

A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A EFETIVIDADE DO DIREITO À IGUALDADE E IDENTIDADE DE GÊNERO: A Opinião Consultiva nº 24

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2023.59.12306>

Submetido em: 10/5/2021

Aceito em: 3/2/2022

José Alberto Antunes de Miranda

Universidade La Salle – Unilasalle. Canoas/RS, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/1930837085912886>.
<https://orcid.org/0000-0002-5338-4728>

Layr Leorne Mendes Neto

Autor correspondente: Universidade La Salle – Unilasalle. Canoas/RS, Brasil.
<http://lattes.cnpq.br/5913026171843772>. <https://orcid.org/0000-0002-4992-1850>.
leornemendes@hotmail.com

RESUMO

Este artigo analisa a Opinião Consultiva nº 24 emanada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em relação às pessoas pertencentes ao movimento LGBTQI (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, intersex e queer). É feita uma abordagem sobre o funcionamento da Corte IDH bem como sobre os conceitos do direito à igualdade, identidade de gênero e não discriminação. O objetivo deste ensaio é demonstrar a influência que a Opinião Consultiva nº 24 da Corte IDH possui em relação ao Brasil. No caso, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu ser possível a alteração de nome e gênero no assento de registro civil mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. O estudo realizado é de natureza qualitativa descritiva, desenvolvido por meio de consultas documentais e bibliográficas, percorrendo as principais fontes advindas da instituição internacional envolvida nessas ações. A conclusão do ensaio é de que o STF, em um claro diálogo com a Corte IDH, harmonizou sua jurisprudência em relação à Corte Interamericana de Direitos Humanos, evitando, no ponto, qualquer responsabilidade internacional do Brasil.

Palavras-chave: Corte Interamericana; direitos humanos; decisões; mudança de nome.

THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO GENDER EQUALITY AND IDENTITY: CONSULTATIVE OPINION NO. 24.

ABSTRACT

This article analyzes Advisory Opinion nº 24 issued by the Inter-American Court of Human Rights (Inter-American Court) in relation to people belonging to the LGBTQI movement (lesbian, gay, bisexual, transsexual, intersex and queer). An approach is made on the functioning of the Inter-American Court as well as on the concepts of the right to equality, gender identity and non-discrimination. The purpose of this essay is to demonstrate the influence that Advisory Opinion nº 24 of the Inter-American Court has in relation to Brazil. In this case, the Supreme Federal Court (STF) understood that it is possible to change the name and gender in the civil registry seat even without performing a sex reassignment surgical procedure. The adopted methodology was empirical through the analysis of the constitutive treaties and concrete cases. The conclusion of the essay is that the STF, in a clear dialogue with the Inter-American Court, harmonized its jurisprudence in relation to the Inter-American Court of Human Rights, avoiding in the case any international responsibility from Brazil.

Keywords: inter-american court; human rights; decisions; name change.

1 INTRODUÇÃO

O Direito e a sociedade global no âmbito de suas interações convivem com variáveis complexas no atual mundo globalizado. Críticas à globalização e à efetividade do direito por meio da cooperação internacional e das instituições internacionais e suas falhas em contribuir para um mundo mais inclusivo desestimulam muitas vezes as ações emanadas por essas instituições internacionais e auxiliam no aporte à defesa de direitos.

O movimento LGBTQI (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, intersex e queer) busca, há tempos, reconhecimento, igualdade e respeito no âmbito da sociedade. O mencionado grupo, após diversos embates sociais, ganhou notoriedade, representatividade e reconhecimento.

O preconceito, contudo, e as reiteradas violações de direitos persistem. Nesse sentido é que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) tem atuado para garantir, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), o reconhecimento de direitos de identidade de gênero, não discriminação de casais do mesmo sexo e igualdade aos LGBTQI. A ideia de igualdade, por oportuno, advém, precipuamente, do simples fato de ser humano e é coligada com a percepção da dignidade humana.

Em diversas oportunidades, a Corte IDH teve de intervir para garantir direitos aos LGBTQI sonogados pelos Estados signatários, realizando a interpretação e a aplicação das disposições do Pacto de São José da Costa Rica.

No presente artigo nos propomos a analisar a Opinião Consultiva nº 24 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual enfrentou o tema da mudança de nome baseada na identidade de gênero e o reconhecimento de direitos patrimoniais entre pessoas do mesmo sexo.

De início, buscando uma delimitação do tema, detivemo-nos ao assunto igualdade e identidade de gênero e a possibilidade de mudança de nome sob a Opinião Consultiva nº 24 da Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro.

