XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

ANA MARIA D´ÁVILA LOPES

KARYNA BATISTA SPOSATO

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito internacional dos direitos humanos[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Vladimir Oliveira da Silveira, Ana Maria D´Ávila Lopes, Karyna Batista Sposato – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-043-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito internacional. 3. Direitos humanos. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Apresentação

A obra Direito Internacional dos Direitos Humanos é fruto do intenso debate ocorrido no Grupo de Trabalho (GT) de Direito Internacional dos Direitos Humanos realizado no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI em Aracajú, entre os dias 03 e 06 de junho de 2015, o qual focou suas atenções na temática Direito, Constituição e Cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio". Este tema norteou as análises e os debates realizados no Grupo de Trabalho, cujos artigos, unindo qualidade e pluralidade, são agora publicados para permitir a maior divulgação, difusão e desenvolvimento dos estudos contemporâneos dessa disciplina jurídica. Por uma questão didática, estes artigos foram divididos em eixos temáticos:

O primeiro trabalha o Direito Internacional do Meio Ambiente, compreendendo os seguintes artigos: Liziane Paixao Silva Oliveira e Luíz Ricardo Santana de Araújo Júnior tratam dos aspectos da proteção ambiental no âmbito da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982. Já Alexsandra Gato Rodrigues analisa o Caso Belo Monte e mundialização da justiça e suas práticas para a consolidação de um sistema de justiça em âmbito doméstico e internacional dos direitos humanos.

O segundo eixo trabalha da Universalidade dos Direitos Humanos no qual Gilmar Antonio Bedin e Juliana Bedin Grando com prioridade investigam a universalidade dos direitos humanos e o seu percurso no século XX. Monique Fernandes Santos Matos trabalha a jurisprudência da Corte EDH em relação aos direitos sociais buscando verificar se tal corte internacional contribui para a expansão harmônica destes direitos no cenário europeu, identificando ainda os principais instrumentos interpretativos e linhas de argumentação. Por sua vez Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso e Bruno Marques Teixeira respondem se os direitos humanos seriam valores mínimos a serem trabalhados por toda a sociedade internacional ou se eles permitem as peculiaridades de uma cultura.

A terceira linha apresenta o controle de Convencionalidade e a Jurisdição Internacional iniciando-se com os artigos de Alexsandro Rahbani Aragão Feijó que analisa a relação entre o Brasil, os tratados internacionais de direitos humanos e o controle de convencionalidade, e a influência recíproca entre a hierarquia desses tratados, o modo de operacionalização desse controle e os efeitos produzidos por ele. O artigo de Eliana Maria De Souza Franco Teixeira e Luna Maria Araujo Freitas apresenta uma proposta analítica do instituto internacional de

controle de convencionalidade, a partir da ideia de que o mesmo seria potencial ferramenta de aplicação prática do discurso jus cogens perante as jurisdições internacional e nacional.

O quarto grande eixo traz para debate os Direitos Humanos e identidade. Kátia Ribeiro de Oliveira e Juventino de Castro Aguado procuraram a fluidez moderna da cultura, da economia no sentido da interdependência dos povos. Flademir Jeronimo Belinati Martins investiga os reflexos do Sistema Internacional de Proteção de Direitos Humanos na Reaquisição da Nacionalidade pelo Brasileiro Nato que a perdeu. Guilherme Vinseiro Martins e Joao Lucas Cavalcanti Lembi sistematizam as garantias processuais dos migrantes no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, abordando os limites das prerrogativas estatais em confronto com os direitos daqueles que se encontram em seu território ilegalmente. Ainda nessa temática Patricia Fernandes Bega e Yasa Rochelle Santos de Araujo fazem um reflexão e demonstram os desafios das políticas públicas de apoio aos refugiados no Brasil. Mercia Cardoso de Souza e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima demonstram o flagelo humano, que é o tráfico de pessoas para exploração sexual por meio do caso Rantsev Versus Chipre e Rússia. Ynes da Silva Félix e Karine Luize Loro refletem acerca dos Tratados Internacionais e de Direitos Humanos no enfrentamento ao tráfico de pessoas. Clarindo Epaminondas de Sá Neto e Olga Maria B Aguiar De Oliveira por fim respondem como, dentro do Sistema Interamericano de Proteção, os direitos humanos passaram a incluir a diversidade sexual como uma categoria digna de tutela internacional.

No quinto ponto tratou-se do novo constitucionalismo colonial. Juliane dos Santos Ramos Souza tece uma crítica quanto ao modelo liberal tradicional de direitos humanos sob a ótica do novo constitucionalismo latino-americano. Flávia de Ávila apresenta breves linhas sobre o desenvolvimento da colonização Europeia em territórios Latino-americanos e o processo de dominação e aniquilamento e pelo não reconhecimento de direitos dos povos originários. Já Bianka Adamatti investiga em que medida o direito internacional dos direitos humanos se constitui como resposta às causas e às consequências destes fenômenos, na medida em que consagra, como princípios centrais, a igual dignidade dos seres humanos e a não-discriminação.

Para o sexto eixo sobre Direitos Humanos e Justiça de Transição foram reservados os seguintes artigos: Alexandre Bucci e Queila Rocha Carmona dos Santos analisam o direito à memória e o direito à verdade, ambos, considerados expressões de direitos humanos. Emerson Francisco de Assis discute a conversação transconstitucional eventualmente estabelecida entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre a validade da Lei de Anistia brasileira (Lei Federal n.º 6.683/1979).

No sétimo eixo tratou-se da liberdade de expressão no âmbito internacional. José Vagner de Farias e Jorge Bheron Rocha abordam os aspectos Jurisprudenciais do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relativamente à Liberdade de Imprensa. Gabriela Soldano Garcez apresenta o interculturalismo pela mídia na atual realidade da globalização, abordando seu conceito e diferenças com o multiculturalismo e a informação como instrumento de Educação Intercultural.

O oitavo Eixo abordou Direitos Humanos e democracia. Nele Elenise Felzke Schonardie e Renata Maciel trataram do fundamento e evolução histórica dos direitos humanos, desde a época da Revolução Americana e Revolução Francesa, destacando a democracia como forma fundamental de concretização dos direitos humanos. Thaís Guedes Alcoforado de Moraes e Bruna Dias Coimbra questionaram se a caracterização jurídica do estupro como arma de guerra é suficiente para abarcar toda a complexidade do conflito ou se termina por obscurecer a situação de profunda desigualdade de gêneros e violência generalizada. Marcos Paulo Andrade Bianchini analisou o Programa Mais Médicos e os médicos cubanos sobre o prisma dos Tratados de Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais da Constituição da República de 1988. Amanda Querino dos Santos Barbosa e Mercia Miranda Vasconcellos Cunha refletiram sob a ótica da Filosofia da Libertação, acerca do consenso que paira sobre a proteção internacional dos direitos humanos em que entendem que o problema de efetivação não decorre de fundamentação, mas sim de proteção e de efetividade dos direitos consagrados e protegidos. Roberta Amanajas monteiro e Heloisa Marques Gimenez fizeram uma crítica sobre o modelo de democracia fundada na racionalidade européia, na qual a concepção de sujeito, fundamenta-se a no particularismo de homem europeu, em que o Outro, o índio está excluído da concepção de sujeito de direitos e da participação política.

Por fim o nono eixo tratou das Comunidades Tradicionais. Rodrigo Portela Gomes trabalha os impactos do Ahe estreito sob a comunidade quilombola Periperi a partir da Convenção 169 da OIT. Marilene Gomes Durães e Henrique Flausino Siqueira avaliaram um caso emblemático de expropriação do conhecimento tradicional que ocorreu nas comunidades remanescentes de quilombos do Sapê do Norte, no Estado do Espírito Santo. E Rui Decio Martins versou sobre atualidade da preocupação sobre a relação entre os direitos humanos e o uso da energia nuclear na obra de Jacques Ellul.

Boa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Ana Maria DÁvila Lopes - Unifor

Profa. Dra. Karyna Batista Sposato UFS

Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira - Uninove

O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO E O RECONHECIMENTO DA DIVERSIDADE SEXUAL COMO UM DIREITO HUMANO

EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN Y EL RECONOCIMIENTO DE LA DIVERSIDAD SEXUAL CÓMO UM DERECHO HUMANO

Clarindo Epaminondas de Sá Neto
Olga Maria B Aguiar De Oliveira

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar como, dentro do Sistema Interamericano de Proteção, os direitos humanos passaram a incluir a diversidade sexual como uma categoria digna de tutela internacional. Para tanto, delimitou-se alguns conceitos iniciais que são relevantes para imersão no tema proposto, tais como o sexo, a orientação sexual e a expressão do gênero com o objetivo de construirmos o conceito jurídico da diversidade sexual. Investigou-se também o surgimento do fenômeno da hermenêutica da diversidade enquanto doutrina responsável pela inserção da diversidade sexual dentro do arcabouço normativo e antropológico da dignidade da pessoa humana e também a forma pela qual a Organização dos Estados Americanos - OEA passou a se posicionar sobre o tema da diversidade sexual. Como resultado verificou-se que a partir do cotejo entre as normas gerais previstas no Pacto de São José da Costa Rica, as normas previstas no Sistema Europeu de Direitos Humanos, normas criadas pelo Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos e algumas decisões em casos particulares, a Comissão e a Corte Interamericanas sedimentaram o entendimento de que a diversidade sexual integra a dignidade humana, passando assim a influenciar diretamente na edição de atos normativos por parte de países como Brasil, Argentina e Uruguai.

