterárquico, pautadas pelos princípios da subsidiariedade, complementariedade, margem de apreciação e efeito útil.<sup>41</sup>

Nesse contexto, a Corte de San José contribui para a formação de um *ius constitutionale commune* latino-americano, vocacionado à efetivação das promessas emancipatórias insculpidas nas constituições estatais e que tem como um de seus traços distintivos a valorização do princípio da igualdade, compreendido não apenas como mera proibição da discriminação, mas também sob o aspecto do reconhecimento<sup>42</sup> e da redistribuição.<sup>43</sup>

Ao analisar a responsabilidade internacional dos Estados, a Corte IDH faz uso do denominado “controle de convencionalidade” — termo que apareceu, pela primeira vez, no voto concorrente do juiz Sergio García Ramírez, apresentado no julgamento do caso *Myrna Mack Chang v. Guatemala* (2003)<sup>44</sup> e que foi incorporado pelo Plenário do tribunal no precedente *Almonacid Arellano e outros v. Chile* (2006)<sup>45</sup>:

<sup>38</sup> PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune em Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador: o impacto do Sistema Interamericano*. In: BOGDANDY, Armin von. ANTONIAZZI, Mariela Morales. PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 75.

<sup>39</sup> ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional: la red judicial latino-americana como prueba y motor del constitucionalismo multinível*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Internacional e Relações Internacionais) – Universidade Complutense de Madrid, Instituto Universitario de Investigación Ortega e Gasset, Madrid, 2015. p. 121-123.

<sup>40</sup> Acerca do tema, explica Walker: “Constitutional pluralism recognises that in the post-Westphalian world there exists a range of different constitutional sites and processes configured in a heterarchical rather than a hierarchical pattern, and seeks to develop a number of empirical indices and normative criteria which allow us to understand this emerging configuration and assess the legitimacy of its development” (WALKER, Neil. *The Idea of Constitutional Pluralism*. *The Modern Law Review*, Londres, v. 65, n. 3, p. 317-359, 2002. p. 337). Em sentido semelhante, Fachin discorre sobre o constitucionalismo multinível, caracterizado pela emergência de um novo espaço público, que corresponde a uma rede complexa e integrada por diferentes instituições e sistemas jurídicos e que se opõe a qualquer forma de hierarquia, estruturando-se em torno do princípio *pro persona*, isto é, da maximização da proteção do indivíduo (FACHIN, Melina Girardi. *Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos*. *Revista Ibérica do Direito*, Porto, a. 1, v. 1, n. 1, p. 66-82, jan./abr. 2020).

<sup>41</sup> ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional: la red judicial latino-americana como prueba y motor del constitucionalismo multinível*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Internacional e Relações Internacionais) – Universidade Complutense de Madrid, Instituto Universitario de Investigación Ortega e Gasset, Madrid, 2015. p. 123.

<sup>42</sup> Fraser assinala a existência de duas formas de injustiça em um contexto de conflitos “pós-socialistas”: a primeira, de caráter econômico, que demanda medidas redistributivas; e a segunda, de natureza cultural e relativa à dominação de um grupo social (submissão a padrões associados a outra cultura, alheios ou hostis a sua própria), seu ocultamento (invisibilização decorrente de práticas autorizadas pela própria cultura) ou seu desrespeito (difamação ou desqualificação em representações culturais estereotipadas nas interações da vida cotidiana), cuja solução compreende medidas de “reconhecimento”, como a revalorização de identidades desrespeitadas e a transformação abrangente dos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação (FRASER, Nancy. *Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”*. *Cadernos de Campo*, São Paulo, v. 15, n. 14/15, p. 231-239, 2006. p. 231).

<sup>43</sup> BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: aclaración conceptual*. In: BOGDANDY, Armin von. MORALES ANTONIAZZI, Mariela. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. Heidelberg: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

<sup>44</sup> CORTE IDH. *Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala*. Sentença de 25 de novembro de 2003 (mérito, reparações e custas).

<sup>45</sup> CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros v. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo.<sup>46</sup>

A técnica do controle de convencionalidade é desenvolvida mediante aplicação do princípio *pro persona*, haja vista a regra interpretativa contida no artigo 29 da CADH, a qual impede que as disposições convencionais sejam interpretadas de modo a limitar o exercício de direitos reconhecidos internamente pelo Estado ou garantidos por outros instrumentos internacionais. Logo, a deliberação sobre a (in)compatibilidade entre normas nacionais e interamericanas não se dá por uma lógica formal-hierárquica, mas por um processo substancial que faz prevalecer a norma ou interpretação de direitos humanos mais favorável ao indivíduo.<sup>47</sup>

Na sentença de mérito do caso *Gelman v. Uruguai* (2011)<sup>48</sup>, a Corte Interamericana esclareceu que o exercício do controle de convencionalidade “é função e tarefa de qualquer autoridade pública e não apenas do Poder Judiciário”<sup>49</sup>. Ainda, ao proferir resolução de supervisão de cumprimento daquela sentença no ano de 2013<sup>50</sup>, o tribunal assentou que a obrigação dos Estados concernente ao dito controle possui duas manifestações: a primeira, quando existe uma sentença internacional com caráter de coisa julgada que foi proferida contra o próprio Estado<sup>51</sup>; e a segunda, por sua vez, quando mesmo não tendo participado do processo internacional em que foi estabelecida determinada jurisprudência, o Estado deve realizá-lo simplesmente por ser parte da CADH, levando em conta “o próprio tratado e, conforme o caso, os precedentes e diretrizes jurisprudenciais da Corte Interamericana”<sup>52</sup>.