Após é feita uma análise dos conceitos de gênero e identidade de gênero definidos pela Corte IDH comparando-os com os existentes na literatura especializada sobre a temática com o objetivo de visualizar a concepção da interpretação internacional do tema e perceber as diferenças em relação ao plano interno.

A metodologia adotada foi empírica por meio da análise do tratado e de casos concretos para se compreender, na prática, a realidade que se tenta esclarecer.

Por fim, abordamos o diálogo existente entre a Opinião Consultiva nº 24 da Corte IDH e a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.275, a qual permitiu a alteração de nome sem a necessidade de realização de qualquer procedimento cirúrgico de mudança de sexo.

2 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS LGBTQI

Com o término da Segunda Guerra Mundial os Estados, de uma maneira geral, procuraram um alinhamento em blocos, com a finalidade de uma maior integração, buscando compartilhar sistemas comerciais, políticos e sociais.

Diante desses movimentos por mais cooperação e integração no sistema internacional, a temática dos direitos humanos permanece em evidência no seio social. Os movimentos internacionais e a globalização criaram a necessidade de que a proteção dos direitos humanos saísse da ótica interna dos Estados e fosse, paulatinamente, deslocada para o âmbito externo.

Constata-se que a governança global enfrenta inúmeros problemas e tensões, nomeadamente no que se refere às orientações normativas relativas ao meio ambiente e ao clima, ao controle de armamentos nucleares, ao comércio internacional, à saúde global, entre outros, fenômenos que não mais podem ser tratados como simples questões de interesse de Estados soberanos, quando considerados isoladamente (MIRANDA, 2020).

O sistema de governança global que sustenta os regimes de direitos humanos conta com o suporte do Direito Internacional e das organizações internacionais, que se mostram essenciais na atual ordem internacional. Atualmente, a principal fonte de obrigação do Direito Internacional são os tratados, uma vez que são juridicamente obrigatórios e vinculantes.

Mesmo com esse suporte, entretanto, ainda há resistência por parte dos Estados na efetivação desses direitos. E hoje vemos a temática de direitos humanos que até então avançava com a atenção dos Estados, dar lugar a uma onda de retrocessos em que se observa uma valorização do Estado em detrimento das instituições e normas internacionais. Discursos excludentes, e por vezes, extremistas podem representar uma ameaça aos direitos humanos.

A partir de declarações e convenções estipuladas pelas organizações internacionais, os Estados-membros têm o dever de respeitar e seguir o que foi assinado, criando políticas e leis domésticas que englobem os temas debatidos nas instituições internacionais, visando a uma maior eficácia dos pressupostos assinados. A ratificação do tratado faz com que o Estado passe a ter obrigatoriedade na esfera internacional e, igualmente, doméstica.

Em virtude disso, para garantir uma proteção abrangente dos direitos humanos, no movimento de internacionalização das relações entre os Estados, foram criados diversos sistemas de proteção dos direitos do homem. A proteção internacional dos direitos humanos, assim, é entabulada por meio de sistemas. Existem dois tipos de mecanismos que vaticinam a proteção dos direitos humanos: o global e o regional.

Em termos globais, o sistema é administrado pela Organização das Nações Unidas (ONU) constituindo o principal órgão o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH). Em termos regionais, podemos elencar os sistemas europeu, interamericano e africano. Nesse compasso, em 1948, com a celebração da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a proclamação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, iniciou-se a formação do arcabouço jurídico de proteção à dignidade humana nas Américas.

O mencionado arcabouço normativo conta com outros instrumentos normativos, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Além disso, podemos apontar a existência de diversas convenções e protocolos sobre os variados temas que abrangem o universo dos direitos do homem no sistema interamericano.

Quadro 1 – Convenções sobre Direitos Humanos no sistema interamericano

CONVENÇÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA INTERAMERICANO	ANO	RATIFICAÇÕES
Carta da OEA em conjunto com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem ¹	1948	35
Convenção Interamericana sobre Concessão dos Direitos Civis à Mulher	1948	21
Convenção Interamericana sobre Concessão dos Direitos Políticos à Mulher	1948	24
Convenção Americana dos Direitos Humanos	1969	25 ²
Convenção Interamericana de Prevenção e Punição da Tortura	1985	16
Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos na área de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais	1988	17
Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos para Abolição da Pena de Morte	1990	13
Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas	1994	15

¹ A Corte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos emitiram manifestação no sentido de que, apesar de não ser um tratado formalmente, a Declaração Americana constitui fonte de obrigações internacionais para os Estados membros da OEA. Ver Corte Interamericana de Direitos Humanos, Parecer Consultivo PC-10/89, Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no contexto do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 14 de julho de 1989, Ser. A. Nº 10 (1989), par. 35-45; CIDH, James Terry Roach e Jay Pinkerton contra os Estados Unidos, Caso 9.647, Res. 3/87, 22 de setembro de 1987, Relatório Anual 1986-1987, par. 46-49, Rafael Ferrer-Mazorra e Outros contra os Estados Unidos, Relatório Nº 51/01, Caso 9.903, 4 de abril de 2001. Ver, igualmente, Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, artigo 20.