Palavras-chave: Direitos humanos, Diversidade sexual, Dignidade da pessoa humana, Hermenêutica da diversidade.

Abstract/Resumen/Résumé

Este artículo pretende analizar cómo, dentro del sistema interamericano de protección, los derechos humanos ahora incluyen la diversidad sexual como una categoría digna de protección internacional. Por lo tanto, hemos delimitado algunos conceptos iniciales que son relevantes para la inmersión en el tema, como el género, la orientación sexual y la expresión de género, con el fin de construir el concepto jurídico de la diversidad sexual. También se investigó la aparición del fenómeno de la hermenéutica de la diversidad como una doctrina responsable de la inclusión de la diversidad sexual en el marco jurídico y antropológico de la dignidad de la persona humana y también la forma en que la Organización de los Estados Americanos - OEA cambió su posición respecto a la diversidad sexual. Como resultado se concluyó que partiendose de las normas generales del Pacto de San José de Costa Rica, de las

normas del Sistema Europeo de Derechos Humanos, de las normas creadas por el Sistema Universal Protección de los Derechos Humanos y de algunas decisiones en casos particulares, la Comisión y la Corte Interamericana sedimentan el entendimiento de que la diversidad sexual es parte de la dignidad humana, pasando a influir directamente sobre la cuestión de los actos normativos de países como Brasil, Argentina y Uruguay.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derechos humanos; diversidad sexual; dignidad de la persona humana; hemenéutica de la diversidad

1 INTRODUÇÃO

Falar de diversidade sexual, ao contrário do que muitos possam pensar, é falar de política, é falar da formação do próprio Estado. A sexualidade sempre esteve aliada à demarcação das posições de poder durante a formação das sociedades mais primitivas até a formação e perpetuação das sociedades modernas, motivo pelo qual o tema sempre foi tratado como algo intocável, indelével, o que somente foi remediado em meados do século XX com a criação das chamadas teorias feministas. Foi a sexualidade, nas ideias da cientista política Carole Pateman[1], que influenciou na criação do contrato social nos séculos XVII e XVIII, o que já demonstra que o referido tema ganha contornos de extrema particularidade quando se observa que a própria origem do Estado está ligada a temas relativos à sexualidade.

O mundo e inclusive todo o conhecimento produzido nessa área mostrou em seu discurso normativo que tudo e todos sempre possuíram papeis muitos bem definidos na sociedade, derivados ora de uma ordem natural ora de uma ordem divina. Mas, as reinvindicações dos movimentos identitários[2] que surgiram sobremaneira no século XX iniciaram um processo de questionamento desses papeis, seja em termos políticos seja em torno da desconstrução de todo conhecimento que já se havia produzido academicamente sobre esse tema. É a partir dessas desconstruções que a diversidade sexual enquanto campo de estudo ganha seus primeiros contornos, abrindo caminho para a discussão de temas como o sexo, o gênero e a própria sexualidade humana, temas cuja construção histórica revelou estarem insuficientes e limitados.

Pateman (1993, p. 35) aduz em seu livro que os teóricos do contrato social contaram apenas metade da história, uma vez que o contrato sexual, que estabelece o patriarcado moderno e a dominação dos homens sobre as mulheres nunca é mencionado. Na verdade, sua descrição do contrato sexual como sendo metade da história anuncia uma face relevante e recalcada dessa questão: os homens que supostamente fizeram o contrato original são brancos, e seu pacto fraterno tem três aspectos, quais sejam, o próprio contrato social (a vontade de fundar uma sociedade regida pelo Estado), o contrato sexual e o contrato da escravidão, que legitima o domínio dos brancos sobre os negros. Nesse sentido, a pele branca, a heterossexualidade e a condição de homens foram os adjetivos necessários para o estabelecimento das relações de poder durante a história mundial, já que o contrato então criado sempre deu origem a direitos políticos sob a forma de relações de dominação e

[1] Carole Pateman é professora da Universidade de Sydney, na Austrália e através de seu livro O contrato sexual, trouxe uma releitura do contrato social formulado nos séculos XVII e XVIII.
[2] No princípio a limitação dos discursos se dava a partir da redefinição dos papeis do homem e da mulher.

subordinação, como bem exemplificam a escravidão e a posição social da mulher até os dias atuais[3].

Com efeito, a partir de recentes mudanças no campo das ciências sociais e humanas, sobremaneira em razão do movimento feminista e mais tarde do próprio movimento homossexual no mundo ocidental, a partir da década de 60, os conceitos de sexualidade e identidade passaram a levar em consideração não só as variantes da orientação sexual, mas também as questões de gênero, que de certo modo são mais complexas pois referem-se a modos de sentir, de estar e até mesmo de experimentar as noções de masculinidade e de feminilidade.

Com base nessas premissas, o objetivo deste artigo é analisar o processo de reconhecimento da diversidade sexual como um direito humano dentro do Sistema Interamericano de Proteção, verificando o caminho percorrido pela Comissão e pela Corte Interamericanas, no sentido de dar uma nova interpretação ao Pacto de São José da Costa Rica, para incluir a sexualidade humana dentro da cláusula de não-discriminação prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos. A partir de uma análise jurídica e antropológica sobre a Hermenêutica da Diversidade, teoria responsável pela politização da diversidade sexual, analisaremos a repercussão de decisões tomadas por outros órgãos de proteção, a exemplo da ONU e do Sistema Europeu, no tocante ao posicionamento atual dos órgãos interamericanos em relação à diversidade sexual.

2 CONCEITOS INICIAIS

No campo das ciências sociais há vasta bibliografia discutindo e definindo os temas acima mencionados, mas, correndo o risco de não os esgotarmos, para que se possa entender o conceito jurídico de diversidade sexual, apresentaremos abaixo algumas definições que subsidiarão nossa discussão.

As ciências sociais quando tentam definir o que é o sexo humano socorrem-se de dados físicos e biológicos, os quais demarcam como característica do sexo a existência de um aparelho genital, cujo traço diferenciador entre eles produz as perspectivas humanas dos machos e fêmeas. Durante quase a totalidade da história moderna o sexo era responsável pelo modo como as pessoas agiam, pensavam e sentiam, no entanto esse dado biológico, como até então concebido, não era capaz de distinguir os diferentes níveis de realidade desses

[3] Inobstante o desenvolvimento e a participação da mulher no mundo moderno, ainda e comum encontrarmos situações de discriminação, sobre tudo, nas relações familiares e de trabalho.

fenômenos, tarefa conferida ao gênero, cujo conceito foi elaborado pelas ciências sociais no sentido de dar ao sexo anatômico uma construção social.

Os estudiosos das ciências sociais produziram o gênero com vistas a distinguir a dimensão biológica (sexo) da social (gênero), tendo por base o pensamento de que a maneira de vivenciar as experiências de ser homem e ser mulher são criadas não a partir da biologia mas sim da cultura.

Em busca do conceito do gênero, enquanto categoria identitária, a professora do Departamento de Ciências Sociais da UFRN, Dra. Berenice Bento, propõe a observação de uma situação por ela chamada de "situação fundante" da humanidade (BENTO, 2011, p. 4). Trata-se da observação de uma mulher grávida: conforme os meses de gestação avançam aumenta também a ansiedade para se saber qual é o sexo biológico da criança e quando este sexo é revelado aquele corpo que era uma abstração adquire concretude: é um menino ou uma menina! Essa revelação traz consigo um conjunto de esperanças e suposições ao redor de um corpo que ainda é uma promessa (PRECIADO, 2002, p. 36) e toda eficácia simbólica das palavras proferidas pelo/a médico/a está em seu poder de gerar expectativas que se materializarão em cores, brinquedos e projetos futuros.

Nasce a criança. Nesse momento aquele ser já encontra uma complexa rede de desejos para seu futuro, levando-se em conta o fato de ser um menino ou uma menina, ou seja, ser um corpo que tem uma vagina ou um pênis. Berenice Bento enfatiza que essas expectativas são estruturadas numa "complexa rede de pressuposições sobre comportamentos, gostos e subjetividades que acabam por antecipar o efeito que se supunha causa" (BENTO, 2011, p. 10). Os brinquedos, as cores das roupas, inclusive os acessórios que farão parte do enxoval são comprados levando-se em conta o que seria mais apropriado para uma vagina ou um pênis.

Ocorre que não é possível afirmar que todas as crianças que nascem com uma vagina irão gostar de rosa ou de brinquedos que não exigem muito esforço e inteligência ou que todas as crianças que nasçam com um pênis irão gostar de jogar futebol ou de vestir a cor azul. É justamente essa interpelação menino/menina que não somente cria expectativas e gera suposições, mas também constrói os corpos.

Gênero, portanto, refere-se ao dado social, a uma construção histórica formada por um conjunto de regras e de padrões de construção corporal e social que geram uma identidade social nas pessoas, resultando daí identidades masculinas e femininas, bem como aquelas que se desviam dessa norma, a exemplo da efeminação, androgenia, masculinização etc (BENTO, 2011, p. 10). O gênero, pois, significa que homens e mulheres serão produto de uma interação

social e, dependendo de qual contexto se analise, o que se designa por masculino e feminino variarão enormemente; mas, acima de tudo, significa que cada sociedade cria modos legítimos de ser homem e de ser mulher, criando determinadas hierarquias entre essas identidades.