Assim, a interpretação do alcance das obrigações estatais, estabelecida pela Corte IDH no exercício de tal controle, ostenta eficácia vinculante e deve ser observada por todos os Estados que reconheceram sua jurisdição, mesmo que não tenham protagonizado a demanda específica em que foi firmada determinada diretriz jurisprudencial. Tal eficácia restringe-se à delimitação do sentido das normas convencionais e ao entendimento geral daqueles preceitos, sendo atribuída tanto às sentenças de casos contenciosos como às opiniões consultivas e resoluções sobre medidas provisórias e cumprimento de sentença.<sup>53</sup>

Em outras palavras, há um efeito irradiador obrigatório da jurisprudência interamericana, considerado extremamente promissor em virtude: da abrangência do discurso constitucional da Corte IDH; da relativa homogeneidade dos países integrantes do SIDH, que permite o estabelecimento de um *standard* mínimo regional de proteção de direitos; da prerrogativa de solicitar opiniões consultivas concedida aos Estados partes, que viabiliza pronunciamentos do alcance das normas convencionais de forma abstrata e geral pelo tribunal; da previsão do artigo 69 da CADH de transmissão formal das sentenças interamericanas a todos os Estados contratantes; e da atual estrutura de processamento bifásica.<sup>54</sup>

<sup>46</sup> CORTE IDH, Caso *Almonacid Arellano e outros v. Chile*, § 124.

<sup>47</sup> CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Controle de convencionalidade e o diálogo entre ordens internacionais e constitucionais comunicantes: por uma abertura crítica do direito brasileiro ao Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. In: COELHO, Marcus Vinícius Furtado (Org.). *Reflexões sobre a Constituição: uma homenagem da advocacia brasileira*. São Paulo: Leya, 2013. p. 200-230.

<sup>48</sup> CORTE IDH. Caso *Gelman v. Uruguai*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011 (mérito e reparações).

<sup>49</sup> CORTE IDH, Caso *Gelman v. Uruguai* (2011), § 239.

<sup>50</sup> CORTE IDH. Caso *Gelman v. Uruguai*. Resolução de 20 de março de 2013 (supervisão de cumprimento de sentença).

<sup>51</sup> CORTE IDH, Caso *Gelman v. Uruguai* (2013), § 68.

<sup>52</sup> CORTE IDH, Caso *Gelman v. Uruguai* (2013), § 69.

<sup>53</sup> RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, n. 28, p. 123-159, jul./dez. 2011. p. 139.

<sup>54</sup> MARINO, Tiago Fuchs. CARVALHO, Luciani Coimbra de. A doutrina da res interpretata no sistema interamericano de direitos humanos: diferenciais, potencialidades e desafios. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Ijuí, a. 8, n. 16, p. 75-94, jul./dez. 2020.

Nesse cenário, a Corte Interamericana surge como um “vértice canalizador de diálogos” entre os sistemas jurídicos doméstico e internacional, promovendo a fixação de padrões comuns e o impulsionamento de transformações estruturais para a efetivação dos direitos humanos. Por meio de sua jurisprudência consistente, ela provoca os Estados inseridos no sistema a adotar medidas concretas na revisão de suas estruturas, o que demanda desses Estados “seu reconhecimento como integrantes de um projeto comum em que cada grupo social, cada direito, cada esforço tem importância, de modo que as transformações sociais necessárias para a efetivação dos direitos se realizem em um ambiente de boa-fé política e relações dialógicas”.<sup>55</sup>

Fácil notar, portanto, o potencial transformador da atuação do multicitado tribunal na disseminação de padrões interpretativos que são capazes de reorientar as atividades jurisdicionais, legislativas e administrativas dos Estados que compõem o SIDH. Por derradeiro, na seção seguinte será analisada como essa atuação tem contemplado a realização dos direitos da comunidade LGBTI.

#### 4 Os parâmetros de proteção dos direitos LGBTI estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

O artigo 1 da CADH outorgou aos Estados que ratificaram a Convenção o dever de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos, sem nenhuma discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Em que pese a preocupação com a igualdade formal e o extenso catálogo de direitos civis e políticos consagrado naquele tratado, não se pode perder de vista que, até mesmo em razão de seu contexto histórico e caráter geral e universalizante, seu conteúdo não se atentou à proteção especial de certos grupos vulneráveis, notadamente a população LGBTI. Aliás, seguindo a mesma lógica do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP) da ONU, a redação do artigo 17.2 da Convenção reconhece o direito “do homem e da mulher” de contrair casamento e fundar família — cuja interpretação literal, nem é preciso dizer, revela uma compreensão heteronormativa e excludente da união matrimonial.

Apesar disso, no ano de 2013 foi aprovada pela Assembleia Ordinária da Organização dos Estados Americanos (OEA) a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância. Trata-se de convenção pioneira nas Américas, que precede eventual tratado do sistema universal<sup>56</sup> com conteúdo equivalente e promove avanço significativo sobre a matéria, uma vez que seu conceito de discriminação abrange fatores e condições existenciais ignorados por outros instrumentos internacionais,<sup>57</sup> como é o caso da orientação sexual e da identidade de gênero. Até o momento, dos doze Estados que assinaram a dita convenção, apenas dois (Uruguai e México) promoveram a ratificação<sup>58</sup>.

Destaca-se que havia pretensão inicial, no âmbito da OEA, de se elaborar uma convenção única e geral de antidiscriminação. Entretanto, o grupo de trabalho encarregado da redação decidiu dividir o projeto original em dois textos, o que ensejou a aprovação paralela da Convenção Interamericana contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância, diante da percepção de que alguns Estados não

<sup>55</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção dialógica do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019.

<sup>56</sup> Apesar da ausência de tratado no sistema universal, oportuno mencionar os Princípios de Yogyakarta, elaborados em 2006 por especialistas independentes em direitos humanos e que constantemente têm sido utilizados pelos *treaty bodies* da ONU como vetor interpretativo das normas do direito internacional. Gozam, nesse sentido, de *status* de *soft law*.

<sup>57</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 363.

<sup>58</sup> Informação disponível no *site* da OEA: <[http://www.oas.org/en/sla/dil/inter\\_american\\_treaties\\_A-69\\_discrimination\\_intolerance\\_signatories.asp](http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_A-69_discrimination_intolerance_signatories.asp)>. Acesso em 08 set 2020.

aceitariam ratificar um documento que abarcasse temas relativos à diversidade sexual.<sup>59</sup>

A despeito da demora — ou mesmo ausência de interesse<sup>60</sup> — dos Estados na ratificação da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, a Corte IDH tem empreendido significativos esforços para o reconhecimento e tutela dos direitos das pessoas LGBTI, considerando todas suas peculiaridades, com base em interpretação evolutiva da CADH, que é entendida como um instrumento vivo<sup>61</sup> por aquela corte.