² A Venezuela ratificou a Convenção Americana dos Direitos Humanos em 1/7/2019, realizando o depósito em 31/7/2019, e Trinidad e Tobago denunciou a mencionada convenção em 26/5/1998 e não como constou na minuta.

Convenção Interamericana sobre Prevenção, Punição e Erradicação da Violência contra a Mulher	1994	31
Convenção Interamericana sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra pessoas com Deficiências	1999	19
Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância	2013	5
Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância	2013	2
Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas	2015	8

Fonte: Autoria própria com base nos dados que constam nos sites da OEA e CIDH.

De fato, contudo, o principal tratado do sistema interamericano é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, de 1969. O mencionado documento robusteceu as atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse compasso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sediada na Costa Rica, exerce competência contenciosa e consultiva, sendo competente para julgar qualquer caso relativo à interpretação e à aplicação das disposições do Pacto de São José da Costa Rica. Ademais, a corte exerce uma espécie de compatibilidade entre as leis internas de um Estado e os tratados do sistema interamericano (CORTE-IDH, 2020). Nesse sentido, a função consultiva permite ao Tribunal interpretar qualquer norma da Convenção Americana, sem que nenhuma parte ou aspecto desse instrumento seja excluído do âmbito de interpretação (CORTE-IDH, 2017).

A Corte IDH julga questões de responsabilidade internacional dos Estados que ratificaram a Convenção e aceitaram sua jurisdição. As sentenças exaradas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos permitem que demandas de grupos minoritários rejeitadas na órbita interna dos Estados signatários sejam revistas no plano internacional.

Somente os Estados-partes do Pacto e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) podem submeter caso à decisão da Corte, conforme artigo 61³ do Pacto de São José da Costa Rica. Assim, as pessoas ou organizações, em caso de violação de direitos humanos previstos no estatuto, devem peticionar à Comissão Interamericana, caso desejem acesso à Corte IDH (CORTE-IDH, 2020).

Por outro lado, para que a Corte tenha conhecimento de um caso, os Estados envolvidos deverão aceitar, expressamente, a competência da Corte para julgar. É necessária a elaboração de uma convenção específica para o caso, conforme artigo 62⁴ da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O Brasil, por exemplo, após o período de ditadura militar, promulgou o Pacto de São José da Costa Rica, em 1992, e aceitou a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998 (CIDH, 2020), entendendo que os artigos 43 e 48, alínea “d”, não incluem o direito automático de visitas e inspeções *in loco* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais dependerão da anuência expressa do Estado.

Por seu turno, o artigo 63 do Pacto de São José da Costa Rica estabelece que, quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que

³ Somente os Estados-partes e a Comissão têm direito de submeter um caso à decisão da Corte.

⁴ 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. 2 A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias aos outros Estados-membros da Organização e ao Secretário da Corte. 3. A Corte tem competência para conhecer qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial

sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada (OEA, 1969). Além do mais, a parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado, conforme artigo 68 do mencionado pacto (OEA, 1969).

É importante mencionar, por oportuno, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos não substituiu o poder Judiciário dos países signatários do Pacto de São José da Costa Rica, não funcionando como uma corte recursal ou de cassação. Assim, a decisão da Corte IDH não substituiu o que foi decidido pelo tribunal nacional, apenas assevera a compatibilidade ou não do que foi decidido internamente com o que está estabelecido na Convenção Americana.

Ademais, para o acesso à Corte Americana é necessário que tenham sido esgotados todos os recursos internos do país de origem, conforme artigo 46^o do Pacto de São José da Costa Rica.

Vale pontuar que existe, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a relatoria LGBTI (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e intersex) (OEA, 2014b). O mencionado órgão tem, entre outras, funções de monitorar a situação dos direitos humanos de lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersex na região e prestar assessoria nas solicitações das medidas cautelares na Corte IDH que guardem conexão com a orientação sexual, a identidade de gênero e a expressão de gênero (OEA, 2014b).