A sexualidade humana é definida por Guacira Lopes Louro (2004, p. 78) como um dado sexual definido pela práticas erótico-sexuais através das quais os seres humanos se envolvem, assim como pelo desejo e atração que as expressam. Chamada por alguns cientistas de orientação sexual, a sexualidade humana se expressa por meio das variantes relativas ao desejo pelo outro, comumente classificadas como heterossexualidade, homossexualidade e bissexualidade.

A sexualidade, desde Freud, com sua revelação sobre a existência do inconsciente, vem ganhando dimensões científicas mais amplas, sobretudo a partir do início do século passado. Desse modo, a relevância do estudo de Freud reside em ter ele encaminhado de forma progressiva os estudiosos e cientistas a vislumbrarem o conjunto de fenômenos de ordem sexual e afetiva, na seara essencial do desejo, o que influenciou nos avanços do direito, no sentido de tutelar a livre orientação sexual das pessoas, e no campo da psicologia, em apresentar a homossexualidade, a heterossexualidade e a bissexualidade como naturais nuanças da estrutura afetiva dos sujeitos desejantes (BUTLER, 2000, p. 99).

Nesse sentido, gênero e sexualidade são consideradas dimensões da identidade pessoal de cada pessoa, dimensões que são criadas, desenvolvidas e transformadas tendo como referência o modo pelo qual os valores sociais são sistematizados através da concepção cultural que organiza a vida coletiva em determinado momento histórico.

É a partir dos estudos de Freud e de Foucalt[4] que a sexualidade passa a ser compreendida sob seu aspecto jurídico, dissociando-a do determinismo até então imperante que predestinava os seres a terem direito única e exclusivamente a vivenciarem a heterossexualidade, surgindo, nessa perspectiva histórica, o conceito de diversidade sexual. A expressão diversidade sexual define as diversas faces que podem ser assumidas pela sexualidade humana, levando-se em conta a complexidade das interações sexuais, das diferenças culturais e também de outros elementos como o idioma e os hábitos, que conferem identidade aos grupos sociais.

A diversidade sexual, nesse sentido, não está limitada ao exercício do sexo, devendo seu conceito englobar tudo que contorna a sexualidade humana, sobretudo as identidades a que nos referimos anteriormente, sendo esse o traço particular que a liga ao direito, eis que o

[4] Para saber mais ver FOUCALT, Michel. **História da sexualidade.** A vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1997. Vol. 1.

exercício da sexualidade representa o exercício da cidadania e da dignidade do ser humano, o que nos mostra a necessidade de trata-la em termos jurídicos nos âmbitos doméstico e internacional, já que em grande parte das sociedades modernas a sexualidade dos sujeitos se desenvolve a partir de marcos inequitativos e discriminatórios.

2.1 A Hermenêutica da Diversidade

No tópico anterior afirmamos que a diversidade sexual emerge como um campo de estudo das ciências sociais quando, no século XX, os movimentos identitários realizaram diversos questionamentos em torno dos papeis do homem e da mulher na sociedade em termos políticos e em termos de desconstrução das teorias até então produzidas pela academia. Em termos jurídicos, a diversidade sexual ganha relevância internacional em nosso continente a partir dos anos 80, quando vivenciamos inúmeras mudanças no tocante ao modelo econômico com o qual estivemos funcionando, trazendo consigo um processo de democratização formal em distintos âmbitos, inclusive no campo da diversidade sexual[5]. Eric Fassin (2004, p. 12), sociólogo francês especializado nessa temática, afirma que a democratização dos Estados Latinos pôs em evidência a democratização da sexualidade, e isso implicou numa politização dos assuntos sexuais, o que dito em outras palavras, representa que a sexualidade passa a ser concebida como uma construção cultural na qual cada pessoa pode construí-la fora do marco de normas gerais, criando acordos mais livres sobre seu par (companheiro (a)), sobre o contrato amoroso (casamento/união estável), sobre o prazer (orientação sexual) e também sobre a vivência do corpo (identidade de gênero).

Essa democratização da sexualidade possui estreita ligação com a noção clássica de democracia política[6], eis que aquela é fruto desta. Isso se deu na medida em que essa democratização fomentou a autonomia, tornando os indivíduos sujeitos livres e iguais na determinação de condições que digam respeito à suas próprias vidas; também no reconhecimento da igualdade na tomada de decisões, pois as preferências de cada pessoa passa a ter igualdade de importância na condução da vida privada; e finalmente em razão do

[5] Nesse primeiro momento, por diversidade sexual deve-se entender as proposições estabelecidas pela sexualidade, pelo gênero e pela orientação sexual. Apesar de serem diferentes, para o momento, o termo representará o início das discussões sobre cada um dos temas, os quais, mais tarde foram ganhando contornos de identificação própria, que levados em conta pelas políticas públicas nacionais e internacionais, foram responsáveis pelos avanços nas legislações dos Estados Latino-americanos.

[6] Refere-se à noção de democracia pregada por Jean Jacques Rousseau, que serviu de base à Revolução Francesa.

pluralismo enquanto valor consagrado em diversos textos constitucionais, pois a diferença que antes separava, passa a ser reconhecida como outro signo da democracia[7].

O reconhecimento da diferença como um valor ultrapassa os limites do reconhecimento da igualdade, uma vez que esta limita-se à ideia de submissão à lei sem que haja qualquer discriminação fundamentada em critérios como o sexo, a cor da pele, a nacionalidade ou condição social. Apesar de o direito à diferença ser mais amplo do que o direito à igualdade, fato é que a diferença descansa no princípio da igualdade, o qual se reconhecido de forma plena deve admitir a existência de uma sociedade plural onde todos e todas tenham garantido o direito a não ser discriminado em razão de suas individualidades.

Com efeito, reconhecer o direito à diferença implica previamente reconhecer o direito à semelhança. À época da escravidão, quando esta era socialmente aceita, os escravos não eram incluídos como semelhantes, assim como ocorreu no regime do "apartheid" na África do Sul, ou mesmo antes do voto feminino, quando não se reconhecia às mulheres a influência política que hoje elas possuem. Dessa forma, ratifica-se a ideia acima posta de que o direito à semelhança é a base do direito à diferença, motivo pelo qual este somente se torna parte da agenda nacional dos Estados Latinos após o fim das ditaduras militares, por meio da positivação expressa do direito à semelhança entre todos, em seus respectivos textos constitucionais.

Partindo-se da ideia de que a igualdade concede o direito a ser distinto – diverso – é que no início dos anos 90 verifica-se um incipiente processo de compreensão de que a democracia deve caminhar partindo-se da noção de que apesar de iguais, todos os seres humanos não são idênticos, sendo essa máxima a responsável pelo que a partir de então passou-se a chamar de Hermenêutica da Diversidade.

A palavra Hermenêutica, a partir de sua origem etimológica do grego, significa interpretação, e surge como um método de compreensão de textos (ROMERO, 2006, p. 143). Esse conceito, porém, se expandiu para a consideração filosófica, com Aristóteles, tornando-a não apenas destinada à compreensão de textos, mas também à busca dos juízos verdadeiros. Diversidade, ao seu turno, deriva do latim "*diversitas*" e refere-se à tudo que seja diferente, ao que é variável, ao divergente, quando se tem como paradigma o conjunto de práticas sociais e culturais realizadas por parcela significativa de pessoas, em um contexto social específico. O termo Hermenêutica da Diversidade, então, deve ser entendido como um estudo e também como a busca de um caminho alternativo à uniformização hegemônica que comumente é

[7] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

consagrada nas constituições dos Estados nacionais e nos instrumentos internacionais, buscando consolidar o direito à diversidade – direito a ser diferente – como um direito individual e coletivo.

A Hermenêutica da Diversidade parte no sentido de se desconstruir o universalismo europeu, do qual hoje somos produto. Tendo em vista que - toda a construção cultural a que estamos submetidos é influenciada por líderes intelectuais pan-europeus, que sustentam a expansão dos povos e dos Estados europeus pelo resto do mundo, seja através de conquistas militares, seja por meio da exploração econômica - , é que facilmente se constata que todo esse processo civilizatório foi posto em atividade sob a justificativa de que o crescimento, o desenvolvimento e o progresso econômico partiria dessa concepção eurocentrista (WALLERSTEIN, 2007, p. 14). Portanto, a valoração do ser humano enquanto pessoa apta a ter direitos foi criada a partir dessa visão europeia, a qual foi amplamente difundida nos países latinos, os quais, não por coincidência, foram todos ex-colônias dos impérios português e espanhol.

Num primeiro momento, o desafio encontrado pela Hermenêutica da Diversidade foi a tentativa de inserir os direitos ligados à sexualidade e ao gênero como categoria de direitos humanos[8] e consequentemente como direitos fundamentais[9], e isso se deu por vários motivos.