A afirmação de direitos LGBTI no SIDH tem se consolidado como mecanismo para a efetivação da igualdade, em seu sentido de proibição da discriminação. Seu fundamento, conforme definiu a Corte IDH no julgamento do caso *Duque v. Colômbia* (2016), que será adiante explorado, se depreende diretamente da unidade da natureza do gênero humano, sendo inseparável da dignidade essencial de cada pessoa. Além disso, a Corte IDH já destacou que a falta de consenso entre os Estados sobre os fundamentos dos direitos LGBTI não é alegação válida para a ausência de proteção antidiscriminatória desses grupos sociais.<sup>62</sup>

Relevante adicionar, sobre esse aspecto, que os maiores avanços na proteção dos direitos relacionados à diversidade sexual têm se operado na arena jurisprudencial dos órgãos internacionais, diante da ausência de consenso entre os Estados para a elaboração e ratificação de tratados ligados à temática. O desafio que se coloca, conseqüentemente, é otimizar e densificar a força catalizadora dessa jurisprudência, tendo por ponto de partida a convergência de que a igualdade e a proibição da discriminação constituem cláusula aberta a abarcar os critérios da orientação sexual e da identidade de gênero.<sup>63</sup>

O primeiro precedente da Corte IDH a respeito do tema refere-se ao caso *Atala Riffo e Crianças v. Chile* (2012)<sup>64</sup>, que versou sobre a responsabilização internacional do Estado Chileno por decisão judicial discriminatória que impediu uma mulher, em razão de sua orientação sexual, de exercer a custódia de suas três filhas menores de idade: M., R. e V. Em síntese, após longo processo judicial, a Corte Suprema de Justiça do Chile concedeu a guarda das referidas crianças ao genitor, ante o argumento de que a decisão da vítima em residir com sua companheira afetiva exporia as menores a um estado de vulnerabilidade em seu meio social, retirando-lhes o direito de se desenvolver em família estruturada segundo o modelo “tradicional”.

Ao apreciar o caso submetido pela CIDH, a Corte IDH asseverou que a compreensão de “orientação sexual de uma pessoa [...] se encontra vinculada ao conceito de liberdade e à possibilidade de todo ser humano de se autodeterminar e de escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência”,<sup>65</sup> bem como que a orientação sexual e a identidade de gênero são categorias abrangidas pelo preceito de proibição de discriminação da CADH, porquanto se enquadram na expressão “qualquer outra condição social” do artigo 1.1. Nesse sentido, concluiu que:

<sup>59</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 363.

<sup>60</sup> A falta de disposição dos Estados Americanos em promover o reconhecimento normativo dos direitos das pessoas LGBTI também pode ser observada no contexto constitucional doméstico. Em análise específica sobre os processos constituintes no Brasil e na Colômbia, Lelis et al. apontam alguns fatores determinantes para tanto: a falta de representatividade LGBTI nas Assembleias Constituintes, o desconhecimento da matéria pelos constituintes e a prevalência de discursos contrários à posituação desses direitos embasados em argumentos de moralidade, em sua maioria ligados a tradições religiosas (LELIS, Rafael Carrano. ALMEIDA, Marcos Felipe Lopes de. ROSA, Waleska Marcy. Quem conta como nação? A exclusão de temáticas LGBTI nas assembleias constituintes de Brasil e Colômbia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 84-112, 2019).

<sup>61</sup> No julgamento do Caso *Massacre de Mapiripán v. Colômbia* (2005), afirmou-se que: “la Corte ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” (§ 106). O entendimento foi reiterado nos precedentes analisados pela presente pesquisa.

<sup>62</sup> RIOS, Roger Raupp. RESADORI, Alice Hertzog. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. SCHAFFER, Gilberto. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a discriminação contra pessoas LGBTI: panorama, potencialidade e limites. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1545-1576, 2017. p. 1566.

<sup>63</sup> PIOVESAN, Flávia. KAMIMURA, Akemi. Proteção internacional à diversidade sexual e combate à violência e discriminação baseadas a orientação sexual e identidade de gênero. *Anuario de Derecho Público Udp*, p.173-190, 2017. p. 188.

<sup>64</sup> CORTE IDH. *Caso Atala Riffo e Crianças v. Chile*. Sentença de 24 de fevereiro de 2012 (mérito, reparações e custas).

<sup>65</sup> CORTE IDH, *Caso Atala Riffo e Crianças v. Chile* (2012), § 136.

levando em conta as obrigações gerais de respeito e de garantia, estabelecidas no artigo 1.1 da Convenção Americana, os critérios de interpretação fixados no artigo 29 da citada Convenção, o estipulado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, as resoluções da Assembleia Geral da OEA, as normas estabelecidas pelo Tribunal Europeu e pelos organismos das Nações Unidas (pars. 83 a 90 supra), a Corte Interamericana estabelece que a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas são categorias protegidas pela Convenção. Por isso, a Convenção rejeita qualquer norma, ato ou prática discriminatória com base na orientação sexual da pessoa. Por conseguinte, nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades estatais, seja por particulares, pode diminuir ou restringir, de maneira alguma, os direitos de uma pessoa com base em sua orientação sexual.<sup>66</sup>

Ademais, consignou-se que eventual falta de consenso entre os países sobre o respeito aos direitos das minorias sexuais<sup>67</sup> “não pode ser considerado argumento válido para negar-lhes ou restringir-lhes os direitos humanos ou para perpetuar e reproduzir a discriminação histórica e estrutural que essas minorias têm sofrido”;<sup>68</sup> e que, para comprovar a diferenciação de tratamento em uma decisão estatal, “não é necessário que a totalidade dessa decisão esteja baseada ‘fundamental e unicamente’ na orientação sexual da pessoa, pois basta constatar que de maneira explícita ou implícita se levou em conta, até certo grau, a orientação sexual”.<sup>69</sup>

No que se refere, especificamente, à deliberação sobre a concessão da guarda, o tribunal regional advertiu que não é aceitável a utilização de fundamentos estereotipados baseados na orientação sexual dos genitores.<sup>70</sup> Quanto à alegação da Corte Chilena de que as menores enfrentariam suposta discriminação social em razão do arranjo familiar de sua mãe, ponderou-se que, embora muitas sociedades possam ser intolerantes para com a diversidade racial, sexual ou nacional, o Estado não pode invocar tal circunstância para perpetuar tratamentos discriminatórios.<sup>71</sup> Também foi esclarecido que a CADH não incorpora um modelo “tradicional” e fechado de família e que a vida familiar não se limita ao matrimônio.<sup>72</sup>