A temática sobre o direito das pessoas LGBTIQI, no âmbito da OEA, é o resultado do trabalho de membros da sociedade civil perante os órgãos políticos da organização. Em 2008, essa intensa atuação foi coroada com a edição de uma resolução (2.435/2008) dedicada à orientação sexual e identidade de gênero. Na ocasião, os Estados manifestaram sua preocupação com a violência e a violação de direitos humanos de pessoas em virtude da sua orientação sexual e identidade de gênero (OEA, 2008).

A mencionada resolução foi fruto de iniciativa da delegação brasileira e teve fundamentação na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Declaração Americana de Direitos do Homem, na Carta da OEA e nos princípios da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos (VECCHIATTI; VIANA, 2018).

A OEA, assim, antecipou-se à própria ONU em relação à matéria, e a mencionada resolução foi seguida por outras cinco resoluções em que os Estados-membros da organização se comprometeram, em relação às pessoas LGBTIQI, a prevenção e investigação dos delitos, a necessidade de garantir o acesso à Justiça, adoção de políticas públicas para combater a discriminação de orientação sexual e da identidade de gênero, garantia da participação política, além de outros temas (OEA, 2014b).

Quadro 2 – Resoluções da OEA sobre pessoas LGBTI

RESOLUÇÃO	ANO	CONTEÚDO
2.435	2008	Preocupação com a violência e a violação de direitos humanos de pessoas em virtude da sua orientação sexual e identidade de gênero.
2.504	2009	Preocupação com as violações de direitos humanos motivadas pela orientação sexual e identidade de gênero, além de condenar a violência praticada contra pessoas LGBTI e, entre outros, para que a CIDH e demais órgãos do SIDH a conferir especial atenção à temática.
2.600	2010	Além dos temas já inseridos nas outras resoluções, proporciona que os membros considerem adotar medidas de combate à discriminação oriunda da orientação sexual e identidade de gênero e sugere à CIDH para realizar um estudo sobre discriminação e violência contra LGBTI.

⁵ Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário que tenham sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos.

2.653	2011	Recomenda adotar políticas públicas contra a discriminação oriunda da orientação sexual e identidade de gênero e, entre outras, o desenvolvimento conceitual e terminológico sobre o tema.
2.721	2012	Referência à criação da Unidade de Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros e Intersexuais (LGBTI) pela CIDH, em 2011, e o plano de trabalho desta.
2.807	2013	Conclama os membros a levantar os crimes de natureza homofóbica e transfóbica contra pessoas LGBTI para fundamentar políticas públicas.

Fonte: Autoria própria com base nos dados que constam no site da OEA e no artigo de VECCHIATTI e VIANA.

Nesse contexto, como demonstrado anteriormente, por provocação da Assembleia Geral da OEA, em 2011, a CIDH decidiu criar a unidade LGBTI, a qual tinha por atribuições a produção de informes sobre a situação nas Américas bem como a monitorização das violações dos direitos humanos de pessoas LGBTI, o desenvolvimento de normas sobre a interpretação dos instrumentos interamericanos sobre direitos humanos em áreas que englobassem a orientação sexual, a identidade de gênero e a diversidade corporal e a assessoria técnica a Estados e órgãos políticos da organização (OEA, 2014b).

A CIDH, por sua vez, em um aceno para a importância da temática decidiu, em 2013, criar, em substituição à unidade, a mencionada relatoria LGBTI, a qual começou a funcionar em fevereiro de 2014.

Diante dessa maior robustez de órgãos de observação de violações dos direitos humanos das pessoas LGBTQI, a CIDH conseguiu apreciar mais situações e ter maiores subsídios em relação à temática e, conseqüentemente, pôde submeter e manifestar-se em casos na Corte IDH. No âmbito da Corte IDH, foram julgados alguns casos envolvendo pessoas LGBTQI.