Inicialmente, no tocante à sexualidade, pelo fato de que esta sempre esteve aliada à ideia de reprodução da espécie, da família e dos indivíduos (FOUCALT, 1997, p. 227), além de representar a demarcação das posições de poder desde a formação das sociedades mais primitivas até a formação e perpetuação da sociedade moderna. Quanto ao gênero, o desafio da Hermenêutica da Diversidade partiu da tentativa de desvincular o seu conceito daquilo que se entendia por sexo. Quando se falava em gênero, a ideia que se construía sobre o tema era a de que ele era constituído a partir das diferenças biológicas, relacionadas como detalhes físicos de homens e mulheres (SCOTT, 2000, p. 22-24). O desafio, então, foi caracterizar o gênero como uma construção cultural, o que implicaria na superação do binarismo baseado no sexo, isto é, nas diferenças físicas e biológicas entre macho e fêmea, que opõem o feminino ao masculino, geralmente não em um plano de igualdade, mas sim em uma ordem de hierarquia (DE SÁ NETO; GURGEL, 2013, p. 60). No tocante à orientação sexual o desafio encarado foi o de apresentar a homossexualidade, a heterossexualidade e a bissexualidade como naturais nuanças da estrutura afetiva dos sujeitos desejantes, enquadrando-a não como um

[8] O desafio a que nos referimos é o desafio de tornar-se parte da condição humana – tornar natural – a diversidade sexual, incluindo as questões de gênero e de orientação sexual.

[9] Aqui adotamos a diferenciação proposta no capítulo primeiro dessa dissertação, na qual por Direitos Fundamentais tem-se aqueles positivados nas respectivas constituições nacionais.

determinismo, nem como uma opção, mas sim como uma condição humana, apresentando-a como uma clara movimentação dos desejos e sentimentos (DE SÁ NETO; GURGEL, 2013, p. 59). Daí que a livre orientação afetivo-sexual, as questões de gênero e de sexualidade, necessitaram ser constitucional e internacionalmente tuteladas, sendo esse o escopo da Hermenêutica da Diversidade.

A Hermenêutica da Diversidade, como dito, encontrou as dificuldades acima apontadas no sentido de se afirmar enquanto doutrina cuja principal missão foi a de humanizar as questões ligadas à diversidade sexual, sobretudo pela evidente invisibilidade a que estiveram submetidas. No entanto, de todas as invisibilidades as quais o tema esteve ligado, talvez a invisibilidade legal parece ser aquela que dá o ponto de partida para as demais, até porque se alguém não existe ou é invisível para a lei, como reclamar nos demais casos?

A discussão sobre a invisibilidade legal, em nível interno e internacional foi a bandeira levantada pela Hermenêutica da Diversidade para justificar a luta incessante pela positivação dos direitos por ela defendidos em instrumentos internacionais e na legislação interna dos Estados, o que ganhou especial destaque com o reconhecimento do direito à diferença como uma decorrência do princípio da igualdade.

Com esse intuito, a Hermenêutica da Diversidade colocou a diversidade sexual em um lugar de destaque dentro das discussões internacionais sobre a proteção do ser humano enquanto sujeito de direito internacional, fazendo com que o direito à diversidade sexual enquanto um direito humano começasse a ser discutido no âmbito da Organização dos Estados Americanos no ano de 1999, quando pela primeira vez admitiu-se uma petição perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da OEA, na qual, ainda que de forma reflexa, ou seja, sem apontar uma violação direta à dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos, ante a ausência de dispositivo sobre a temática, o assunto foi levado a análise por esse órgão, fixando aí as raízes do reconhecimento do direito à diversidade sexual como um direito humano, digno de tutela.

Esse pontapé inicial ocasionado pelos estudos da Hermenêutica da Diversidade foi a mola propulsora para os demais avanços que ocorreram, inicialmente em âmbito alienígena e, sequencialmente dentro dos ordenamentos jurídicos de alguns Estados, dos quais se destacam, em nosso continente, a República Argentina, a República Oriental do Uruguai e a República Federativa do Brasil.

3 O RECONHECIMENTO DA DIVERSIDADE COMO DIREITO HUMANO NO ÂMBITO DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS.

3.1 A Organização dos Estados Americanos, o Pacto de São José, a Comissão e a Corte Interamericanas de proteção dos direitos humanos

Em 1948 as delegações dos Estados interamericanos adotaram em Bogotá a Carta da Organização dos Estados Americanos, por meio da qual foi criada a Organização dos Estados Americanos (OEA, em inglês OAS). Foi essa organização o feito de longa e pacífica evolução que se vinha consolidando desde a primeira Conferência Internacional de Países Americanos, realizada em Washington, de 1889 a 1890, seguidas de outras, no México em 1902, no Rio de Janeiro em 1906, em Buenos Aires em 1910, Santiago do Chile em 1923 e Havana em 1928 (DE SÁ NETO, 2012, p. 12).

A 9ª Conferência Internacional Americana, reunida em Bogotá, deu *status* institucional à organização interamericana por meio da Carta ali assinada a 30 de abril de 1948. A antiga associação de nações americanas passou a ter o nome de Organização dos Estados Americanos, sendo declarada um organismo regional das Nações Unidas, estando definidos e estabelecidos nesse documento os objetivos da organização, suas bases jurídicas, suas atividades e as relações do assim chamado Sistema Interamericano.

Os propósitos e princípios da OEA estão indicados nos Capítulos I e II da Carta. Sua principal finalidade é garantir a paz e a segurança do continente, cabendo aos Estados-membros assegurarem a pacífica solução de suas controvérsias e ainda organizarem a ação solidária das repúblicas americanas em caso de agressão, bem como promoverem seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Muito embora a Carta da OEA não consagre expressamente a promoção dos direitos humanos como um dos seus objetivos principais, a mesma estabelece que um dos princípios que orienta a atividade desse organismo é o de que os Estados americanos, ao proclamarem os direitos fundamentais da pessoa humana, não farão, para a proteção desses direitos, distinção de raça, nacionalidade, credo ou cor[10]. Nesse sentido, a carta ainda prevê a criação de uma Comissão com a função principal de promover o respeito e a defesa dos direitos humanos nas Américas a qual viria a ser criada ainda antes do Pacto de São José da Costa Rica, como produto da Resolução VIII da V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores que ocorreu no ano 1959 (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 35).

[10] Art. 3, letra “l” da Carta da Organização dos Estados Americanos. Decreto 30.544 de 14/02/1952.

O Sistema Interamericano inaugurado com a criação da OEA e o consequente funcionamento da Comissão de Direitos Humanos, mesmo antes do advento da Convenção Americana, promoveram um avanço para o sistema americano. O professor Antônio Augusto Cançado Trindade (2003, p. 36-37) afirma que a atuação da Comissão Interamericana, antes da entrada em vigor da Convenção Americana, foi certamente um elemento pontual para a evolução desse sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Narra que até 1975, por exemplo, tinha a Comissão examinado mais de 1.800 (mil e oitocentos) casos, obra considerável para um órgão que até então operava de forma solitária, sem que a Convenção tivesse entrado em vigor. Em fins de 1978, ano em que a Convenção entra em vigor, já se contabilizava 3.200 (três mil e duzentos) casos analisados, compreendendo mais de 10.000 (dez mil) vítimas de dezenove países membros da Organização[11], o que significa, segundo o autor, que a Comissão considerou 20% dos casos em seus primeiros quinze anos de atuação e aproximadamente 80% dos casos até a entrada em vigor da Convenção Americana – no período de cinco anos entre 1973 e 1978 (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 43).

Com a edição da Convenção Americana de Direitos Humanos no ano de 1969[12] a Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi devidamente sistematizada, quando então foram definidas sua organização[13], suas funções[14], suas competências[15] e as regras de processamento[16] das demandas. No ano de 1970 foi publicado um Protocolo de Reformas da Carta da OEA, o qual deferiu à Comissão um mandato de controle e também de supervisão da observância dos direitos humanos, mandato somado à função de promoção desses direitos que esse órgão já exercia, o que fez com que a Comissão passasse a atuar também de forma preventiva, incentivando os Estados-membros a compatibilizarem seu direito interno com os direitos humanos, promovendo a inserção desse tema nas respectivas Constituições, assim como incentivando-os a harmonizarem sua legislação infraconstitucional com os postulados internacionalmente ratificados em matéria de direitos humanos.

Dentro do Sistema Interamericano há também outro órgão criado para a proteção dos direitos humanos. Trata-se da Corte Interamericana, que também foi criada pela Convenção Americana de 1969 e é considerada o órgão supremo da jurisdição internacional do sistema

---

[11] É importante registrar que a Comissão tem competência sobre todos os Estados-membros da OEA, ainda que não tenham aderido ao Pacto de São José, eis que todos eles ficam vinculados à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, conforme afirma o autor Thomas Buergental. BUERGENTAL, Thomas. **International Human Rights in a Nutshell**. 4. Edition. West Publishing CO. St. Paul, 2009, p. 257-258.
[12] A Convenção Americana somente entrou em vigor no ano de 1978.
[13] Pacto de São José da Costa Rica: arts. 34 a 40.
[14] Ibid., arts. 41 a 43.
[15] Ibid., arts. 44 a 47.
[16] Ibid., arts. 48 a 51.

regional interamericano, cuja tarefa principal é interpretar e aplicar as normas de proteção dos direitos humanos em caráter definitivo e irrecorrível. Nas palavras de Flávia Piovesan (2006, p. 99), a Corte Interamericana possui competências consultiva e contenciosa. No exercício de ambas as competências, segundo os artigos 1º e 2º de seu estatuto, a resposta dada pela Corte tem força de coisa julgada internacional, vinculando, nos casos dos processos contenciosos as partes envolvidas e no caso das consultas todos os Estados que admitiram a jurisdição do referido órgão.