A Corte IDH enfatizou que o artigo 11 da CADH inclui a proteção da vida privada — a qual compreende, entre outros aspectos, “a vida sexual e o direito de estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos, ou seja, [...] inclui a forma pela qual o indivíduo se vê a si mesmo, e como e quando decide projetar isso em relação aos demais”.<sup>73</sup> Segundo os juízes interamericanos, tal dispositivo, associado ao direito à proteção da família, impede ingerências arbitrárias do Estado sobre o núcleo familiar.<sup>74</sup>

Posteriormente, a Corte analisou o caso *Duque v. Colômbia* (2016)<sup>75</sup>, relativo à recusa discriminatória na concessão de pensão para indivíduo após a morte de seu companheiro, que fora motivada pelo fato de o casal ser homoafetivo. Em suas alegações apresentadas perante o tribunal interamericano, o Estado demandado reconheceu a existência de um fato ilícito internacional, porém aduziu que seus efeitos teriam cessado após decisão proferida pela Corte Constitucional Colombiana, que estendera a proteção dos direitos de pensão aos casais de mesmo sexo.

<sup>66</sup> CORTE IDH, *Caso Atala Riffo e Crianças v. Chile* (2012), § 91.

<sup>67</sup> Em que pese os argumentos positivos no que tange ao reconhecimento dos direitos LGBTI pela Corte IDH no presente julgamento, necessário problematizar a utilização do termo “minorias sexuais” por aquele órgão julgador para delimitar todos aqueles que expressam sexualidades e identidades que não condizem com o padrão heteronormativo, uma vez que “tal designação, ao ser endereçada a certo grupo, traz embutidos certos esquemas classificatórios que enfraquecem a legitimidade e a efetividade do direito à diferença” (RIOS, Roger Raupp. RESADORI, Alice Hertzog. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. SCHAFFER, Gilberto. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a discriminação contra pessoas LGBTI: panorama, potencialidade e limites. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1545-1576, 2017. p. 1571).

<sup>68</sup> CORTE IDH, *Caso Atala Riffo e Crianças v. Chile* (2012), § 92.

<sup>69</sup> CORTE IDH, *Caso Atala Riffo e Crianças v. Chile* (2012), § 94.

<sup>70</sup> CORTE IDH, *Caso Atala Riffo e Crianças v. Chile* (2012), § 111.

<sup>71</sup> CORTE IDH, *Caso Atala Riffo e Crianças v. Chile* (2012), § 119.

<sup>72</sup> CORTE IDH, *Caso Atala Riffo e Crianças v. Chile* (2012), § 142.

<sup>73</sup> CORTE IDH, *Caso Atala Riffo e Crianças v. Chile* (2012), § 162.

<sup>74</sup> CORTE IDH, *Caso Atala Riffo e Crianças v. Chile* (2012), §§ 169 e 170.

<sup>75</sup> CORTE IDH. *Caso Duque v. Colômbia*. Sentença de 26 de fevereiro de 2016 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

Após ressaltar que o Princípio Fundamental da Igualdade e Não discriminação evoluiu para o *status de ius cogen* no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>76</sup> e reiterar sua posição sobre a proibição de discriminação por motivo de orientação sexual e identidade de gênero prevista na CADH,<sup>77</sup> a Corte de San José pontuou que, apesar da decisão proferida pelo tribunal constitucional doméstico, a normativa interna que vigeu anteriormente, ao não autorizar o pagamento de pensões a casais de mesmo sexo, constituiu ilícito internacional e afetou a vítima.<sup>78</sup>

Por conseguinte, deliberou-se que a violação aos direitos da vítima não fora reparada integralmente. “Os pagamentos retroativos, que poderia vir a receber, não seriam equivalentes aos que teria recebido no caso de não ter sido tratado diferentemente, de forma discriminatória”.<sup>79</sup> Ao final, reconheceu-se a violação do direito à igualdade perante a lei e estipulou-se, entre outras medidas reparatorias, que fosse assegurado o trâmite prioritário da eventual solicitação de pensão de sobrevivência da vítima e concedida a respectiva indenização.

Outro precedente relevante é o caso *Flor Freire v. Equador* (2016)<sup>80</sup>, que versou sobre a dispensa de agente militar da Força Terrestre Equatoriana em razão de norma regulamentar que sancionava, de modo discriminatório, a prática de atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo.

De modo geral, a Corte IDH reafirmou sua compreensão acerca da orientação sexual enquanto elemento intrinsecamente associado à liberdade e à autodeterminação das pessoas.<sup>81</sup> Por derradeiro, afirmou que os Estados integrantes do SIDH são obrigados a adotar medidas positivas para reverter ou alterar situações discriminatórias em prejuízo de determinados grupos, inclusive quanto às condutas de terceiros que, sob sua tolerância ou aquiescência, promovam tais situações.<sup>82</sup> Demais disso, salientou que a proibição de discriminação envolve tanto a orientação sexual real como a aparente ou “por percepção”, em conformidade com o *corpus juris* internacional.<sup>83</sup>

Em relação ao caso concreto analisado, o tribunal identificou uma diferenciação, no Regulamento de Disciplina Militar do Estado Equatoriano, entre as condutas definidas como “prática de atos sexuais ilegítimos” e “prática de atos de homossexualidade”. Essa diferenciação seria de dupla natureza: quanto à sanção, a primeira resultaria em prisão de dez dias ou suspensão, ao passo que a segunda ensejaria a dispensa oficial; e, quanto ao alcance da conduta, a primeira sancionaria atos praticados apenas nas repartições militares e a segunda abrangeria até mesmo atos fora do serviço.<sup>84</sup>

Sendo assim, a Corte IDH sustentou que a diferença na regulação disciplinar evidenciaria uma discriminação com base na orientação sexual, levando à exclusão da participação de pessoas homossexuais das Forças Armadas<sup>85</sup> — postura rechaçada por instrumentos internacionais, órgãos de proteção dos direitos humanos e pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos,<sup>86</sup> além da legislação e jurisprudência de países da região.<sup>87</sup> Concluiu, igualmente, que a proibição de discriminação pautada na orientação sexual se estende a todas as esferas do desenvolvimento pessoal das pessoas submetidas à jurisdição de um Estado parte da CADH.<sup>88</sup>

<sup>76</sup> CORTE IDH, Caso Duque v. Colômbia (2016), § 90.