Quadro 3 – Casos envolvendo pessoas LGBTQI

Caso/Ano	Assunto	Conduta do Estado envolvido	Resultado do julgamento na Corte IDH
Karen Atala e filhas vs Chile/2012.	Ex-marido de Atala ingressou com ação judicial perante o Juizado de Menores sustentando que suas três filhas estariam com o desenvolvimento comprometido se permanecessem sob os cuidados da mãe, pois a genitora tinha relacionamento com outra mulher.	A Suprema Corte do Chile concedeu ao pai a guarda definitiva das crianças, entendendo que os menores estavam em risco com a mãe, pois sua realidade familiar excepcional se diferenciava sobremaneira das realidades de seus colegas de colégio, o que as exporia e as colocaria em condição de isolamento. Além disso, como Atala era juíza, foi aberto um processo administrativo para apurar sua conduta em virtude da sua opção sexual.	O Chile violou o direito à igualdade e a antidiscriminação. Além disso, ocorreu interferência arbitrária na vida privada e familiar. A Corte fixou indenização por danos morais, materiais, obrigação de assistência médica e psicológica às vítimas, caso desejassem, realização de um ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado do Chile e garantias de não repetição da conduta.
Ángel Alberto Duque vs Colômbia/2016.	Pensão por morte a casal do mesmo sexo.	O Estado colombiano negou a Ángel Alberto Duque a pensão por morte de seu companheiro, em razão de sua orientação sexual.	A Colômbia violou o direito à não discriminação, pois as normas relativas à regulação da união marital e da previdência social estabeleciam uma diferença de tratamento, pois somente os casais heterossexuais poderiam formar uma união marital. A Corte IDH estabeleceu, entre outras medidas, a garantia de trâmite prioritário à vítima na solicitação de pensão por morte e o pagamento de indenização por danos morais no valor de USD 10.000,00 (dez mil dólares).

Flor Freire vs Equador/2016.	Serviço militar e homossexualismo.	O Estado equatoriano procedeu à baixa do serviço militar de Homero Flor Freire, em razão de uma presumida falta disciplinar ligada à sua orientação sexual.	O Equador violou o direito à igualdade e à não discriminação. Ante a impossibilidade material de reintegração, a Corte IDH determinou que a vítima tivesse o <i>status</i> alterado para militar da reserva com o posto correspondente às promoções que conseguiria se estivesse na ativa. Entre outras medidas, assegurou-se uma indenização por danos materiais de USD 385.000,00 (trezentos e oitenta e cinco mil dólares).
Opinião Consultiva nº 24 (2017).	Reconhecimento da mudança de nome conforme a identidade de gênero e direitos patrimoniais advindos da união de casais do mesmo sexo.	O governo da Costa Rica apresentou o pedido com a finalidade de manifestação da Corte IDH sobre a interpretação de um artigo do Código Civil da Costa Rica que previa a mudança de nome somente com autorização judicial. Ademais, questionou se devem ser reconhecidos direitos patrimoniais a pessoas do mesmo sexo e, caso positivo, se deve existir uma figura jurídica específica para tanto.	A Corte IDH concluiu que a mudança de nome com base na identidade de gênero é uma garantia e os Estados-partes estão obrigados a reconhecer e regular os procedimentos adequados para essas garantias, devendo priorizar o trâmite administrativo e sem exigência de qualquer procedimento cirúrgico. Em relação à união de casais do mesmo sexo, a conclusão foi de que não existe somente um tipo de família a ser albergada, devendo ser reconhecidos todos os direitos decorrentes do vínculo, independente da figura legislativa específica.

Fonte: Autoria própria com base nas informações contidas no site da Corte IDH.

Conforme é percebido, com base no Quadro 3, são poucos os casos enfrentados pela Corte IDH sobre a temática dos Direitos LGBTQI. Em todas as oportunidades, contudo, em que foi instada a se manifestar, foi decidido que o Pacto de São José da Costa Rica proíbe qualquer tipo de discriminação e os Estados-membros têm o dever de adequar e aplicar sua legislação interna para reconhecer a identidade de gênero bem como a igualdade entre casais do mesmo sexo.

3 IGUALDADE, NÃO DISCRIMINAÇÃO E IDENTIDADE DE GÊNERO

Conceituar igualdade no contexto de identidade de gênero é uma complexa e tortuosa tarefa. Não há parâmetro objetivo ou forma de expressar correta em se tratando do tema. Nesse compasso, Joan Scott defende que codificar o sentido das palavras é lutar por uma causa perdida, pois as coisas que palavras e ideias pretendem significar têm uma história (SCOTT, 1995). Ademais, não existe um conceito unívoco, mas há alguns apontamentos acerca dessa discussão de forma a permitir uma comparação e compreensão das percepções acerca do gênero (CARLOS; SILVA, 2018).

Ao reproduzir valores sociais dominantes e perpetuar algumas desigualdades, o Direito está exercitando seu caráter ideológico. Identifica-se, portanto, a relação existente entre ideologia e Direito, para que possamos compreender o porquê da reprodução da matriz heterossexual, à qual seria vinculado um modelo único, ou um número de modelos limitados, de família (CARLOS, 2007).

Assim, podemos apontar três vertentes no que respeita à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico) e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios) (PIOVESAN; KAMINURA, 2017).

Conforme a limitação do objeto deste artigo, a partir de agora vamos tratar a igualdade material com enfoque na identidade de gênero e orientação sexual.