Registre-se que o exercício das competências da Comissão e da Corte foi o responsável pela inclusão da diversidade sexual na pauta do sistema interamericano. Pela Comissão, a partir das recomendações e acordos realizados de forma administrativa e no caso da Corte, a partir da jurisprudência por ela produzida, que muito contribui para ao aprofundamento e elucidação de questões que envolvam a aplicação das normas do sistema interamericano[17].

3.2 A diversidade sexual na agenda interamericana

A OEA é considerada o mais antigo organismo de caráter regional de que se tem notícia. Como dito em linhas anteriores, seus trabalhos remontam à Conferência Internacional Americana que foi realizada na capital dos Estados Unidos da América, entre os meses de outubro de 1889 e abril de 1890[18]. Dessa reunião acordou-se a criação de uma União Internacional das Repúblicas Americanas, nos moldes duma Liga Internacional de Nações, cujas bases já haviam sido propostas por Kant em seu livro "À paz perpétua", dando início ao hoje denominado Sistema Interamericano, o mais remoto sistema institucional internacional.

Vimos que dentre seus órgãos, aquele que tem entre suas competências principais o objetivo de proteger e promover os direitos humanos é a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que foi criada no ano de 1959, em reunião de consulta realizada na cidade de Santiago, no Chile, sendo formalmente instalada no ano de 1960, quando o conselho da organização aprovou seu estatuto[19].

---

[17] Para um exame detido da jurisprudência da Corte, recomendamos as seguintes obras: PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional.** 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 237-251; PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 98-118.
[18] Informações disponíveis no sítio da Organização dos Estados Americanos, plataforma escrita em Língua Portuguesa: < http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp> Acesso em: 29 mai 2014.
[19] Ibid.,

A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos[20], cabendo-lhe, sobretudo, estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América[21] e formular recomendações aos governos dos Estados-membros, quando considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e de seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos[22].

Dentro dessa perspectiva é que, pela primeira vez na história do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, o tema da diversidade sexual chega à apreciação desse organismo internacional, tendo recebido parecer positivo pela admissibilidade do caso, ainda que a violação apontada na petição tenha sido enquadrada em dispositivos da Convenção Americana que não se referem diretamente ao referido tema, ante a própria inexistência de menção expressa. Todavia, foi a partir da construção realizada pela Comissão que aos poucos o direito à diversidade foi sendo legitimado como um direito humano.

Trata-se de um caso muito pouco mencionado na doutrina, mas que, como dito, representou o início do debate internacional no Sistema Interamericano no tocante à obrigação dos Estados nacionais de respeitarem a diversidade sexual.

O caso 11.656 (Marta Lúcia Álvarez Giraldo X República da Colômbia) foi apresentado à Comissão em 18 de maio de 1996. Até então em nenhuma das demandas apresentadas à Comissão ou submetidas à jurisdição da Corte Interamericana havia discutido, ainda que de forma reflexa, fatos que de alguma forma ligassem as violações apontadas ao tema da diversidade sexual. Na petição apresentada, a vítima alegava que sua integridade pessoal, sua honra e sua igualdade haviam sido afetadas pela negativa das autoridades penitenciárias da Colômbia em autorizar o exercício de seu direito à visita íntima, em razão de sua orientação sexual[23].

O que impressiona no caso em referência não é a negativa por parte do Estado em dar cumprimento à normativa convencional, mas sim a justificativa apresentada à Comissão, o

---

[20] Artigo 41 da Convenção Americana de Direitos Humanos.
[21] Artigo 41, alínea "a", da Convenção Americana de Direitos Humanos.
[22] Artígo 41, alínea "b", da Convenção Americana de Direitos Humanos.
[23] No caso 11.656 a violação denunciada pela vítima guardou relação com os seguintes artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos: **Artigo 5º** - Direito à integridade pessoal; 1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral; 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. **Artigo 11** - Proteção da honra e da dignidade; 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. **Artigo 24** - Igualdade perante a lei; Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.

que já demonstrava, à época, a urgência em se debater a diversidade sexual como um direito humano que deve integrar o arcabouço normativo internacional e interno dos Estados.

A Colômbia, exercendo o contraditório internacional, justificou sua negativa em permitir a visita íntima por razões de moralidade nas instituições penitenciárias, afirmando que a proibição atendia a razões arraigadas na cultura latino-americana, a qual sustentava ser pouco tolerante em relação às práticas homossexuais, de forma que, conceder esse direito à peticionante criaria uma exceção à norma geral dos estabelecimentos prisionais que proíbe relações entre pessoas do mesmo sexo, já que isso afetaria a disciplina interna dos centros carcerários[24].

Como no início do presente artigo, a sexualidade humana sempre foi tratada na perspectiva do binarismo sexual que define homens e mulheres e, como consequência, as experiências sexuais e desejantes aceitas socialmente estavam baseadas no heteronormativismo[25], cuja principal característica reside na exclusão e na demonização das demais formas de experiências sexuais do ser humano, corroborando na ocorrência de violações a inúmeros direitos individuais, como os apontados no caso em tela.

Em resposta ao pedido de providências feito pela vítima, a Comissão considerou que a reclamação apresentada referia-se a fatos que – poderiam constituir *inter alia* – violações ao artigo 11 (2)[26] da Convenção Americana, não reconhecendo que o ato perpetrado pelo Estado colombiano representava um ataque à dignidade da vítima, limitando-se a definir, nesse caso, que a negativa da concessão da visita íntima atingia o conceito de vida privada, que está ligado à proteção da honra, segundo disposições convencionais específicas[27]. Observa-se que

---

[24] **Informe nº71/99 – Caso 11.656 – Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Tradução livre do fragmento: El Estado no ha cuestionado la admisibilidad del caso. En lo que se refiere a la cuestión de fondo, el Estado justificó su negativa a permitir la visita íntima por razones de seguridad, disciplina y moralidad en las instituciones penitenciarias. 12. Seguidamente, sin embargo, reconoció la legitimidad del reclamo presentado, basado en un informe del Ministerio de Justicia y Derecho donde se admite que la peticionaria está siendo tratada en forma inhumana y discriminatoria. Sin embargo, reiteró sus alegatos iniciales en cuanto a que la prohibición atiende a razones arraigadas en la cultura latinoamericana la cual, sostiene, sería poco tolerante respecto de las prácticas homosexuales. 13. El Estado también se ha referido a consideraciones de política penitenciaria y de índole personal. Señaló que, de aceptarse la solicitud de la peticionaria, "se estaría aplicando una excepción a la norma general que prohíbe tales prácticas [homosexuales] con lo cual se afectaría el régimen de disciplina interno de los centros carcelarios". Se refirió también al supuesto "mal comportamiento" de la interna quien habría participado de incidentes relativos al funcionamiento del Comité de Derechos Humanos del Centro Penitenciario.

[25] O heteronormativismo diz respeito à imposição das concepções heterossexuais a todos os homens e mulheres.

[26] **Artigo 11 -** Proteção da honra e da dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

[27] O alcance da expressão “Vida privada” somente foi definida no julgamento, pela Corte Interamericana, no caso Atala e filhas X Chile, quando o tribunal internacional observou que a vida privada é um conceito amplo que não pode ser definido de forma exaustiva. Seu âmbito de proteção inclui a vida sexual e o direito de estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos.

ainda no ano de 1996 o Sistema Interamericano não considerava a sexualidade e suas plurais significâncias como parte integrante do núcleo da dignidade humana, eis que o exercício da livre sexualidade e a escolha da vivência dos papeis designados pelo gênero não era considerado uma livre escolha, mas sim um determinismo ditado pela biologia.

Com efeito, apesar disso, é possível vislumbramos certo avanço nessa decisão, se considerarmos que até a apresentação da petição em referência, temas ligados à diversidade não tinham sido objeto de discussão perante o Sistema Interamericano. É que a Comissão, ao admitir uma petição em que se ventila direitos relativos a livre vivência da sexualidade humana, reiterou sua vontade de estar à disposição da comunidade latino-americana a fim de buscar soluções amistosas fundadas no respeito aos direitos protegidos pela Convenção Americana, ainda que esses direitos sejam obtidos de forma reflexa.

No ano de 2003, outra petição é apresentada à Comissão Interamericana tendo como base outra violação reflexa a direitos ligados à diversidade sexual. A petição nº490-03, apresentada pela Corporação de Desenvolvimento da Mulher, em favor da "Senhora X"[28] contra o Chile, denunciava que o Estado demandado era responsável por práticas que violavam a honra e a dignidade da vítima, pois, em razão de uma denúncia feita internamente na polícia, a qual a acusava de manter uma relação homossexual com outra mulher, a mesma teve seu domicílio invadido por policiais, além de ter sido vítima de inúmeras perseguições que prejudicaram sua vida privada e familiar. A petição ainda acusava o Estado chileno de denegar a devida proteção judicial à vítima, ao declarar inadmissível um recurso de proteção apresentado junto ao Poder Judiciário, sem a devida fundamentação, além de denunciar a aplicação inadequada de uma sanção administrativa à pessoa que realizou as perseguições no âmbito da polícia[29].

---

[28] A Comissão não divulgou o nome da vítima, em razão do acordo realizado através de uma solução amistosa entre o Estado Chileno e a vítima. Informe da Comissão Interamericana nº81/09.