<sup>77</sup> CORTE IDH, Caso Duque v. Colômbia (2016), § 104.

<sup>78</sup> CORTE IDH, Caso Duque v. Colômbia (2016), § 124.

<sup>79</sup> CORTE IDH, Caso Duque v. Colômbia (2016), § 136.

<sup>80</sup> CORTE IDH. Caso Flor Freire v. Equador. Sentença de 31 de agosto de 2016 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

<sup>81</sup> CORTE IDH, Caso Flor Freire v. Equador (2016), § 103.

<sup>82</sup> CORTE IDH, Caso Flor Freire v. Equador (2016), § 110.

<sup>83</sup> CORTE IDH, Caso Flor Freire v. Equador (2016), § 122.

<sup>84</sup> CORTE IDH, Caso Flor Freire v. Equador (2016), § 117.

<sup>85</sup> CORTE IDH, Caso Flor Freire v. Equador (2016), § 127.

<sup>86</sup> CORTE IDH, Caso Flor Freire v. Equador (2016), § 128.

<sup>87</sup> CORTE IDH, Caso Flor Freire v. Equador (2016), §§ 131 e 132.

<sup>88</sup> CORTE IDH, Caso Flor Freire v. Equador (2016), § 136.

Além de assegurar medidas reparatórias específicas à vítima, a Corte impôs ao Estado condenado o dever de desenvolver programas de capacitação de caráter contínuo e permanente aos membros das Forças Armadas acerca da proibição de discriminação por orientação sexual.

O mais recente precedente exarado pela Corte IDH, no âmbito contencioso, foi o caso *Azul Rojas Marín e outra vs. Peru* (2020)<sup>89</sup>, que se referiu à prisão ilegal e tortura da senhora Azul Rojas Marín em razão de sua orientação sexual, à ausência de investigação adequada sobre os fatos, bem como à violação do direito à integridade pessoal da mãe de Azul Rojas Marín, considerando-se as violações sexuais de que foi vítima sua filha e ausência de investigação adequada.

Em um primeiro momento, a Corte IDH chamou atenção para a invisibilização dos casos de violência contra pessoas LGBTI no Peru, bem como apontou a natureza estrutural do fenômeno naquele país. Com base em pesquisa realizada pelo Instituto Nacional de Estatística e Informática do Peru, o órgão regional destacou que 62,7% das pessoas LGBTI entrevistadas afirmaram já terem sido vítimas de violência ou discriminação, 17,7% sofreram violência sexual, inclusive perpetrada por agentes estatais, como servidores da polícia nacional<sup>90</sup>.

Ainda antes de adentrar à questão de fundo, o tribunal apontou que pessoas LGBTI seriam historicamente vítimas de discriminação estrutural, estigmatização, diversas formas de violência e violações aos seus direitos fundamentais e que a jurisprudência interamericana já havia estabelecido que a orientação sexual e a identidade ou expressão de gênero de cada pessoa são categorias protegidas pela CADH e, em consequência, o Estado não poderia atuar em desfavor de uma pessoa com base em tais motivos<sup>91</sup>.

No mérito, o tribunal concluiu que o Estado privou a vítima de liberdade indevidamente, em violação às normas internas e internacionais, porquanto esta teria sido abordada por agentes estatais e levada contra sua vontade para as dependências policiais, sob o suposto argumento de averiguação de identidade, ocasião em que sofreu violações sexuais e psicológicas motivadas por sua orientação sexual.<sup>92</sup>

A sentença destacou, ainda, que as detenções realizadas por razões discriminatórias são manifestamente irrazoáveis e, portanto, arbitrárias. Assim, sendo atestado o caráter discriminatório da privação de liberdade, sequer seria necessário examinar a finalidade, necessidade ou proporcionalidade da detenção para reconhecer sua arbitrariedade.<sup>93</sup> Além disso, ressaltou que os atos de tortura perpetrados durante a detenção ilegal se classificariam como crimes de ódio, pois, além de atingirem a integridade pessoal da senhora Azul Rojas Marín, também transmitiram uma mensagem a todas as pessoas LGBTI, isto é, uma ameaça à liberdade e dignidade deste grupo social.<sup>94,95</sup>

A Corte IDH condenou o Estado do Peru pela violação aos artigos 1.1, 2, 5.1, 5.2, 7.1, 7.2, 7.3 e 7.4, 8.1 e 25.1, todos da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana contra a Tortura, determinando como medidas reparatórias, dentre outras, a realização de um ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional, a adoção de um protocolo de investi-

<sup>89</sup> CORTE IDH. Caso *Azul Rojas Marín e outra v. Peru*. Sentença de 12 de março de 2020 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

<sup>90</sup> CORTE IDH, Caso *Azul Rojas Marín* (2020), § 47.

<sup>91</sup> CORTE IDH, Caso *Azul Rojas Marín* (2020), § 90.

<sup>92</sup> CORTE IDH, Caso *Azul Rojas Marín* (2020), § 128.

<sup>93</sup> CORTE IDH, Caso *Azul Rojas Marín* (2020), § 129.

<sup>94</sup> CORTE IDH, Caso *Azul Rojas Marín* (2020), § 165.

<sup>95</sup> A relação entre o sistema de justiça criminal e a proteção dos direitos das pessoas LGBTI constitui questão de extrema relevância na atualidade, notadamente se considerados os desafios do sistema carcerário brasileiro. Em pesquisa sobre o tema, Andrade et al. retratam uma série de problemas graves relacionados ao respeito da sexualidade e identidade de gênero no contexto prisional e da segurança pública, concluindo que “negar a identidade do apenado LGBT é retirar-lhe a cidadania e condená-lo duplamente; porque além da privação da liberdade física, pune-se com o preconceito dentro do sistema carcerário e com a vulnerabilidade ante as situações de violência e redução dos direitos humanos” (ANDRADE, Mariana Dionísio de. CARTAXO, Marina Andrade. CORREIA, Daniel Camurça. Representações sociais no sistema de justiça criminal: proteção normativa e políticas públicas para o apenado LGBTI. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, 2018, p. 494-513).

gação e ação penal para os casos de violência contra pessoas LGBTI, a criação de um plano de capacitação e sensibilização dos agentes de segurança pública acerca dos direitos LGBTI, a eliminação de disposições discriminatórias previstas em planos de segurança pública nacionais, além do pagamento de danos morais e materiais à vítima.