Nesse compasso, é cabível afirmar que gênero se constitui no interior de relações de poder e, por isso, estudos a partir dessa categoria podem permitir apontar e modificar desigualdades entre mulheres e homens (SCOTT, 1995).

Ademais, os corpos são percebidos por sistemas de códigos e significados sociais, estigmatizados a ponto de se tornarem matéria, inteligíveis, pois são concebidos como corpos que não se enquadram em nenhum desses elementos, corpos que não são matéria, que não são objeto, são abjetos. Nesses corpos abjetos se vê mais o que o discurso e o poder descrevem como “humano”, afinal, nos corpos abjetos a humanidade é questionada (BUTLER, 2015).

A partir da década de 50 alguns sexólogos e psicólogos americanos já tinham mencionado a palavra gênero, com o objetivo de distinção entre o sexo biológico e o gênero social. Em 1970, com o feminismo, essa nomenclatura era utilizada para enfatizar que a desigualdade sofrida pelas mulheres em relação aos homens não depende das diferenças do sexo biológico, com as relações de gênero constituindo um fenômeno sociocultural (STOLCKE, 2004).

A Corte IDH, na Opinião Consultiva nº 24, asseverou que não há acordo entre os organismos nacionais e internacionais, organizações e grupos que defendem seus respectivos direitos, bem como em âmbitos acadêmicos nos quais eles são discutidos em relação ao tema (CORTE-IDH, 2017).

Em relação à identidade de gênero, a mencionada Corte entende que é a experiência interna e individual do gênero como cada pessoa a sente, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no momento do nascimento, incluindo a experiência pessoal do corpo (o que poderia envolver – ou não – a modificação da aparência ou da função corporal por procedimentos médicos, cirúrgicos ou outros, desde que seja escolhido livremente) e outras expressões de gênero, incluindo o vestuário, o modo de falar e maneirismos (CORTE-IDH, 2017).

Como se percebe, o conceito de igualdade, ao se tratar de identidade de gênero, é abrangente. No caso da Opinião Consultiva nº 24, a Corte IDH tratou a questão de identidade de gênero com enfoque na opção sexual, a qual pode corresponder ou não ao tradicional conceito de gênero.

Diferentemente da doutrina tradicional, a qual abarca o tema gênero sob a ótica das fissuras estruturais entre homens e mulheres e seus impactos da sociedade, a Corte IDH foi além e tratou a identidade de gênero sob o prisma da não discriminação em relação ao grupo LGBTQI.

A esse respeito, em diversas Resoluções desde 2008, a Assembleia Geral da OEA afirma que as pessoas LGBTQI estão sujeitas a diversas formas de violência e discriminação com base na percepção de sua orientação sexual e identidade e expressão de gênero e resolver condenar os atos de violência, as violações dos direitos humanos e todas as formas de discriminação, em decorrência ou por razões de orientação sexual e identidade ou expressão de gênero (CORTE-IDH, 2017).

Assim, a identidade de gênero, em relação às pessoas LGBTQI, consiste na experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso 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 vestimenta, modo de falar e maneirismos (CLAM, 2007).

Nesse sentido, não pode o Direito esquivar-se de efetivar direitos garantidos constitucionalmente a uma parcela da população, o que consistiria numa discriminação baseada na orientação sexual (CARLOS, 2007). Dessa maneira, a Corte IDH, de certa forma, trata a questão da identidade de gênero sob o prisma da não discriminação em relação ao grupo LGBTQI.

3.1 O diálogo entre o STF e a CORTE IDH

O STF, em 1º de março de 2018, finalizou o julgamento da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 4.275. Na mencionada querela, o Procurador-Geral da República pretendeu que o artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 seja interpretado conforme a Constituição Federal para que, se reconhecendo aos transexuais,

independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização, o direito à mudança de prenome e sexo no registro civil.

O mencionado artigo da Lei de Registros Públicos dispõe que o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios (BRASIL, 1973).

Deveras, o legislador brasileiro tem negligenciado os direitos dos integrantes do grupo LGBTQI. Por ser um tema considerado polêmico no país, a mencionada parcela popular fica exposta à insegurança jurídica causada pela falta de regulação jurídica que verse sobre o tema, de modo que dependem do papel ativo de jurisprudência (CAMILO; OLIVEIRA, 2018).

Neste artigo, ante a complexidade de fundamentos utilizados no extenso acórdão do STF na ADI 4.275, procurar-se-á debater os fundamentos vinculados à Corte IDH e à identidade de gênero.

Assim entendido, o ministro Marco Aurélio, relator originário do caso, pontuou que é tempo de a coletividade atentar para a insuficiência de critérios morfológicos para afirmação da identidade de gênero, considerada a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2019).