[29] **Informe nº81/09 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**: A petição baseou-se na violação dos seguintes artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos: **Artigo 5º** - Direito à integridade pessoal; 1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. **Artigo 11** - Proteção da honra e da dignidade; 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas. **Artigo 24** - Igualdade perante a lei. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei. **Artigo 25** - Proteção judicial; 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados-partes comprometem-se: a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

No caso em tela, tendo em vista a natureza dos direitos violados, a Comissão abriu um espaço de discussão entre a vítima e o Estado do Chile, o qual, em 2006 propôs uma solução amistosa[30] à demanda internacional, reconhecendo o erro perpetrado pela polícia chilena, o que foi feito mediante o envio de uma carta à peticionante e à sua família, com o objetivo de expressar-lhes as desculpas formais pelos fatos denunciados e pelas consequências geradas em sua vida e na intimidade de sua família, manifestando no texto as medidas a serem tomadas pelo Estado para remediar as consequências e o inconveniente ocorrido[31].

Em continuidade, o Estado do Chile se comprometeu a adotar medidas concretas que tinham por objeto incrementar a experiência operativa policial da vítima, fortalecendo seus conhecimentos e o desenvolvimento profissional de sua carreira, além de proporcionar à peticionante a oportunidade de cursar estudos de língua inglesa durante um ano às custas do Estado chileno.

Observa-se que apenas com o auxílio da Comissão Interamericana, o Estado denunciado reconhece de forma expressa as respectivas violações levantadas pela vítima, a qual sustentou em todo o procedimento que os atos perpetrados foram praticados em razão de discriminação por sua orientação sexual. Trata-se, pois, do primeiro e único caso levado à Comissão em que um Estado reconhece a prática de condutas contrárias à diversidade sexual, culminando num acordo de solução amistosa que contribuiu para a colocação do tema em lugar de destaque dentro do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos.

Com efeito, o caso mais emblemático sobre o enquadramento da diversidade sexual como um direito humano também possui como parte denunciada o Estado do Chile. Ao contrário do caso acima apresentado, em que foi possível uma solução amigável entre as partes, nesse, o Estado chileno por não cumprir as recomendações feitas pela Comissão Interamericana, foi demandado perante a jurisdição internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No caso denominado Karen Atala e filhas x Chile, cuja petição foi apresentada em 24 de novembro de 2004, atribuiu-se ao Estado demandado responsabilidade internacional por

---

[30] O procedimento de conciliação está previsto no Art. 48 (1) (f) da Convenção Americana de Direitos Humanos: Artigo 48 - 1. A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue a violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção, procederá da seguinte maneira: f) pôr-se-á à disposição das partes interessadas, a fim de chegar a uma solução amistosa do assunto, fundada no respeito aos direitos reconhecidos nesta Convenção.

[31] **Informe nº81/09 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. O Estado Chileno promoveu a elaboração de um boletim oficial de assuntos policiais, nº1.671 de 18 de janeiro de 2007, ainda antes do acordo conciliatório, mediante o qual se consagrou os critérios e indicações para a proteção da honra e dignidade das pessoas em processos administrativos, estabelecendo a importância de garantir o devido processo administrativo e a importância de investigar somente situações de relevância administrativa, respeitando a vida privada, honra e dignidade das pessoas.

violações cometidas mediante uma sentença proferida pela Corte Suprema de Justiça, a qual retirou da Sra. Karen Atala a guarda de suas três filhas, tendo como fundamentação exclusiva sua orientação sexual[32]. A resposta apresentada pelo Estado chileno, na tentativa de desvirtuar a patente discriminação em razão da sexualidade da vítima, fundou-se no princípio do interesse superior das crianças, somado aos elementos de convicção mencionados no processo interno, segundo os quais, mostrava-se inconveniente para a formação e desenvolvimento das infantes, no contexto chileno, a opção da peticionante em iniciar uma convivência com outra pessoa do mesmo sexo, com a qual pretendia criar suas filhas.

Nessa mesma resposta o Estado levanta uma lacuna existente no Sistema Regional Interamericano, requerendo a inadmissibilidade da petição tendo em vista que os fatos nela descritos – discriminação em razão de orientação sexual – não poderiam caracterizar violações aos direitos protegidos pelo Pacto de São José, apontando ainda o Estado contestante que as peticionantes estavam se servindo do Sistema Interamericano como uma quarta instância, no sentido de requerer a revisão de uma sentença ditada por um tribunal nacional, sem que os julgadores tenham atuado fora da esfera de sua competência.

A Comissão considerou que os fatos alegados guardam relação com o direito à igualdade, que é protegido pelo artigo 24 da Convenção Americana, pois, segundo o relatório da Comissão, a Corte chilena tratou de maneira diferenciada a vítima e seu ex-cônjuge, sendo a orientação sexual - a sexualidade - o fator decisivo para que se outorgasse a guarda definitiva das filhas da demandante ao genitor das crianças.

Destarte, ao reconhecer que a discriminação baseada na orientação sexual é uma violação ao direito à igualdade, o qual inclui o direito à diferença, a Comissão reconhece a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, oriunda do processo nº33290/96, de 21 de dezembro de 1999, e do processo nº43546/02 de 22 de janeiro de 2008, nos quais esta Corte decidiu que uma diferença de tratamento entre os pais, num processo de guarda, com base na orientação sexual de um deles constitui uma violação aos artigos 8º e 14 do Convenio

[32] **Informe 42/08 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Los peticionarios sostienen que los hechos configuran la violación de los siguientes derechos garantizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la "Convención Americana") en perjuicio de la Sra. Karen Atala y sus tres hijas: el derecho a la integridad personal (artículo 5.1); el derecho a las debidas garantías judiciales (artículo 8); la protección a la honra y la dignidad (artículo 11.1); la protección de la vida privada (artículo 11.2); la protección a la familia (artículos 17.1 y 17.4); los derechos del niño (artículo 19); la igualdad ante la ley (artículo 24); y el derecho a la protección judicial (artículo 25), conjuntamente con la violación de las obligaciones de respetar los derechos y adoptar medidas consagradas en los artículos 1(1) y 2 previstos en la Convención Americana; y los artículos 2, 5, 9 (incisos 2 y 3), 12 y 16 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (en adelante "Convención sobre los Derechos del Niño"). Los peticionarios aducen que todos los recursos internos han sido agotados mediante la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, en donde alegadamente se le retiró a la Sra. Atala de forma discriminatoria, arbitraria y definitiva la custodia de sus tres hijas menores por su orientación sexual.

Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, assim como, no caso da adoção, que uma diferença de tratamento com base na orientação sexual viola os respectivos artigos 8º e 14 do mesmo Convenio[33].

O posicionamento da Comissão revelou uma tendência universal que vem se consolidando no início do século XXI, qual seja a utilização, como fonte fundamentativa, de outros instrumentos internacionais que disciplinam determinado tema, quando os tratados e convenções pertencentes ao respectivo sistema não possuam normas específicas disciplinadoras de determinadas condutas. Assim, sedimentou-se o entendimento de que a violação a um direito humano que ainda não esteja efetivamente positivado nas normas regionais pode ser apontando em qualquer outro documento dos demais sistemas regionais e do sistema universal, bastando que tais documentos digam respeito à proteção dos direitos humanos.

O reconhecimento, por parte da Comissão Interamericana, de que a sexualidade não pode ser utilizada como forma de discriminação coloca a diversidade sexual como parte do núcleo da dignidade da pessoa humana, transformando-a em um efetivo direito humano. No presente caso, o entendimento baseou-se em critérios previstos na Convenção Americana[34] e em outros próprios estabelecidos pelo Órgão a respeito da tendência de integrar o Sistema Regional com o Sistema Universal[35] e a respeito da noção de *corpus juris* em matéria de criança e adolescência, segundo o qual a Comissão decidiu interpretar o alcance e o conteúdo dos direitos previstos na Convenção à luz do disposto na Convenção sobre Direitos da Criança[36], confirmando que outros tratados e convenções podem ser tutelados pelo Sistema Interamericano, sem que se alegue violação reflexa à Convenção, bastando, por essa análise, mencionar o respectivo documento internacional onde consta a proibição de violação a um direito.

---

[33] **Informe 42/08 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos:** Corte Europea de Derechos Humanos, Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, Aplicación No. 33290/96, 21 de diciembre de 1999 (en donde la Corte decide que una diferencia de trato entre los padres dentro de un proceso de tuición en base a la orientación sexual de uno de ellos constituye una violación del artículo 8 (respeto a la vida privada y familiar) en relación con el artículo 14 (no discriminación en razón de sexo y género) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales); Corte Europea de Derechos Humanos, E.B. v. Francia, Aplicación No. 43546/02, 22 de enero de 2008 (en donde la Corte decide que una diferencia de trato en base a la orientación sexual en casos de adopción viola el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en relación con el artículo 8 de dicho instrumento).

[34] **O artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos diz que**: (Normas de Interpretación) establece que: "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (…) b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; (…)".

[35] Corte I.D.H.**, "Otros Tratados"** Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 41.

[36] Essa Convenção foi adotada em 20 de novembro de 1989 e entrou em vigor em 12 de setembro de 1990. O Chile ratificou a Convenção sobre os direitos da Criança em 12 de setembro de 1990.