Ao analisar o cenário de proteção das pessoas LGBTI já oferecido pelo SIDH<sup>96</sup> em casos contenciosos, Rios *et al.* admitem os inúmeros avanços promovidos sobre a matéria em âmbito regional, mas vislumbram a possibilidade de um progresso ainda maior com base na adoção de uma abordagem crítica e contundente da heteronormatividade e de denúncia ao heterossexismo no continente americano, notadamente mediante o abandono de assertivas complacentes com a naturalização de papéis de gênero e com a pretensa normalidade da heterossexualidade.<sup>97</sup>

Um passo importante para atingir essa finalidade se deu com a Opinião Consultiva OC 24/17<sup>98</sup>, editada em 24 de novembro de 2017 após solicitação da Costa Rica. O documento contemplou uma interpretação do alcance de dispositivos da CADH relacionada às obrigações estatais atinentes à mudança de nome, identidade de gênero e aos direitos derivados do vínculo estabelecido entre casais do mesmo sexo. Com base na doutrina da norma convencional interpretada, a Corte IDH frisou que o pronunciamento em questão constituiria fonte legítima a todos os órgãos dos Estados Membros da OEA, inclusive para aqueles que não aderiram à CADH, servindo como “um guia a ser usado para resolver as questões relacionadas ao respeito e garantia dos direitos humanos no âmbito da proteção de pessoas LGBTI e, portanto, evitar possíveis violações aos direitos humanos”.<sup>99</sup>

Mais uma vez, o tribunal interamericano reconheceu que são categorias protegidas pela Convenção a orientação sexual e a identidade de gênero,<sup>100</sup> destacando que a discriminação produzida quanto a esta última “também deve ser entendida em relação à identidade percebida de forma externa, independentemente de esta percepção corresponder à realidade ou não”, de maneira a contemplar “toda expressão de gênero”.<sup>101</sup>

A Corte reconheceu o direito à identidade como “o conjunto de atributos e características que permitem a individualização da pessoa na sociedade e que, nesse sentido, inclui vários direitos de acordo com o sujeito de direitos em questão e as circunstâncias”<sup>102</sup>, ao tempo em que sublinhou sua relação com a dignidade humana, o direito à vida privada, o princípio da autonomia da pessoa e a liberdade de expressão e sua consequente proteção pela CADH. E prosseguiu:

a partir da natureza humana complexa que leva cada pessoa a desenvolver sua própria personalidade com base na visão particular que eles têm sobre si mesmos, um caráter preeminente deve ser dado ao sexo psicossocial frente ao morfológico, a fim de respeitar plenamente os direitos da identidade sexual e de gênero, sendo aspectos que, em maior medida, definem a visão que a pessoa tem de si própria e a sua projeção ante a sociedade.<sup>103</sup>

Por essas razões, declarou-se que a aceitação da identidade de gênero pelo Estado é pressuposto para a garantia do pleno exercício de direitos pela população *trans*.<sup>104</sup> Associando tal premissa à personalidade jurídica e ao direito ao nome, foi realçado que o direito de reconhecimento da identidade de gênero implica que

<sup>96</sup> Ressalva-se que a análise crítica dos mencionados autores envolveu não apenas julgados da Corte IDH, mas também precedentes da CIDH – que não fazem parte do objeto da presente pesquisa.

<sup>97</sup> RIOS, Roger Raupp. RESADORI, Alice Hertzog. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. SCHAFER, Gilberto. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a discriminação contra pessoas LGBTI: panorama, potencialidade e limites. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1545-1576, 2017. p. 1570.

<sup>98</sup> CORTE IDH. Opinião Consultiva OC-24/17. Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. 24 de novembro de 2017.

<sup>99</sup> CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 27.

<sup>100</sup> CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 78.

<sup>101</sup> CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 79.

<sup>102</sup> CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 91.

<sup>103</sup> CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 95.

<sup>104</sup> CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 98.

os dados dos registros e documentos de identidade correspondam à identidade sexual e de gênero assumida pelas pessoas transgêneros.<sup>105</sup> Logo, segundo o tribunal, o procedimento de mudança de nome, adequação da imagem e retificação à menção do sexo ou gênero corresponde a um direito protegido pela CADH e deve ser assegurado e regulado pelos Estados.<sup>106</sup>

Foram estabelecidos parâmetros importantes para tal procedimento, independentemente de sua natureza administrativa ou judicial, a saber:

a) deve estar focado na adequação integral da identidade de gênero autopercebida; b) deve estar baseado unicamente no consentimento livre e informado do solicitante, sem que se exijam requisitos como as certificações médicas e/ou psicológicas ou outros que possam resultar não razoáveis ou patologizantes; c) deve ser confidencial. Além disso, mudanças, correções ou adequações nos registros e em documentos de identidade não devem fazer menção às mudanças que decorreram da alteração para se adequar à identidade de gênero; d) devem ser expeditos, e na medida do possível, gratuitos; e e) não devem exigir a certificação de operações cirúrgicas e/ou hormonais. Dado que a Corte observa que os procedimentos de natureza materialmente administrativos ou cartoriais são os que melhor se ajustam e se adequam a estes requisitos, os Estados podem fornecer paralelamente um canal administrativo, que possibilite a escolha da pessoa.<sup>107</sup>

Por outro lado, a Corte observou que, inobstante a interpretação literal do artigo 17.2, não houve discussão sobre a inclusão dos casais do mesmo sexo durante os trabalhos preparatórios para a adoção da CADH em virtude do momento histórico,<sup>108</sup> ressaltando que uma interpretação restritiva do conceito de “família” não seria compatível com o objeto e finalidade da Convenção.<sup>109</sup> Registrou, portanto, que “é obrigação dos Estados reconhecer estes vínculos familiares [dos casais homoafetivos] e protegê-los de acordo com a Convenção”.<sup>110</sup>