O relator originário, ademais, votou por conceder a possibilidade de mudança de prenome e gênero no registro civil, mediante averbação no registro original, condicionando-se a modificação, no caso de não submissão à cirurgia de transgenitalização, aos seguintes requisitos: (i) idade mínima de 21 anos e (ii) diagnóstico médico de transexualismo, presentes os critérios do artigo 3º da Resolução nº 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina, por equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto (BRASIL, 2019).

O ministro Alexandre de Moraes, por seu turno, fez a distinção entre sexo e gênero. Para o ministro, a conformação física externa é apenas uma – mas não a única – das características definidoras do gênero (BRASIL, 2019). No mesmo contexto, o ministro Edson Fachin pontuou que o direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. Além do mais, a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la (BRASIL, 2019).

Após, o mencionado ministro pontuou que o tema já foi debatido na Opinião Consultiva nº 24 da Corte IDH e fez questão de ressaltar que a decisão do STF deveria estar em harmonia com o que a Corte Interamericana de Direitos Humanos havia apontado, julgando procedente a ação e estabelecendo que a mudança pode ser feita diretamente no registro civil.

Assim, no âmbito do STF, a matéria foi decidida, com base no voto do ministro Edson Fachin, no sentido que aos transgêneros, por meio de manifestação autônoma de vontade, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.

Por sua vez, a Corte IDH pontuou que a orientação sexual e a identidade de gênero, assim como a expressão de gênero, são categorias protegidas pela Convenção. Por isso está proibida pela Convenção qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero da pessoa. Em consequência, nenhuma norma, decisão ou prática do Direito interno, seja por parte das autoridades estatais ou por particulares, podem diminuir ou restringir, de modo algum, os direitos de um pessoas à sua orientação sexual, sua identidade de gênero e/ou sua expressão de gênero (CORTE-IDH, 2017).

A mencionada Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu que os Estados têm a possibilidade de fixar o procedimento que se amolda à realidade interna com a finalidade de mudança de nome, retificação de sexo ou gênero nos documentos e registros oficiais, tudo com base na autopercepção de gênero.

Ademais, o procedimento, independentemente da natureza, se judicial ou administrativa, deve estar dirigido à adequação integral da identidade de gênero autopercebida, estar baseado unicamente no consentimento livre e informado do solicitante sem que se exijam requisitos como certificações médicas ou psicológicas ou outros que possam resultar irrazoáveis ou patologizantes, ser confidenciais e os documentos

não podem fazer remissão às eventuais alterações, devem ser expeditos, e na medida do possível, devem tender à gratuidade, não devem exigir a realização de operações cirúrgicas ou hormonais (CORTE-IDH, 2017).

Desse modo, o STF decidiu de maneira convergente com a Corte IDH, pois fixou a possibilidade de mudança de nome e gênero, independentemente de autorização judicial, diretamente no cartório do registro civil. Assim, a Opinião Consultiva nº 24, da Corte da Costa Rica, foi fundamental para influenciar o órgão máximo do poder Judiciário brasileiro a amoldar seu entendimento à interpretação internacional dos direitos humanos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As cortes internacionais de proteção dos direitos humanos são essenciais no âmbito do mundo globalizado. Garantir, no plano internacional, a proteção e mecanismos jurídicos para conferir efetividade a esses direitos são fundamentais para preservar a sua universalidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, nesse sentido, tem exercido um importante destaque na defesa dos direitos do homem na América.

Em relação aos casos envolvendo direitos dos integrantes LGBTQI, a Corte IDH tem decidido, em todos os casos em que foi instada a se manifestar, que o direito à igualdade e à não discriminação, presentes no Pacto de São José da Costa Rica, proíbe qualquer diferenciação realizada pelos Estados em relação à identidade de gênero.

Dessa forma, a legislação interna de cada Estado signatário do mencionado tratado não pode estabelecer qualquer distinção baseada na identidade de gênero, objetivando conferir dignidade e igualdade aos membros do grupo LGBTQI.

Assim, caso ocorra algum tipo de restrição na legislação interna dos Estados, a Corte IDH entende que a interpretação adequada a ser conferida aos dispositivos legais é a que afaste qualquer tipo de discriminação baseada na identidade de gênero, devendo os Estados acatarem a autodeterminação para tal fim.

Com base nesse entendimento dominante na Corte IDH, esboçado por meio da Opinião Consultiva nº 24, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 4.275, pontuou que aos transgêneros, por meio de manifestação autônoma de vontade, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, é assegurado o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.