Em seu relatório final a Comissão refuta a alegação apresentada pelo Estado chileno, de que a discriminação baseada em orientação sexual não está protegida pela Convenção Americana de forma expressa e que a referida Convenção não proíbe distinções de tratamento quando baseada em critérios objetivos. Analisando com cautela os relatórios produzidos em outros casos e também alguns julgados da Corte Interamericana, observa-se que de fato, a Convenção não proíbe todas as distinções de tratamento, no entanto, é preciso que se demarque a diferença entre distinção e discriminação (o que foi perpetrado pelo Estado do Chile), no sentido de que as primeiras constituem diferenças compatíveis com a Convenção Americana por serem razoáveis e objetivas, enquanto as segundas constituem diferenças arbitrárias que redundam em detrimento dos direitos humanos[37] e violam o princípio da não-discriminação estabelecido pelo Pacto de São José.

Para se saber se a suposta distinção levantada pelo Estado do Chile era de fato uma distinção ou uma discriminação, a Comissão socorreu-se da utilização de um teste que se compõe de vários elementos. Esses elementos incluíram, por exemplo, a verificação da existência de um fim legítimo quando da produção da "distinção"; a análise da idoneidade ou da relação lógica entre meio e fim em relação ao objetivo a que se persegue e a distinção realizada; a busca pela existência de outras alternativas à "distinção"; e a proporcionalidade da medida, esta última entendida como um balanço entre os interesses em jogo e o grau de sacrifício de um em relação ao grau de benefício do outro[38]. O resultado não foi outro: tratava-se de um ato de discriminação fundado única e exclusivamente na sexualidade, pois o Estado do Chile não conseguiu comprovar razões idôneas que justificasse a "distinção" de tratamento entre a genitora das crianças e o pai.

Quando as distinções são verificadas em populações historicamente perseguidas, o que se verifica pela própria conjuntura dos processos de segregação, existe um consenso no sentido de que o teste acima mencionado, utilizado para medir a razoabilidade da diferença no tratamento, deve ser especialmente restrito (DOMINGUEZ; FAMA; HERRERA, 2010, p. 163). Isso se deve a que, por sua natureza, essas categorias são consideradas "suspeitas"[39], e

---

[37] Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Castañeda Gutman Vc. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C nº184, Párr. 211 citando Corte IDH., Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC – 18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A nº18, párr.84.

[38] Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Demanda apresentada à Corte Interamericana de Direitos Humanos:** Karen Atala e filhas X Estado do Chile. Caso 12.502. p. 24-26. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.502SP.pdf> Acesso em 30 mai 2014.

[39] Cfr. Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 7º; Pacto Internacional de Direitos Civís e Políticos, art. 26º; Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 2º; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 1º; Protocolo de São Salvador, art. 3º.

portanto se presume que a distinção é incompatível como o Pacto de São José e com os demais instrumentos normativos que compõe o Sistema Interamericano. Nesse sentido, somente se pode invocar como justificativa para realizar distinções razões de muito peso, que devem ser analisas de forma pormenorizada. Essa análise restrita a que nos referimos é precisamente a garantia de que a distinção não se encontra baseada em preconceitos e/ou em estereótipos que habitualmente circundam as categorias suspeitas de distinção, transformando essas distinções em verdadeiros atos de discriminação.

Assim, como o preconceito à vivência da sexualidade fora dos parâmetros heteronormativos quase sempre está escondido por trás de fundamentações que tentam justificar a adoção de medidas distintivas, em termos práticos, a Comissão entendeu que, tendo o Estado chileno apresentado uma fundamentação dessa natureza, a carga da prova deveria recair sobre ele próprio, de forma que os critérios gerais a que nos referimos em linhas anteriores deveriam ser avaliados de forma qualificada, não sendo suficiente o argumento da existência de um fim legítimo – proteção dos interesses das crianças – , mas que o objetivo que se persegue com a "distinção" deveria ser um fim particularmente importante ou uma necessidade social imperiosa, o que não era o caso da demanda, já que visivelmente tratava-se de um ato de discriminação e não de distinção, como argumentou o Estado chileno. Ademais, acrescente-se, a Comissão reconheceu que a medida de afastamento das crianças em relação à sua genitora deveria ser estritamente necessária, em termos outros, que não em relação à sexualidade[40].

Outro passo dado na direção do reconhecimento da sexualidade como um direito humano foi o posicionamento apresentado pela Comissão, quando da apresentação da demanda internacional à Corte Interamericana. A Comissão entendeu que a Convenção Americana deve ser interpretada à luz das condições sociais atuais nos países do hemisfério sul e do estado atual dos precedentes internacionais sobre os direitos humanos, reconhecendo que os tratados internacionais sobre direitos humanos, como é a Convenção, são instrumentos vivos[41], cuja interpretação deve ser realizada levando-se em conta a evolução dos tempos e das condições de vida. Nesse sentido, a Comissão fez constar na petição um precedente da Corte Internacional de Justiça, no qual se reconheceu que um instrumento internacional deve

[40] Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe nº38/96, X e Y (Argentina).
[41] Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal. Opinião consultiva 16/99, de 1º de outubro de 2001, parágrafo 114.

ser interpretado e aplicado no quadro do conjunto do sistema jurídico em vigor no momento que a interpretação tem lugar[42].

A Comissão reconhece que a orientação sexual não está estabelecida no texto literal da cláusula de não-discriminação consagrada no artigo 1 (1)[43] da Convenção Americana. Todavia, o mesmo texto indica que se trata de uma cláusula aberta que permite a inclusão de outras categorias, em razão da expressão "outra condição social". Tanto a Corte Europeia como o Comitê de Direitos Humanos da ONU já decidiram uma série de casos em que se alegava a diferença de tratamento com base na orientação sexual. Esses casos se referem tanto à aplicação de sanções penais e disciplinares, como a falta de reconhecimento de direitos dos quais são titulares as pessoas heterossexuais, tanto na dimensão individual de suas vidas como na dimensão coletiva. Nesses casos, ambos os organismos estabeleceram de maneira consistente que a orientação sexual se encontra compreendida dentro das cláusulas proibitivas de discriminação contidas nos tratados internacionais respectivos[44].

Para além do consenso que já existe em relação à Corte Europeia e ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, e que foi sedimentado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das nações Unidas estabeleceu recentemente que a orientação sexual é um motivo implícito de discriminação compreendido na categoria de "qualquer outra condição social"[45].

A desculpa a que se socorrem os Estados que não aceitam ser a sexualidade e seus desdobramentos um direito humano, por não estar expressamente prevista nos tratados internacionais que conformam o sistema interamericano, também pode ser refutada por meio de uma análise de direito comparado.

É possível identificar uma série de decisões em que se estabelece a proibição de discriminação com base na orientação sexual, por se tratar de uma categoria suspeita, bem como que toda distinção sustentada em dito critério deve estar amparada na aplicação do teste

---

[42] Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Interpretação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem no marco do artigo 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos**. Opinião consultiva – OC 10/89 de 14 de julho de 1989. Série A nº10, parágrafo 37 citando "legal consequences for Estates of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa).

[43] Convenção Americana de Direitos Humanos. **Artigo 1º** - Obrigação de respeitar os direitos; 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, 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.

[44] Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. Toonen vs. Austrália. Comunicação nº488/1993; Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. Edward Young vs. Austrália. Comunicação nº941/2000. Corte Europeia de Direitos Humanos. Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal. Aplicação nº33290/96.

[45] Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das nações Unidas. **Observação Geral nº20**. A não discriminação e os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (2009), parágrafos 15 e 27.

acima mencionado[46]. Cabe mencionar aqui que em vários desses casos a orientação sexual não estava expressamente prevista nas respectivas Constituições e leis internas. Assim, os critérios utilizados para se chegar a essa conclusão, dentre outros, foram, por exemplo: a marginalização e exclusão histórica a qual estão submetidos os homossexuais; a imutabilidade da orientação sexual; a irrazoabilidade manifesta na repartição de cargas sociais com base na orientação sexual[47].

Foi com base nessa argumentação supra que a Comissão Interamericana inaugurou de forma expressa, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, a ideia de que a orientação sexual, enquanto categoria da sexualidade humana, encontra-se compreendida dentro da frase "outra condição social" estabelecida no artigo 1º (1), com todas as consequências que isso implica a respeito dos demais direitos consagrados na Convenção Americana, incluindo o artigo 24[48]. Nesse sentido, a partir de então, toda diferença de tratamento baseada na sexualidade de uma pessoa ou em seu gênero é considerada suspeita, mostrando-se incompatível com a Convenção Americana, de forma que os Estados signatários do referido tratado, caso queiram exercer a diferença de tratamento em seus territórios devem provar que a respectiva diferença de tratamento supera o exame do teste estrito estabelecido anteriormente.

Quando o caso foi submetido à jurisdição da Corte Interamericana a discussão acerca da inclusão do exercício da sexualidade humana como uma prerrogativa derivada da própria dignidade humana ganhou novos contornos.

Em relação à noção de igualdade e em relação à abrangência do princípio da não-discriminação a Corte estabeleceu que o artigo 1.1 da Convenção Americana é uma norma de caráter geral, cujo conteúdo se estende a todas as disposições do tratado, impondo aos Estados-Parte o dever de respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos humanos e liberdades reconhecidos, sem qualquer discriminação[49], ou seja, qualquer que seja a origem ou a forma que assuma, todo tratamento que possa ser considerado discriminatório a respeito

---

[46] Sentenças da Corte Constitucional da Colômbia: C-029 (2009), C-075-07 (2007); Constitutional Court of South Africa, case CCT 11/98. Corte Suprema de Iowa, Case 763 N.w.ed 862 (Abril 3, 2009); Suprema Corte de Connecticut. 289 COnnn, 135 (outubro 28, 2008).