O tribunal estabeleceu que os casais de mesmo sexo ostentam todos os direitos derivados do vínculo familiar, o que transcende as questões relativas unicamente a direitos patrimoniais e permeia todos os direitos humanos reconhecidos internacionalmente e aqueles atribuídos pelo ordenamento interno de cada Estado aos vínculos de casais heterossexuais.<sup>111</sup>

Como se não bastasse, a Corte estimou que a criação de instituição jurídica diversa para designar o vínculo matrimonial solene entre pessoas do mesmo sexo revelaria um sinal de subestimação, pois “existiria o matrimônio para quem, de acordo com o estereótipo da heteronormatividade, fossem considerados ‘normais’, enquanto outra instituição de idêntico efeito, mas com outro nome, se indicaria para aqueles que fossem considerados ‘anormais’”.<sup>112</sup>

Nessa conjectura de ideias, o órgão regional instou os Estados a promover as reformas legislativas, administrativas e judiciais necessárias para estender o direito de acesso à instituição matrimonial aos casais homoafetivos, advertindo que, enquanto tais reformas não forem promovidas, devem lhe ser garantidos todos os direitos pertinentes às uniões constituídas por pessoas heterossexuais.<sup>113</sup>

Dessa forma, considerando-se os parâmetros firmados nos precedentes interamericanos na última década, há expectativa da plena consolidação de um constitucionalismo regional comprometido com o princípio da igualdade e, mais do que isso, com a valorização da diversidade.

Sob essa perspectiva, as diretrizes irradiadas pela jurisprudência da Corte de San José permitem o reco-

<sup>105</sup> CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 112.

<sup>106</sup> CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 116.

<sup>107</sup> CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 160.

<sup>108</sup> CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 186.

<sup>109</sup> CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 188.

<sup>110</sup> CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 191.

<sup>111</sup> CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 199.

<sup>112</sup> CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 224.

<sup>113</sup> CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 228.

nhecimento e a ampliação dos deveres dos Estados relacionados à proibição da discriminação fundada em orientação sexual e identidade de gênero, que consubstanciam adequações nos campos da legislação, políticas públicas, atividade administrativa e acesso à justiça, sob pena de condenação pelo SIDH. Ao mesmo tempo, tais diretrizes servem para fins de uniformização da matéria no âmbito regional mediante a consolidação de um *ius commune* e contribuem para a progressiva superação, nas estruturas sociais, do padrão de heterocisnormatividade.

## 5 Considerações finais

A análise dos casos já enfrentados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos relacionados à temática dos direitos LGBTI demonstra uma mudança de paradigma internacional no que se refere à livre orientação sexual e identidade de gênero ao interpretar adequadamente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos para proteger os direitos daqueles indivíduos violentados em razão de expressarem sexualidades ou identidades dissidentes do padrão heteronormativo social dominante.

Por outro lado, necessário destacar também o potencial emancipador, progressista e libertário das decisões examinadas, ao reconhecer os direitos humanos de grupo socialmente estigmatizado, identificar a livre orientação sexual e a identidade de gênero como elementos intrinsecamente relacionados à preservação da dignidade humana, bem como contribuir para a mudança paradigmática dos padrões heterossexual e cisnormativo hegemônicos nas sociedades latino-americanas.

A utilização do SIDH enquanto mecanismo para a efetivação do *ius constitutionale commune* na América Latina, a partir da construção de interpretações vinculantes a todos os Estados Partes dos preceitos de direitos humanos insculpidos na Carta de San José da Costa Rica, mostra-se de vital importância para o reconhecimento das sexualidades e identidades não hegemônicas e para a salvaguarda dos direitos humanos da população LGBTI.

Nessa senda, os casos *Atala Riffo e Crianças v. Chile* (2012), *Duque v. Colômbia* (2016), *Flor Freire v. Equador* (2016) e *Azul Rojas Marín e outra v. Peru* (2020) representam não só construções jurisprudenciais relevantes no cenário da proteção internacional dos direitos humanos, mas, principalmente, movimentos voltados à concretização dos direitos à vida, integridade, liberdade, vida privada, bem como à proteção da honra e dignidade de pessoas LGBTI no continente americano.

Por sua vez, a Opinião Consultiva n.º 24/2017, emitida pela Corte IDH, na qual definiu-se que a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas são categorias protegidas pelo Pacto de San José e, por esta razão, é proscrita pela Convenção qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual ou na identidade de gênero das pessoas, representa também valiosa contribuição para os direitos da população LGBTI no SIDH.

Dessa forma, percebe-se que os Estados não podem se utilizar de disposições do direito interno e dos sistemas de Justiça como subterfúgios para privilegiar uma posição moral heterossexual e cisnormativa, provocando a conformação compulsória ou então a invisibilização de sujeitos dissidentes de sexo e gênero. É dever de uma República Democrática a proteção de todos os indivíduos sem discriminações de qualquer natureza, bem como a adoção de políticas voltadas à garantia da liberdade no aspecto da sexualidade e manifestação de gênero.

A universalidade dos direitos humanos deve ser compreendida a partir dos pilares da igualdade e da diferença, abraçando a pluralidade de sexualidades e a diversidade de gênero ao tempo em que garante a todos os direitos inerentes à dignidade, sendo indispensável o respeito e a proteção estatal à convivência harmônica e ao desenvolvimento plural, digno e livre das diversas expressões de gênero e da sexualidade.