Nesse compasso, a decisão do STF serve para superar os preconceitos e os paradigmas, que são enraizados na sociedade brasileira. O grupo LGBTQI está, cada vez mais, rompendo com a aversão da sociedade tradicional e ganhando visibilidade por meio de garantias de direitos básicos, os quais, há bem pouco, lhes eram, indevidamente, sonogados.

A decisão do STF em seguir o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nesse sentido, é importante para o Estado Brasileiro, pois, além de assegurar e respeitar a identidade de gênero com base na autopercepção e todas suas consequências, evita uma possível responsabilização internacional e garante a sintonia com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

5 REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Lei nº 6.015*, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, 31 dez. 1973.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275. Relator: Ministro Edson Fachin. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 6 mar. 2019.
- BUTLER, Judith. *Cuerpos que importan: sobre los limites materiales y discursivos del sexo*. Introdução. Buenos Aires: Paidós, 2015. p. 17-52.
- CAMILO, Christiane de Holanda; OLIVEIRA, David de Sousa. Compliance da opinião consultiva nº. 24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, nº 17/18, p. 43-64, 2018. Disponível em: <https://www.revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/374>.
- CARLOS, Paula Pinhal de. *A perspectiva civil-constitucional das uniões homossexuais e o seu reconhecimento enquanto entidades familiares*: a reprodução da matriz heterossexual pelo Direito como obstáculo à efetivação dos direitos dos homossexuais.

- ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 31., 2007. Caxambu, MG: Anpocs, out. 2007, p. 2-20. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/encontros/papers/31-encontro-anual-da-anpocs/st-7/st23-3/3016-paulapinhala-perspectiva/file>. Acesso em: 16 dez. 2020.
- CARLOS, Paula Pinhal de; SILVA, Vanessa Ramos da. Violência de gênero e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: usos e percepções sobre gênero segundo o discurso dos desembargadores e das desembargadoras e reflexos na aplicação da Lei Maria da Penha. *Revista de Estudos Empíricos do Direito*, v. 5, n. 1, p. 49-66, mar. 2018. Disponível em: https://reedrevista.org/reed/article/view/160/pdf_28. Acesso em: 13 dez. 2020.
- CLAM. Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos. *Princípios de Yogyakarta*: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, 2007. Disponível em: <http://www.clam.org.br/pdf/Yogyakarta.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2020.
- CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Básicos*. 2020. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm. Acesso em: 2 dez. 2020.
- CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 1º out. 2020.
- CORTE-IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *O que é a Corte IDH?* 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm. Acesso em: 30 set. 2020.
- CORTE-IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Opiniões Consultivas*. Opinião Consultiva, n. 24, 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em: 26 nov. 2020.
- HOLANDA CAMILO, Christiane de; SOUSA OLIVEIRA, David. Compliance da Opinião Consultiva Nº. 24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S.l.], n. 17/18, p. 43-64, dez. 2018. ISSN 1677-1419. Disponível em: <https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/374>. Acesso em: 8 fev. 2021.
- MIRANDA, José Alberto Antunes de. Sociedade global, estado e a cooperação internacional na gestão de crises. In: RIBEIRO, Diógenes Vicente Hassan; ACHUTTI, Daniel Silva (org.). *A crise sanitária vista pelo direito: observações desde o ppgd/unilasalle sobre a Covid-19*. Canoas: Unilasalle, 2020. p. 52-59. Disponível em: <https://www.unilasalle.edu.br/uploads/files/85bb5b349578722a39eebedd2284f2c8.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2020.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. *Comunicados*. 2014a. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2014/015.asp>. Acesso em: 4 maio 2021.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm. Acesso em: 30 set. 2020.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. 2008. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/derechos_humanos_orientacion_sexual_identidad_genero.asp. Acesso em: 04 mai. 2021.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. *Relatoria sobre os direitos das pessoas LGBTI*. 2014b. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/mandato/mandato.asp>. Acesso em: 08 dez. 2020.
- 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*, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, v. 1, n. 1, p. 173-190, jan. 2017. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6389061>. Acesso em: 15 mai. 2021.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*. Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 71-99, jul./dez. 1995.
- STOLCKE, Verena. La mujer es puro cuento: la cultura del género. *Estudios Feministas*, Florianópolis, v. 12, n. 2, p. 77-105, maio/ago. 2004.
- VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti; VIANA, Thiago Gomes. *LGBTI e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a construção da cidadania internacional arco-íris*, 2018. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a3f66d3a6aab9fa2>. Acesso em: 4 maio 2021.

Todo conteúdo da Revista Direito em Debate está
sob Licença Creative Commons CC – By 4.0