[47] Ibid,.

[48] Convenção Americana de Direitos Humanos. **Artigo 24** - Igualdade perante a lei. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.

[49] Pacto de São José da Costa Rica. **Artigo 1º** - Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, 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.

do exercício de qualquer um dos direitos garantidos pela Convenção é, de *per si*, incompatível com a mesma.

Nesse sentido, sobre a noção de igualdade perante a lei e a não-discriminação, observa-se que a Corte reconhece que a noção de igualdade prevista no Pacto de São José e nos demais instrumentos internacionais do sistema, deriva diretamente da unidade natural do gênero humano, sendo inseparável da dignidade essencial da pessoa, frente a qual é incompatível toda situação que, por considerar superior um determinado grupo, conduza a trata-lo com privilégios, ou que, ao inverso, por considera-lo inferior, o trate com hostilidade, retirando-lhe o gozo de direitos que se reconhece a quem não está incurso em tal situação. Ratifica a Corte a ideia de que, na atual etapa de evolução do direito internacional, o princípio da igualdade e da não-discriminação ingressou no domínio do *jus cogens*, sobre o qual descansa o andaime jurídico da ordem pública nacional e internacional[50].

É importante registrar que a Convenção Americana não possui uma definição explícita do termo discriminação. Tomando como base as definições de discriminação estabelecidas no artigo 1.1 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial e no artigo 1.1 da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, definições insuficientes para responder às questões ligadas à sexualidade e às questões de gênero, o Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos estabeleceu ser a discriminação toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que se baseie em certos motivos como a raça, a nacionalidade ou a condição social e que tenham por objeto ou por resultado, anular ou menoscabar o reconhecimento, o gozo e o exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas[51].

Assim, a Corte inseriu a sexualidade como categoria de discriminação, utilizando como exemplo paradigma o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em especial no julgamento do caso Salgueiro da Silva x Portugal, quando o Tribunal concluiu que a orientação sexual, enquanto expressão da sexualidade humana, é um conceito que se encontra coberto pelo art. 14 do Convênio Europeu, na expressão “outra condição”.

---

[50] Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101 y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, supra nota 83, párr. 269.

[51] Nações Unidas. Comitê de Direitos Humanos. Observação Geral N. 18. Não discriminação, nota 87, pár. 6.

Tendo em conta as obrigações gerais de respeito e garantia estabelecidas no art. 1.1 da Convenção Americana, os critérios de interpretação fixados no art. 29[52] da referida Convenção, o estipulado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, as Resoluções da Assembleia Geral da OEA[53], tudo isso somando aos *standarts* estabelecidos pelo Tribunal Europeu e pelos Organismos das nações Unidas, a Corte Interamericana sedimentou o entendimento da Comissão Interamericana, deixando estabelecido como força vinculante, que a sexualidade e a identidade de gênero das pessoas são categorias protegidas pela Convenção Americana de Direitos Humanos, estando extirpada pela Convenção qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada, por exemplo, na orientação sexual da pessoa. Em consequência, em razão da inclusão da sexualidade como integrante do rol de direitos da pessoa humana, nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades públicas ou particulares, podem diminuir ou restringir os direitos de uma pessoa a partir de sua sexualidade.

4 CONCLUSÃO

A diversidade sexual tornou-se um tema que ganhou contornos também dentro do Direito. Questões que antes eram tratadas apenas dentro do campo das ciências humanas passam a ser delineadas a partir da politização da sexualidade humana, tornando o tema um assunto de ordem pública.

Como vimos, na América Latina os reflexos das teorias feministas e dos movimentos homossexuais começaram a ser vistos no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sobretudo por meio do estudo encabeçado pela Hermenêutica da Diversidade, que, dentre outras bandeiras, defende o direito à diferença como parte do direito à igualdade. A partir dessa conclusão passa-se a entender que os seres humanos, apesar de iguais, não são idênticos, de forma que a partir dessa máxima as variantes do gênero e da própria sexualidade humana passam a ser identidades dignas de tutela internacional.

---

[52] Convenção Americana. Art. 29. Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

[53] Naciones Unidas, Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Asamblea General de Naciones Unidas, A/63/635, 22 de diciembre de 2008, párr. 3.

Partindo de casos apresentados à Comissão e à Corte, o Sistema Interamericano construiu o entendimento de que a diversidade sexual, em todas as suas nuances, integra o rol normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo consagrado como um direito autônomo, inobstante a falta de previsão taxativa nos instrumentos internacionais que regem o sistema interamericano. Construiu, também, diretrizes para determinar quando e como aos Estados Nacionais é dado realizar diferenciações entre seus administrados, ratificando a diferença entre atos que geram discriminações e atos que geram diferenciações permitidas pelo sistema.

Assim, com essa pequena contribuição acadêmica, esperamos ter exposto uma linha de raciocínio que demonstre como e a partir de quais fundamentos a diversidade sexual passa a ser considerada um direito humano. Essa análise demonstra a importância do Sistema Regional Interamericano bem como sua importância para a construção da cidadania plena de pessoas que historicamente foram oprimidas em razão de sua sexualidade. Foi a partir do entendimento sedimentado pelos referidos órgãos que países como a Argentina e o Uruguai adotaram legislações que permitem o casamento igualitário, assim como leis que protegem a vivência da identidade de gênero, com especial relevância para transexuais, travestis e transgêneros, que a partir de sua inclusão como sujeitos de direitos passaram a contar com uma proteção estatal que antes lhes era negada.

5 REFERÊNCIAS

BENTO, Berenice. **Na escola se aprende que a diferença faz a diferença**. Ed. Rev. Estud. Fem. [online]. 2011, vol.19, n.2, pp. 549-559. ISSN 0104-026X. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2011000200016> Acesso em 25 nov 2014.

_____. **A (re)invenção do corpo**: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond/Clam, 2006.

BUERGENTAL, Thomas. **International Human Rights in a Nutshell**. 4. Edition. West Publishing CO. St. Paul, 2009.

BUTLER, Judith. **Corpos que pesam**: sobre os limites discursivos do sexo. In: LOURO, Guacira. (Org.). **O corpo educado**: pedagogias da sexualidade. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Volume III. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

_____. **A proteção internacional dos direitos humanos no liminar do novo século e as perspectivas brasileiras.** In: Temas de política externa brasileira II. 1994. v. 1.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; ROBLES, Manuel E. Ventura. **El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** 2. Ed. Atualizada e ampliada. San José/Costa Rica: Corte Interamericana de Direitos Humanos/ACNUR, 2004.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Demanda apresentada à Corte Interamericana de Direitos Humanos:** Karen Atala e filhas X Estado do Chile. Caso 12.502. p. 24-26. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.502SP.pdf> Acesso em 30 mai 2014.

COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DAS NAÇÕES UNIDAS. **Observação Geral nº20**. A não discriminação e os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (2009).

_____. Toonen vs. Austrália. **Comunicação nº488/1993**; Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. Edward Young vs. Austrália. Comunicação nº941/2000. Corte Europeia de Direitos Humanos. Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal. Aplicação nº33290/96.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Castañeda Gutman Vc. México**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C nº184, Párr. 211 citando Corte IDH., Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC – 18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A nº18, párr.84.

CHRISTOPHER, Mccrudden. **Dignity and Judicial interpretation of human rights.** European Journal of Internacional Law, n. 19, 2008.

DE SÁ NETO, Clarindo Epaminondas; GURGEL, Yara Maria Pereira. **Caminhando entre a (in) visibilidade:** uma análise jurídica sobre o projeto de lei nº5.012/2013 – Lei de Identidade de Gênero. Revista Direito e Liberdade – Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte. V. 16. n. 1. p. 55-72.

DE SÁ NETO. Clarindo Epaminondas de Sá. **O sistema Interamericano de Direitos Humanos e a proteção dos direitos sociais e econômicos na América Latina**. Juris rationis (UnP), v. 5, p. 11-22, 2012.

DOMINGUEZ, Andres Gil; FAMA, Maria Victoria; HERRERA, Marisa. **Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia.**1ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2010.

FASSIN, Eric. **Liberté, égalité, sexualités**. Actualité politique des questions sexuelles, Population, 2004, vol. 59, n° 1, pp. 185-188. Disponível em: <http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/pop_0032-4663_2004_num_59_1_7470> Acesso em 28 mai 2014.

FOUCALT, Michel. **História da sexualidade.** A vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1997. Vol. 1, p. 227

LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho** – Ensaios sobre sexualidade e teoria queer. Belo Horizonte, Autêntica, 2004.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual.** Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1993.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional.** 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRECIADO, Beatriz. **Manifiesto contra-sexual**: prácticas subversivas de identidad sexual. Madrid: Pensamiento Opera Prima, 2002.

ROMERO, Walter Navia. **Proyección en el siglo XXI de la hermenéutica del ser del hombre del ser y del lenguaje.** *In*: Pluralismo epistemológico. OLIVÉ *et al.* La Paz: Editoras Clasco, Cides-UMSA, Muela del diablo editores, Comuna e Consejo latinoamericano de Ciencias Sociales, 2006.

SCOTT, Joan. **Él género: una categoría útil para el análisis histórico**. En El género: la construcción cultural de la diferencia sexual. México, Miguél Porruá, 2000.

WALLERSTEIN, Immanuel Maurice. **O universalismo europeu:** a retórica do poder. São Paulo: Ed. Boitempo, 2007.