## Referências

- ANDRADE, Mariana Dionísio de. CARTAXO, Marina Andrade. CORREIA, Daniel Camurça. Representações sociais no sistema de justiça criminal: proteção normativa e políticas públicas para o apenado LGBTI. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 494-513, 2018.
- ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional: la red judicial latino-americana como prueba y motor del constitucionalismo multinível*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Internacional e Relações Internacionais) – Universidade Complutense de Madrid, Instituto Universitario de Investigación Ortega e Gasset, Madrid, 2015.
- BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. 5. ed. Lisboa: Edições 70, 2010.
- BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune en América Latina: aclaración conceptual. In: BOGDANDY, Armin von. MORALES ANTONIAZZI, Mariela. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. Heidelberg: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.
- BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 18. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. 287p.
- CALIXTO, Angela Jank. CARVALHO, Luciani Coimbra de. The role of human rights in the process of constitutionalization of international law. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 25, n. 1, p. 235-252, jan./abr. 2020.
- CAMPOS, Ligia Fabris. Direitos de pessoas trans em perspectiva comparada: o papel do conceito de dano no Brasil e na Alemanha. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, p. 476-495, 2016.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. *Rev. Bras. Polít. Int.*, Brasília, v. 40, n. 1, p. 167-177, jun. 1997.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Princípios de Yogyakarta – Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*. Yogyakarta, 2006.
- CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Controle de convencionalidade e o diálogo entre ordens internacionais e constitucionais comunicantes: por uma abertura crítica do direito brasileiro ao Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. In: COELHO, Marcus Vinícius Furtado (Org.). *Reflexões sobre a Constituição: uma homenagem da advocacia brasileira*. São Paulo: Leya, 2013. p. 200-230.
- CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros v. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).
- CORTE IDH. *Caso Atala Riffo e Crianças v. Chile*. Sentença de 24 de fevereiro de 2012 (mérito, reparações e custas).
- CORTE IDH. *Caso Azul Rojas Marín e outra v. Peru*. Sentença de 12 de março de 2020 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).
- CORTE IDH. *Caso Duque v. Colômbia*. Sentença de 26 de fevereiro de 2016 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).
- CORTE IDH. *Caso Flor Freire v. Equador*. Sentença de 31 de agosto de 2016 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

- CORTE IDH. *Caso “Massacre de Mapiripán” v. Colômbia*. Sentença de 15 de setembro de 2005.
- CORTE IDH. *Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala*. Sentença de 25 de novembro de 2003 (mérito, reparações e custas).
- CORTE IDH. *Caso Gelman v. Uruguai*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011 (mérito e reparações).
- CORTE IDH. *Caso Gelman v. Uruguai*. Resolução de 20 de março de 2013 (supervisão de cumprimento de sentença).
- CORTE IDH. *Opinião Consultiva OC-24/17*. Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. 24 de novembro de 2017.
- DIAS, Maria Berenice de. *A família homoafetiva*. 2010. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_647\)28\\_familia\\_homoafetiva.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_647)28_familia_homoafetiva.pdf). Acesso em: 15 nov. 2020.
- FACCHINI, Regina. Movimento homossexual no Brasil: recompondo um histórico. *Cadernos Arquivo Edgard Leuenroth (UNICAMP)*, v. 10, n. 18/19, p. 79-123, 2003.
- FACCHINI, Regina. Sexualidade, sociedade e diferenças: refletindo sobre a discriminação e a violência contra LGBT no Brasil. In: PASSAMANI, G. R. *(Contra) Pontos: ensaios de gênero, sexualidade e diversidade sexual. O combate à homofobia*. Campo Grande - MS: UFMS, 2012. v. 1. 176p.
- FACHIN, Edson Luiz. O corpo do registro no registro do corpo: mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 36-60, jul./set. 2014.
- FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. *Revista Ibérica do Direito*, Porto, a. 1, v. 1, n. 1, p. 66-82, jan./abr. 2020.
- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2019.
- FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. *Cadernos de Campo*, São Paulo, v. 15, n. 14/15, p. 231-239, 2006.
- FRY, Peter. Da hierarquia à igualdade: a construção histórica da homossexualidade no Brasil. In: FRY, Peter. *Para inglês ver: identidade e política na cultura brasileira*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. p. 87-115.
- GOMES, Juliana Cesario Alvim. O Supremo Tribunal Federal em uma perspectiva de gênero: mérito, acesso, representatividade e discurso. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, p. 652-676, 2016.
- GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da constituição*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- GORISH, Patrícia Cristina Vasques de Souza. *O reconhecimento dos direitos LGBT como direitos humanos*. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional). Universidade Católica de Santos, 2013.
- LELIS, Rafael Carrano. ALMEIDA, Marcos Felipe Lopes de. ROSA, Waleska Marcy. Quem conta como nação? A exclusão de temáticas LGBTI nas assembleias constituintes de Brasil e Colômbia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 84-112, 2019.
- MARINO, Tiago Fuchs. CARVALHO, Luciani Coimbra de. A doutrina da res interpretata no sistema interamericano de direitos humanos: diferenciais, potencialidades e desafios. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Ijuí, a. 8, n. 16, p. 75-94, jul./dez. 2020.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção dialogada do Ius Constitutionale Commune na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São José da Costa Rica, 1969.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância*. Antigua Guatemala, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Ius Constitutionale Commune em Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador: o impacto do Sistema Interamericano. In: BOGDANDY, Armin von. ANTONIAZZI, Mariela Morales. PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 75-95.

PIOVESAN, Flávia. KAMIMURA, Akemi. Proteção internacional à diversidade sexual e combate à violência e discriminação baseadas a orientação sexual e identidade de gênero. *Anuario de Derecho Público Udp*, p.173-190, 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 11ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. 1792. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/21800>. Acesso em 15.05.2020.

PRETTES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudio; ABREU, João Francisco. (Org.). *Iniciação Científica: Destaques 2007*. 1ed. Belo Horizonte: Editora PUC MINAS, 2008, v. 1, p. 313-393.

RAMÍREZ, Sergio Garcia. El control judicial interno de convencionalidad. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, n. 28, p. 123-159, jul./dez. 2011.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIOS, Roger Raupp. Perspectivas e tensões no desenvolvimento dos direitos sexuais no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 52, p. 331-353, 2015.

RIOS, Roger Raupp. RESADORI, Alice Hertzog. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. SCHAFER, Gilberto. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a discriminação contra pessoas LGBTTI: panorama, potencialidade e limites. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1545-1576, 2017.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Revista Educação e Realidade*. Porto Alegre, v. 20, n. 1, p. 71-99, jul./dez. 1995.

TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

VAINFAS, Ronaldo. *Trópico dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

VERONESE, Osmar. Angelin, Rosângela. Ser diferente é normal e constitucional: sobre o direito à diferença no Brasil. *Revista Direito Público (RDP)*, Brasília, v. 17, n. 93, p. 292-314, mai./jun. 2020.

WALKER, Neil. The Idea of Constitutional Pluralism. *The Modern Law Review*, Londres, v. 65, n. 3, p. 317-359, 2002.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.